

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

**“PRISION DOMICILIARIA – APLICACIÓN DE PRISIÓN
DOMICILIARIA EN CASOS DE PADRES CON HIJOS MENORES DE
CINCO AÑOS”**

TUTOR: CARLOS I. BUSTOS

2016

ARACELI BETIANA POMILIO

RESUMEN

El presente trabajo de investigación brindará un análisis minucioso de la Ley de Ejecución Penal, Ley 24660 y su modif. Ley 26472, en lo concerniente a la posibilidad que en casos excepcionales, se pueda solicitar el otorgamiento de la prisión domiciliaria. El art. 10 del C.P. actualmente modificado por Ley 26472 en su art. 32, enumera los seis supuestos contemplados en los que puede ser solicitada la prisión domiciliaria; solo esos casos son susceptibles de otorgar el juez competente o juez de ejecución, el beneficio de prisión domiciliaria a los condenados a prisión privativa de la libertad el cumplimiento de su condena en el domicilio del condenado. Cada supuesto posee una importancia incuestionable, exceptuando el inciso “f” del mencionado art. 32 de la ley 26472, en el cual se concede el otorgamiento de la prisión domiciliaria a las madres de hijos menores a 5 años, aquí se advierte una omisión injustificada al conceder solo a las madres y no a los padres dicho beneficio. La investigación efectuada se encargara de demostrar que la omisión es de ningún sustento y que ambas figuras son imprescindibles a la hora de resguardar al menor, hijo de condenado a prisión privativa de la libertad. Lo que verdaderamente tienen que preponderarse es el Interés Superior del Niño, lo que en el supuesto cuestionado, con la omisión efectuada por dicha legislación no es resguardada, sino que por el contrario, deja a ese niño en situación de desamparo solo por el hecho de ser hijo de padre condenado a prisión privativa de la libertad.-

ABSTRACT

This research provides a thorough analysis of the Law of Criminal Enforcement, Law 24660 and its modf. Law 26472, concerning the possibility that in exceptional cases, it may request the granting of house arrest. The art. 10 C.P. currently he modified by Law 26472 in art. 32, lists the six cases cited in that may be requested house arrest; Only those cases are likely to give the judge or judge of execution, the benefit of house arrest to prison terms custodial compliance with their sentence in the domicile of the convicted. Each course has an unquestionable importance, except paragraph "f" of that art. 32 of Law 26472, in which the granting of house arrest for mothers of children under 5 years granted, here an unjustified omission by granting only warns mothers and not the fathers said benefit. The investigation carried out was in charge of demonstrating that the omission is any basis and that both figures are essential when it comes to protect the child, son sentenced to prison deprivation of liberty. What really have to preponderates is the Best Interest of the Child, which in the case questioned the omission by such legislation is not protected, but on the contrary, leaves the child in distress only by the fact son of father sentenced to prison custodial freedom.-

INDICE

1. Introducción.....	10
2. Objetivos Generales.....	13

Capítulo I: Aspectos Generales

1.1. La Pena. Concepto.....	16
1.2. Prisión domiciliaria. Concepto.....	18
1.3. Naturaleza Jurídica.....	22
1.4. Análisis de los supuestos contemplados de prisión domiciliaria.....	23
1.5. Interés superior del niño. Supuesto no contemplado de padres con hijos menores de cinco (5) años	28

Capítulo II: Regulación Legal – Interés a resguardar

2.1. Derecho de Origen Interno: Constitución Nacional Argentina (Art. 16;18;119 CN). Código Penal Argentino. Ley 24660 y su modif. Ley 26472.....	36
2.2. Derecho de Origen Internacional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - (Art. 72 inc. 22). Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Convención Americana de los Derechos Humanos (Art. 5 inc. 3; 17). Convención Americana de los Derechos del Niño (Art. 2; 3 inc. 1). Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas y Niños Ley 26061 – (Art. 1; 3).	38
2.3. Situación del penado. Instancia del sistema carcelario: Diseñado para aumentar la vergüenza y el dolor?.....	39
2.4. Protección del menor del Ámbito Carcelario.....	42

Capítulo III: Resguardo Tutelado - Derecho de la familia y de las personas

3.1. Prisión Domiciliaria y los derechos del niño. Influencia en los menores con relación a sus progenitores.....	48
3.2. Función de la crianza y educación. Triangulo: Estado- Familia- Niño.....	54
3.3. La familia como sociedad natural.....	56
3.4. Falta de contemplación de la hipótesis fáctica:	

padres con hijos menores de cinco (5) años.....60

Capítulo IV: La igualdad ante la ley derecho de todos

4.1. La igualdad ante la Ley como Principio jurídico.....68

4.2. Igualdad de Género.....70

4.3. Unión Civil - Matrimonio Igualitario.....73

Capítulo V: Conclusiones finales

5.1. Reestructuración del sistema carcelario.....76

5.2. Reflexiones.....77

5.3. Propuestas de reforma.....80

Bibliografía.....83

Autorización para publicar y difundir Tesis

Final de Grado a la Universidad Siglo 21.....87

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación analiza el régimen de arresto domiciliario previsto en los supuestos de madres con hijos menores de cinco años a su cargo, y su respectiva aplicación en la práctica.-

El supuesto mencionado se encuentra taxativamente estatuido en la norma legal consagrada en el Código Penal Argentino y regulado específicamente en la Ley de Ejecución Penitenciaria N° 24660, modificada por la Ley N° 26472. –

El art. 32 de la Ley N° 24.660 y su modif. por el art. 1° de la Ley 26472, establece que el juez de ejecución o juez competente, podrá imponer el cumplimiento de la pena impuesta al condenado en su domicilio y no en los establecimientos carcelarios en los siguientes seis supuestos: a) Interno enfermo cuando la privación de la libertad le impida recuperarse o tratar de adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alejamiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.-

Los casos mencionados son los que alcanzan el beneficio de poder cumplir la condena en el domicilio del condenado y no en las cárceles como el común de los penados. La investigación desarrollada persigue profundizar, el supuesto contemplado en la normativa plasmada en el Código Penal, en la ley 24660 y su modificatoria 26472 art. 32 inc. “F”, el cual textualmente en su parte pertinente reza: “El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: (...) Inc. “f” A la madre de un niño menor de cinco (5) años o persona con discapacidad, a su cargo.¹”

De lo expuesto, se extrae que el beneficio de prisión domiciliaria les es otorgado a las madres que solicitan dicha prerrogativa, al tener a su cargo un menor de cinco años. Lo que se

¹ Art. 32 inc. “F”. Ley 24660 y su modif. 26472. Código Penal de la República Argentina.-

persigue con esta institución es resguardar el interés superior del niño, como es de saber, la infancia es uno de los estadios más importantes del ser humano. Esta etapa es donde se produce el mayor desarrollo, tanto físico como psicológico, así, el niño al mismo tiempo se encuentra en la situación de mayor vulnerabilidad. En este contexto, la endeble posición del infante puede verse empeorada por factores externos a él, que agravan su situación, impidiendo un desarrollo óptimo.-

Esta problemática se acrecienta si pensamos en los niños que se encuentran privados de la libertad, medida que atenta contra el máximo principio de la humanidad, sabiendo que esta privación deviene de una causa externa, ajena y de total desconocimiento por parte del niño.-

La vulnerabilidad, fragilidad y la inocencia del menor se ve plasmada en el hecho de que éstos, indirectamente, o mejor dicho, directamente, deben pagar los errores de sus progenitores, lo que despliega como consecuencia que estos niños sufren el mismo efecto negativo de la prisión de los mayores, situación que incide de manera negativa en la formación de su persona.-

Consecuentemente, de lo manifestado se evidencia, y no existe controversia alguna en afirmar, que las cárceles no son el mejor lugar que contribuya a la formación sana del niño. Es menester destacar la necesidad imperiosa de incluir a la figura paterna en el supuesto sometido a estudio, o que en su defecto se efectúe una aplicación extensiva del mencionado inciso a la hipótesis fáctica encarnada por el progenitor –hombre- con un niño a su cargo, en razón a que dicha figura no se encuentra contemplada en la legislación. En síntesis, si se observa objetivamente, es de igual necesidad otorgar el beneficio de la prisión domiciliaria a las madres con hijos menores de cinco (5) años, que a los padres progenitores, ya que ambos se encuentran en igualdad de condiciones frente a la figura del niño, la cual es la que debe prevalecer como principio fundamental en resguardo al interés superior del menor.-

De lo referido precedentemente, debe desprenderse la imperiosa inclusión o la aplicación por analogía del beneficio de prisión domiciliaria a los padres que tengan hijos menores de cinco (5) años a su cargo, tal como se le concede a las madres que se encuentran en las mismas condiciones, todo ello en resguardo del menor que no debe pagar con su libertad, ni debe quedar en situación de desprotección y privado de crecer junto a sus progenitores, cuando uno de ellos se encuentre purgando una condena de privación de la libertad.-

OBJETIVOS GENERALES

- 1) Demostrar la insuficiencia normativa en lo referente a la no contemplación de determinadas circunstancias que también tornarían factible la aplicación del beneficio de la Prisión Domiciliara.-
- 2) Analizar las causas y razones que arribaron a que en el Sistema Normativo actual, no se encuentra incluida en su articulado la “figura paterna” en el beneficio de Prisión Domiciliaria en el caso de padres con hijos menores de cinco (5) años, tal como se encuentra contemplada la figura materna.-

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación y análisis se sustenta, en la figura de Prisión Domiciliaria; dicho beneficio se aplica a ciertos casos exclusivamente establecidos por la norma penal en su Ley 24660 y su modificatoria Ley 26472, Ley de Ejecución Penal. Como su nombre lo describe, la aludida ley es a fin de hacer cumplir ejecuciones penales, las cuales surgen a raíz de una omisión o una acción contraria a derecho, es decir como consecuencia de realizar un sujeto determinado una conducta típica antijurídica culpable. Al ejecutar un actuar contrario a derecho, el condenado es susceptible de ser penado a cumplir una pena.-

1.1. La Pena. Concepto

La pena es una condena, la sanción o la punición que un juez o tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción. “La pena es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito”. (Núñez, R.C. 2009, p. 277). La aludida pena siempre ha de consistir en la pérdida de un bien del delincuente. Entra en el concepto la pérdida de la vida, la libertad, propiedad, fama, los derechos o facultades, como la imposición de ciertas cargas penales. La pérdida de bienes es jurídicamente un mal, consecuencia de la privación a la persona de algo que gozaba o la obligación de realizar una carga siendo que no está obligado a realizar (Núñez R.C. 2009). -

Esta pena no es reparadora del mal causado por el delito cometido, ya que no compone la ofensa cometida; la pena es retributiva porque con ella la sociedad responde a la ofensa que violando su deber de no realizar un delito determinado, omitiendo el deber de no delinquir, el autor lo infringe. La pena por lo tanto es retribución a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad penal, por lo que es de dejar más que destacado que la pena es intransferible, no puede trascender a personas que no sean culpables, solo el condenado al cumplimiento es susceptible de purgarla. (Núñez R.C. 2009) .-

La finalidad de la pena es lograr que el condenado pueda y adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, a fin de posibilitar su adecuada reinserción social, evitando de

esta manera que recaiga y reincida en su actuar contrario a derecho, todo ello mediante el cumplimiento efectivo de una pena (lo que se le llama coacción penal); al mismo tiempo la pena actúa preventivamente respecto de los demás miembros de la sociedad, lo cual trae aparejado el fin general de la pena, hacer que los demás miembros de una comunidad no realicen actos contrarios a derecho. (Núñez R.C. 2009). -

La pena al mismo tiempo de ser una sanción (aplicada al sujeto que realizó una conducta contraria a derecho), es también una garantía constitucional. La Constitución de la Nación Argentina confiere a los habitantes de nuestro territorio las siguientes garantías: Art. 18, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, el mismo articulado manifiesta que quedan abolidas las penas de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y azotes; hace mención que las cárceles deben ser lugares limpios y sanos para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas. (Art. 18 Constitución Argentina). -

Establece el principio de humanidad de las penas, conformados por las garantías Constitucionales y los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional los cuales se encuentran incorporados en el art 75 inc. 22. A partir del mencionado principio se prohíben los tratos y las penas crueles, inhumanas y degradantes, excluyéndose las penas corporales así como también aquellas penas cuya inhumanidad o crueldad no reside solo en que el mal impuesto por la pena importa un sufrimiento físico, como los tormentos y azotes. Se establece que la finalidad principal de la pena privativa de la libertad es la reforma y la readaptación social del condenado, disponiéndose que toda persona privada de la libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad de todo ser humano. (Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).-

1.2. Prisión Domiciliaria. Concepto

Como manera inicial para poder comprender cabalmente los temas que se tratarán en el capítulo citado y en los sucesivos que se desarrollarán en la investigación efectuada, debemos considerar lo que es en si la Prisión Domiciliaria, en razón que la figura mencionada será el pilar y base de toda el trabajo a desarrollar, todo ello a los efectos de poder discernir lo que se intenta expresar y demostrar a lo largo del análisis.-

Como manera preliminar se debe tener presente que la figura surge a partir del día 17 de diciembre de 2008, en el marco que el Poder Legislativo aprobó la Ley 26.472, que modifica tanto la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad como el art. 10 del Código Penal, ampliando los supuestos en los que se podrá sustituir el encierro en prisión por arresto domiciliario, con el objeto de evitar el encierro carcelario de los colectivos más vulnerables y de aquellos grupos que merecen una especial protección, como son las mujeres embarazadas, las madres con hijos menores a cargo menores de 5 años o de una persona con alguna discapacidad que se encuentren a su cargo, las personas mayores de 70 años y los enfermos.-

La institución de prisión domiciliaria se trata de un beneficio que constituye una de las formas que el legislador receptó el principio de trato humanitario en la ejecución de la pena, que en nuestro país tiene expresa consagración normativa en la Constitución Nacional, art. 75 inc. 22; declaración Americana de los Derechos del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos del Humanos; Pacto de San José de Costa Rica en su art. 5.2.; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. 10; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes. La atenuación a los efectos del encierro es fruto de un anhelo que se instaura socialmente a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al mismo tiempo se consagran Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Sentenciados (Ginebra 1955) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU).-

La prisión domiciliaria, no constituye la eximición de la pena impuesta ni su suspensión, sino como claramente surge de su nombre y de su ubicación en la legislación, se trata de una alternativa para situaciones especiales de prisión, en los que los muros de las cárceles son

sustituidos por un encierro en el domicilio fijado bajo el cuidado de otra persona o institución destinada a controlar el aislamiento referido. (Laje S. – Alasino A. 2010).-

La nueva redacción del art. 32 de la Ley 24.660 (texto s/Ley 26472) establece lo siguiente:

“El Juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria en los siguientes supuestos:

- 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 (70) años;
- e) A la mujer embarazada;
- f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”

La nueva regulación agrega cuatro supuestos a los existentes con anterioridad, que se limitaban a internos mayores de 70 años (supuesto inc. d) y a los que padecieran una enfermedad incurable en período terminal (supuesto inc. b).

Con la nueva regulación, los dos primeros supuestos hacen referencia a personas enfermas, pero mientras el segundo habla de “enfermedad incurable en período terminal”, el primero prevé el arresto para las personas enfermas cuando el encierro carcelario “les impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia”. Se trata de un supuesto más amplio, que no exige un riesgo de muerte inminente de la persona, sino que prevé el arresto domiciliario para personas enfermas cuya dolencia no pueda ser tratada adecuadamente en prisión. La

previsión legal puede incluir multitud de casos, puesto que la cárcel no constituye un lugar idóneo para tratar adecuadamente las enfermedades.-

Respecto al caso del interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal, como se ha indicado, se trata de un supuesto ya existente con anterioridad en la Ley 24.660, que sin embargo a menudo encuentra muchos problemas de aplicación, prueba de lo cuál es la gran cantidad de internos que mueren a causa de HIV-SIDA o de otras enfermedades incurables mientras permanecen en prisión. En el Centro Penitenciario de Enfermedades Infecciosas existen numerosos casos de decesos a causa de estas enfermedades, en algunos casos los enfermos de estas patologías son derivados a hospital extra muros pocos días antes del fallecimiento. El tercer inciso prevé la sustitución del encarcelamiento por arresto domiciliario para el caso de personas discapacitadas cuando el encierro carcelario implica un trato indigno, inhumano o cruel. Este supuesto será de aplicación a todos los casos de detenidos con movilidad reducida o alguna otra discapacidad (ceguera, sordera, etc.) que les impida desarrollar las actividades cotidianas del penal (trabajo, educación, recreación) o que necesiten una asistencia permanente de otra persona que la institución carcelaria no puede brindar².

El supuesto del interno mayor de 70 años no presenta mayores problemas de interpretación, puesto que la edad constituye una condición objetiva del sujeto.

El quinto supuesto relativo a la mujer embarazada constituye una novedad introducida por la reforma, y parte de la premisa reconocida por todos los especialistas de que la cárcel no es un lugar adecuado para una mujer gestante.

Por último, el sexto supuesto en que se prevé la sustitución del encarcelamiento por arresto domiciliario es el de la mujer madre de un niño menor de 5 años de edad o de una persona con discapacidad a su cargo. Este caso parte del reconocimiento del papel fundamental de la madre en la crianza de los hijos, sobre todo los de corta edad. Por otro lado, supone una aceptación de los señalamientos acerca de los efectos nocivos que la cárcel tiene sobre los menores de 4 años, cuestionando de esta forma la única “solución” que preveía la Ley 24.660, consistente en el encierro de los hijos junto a sus madres. La nueva regulación resulta

² Procuración Penitencial de la Nación. En defensa de los Derechos humanos de personas privadas de su libertad. Recuperado de <http://www.ppn.gov.ar/?q=info-arresto-domiciliario.->

mucho más razonable, al disponer la salida de la cárcel de la madre, en vez del ingreso de su hijo³.

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 otorgan a los colectivos más vulnerables, debe llevar a considerar que los jueces deberán disponer la sustitución del encierro en prisión por el arresto domiciliario siempre que se den los supuestos establecidos por la ley, salvo casos excepcionales y con la debida motivación. En otros términos, la concesión del arresto domiciliario debe ser interpretada como una facultad discrecional del Juez, y al mismo tiempo como un derecho de las personas en conflicto con la ley penal que se encuentren en los supuestos descritos por la ley. Debe aclararse que la ley menciona “podrá” el juez como facultad pero no es una obligación a la cual debe imponérsele la aplicación por parte del magistrado, a todos los casos en los cuales los condenados pretendan obtener el beneficio, sino que por el contrario debe efectuarse un análisis profundo a los fines de poder dilucidar si el caso planteado es digno de poder conceder la prisión domiciliaria, por lo tanto la prisión domiciliaria no puede ser otorgada de manera automática sino por el contrario, debe ser estudiada y evaluada por el Juez de Ejecución o el Juez competente.-

Por otro lado, si bien la Ley 26.472 ha enumerado los referidos seis supuestos de sustitución del encierro carcelario por arresto domiciliario, no debemos entender que dicha enumeración constituye un numerus clausus. Por el contrario, ante algún caso que no esté previsto en la textualidad de la ley, pero sí encuadre en su “espíritu” por involucrar a personas con un elevado nivel de vulnerabilidad, se deberá promover una interpretación amplia, acorde con los principios de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos a ella incorporados.-

Con lo enunciado precedentemente se intenta probar la situación de vulnerabilidad del menor cuyo “padre” figura paterna del vínculo familiar, igualmente importante por ser un pilar de su formación en los casos en que dicho progenitor sea el sustento y la única persona que cuida, protege y forme al menor que en razón de ser su padre condenado a cumplir una pena

³ Procuración Penitencial de la Nación. En defensa de los Derechos humanos de personas privadas de su libertad. Recuperado de <http://www.ppn.gov.ar/?q=info-arresto-domiciliario.->

Privativa de Libertad, quedaría en total desamparo como si se tratara de un menor cuya madre se encuentre condenada a la pena en cuestión; por tal motivo es de destacar que la figura de desamparo, vulnerabilidad se encuentran en juego sea madre o padre el condenado, lo que deja al descubierto la falta de regulación de la figura paterna en dicho articulado. Lo que se intenta resguardar por la Ley 26472 en su Art. 32 inc. f) es el Interés Superior del niño⁴. -

1.3. Naturaleza Jurídica:

“Pesa sobre los Estados por intermedio de los establecimientos penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta con el respeto a sus vidas, salud e integridad física y moral. La seguridad es un deber primordial del estado, no solo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia, sino también la seguridad de los propios penados”. (Laje S. – Alasino A. 2010. Pág. 234).-

“Tal derecho, como lo estipulan las normas internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país en sus art. 75 inc. 22 C.N. ha de interpretarse como el derecho de toda persona al más alto nivel de vida posible de salud física y mental”. (Art. 12. 1 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales). -

Consecuentemente en el citado Pacto, en su preámbulo respectivo afirma que:

Los Estados partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a

⁴ Procuración Penitencial de la Nación. En defensa de los Derechos humanos de personas privadas de su libertad. Recuperado de <http://www.ppn.gov.ar/?q=info-arresto-domiciliario.->

cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (..) Preámbulo. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales.

Como se puede ver la Institución de Prisión domiciliaria, es un beneficio que podrá ser otorgado por el juez de ejecución o por el juez competente a quienes lo soliciten, siempre que se encuentren alcanzados por los supuestos establecidos en el art. 32 de la ley 26472.-

1.4. Análisis de cada supuesto:

El Art. 32 de la Ley 24.660 (texto s/Ley 26472) establece lo siguiente:

“El Juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria en los siguientes supuestos:

- 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;

La Prisión Domiciliaria es un Instituto que constituye una alternativa a la Ejecución de la pena privativa de la libertad en establecimientos penitenciarios. La mencionada figura tiende fundamentalmente a resguardar la obtención de trato humanitario en la ejecución de la pena, por lo que el condenado a prisión privativa de la libertad debe ser cuidado propiciándosele todo lo concerniente a tratamientos cuando esté en un estado de salud que así lo requiera. La redacción de la anterior ley 24660 establecía, en su art. 33° solo el que padeciera una enfermedad incurable en periodo terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria cuando mediare pedido familiar, personal o de institución responsable que haya asumido su cuidado, previo informes médicos, psicológicos y sociales que fundadamente lo justifique⁵.

⁵ Jorge Ignacio Rey. Médico Psiquiatra. Recuperado www.forencelatina.com/prision_domiciliaria_para_enfermos.doc.

Es indudable que lo enunciado en el art. mencionado no era razonable, es impensado aplicar la prisión domiciliaria solo en casos de enfermos terminales, no es razonable que el Instituto solo se aplique en casos de muerte segura, cuando el condenado se hallase afectado por una enfermedad incurable, irreversible y terminal, como así lo contemplaba el artículo analizado. Es de considerar tal como así se efectuó en la nueva redacción del Art. 32 de la Ley 26472, que la prisión domiciliaria no debe limitarse al traslado de una persona para que muera en el domicilio, ya que ello desnaturaliza el sentido humanitario que inspira y persigue la Prisión domiciliaria como alternativa de prisión⁶.-

Consecuentemente es evidente que tampoco sería un trato humano proseguir la ejecución de la pena en prisión, cuando una enfermedad no le permita al condenado soportar la privación de la libertad sin riesgo para su vida o su salud física o psíquica; igualmente cuando se pruebe que dicho encierro en un establecimiento penitenciario sea susceptible de empeorar el estado de salud que se encuentra delicado.

Es dable enfatizar que el cumplimiento de una pena de prisión consiste precisamente en privar al condenado de derecho a la libertad, no a la vida. No puede entonces, convertirse en una pena corporal o privativa de salud, las cuales están constitucionalmente prohibidas. Por lo tanto, si la condena implica, el hecho de un suplicio no dispuesto por los jueces en sus sentencias condenatorias ni permitido por nuestro ordenamiento jurídico penal, y expresamente prohibido por nuestra Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de igual rango constitucional, es prudente otorgar el beneficio de poder cumplir la condena prevista en un lugar humanamente acorde a los fines de resguardar el derecho a la vida y a la integridad corporal, tal como lo establece nuestro ordenamiento jurídico. En algunos casos la prisión, al privar al detenido de la asistencia médica que requiere por su grave estado de salud, realmente transforma a la pena privativa de libertad en

⁶ Jorge Ignacio Rey. Médico Psiquiatra. Recuperado www.forencelatina.com/prision_domiciliaria_para_enfermos.doc.

una pena de muerte, afectando el primero y fundamental derecho que es el derecho a la vida⁷.-

Así mismo, la prohibición de todo trato inhumano o degradante tiene un correlato positivo, que es la obligación de otorgar un trato humano acorde a las necesidades de cada ser humano, indistintamente si es o no condenado a prisión, el valor que pretende tutelar el Instituto de prisión domiciliaria es la salud e integridad física y psíquica del interno, derecho reconocido por los Tratados de Derechos Humanos de jerarquía constitucional; es de destacar que la salud es general y debe alcanzar a las personas internadas en establecimientos penitenciarios, todo ellos en función que el Estado, a través de los servicios penitenciarios tiene la obligación de dar a quienes se encuentran cumpliendo condena o prisión preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta en el respeto de sus vidas, salud integral física y moral.

A manera de conclusión es preciso dejar en claro que la respuesta punitiva tiene como límite cualquier peligro para la salud resguardando la integridad física o psíquica que provenga de la ejecución penal. La prisión domiciliaria no implica eliminar ni suspender la sanción penal en tales casos, sino que determina que ella se cumpla en el domicilio, de forma tal que la pena no se transforme en un trato inhumano o degradante de la persona que padezca una enfermedad que estando en el encierro carcelario ponga en riesgo su vida.-

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.-

El inciso a analizar se encuentra íntimamente vinculado a los dos incisos desarrollados supra, concretamente se argumenta en base a que las cárceles no son un lugar acorde para una persona que padezca algún tipo de discapacidad. La situación de un sujeto que sufra alguna patología, sea o no sea condenado a prisión no es dable que tolere un trato inhumano, cruel e

⁷ Jorge Ignacio Rey. Médico Psiquiatra. Recuperado www.forencelatina.com/prision_domiciliaria_para_enfermos.doc.

indigno, todo ello priorizando el derecho a la vida y a la integridad corporal tal como prima en nuestra norma suprema y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. (Convención Americana sobre los Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 22 de noviembre de 1969. Ley 23.064)

D) Al interno mayor de (70) años.

Este inciso no presenta mayores problemas de interpretación, puesto que la edad constituye una condición objetiva del sujeto, se considera que el domicilio es el mejor lugar para brindarle los cuidados necesarios a una persona de avanzada edad. El juez podrá disponer si así lo estima conveniente, la prisión domiciliaria a las personas de edad avanzada, bajo la supervisión de la medida a cargo del patronato de los liberados o de un servicio social calificado a falta del patronato, a fin de garantizar el cumplimiento de la condena, no se debe confundir este beneficio con una suspensión de la pena, la misma debe ser purgada y debe estar privado de libertad en su domicilio.- .

E) A la mujer embarazada;

El embarazo de una mujer es un estado que merece de un cuidado y una protección especial, este cuidado y amparo se basa en que están en juego dos intereses que prevalecen ante cualquier interés y ante cualquier situación; los intereses que se encuentran tutelados son el interés de la vida de la madre como la del por nacer, que se desarrolla día a día en el seno materno. Del cuidado dado a esa madre, depende la vida que se está formando en el vientre materno, lo que no es poca cosa, sino que por el contrario, se habla de un derecho a la vida que es primordial.

Es evidente que las cárceles no son un lugar adecuado para que una mujer embarazada transcurra sus nueve meses de embarazo, ya que no se pueden garantizar los recursos médicos indispensables, una dieta acorde para alcanzar un nivel alimentario saludable, higiene, vestimenta, sumado al estrés vivido en situación de encierro, los cuales tienen incidencia directa en el por nacer. El pensar en un alumbramiento en un servicio penitenciario, trae aparejado una negativa al encontrarse la madre privada de libertad, es impensado que un menor pueda tener un nivel de vida adecuado al estar en un lugar de estas

características.- Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo*. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731

F) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”

El inciso en cuestión posee una relevancia directa con el apartado tratado anteriormente, en atención que las mujeres con hijos o hijas pequeños en prisión produce una ruptura del grupo familiar y el aislamiento de las detenidas de sus afectos primarios, los cuales dependen de la misma para su cuidado y crecimiento.-

Si bien es cierto que la posibilidad de llevar a sus hijos o hijas a prisión puede reducir las consecuencias negativas de la separación, no es menos acertado que el encierro conforma un factor de riesgo adicional para el grupo familiar especialmente por el menor que es el que se encuentra en una etapa en formación. Existen informes que hablan sobre el impacto en lo que trae aparejado la separación del menor con su progenitora, se ha señalado que las niñas y niños experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales tales como depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión y problemas de alimentación, entre otras patologías, que dichos menores pueden llegar a padecer a causa del aislamiento.-

El encarcelamiento de la madre produce una situación de aislamiento del menor con su progenitora, la cual como ya se anticipó es desfavorable para el niño, ante la necesidad de impedir el menoscabo del contacto familiar y a fin de impedir que el niño pierda el contacto directo y permanente con su ascendiente, obliga a los menores a mudarse disgregadamente con parientes alternativos, sin contar los niños que ante la falta opciones validadas son institucionalizados. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo*. Revista Abeledo Perrot. Pág. 722-731.-

Al mismo tiempo como contraposición de lo mencionado, ante pensar en la separación del menor con su progenitora, el hecho de pensar en que ellos puedan permanecer con sus madres en la cárcel no es la mejor opción, en el ámbito carcelario los menores deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres, sumado al momento difícil que se da

cuando esos niños alcanzan la edad límite para permanecer en el establecimiento penitenciario, es en ese momento que tienen que afrontar la separación con su madre y la inserción en un ámbito desconocido para ellos.-

Es indudable que ninguna de las situaciones planteadas son acordes para que un niño crezca sano, formado psíquicamente con valores firmes apoyados por el ámbito de sus vivencias, sino que todo lo contrario, las cárceles y la separación de su madre son situaciones negativas y perjudiciales para cualquier niño.-

La complejidad de esta problemática obliga a la comunidad jurídica en general, a la inminente defensa pública de esta particular a tratar, a reflexionar sobre lo hasta aquí desarrollado, todo esto a favor de la concesión de medidas alternativas al encierro en prisión en caso de mujeres embarazadas o con hijos menores a 5 años de edad. El interés que se debe perseguir es el de resguardo de los derechos de las mujeres embarazadas y de los menores que teniendo sus padres privados de libertad, ellos no deben cumplir ni purgar condena alguna a la sombra de sus madres. Como es sabido el derecho penal tiene como principal límite la intransferencia de la pena, es decir que nadie debe purgar una pena por otro ni muchos menos extenderse hacia un inocente como son los casos planteados, en los cuales los niños son vulnerables e indefensos. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

1.5 Interés superior del niño - Supuesto no contemplado de padres con hijos menores de cinco (5) años –

Todo niño es un ser vulnerable que merece protección de parte de sus progenitores, de sus familiares más cercanos, de toda persona adulta que pueda brindarle contención y cuidado.-

La infancia es uno de los estadios más importantes del ser humano, es una etapa en la cual se produce su principal desarrollo tanto físico como psíquico, es también en la niñez en donde el infante se encuentra en el estado de mayor desprotección y vulnerabilidad de un ser humano. Esta situación pueden verse agravada por distintos factores que influyen al crecimiento del niño, tal es el caso de las situaciones socioeconómicas, en las que se encuentran muchas

familias de nuestro país y del resto mundo, las cuales no alcanzan a cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestimenta, hogar, educación entre otras. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

Sumado a esta problemática económica, se encuentra otra problemática que de manera similar es dable de un trato primordial y especial; que son los niños que se encuentran en situación aún más degradante, condiciones que padecen los niños privados de libertad. Esta es una medida extrema que atenta al máximo principio de humanidad, tiene como sujeto no solo a los niños en conflicto indirecto con la ley penal, a razón de ser hijos de padres condenados a prisión privativa de la libertad, sino también a ellos que padecen de manera indirecta todo lo que les toca vivir a sus progenitores en alusión a un actuar insatisfactorio y contrario a nuestro orden jurídico. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

Estos niños sufren los mismos efectos negativos de la condena de los mayores, situación que incide directamente de manera negativa en la formación de su personalidad. No hace falta analizar ni realizar una investigación exhaustiva para afirmar que las cárceles no son un lugar acorde y saludable para el crecimiento y desarrollo de un niño, sino por el contrario es fácil advertir que un ser indefenso y con tan corta edad no puede permanecer ni crecer en una unidad penitenciaria, no es ilógico pensar en que ningún ser humano puede hacer de una cárcel un lugar para vivir, en el cual tenga el centro de su vida, de sus días y más aun que dicha unidad penitenciaria sea la vida de esa persona, sin conocer el mundo que lo rodea, siendo ese mundo y esa realidad el acorde para su desarrollo siempre y cuando el mencionado crezca con una contención y cuidado acorde a sus necesidades básicas.-

Por lo cual es menester afirmar que ningún infante puede crecer y permanecer en un sitio tan inadecuado como son las cárceles, las mismas carecen de una infraestructura acorde y principalmente falto de libertad, derecho constitucionalmente garantizado para todo persona y más si esa persona es un menor de 5 años, es dable afirmar que a ninguna persona se le puede negar la libertad injustificadamente y menos aun cuando esa libertad se encuentra limitada por un hecho ajeno a él, tal es el caso que atañe a esos niños los cuales no han

cometido ningún delito, sino que por el contrario, tienen que padecer los hechos ajenos a ellos cometidos por sus progenitores.-

Los niños que crecen en este ambiente, en los establecimientos penitenciarios, se encuentran en una gravísima realidad, envueltos de un contexto que debe ser protegido y analizado por nuestro ordenamiento jurídico, a fin de poder impedir que niños inocentes crezcan en lugares de estas características, insanos y poco acorde a sus necesidades, es de precisar que el tema en cuestión en lo atinente al resguardo del interés superior del niño, se encuentra abordado en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos y consagrados en los derechos del niño, todos ellos con jerarquía constitucional. Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea Gral. Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989. -

Lo que verdaderamente debe prevalecer en el análisis a tener consideración, es que se está hablando de menores, niños de tan corta edad que carecen de auto protección, de auto cuidado y de auto subsistencia, lo que deja al descubierto que necesitan del cuidado de sus progenitores, lejos de una vida indigna e inhumana, alejados de un mundo rodeado de delincuentes, de personas que no son un modelo a seguir, aun cuando pensamos que las cárceles son para rehabilitación de los condenados, no son un espacio para un niño que crecerá en base a lo vivenciado y tomará parámetros normales a ciertas vivencias que no deben ser tomadas como habituales.-

Lo que se trata de plasmar es que lo que verdaderamente debe prevalecer en este marco de situaciones, es el interés del niño. La tarea de hacer justicia es de carácter público, por lo cual el Estado tiene la función de legislar, prevenir y juzgar delitos. Todos los poderes estatales conjuntamente con la constitución conforman un sistema de decisiones en procura de ciertos objetivos, esos objetivos deben alcanzar satisfactoriamente la protección de los derechos de los individuos de manera particular a cada uno de ellos, como miembros de una comunidad y colectivamente como piezas de la sociedad unificada. De esta manera la política criminal es la que expone las conductas de los individuos que deben ser prohibidas y como consecuencia de violar dicha prohibición deben ser castigados por su actuar inadecuado. Es así que pesa sobre el Estado la obligación de garantizar los derechos de los ciudadanos, por lo tanto, el incumplimiento o ruptura del orden social genera la responsabilidad de reprimir esa conducta

antisocial o disvaliosa ya que toda conducta antijurídica penalmente típica, genera su consecuente castigo. (Núñez R.C. 2009).-

El órgano estatal funciona conjuntamente con las demandas sociales, si se produce un acto antijurídico debe este obrar ser sancionado y penado, no obstante a lo expresado en el apartado anterior, ese resguardo social y esa sanción impuesta al condenado por su actuar contrario a derecho, debe tener un límite, ese límite pueda que otorgue beneficios a la persona penada; no se trata de una suspensión de la condena, sino que en los casos en que el condenado a prisión privativa de la libertad tenga bajo su cuidado un menor de 5 años, tal como lo expresa la Ley 26472 en su artículo 32 inciso “f”, puede solicitar el otorgamiento de la prisión domiciliaria, todo ello en razón de proteger al menor que de ser ese progenitor el único sustento tanto económico como emocional y de ser este el único familiar a su cargo quedaría en absoluta desprotección.-

Es por ello que el verdadero espíritu de la ley es de proteger el interés superior del niño, en tanto que el mencionado principio también conocido como interés superior del menor, se trata de un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, acorde al objetivo primordial de la ley es que darle al menor un sustento en todos los ámbitos de su vida alcanzando las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar completo y cabal acorde a las necesidades básicas.-

Se trata de una garantía que las niñas y los niños tienen derecho a que, ante la situación de tomar alguna medida respecto de ellos, se adapten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen menoscabándolos. El interés superior del niño debe perseguir que dicho interés prime sobre cualquier interés, este debe prevalecer ante todos, es un principio porque ante varias disposiciones jurídicas, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera efectiva el interés superior del niño y es una norma de procedimiento en atención que siempre que se deba tomar una decisión que no afecte al interés de niños y niñas, todas las decisiones que se lleven a cabo por las normas legales y por el propio Estado deben ser evaluadas para su implementación en razón de no menoscabar el interés de los menores; dando siempre a los niños el principal cuidado y velando por sus derechos, los que

deben ser respetados ante cualquier norma que se desee aplicar. Esa evaluación y determinación ejercida por los legisladores al sancionar leyes, debe estar siempre encauzada a que los derechos de los niños, debe ser aplicada bajo la óptica de resguardo primando el interés superior de los menores los cuales se encuentran abalados por las correspondientes garantías constitucionales existentes para su aplicación inviolable.-

Cuando se habla de resguardo, cuidado, protección, amor y de formación del menor, no se habla de género ni de persona acorde a desempeñar esa función de manera optima, lo que prima es que el niño sea un ser amado, respetado, cuidado, formado, educado, que crezca con valores seguros, sin distinción ni imposición de persona idónea para cumplir esa función, por lo que cuando la ley al especificar que toda madre con hijos menores de 5 años puede ser susceptible de solicitar el beneficio de prisión domiciliaria, carece de sustento, ya que en la actualidad existen casos de niños bajo el cuidado de padres, siendo este el único sostén económico y espiritual del mismo, por lo que esos progenitores paternos deben poder gozar del mismo beneficio que la progenitora materna.-

Parecería que la norma cuestionada realiza una restricción a solo un progenitor, beneficiando la madre y no al padre del menor que puede encontrarse en las mismas dificultades ante ser condenado a prisión privativa de la libertad, dificultad que recae indirectamente a la figura del niño, siendo este un ser vulnerable que en caso de ser condenado su padre al cumplimiento de una pena efectiva de prisión, quedaría en desamparo ante los ojos del mundo, esto sucedería en caso de ser este progenitor el único que se encuentra a cargo del cuidado del niño. Es dable recordar que es el interés superior del niño el que merece especial trato y consideración, este aspecto es de particular protección por la Convención de los Derechos del Niño. La misma establece en su art. 3, párr 1: “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 la que se atenderá será al interés superior del niño⁸”. La prevalencia del interés debe ser indistinto si el progenitor que se encuentre cuidando al menor es madre o parte,

⁸ Art. 3 Párr. 1 – Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

Es contra el instituto que no se haya previsto un supuesto de prisión domiciliaria para el padre, que en reemplazo de la madre, por la razón que fuese, cumpla idéntico rol de cuidador principal del menor. Es acorde pensar en la figura materna, ya que es cierto que dicha función recae tradicionalmente en la figura de la madre, pero al mismo tiempo no debemos dejar de contemplar e imaginar supuestos en los que el rol de cuidado se encuentre en cabeza del padre. Por lo que es de considerar que la exclusión de los hombres que hace la ley al momento de señalar los requisitos para conceder el instituto de prisión domiciliaria, podría ser considerada como una situación de discriminación, contraria al principio de igualdad ante la ley que pondera nuestra Constitución Nacional. –

Se demuestra un tratamiento diferenciado para la mujer, la cual deja al descubierto estereotipos de género, en tanto le asigna una función preponderante en la esfera doméstica, lugar en el cual nada obsta que un hombre pueda suplir esa labor encabezada por la figura femenina, aquí no se trata de sexo femenino o masculino, sino por el contrario aquí debe hablarse de cuidado, respeto, sustento y protección de un niño que está en manos de esa persona, el cual se encuentra en situación de entrega por tratarse este de una persona indefensa y frágil, sin entrar en consideración el género ni el rol que socialmente debe desempeñarse por tratarse de madre o padre; es por ello que en definitiva nada impide que los hombres puedan solicitar el instituto de prisión domiciliaria en estos casos. Gómez Miralles, J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

Con certeza se afirma en base a los argumentos propiciados, queda plasmado de manera indiscutible que a partir del interés superior del niño, lo relevante radica en la posibilidad de favorecer el contacto con sus progenitores, tratándose en algo fundamental para su desarrollo, sumado a esto se debe agregar la necesidad de evitar la trascendencia de las penas hacia una persona distinta al condenado, aparece la imperiosa necesidad de encontrar una solución en los casos de que se encuentre en juego la libertad de un niño como consecuencia del encierro de su progenitor, ante esta situación resulta una primera alternativa la cual se obtiene a través de la reforma legislativa incluyendo la figura del padre o simplemente haciendo referencia a que son susceptibles de obtener la prisión domiciliaria los progenitores, sin especificar madre o padre, otra alternativa a la solución de dicha problemática sería la paliación por analogía de

la norma in bonam partem. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

Conclusión

Principalmente es de enfatizar que la pena Privativa de Libertad constituye una ecuación simple, comprobado un hecho delictivo corresponde una condena, una sanción legal jurídicamente impuesta al autor del hecho delictivo, como consecuencia de su actuar contrario a derecho. Sin su hecho reprobable no hay pena, ese hecho realizado se encuentra tipificado en la norma legal, la cual da sustento legislativo para incoar el cumplimiento de la pena impuesta.-

Tal como se ha desarrollado, existen casos excepcionales en los que ciertas prerrogativas legales dan un trato distintivo a la condena de privación de la libertad, tal es el caso de la Prisión Domiciliara, la cual se encuentra regulada en la Ley de Ejecución Penal Ley 24660 y su Modif. Ley 26472, en los que en determinados supuestos existe la posibilidad de solicitar dicho beneficio por cuestiones de contemplación taxativamente estipulada.-

Ese beneficio de solicitar la prisión domiciliaria no constituye una suspensión de la condenación en la pena impuesta, sino que en razón a determinados procesos, los que poseen una característica especial, son susceptibles de cumplir la condena privativa de libertad en un domicilio particular, en donde el prisionero se hallará purgando la condena en condiciones estipulables y acordes al caso determinado. Todo ello bajo el control específico, tipificado en la norma legal a través de leyes, articulados y tratados de jerarquía constitucional a fin de poder cumplir con el aislamiento instruido en condiciones humanas dignas propias de todo ser humano, resguardando al condenado y en caso de existir un menor bajo su cuidado priorizar ese niño sin menoscabar su integridad.-

CAPITULO II
REGULACION LEGAL- INTERES A
RESGUARDAR- AMBITO CARCELARIO

Regulación Legal – Interés a resguardar- Ámbito carcelario

Introducción

La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ha sido objeto de nuestro derecho interno y de numerosos documentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional. El resguardo de los menores es una garantía al mismo tiempo de ser un derecho que los mismos poseen frente a nuestro ordenamiento jurídico vigente. El paradigma accionado fue promovido por amplios movimientos sociales a favor de los niños y adolescentes, consecuentemente al modelo a seguir, se receptan tratados y convenciones reconociéndolos como verdaderos sujetos de derechos, a los que el estado y su seno familiar deben proteger y otorgarles un nivel de vida sano, digno y acorde a sus necesidades básicas, las cuales harán de ese niño un ser pleno y formado con valores inquebrantables.-

Al mismo tiempo se deben garantizar condiciones dignas de trato humanitario a todo ser por su condición de persona, sin distinción si es condenado o no, no importa si ha cometido un delito, solo debe tenerse presente que independientemente de la condena a cumplir este debe ser resguardado y protegido mediante garantías y derechos que el Estado proporciona a sus ciudadanos.-

2.1. Derecho de origen Interno: Constitución Nacional Argentina – (Arts. 16, 18, 119). Código Penal Argentino. Ley 24660 y su Modif. Ley 26472.

Al enfatizar en el derecho interno, no se debe dejar de realizar un análisis Constitucional, nuestra norma suprema es la encargada de regular nuestro ordenamiento jurídico, otorgando una regulación cabal y haciendo que sus articulados sean respetados sin dejar nada afuera de su regulación. Uno de los principios fundamentales plasmados en la Norma Suprema, es el principio de igualdad ante la ley, el cual se encuentra contemplado en su Art. 16 que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento. Instituye que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley. Este principio de igualdad o igualdad jurídica es la prohibición del otorgamiento por ley de privilegios a personas determinadas, se basa en infundir un trato igualitario a todos los habitantes de la nación, los cuales se hallan en iguales condiciones sin distinción de género, color ni condición social, todo esto plasmado a fin de evitar caer en la

figura de discriminación, es decir que no responda a criterios injustos, estigmatizantes o persecutorios. Todos los habitantes serán iguales ante la ley, la igualdad es la base de una nación con derechos, en los cuales todos tienen el derecho y deber de poder acceder a los valores de justicia, esta igualdad de constitución es una igualdad absoluta que debe ser resguardada fundamentalmente ante el intento de violación del principio tutelado y garantizado.-

El Art. 18 -in fine- del mismo plexo legal, expresa que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los penados en ellas. La idea condicionante de este articulado, resguarda la dignidad de todo ser humano, aun cuando este se encuentre purgando una condena privativa de libertad, esa dignidad debe enfatizar en el trato humanitario, racional e igual aun cuando este alla delinquir y tenga el deber de permanecer en encierro por un actuar violatorio al régimen jurídico. El Derecho penal, basado en nuestra Constitución, debe respetar la dignidad del ser humano, lo cual se encuentra contenido en el articulado a analizar, en cuanto prohíbe la aplicación de la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y azotes. En cuanto a las condiciones de las cárceles, estas deben ser un lugar que sirva para la seguridad; no para el castigo de los reos detenidos en ellas. El principio de re sociabilización implica que el condenado vuelva a la vida en comunidad poseyendo la convicción de que debe respetar la ley, esta es la condición esencial para que las relaciones grupales se relacionen armónicamente.-

El Art. 119, hace mención a que la pena en los delitos de traición a la Nación no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se extenderá a sus parientes de grado. (Es menester aplicarlo también a los delitos de instancia privada). Lo que aquí debe destacarse es el principio de intrascendencia de la pena por el cual nadie puede ser penado por los actos de otro y debe trascender lo menos posible de su autor. Es un principio que se encuentra desarrollado en las constituciones de gran parte del mundo, lo que se trata de impedir es que la pena trascienda de manera directa a miembros de su familia, a pesar de ello, es razonable pensar que la pena de un sujeto, afecta necesariamente a su grupo familiar y a las personas que le tiene afecto o que de forma estrecha se relacionan con él, esto es entendible que al existir lazos fuertemente enraizados en una familia, el hecho de tener un familiar privado de la libertad inevitablemente causa un estado negativo para ese grupo familiar, lo que aquí se

intenta plasmar es que se tiene que evitar que la pena trascienda a terceros excediendo el marco racional constituyendo como consecuencia una sanción para estas.-

Código Penal Argentino. Ley 24660 y su Modf. Ley 26472.

En el año 2006, las diputadas nacionales Diana Conti del Frente Para la Victoria y Marcela Rodríguez, por el ARI presentan un proyecto de ley para la contemplación del beneficio de prisión domiciliaria a las mujeres embarazadas y madres de niños menores a 5 años. Este proyecto tuvo que esperar un año para su debate parlamentario y un año más para su sanción, por lo cual comienza a regir a partir del año 2008.-

Al conocerse este proyecto existieron debates al respecto. Se sostenía que la pena de la mamá no debía trascender al hijo, quien en esta última instancia recibía una sanción indirecta. Esta es la derivación de la garantía constitucional de intranscendencia de la pena, pero también de los derechos fundamentales del niño. Se consideró la reforma en cuestión de manera optima para la sociedad y fue así que a partir del 17 de diciembre de 2008, comienza a regir la nueva ley 26472, que modifica la antigua ley 24660 en su art. 32, contemplando nuevos supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria.- Los incisos e y f de dicho articulado estatuyen que el juez de ejecución o el juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria a la mujer embarazada y/o a la madre de un niño menor de 5 años. Con anterioridad a la sanción de la ley 26472, el otorgamiento de la prisión domiciliaria a mujeres embarazadas o con hijos menores de 5 años, no estaba establecido taxativamente en la norma vigente, sin embargo dicho régimen alternativo se aplicaba toda vez que las circunstancias del caso concretamente lo convertirían en la solución más favorable para proteger los derechos que se encontraban vulnerados, con especial hincapié en el interés del menor que se encontraba bajo encierro junto a su madre. Al realizarse la reforma analizada, los supuestos en cuestión pasan a estar taxativamente enunciados en el nuevo articulado, evitando así análisis previos y otorgando el beneficio en los casos que abarcan la circunstancia resaltada.-

2.2. Derecho de Origen Internacional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - (Art. 72 inc. 22). Declaración Universal de los Derechos del

Hombre. Convención Americana de los Derechos Humanos – (Art. 5 inc. 3; 17).
Convención Americana de los Derechos del Niño – (Art. 2; 3 inc. 1). Ley de Protección
Integral de los Derechos de Niñas y Niños Ley 26061 – (Art. 1; 3)

En la actualidad existe una importante cantidad de principios e Institutos Jurídicos, los cuales se encuentran contemplados en la C.N. Art. 72 inc. 22: tales como: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) en su Art. 5 inc. 3. se refiere a que la pena no puede trascender a la persona del penado, el Art 17 hace mención a que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y esta debe ser protegida por la sociedad misma y por el estado. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en su Art. 3 inc. 1. específicamente hace mención a que todas las medidas que se tomen concernientes a los niños, las Instituciones, Tribunales, los Órganos Legislativos, Administrativos entre otros, deben priorizar el interés superior del niño. El inc. 2. del mismo articulado legal establece que el estado se compromete a asegurar el niño el cuidado y protección que éste necesite para su bienestar, teniendo en cuenta los deberes y derechos de los padres o tutores, o toda persona que tenga a cargo al menor, siendo responsable legalmente.-

La ley de protección Integral de los Derechos de las Niñas y Niños (ley N° 26.061), en su Art. 1, tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio Nacional, para garantizar el ejercicio pleno de aquellos derechos reconocidos en el Ordenamiento Jurídico y en los tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional. El Art. 3 de la ley mencionada se refiere al Interés Superior, el cual se entiende al interés superior del niño, niña y adolescente, la máxima satisfacción integral y simultanea de todos los derechos y garantías enumerados en la ley.-

2.3. Situación del penado. Instancia del sistema carcelario: Diseñado para aumentar la vergüenza y el dolor?

A manera de comenzar a abordar la temática a desarrollar, corresponde conceptualizar el termino cárcel; “la cárcel se designa histórica y técnicamente al local o edificio en que se alojan a los procesados o encausados (...) y presidio, prisión o penitenciaria, indica a los

destinatarios de la justicia” (Ossorio, 1992, p. 157). “Estas Cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas o de salubridad, no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejercerlas de manera que aumenten ese mal.” (Corega, Acosta y Pizarro, 2001. Pág. 73).-

La situación del penado es uno de los mayores conflictos que padece nuestra sociedad como la de algunos países del mundo. Nuestras cárceles se encuentran superpobladas, colmadas de personas purgando condenas en un estado de total castigo, convirtiendo la pena en un castigo inhumano, todo esto a causa del estado deplorable que las mismas poseen, sumado al trato indigno que las cárceles argentinas brindan a los penados. Tal como lo establece nuestro derecho penal, la pena tiene como finalidad jurídica que el condenado logre comprender que ha actuado contrario a derecho, que adquiera la capacidad para entender que las normas están hechas para ser cumplidas y que la ley está instaurada en nuestro ordenamiento jurídico para ser respetada. Lo que verdaderamente se persigue es la reinserción social una vez que el convicto haya purgado su condena. (Núñez R.C. 2009).-

Atento a las deficiencias consignadas, se debería exigir a las autoridades que propicien todas las medidas necesarias para lograr brindar a los internos un ambiente digno y saludable. La cuestión del castigo debe consistir solo en la falta de libertad que padece el condenado y no someterlo a un trato indigno agravado por las condiciones de falta de higiene, alimentación, habitación, vestimenta, entre otras, sino por el contrario se deben garantizar las medidas de resguardo, contención, salud, visitas, educación, asistencia espiritual. Todo esto trae a colación que el condenado comience a vivir de manera diferente, comience a entender como es un comportamiento correcto, que espiritualmente intente replantearse un cambio para sí y no que a falta de esto, por el contrario, el estar privado de su libertad sea un acrecimiento día a día de rencores y resentimiento, lo que perjudica el fin de la pena, la cual es la reinserción social y que el condenado comience a entender cómo debe comportarse y lo más importante que aprenda a respetar la ley.-

Tal como lo establecen nuestra Constitución Nacional en el art. 18 y los tratados internacionales de derechos humanos, la persona debe recibir un trato digno, acorde a su condición de ser humano, destacándose que las cárceles de la nación deben ser sanas y limpias, lo que inevitablemente, todo trato inhumano y contrario a lo que establece nuestra

constitución debe ser abolido y prohibido. El hecho de ser una persona condenada por haber cometido un delito, no le quita su condición de ser humano, nada debe menoscabar los derechos garantizados constitucionalmente y menos aún los derechos que posee por su condición de hombre. El trato humanizado debe prevalecer ante cualquier castigo o ante cualquier reproche penalmente establecido.-

Si analizamos la vida en las cárceles, se evidencia que existe un submundo dentro de la prisión. Los internos van forjando su propia cultura, diferenciando la manera de expresión con sus pares, utilizando un léxico desconocido para el común de la gente, logrando así poder entenderse ellos por medio de términos propios de convictos. En muchas ocasiones, (para no aseverar que sucede a menudo, haciendo de esto algo cotidiano) el hecho de estar estos condenados juntos, permaneciendo días interminables y años de condena, hacen que se forjen y se unan entre los internos, esto trae en ocasiones consecuencias negativas para la reinserción social a la cual apunta nuestro orden legal, los efectos negativos para la reincorporación del reo en la sociedad son altamente nocivos, si consideramos que estos delincuentes no aprenden en la cárcel a vivir en sociedad, aprenden valores totalmente distintos a los que pretende entablar el régimen de ejecución penal. El contacto permanente del delincuente con otros, en ciertas ocasiones hace que estos acrecienten su delincuencia, todo ello sumado al trato vergonzoso e inhumano que suelen sufrir estos sujetos, hacen que el delincuente acreciente su criminalidad y sea muy difícil su reinserción, la vergüenza sufrida y la falta de trato humanizados hace que en su interior vaya aumentando su dolor, su rencor y su resentimiento, lo que provoca que en muchas ocasiones el delincuente ya habiendo purgado su condena, al salir en libertad vuelva a delinquir, ya que durante años no tuvo un trato sano, acorde a un hombre en rehabilitación, sino por el contrario, el trato inapropiado hace que las consecuencias sean altamente negativas para su persona⁹.-

⁹ Medidas privativas y no privativas de la libertad 1: El sistema penitenciario. Recuperado 11/3/2016. <https://www.unodc.org>

Como ya se ha expresado, corresponde a un principio fundamental la función de la pena privativa de la libertad y persigue, como finalidad primordial la corrección y la readaptación social del condenado. Se debe sustituir, prohibir y abolir la pena-castigo por el tratamiento de resocialización del penado. Nuestra Constitución, contiene un enunciado preciso, que parece incorporar el precepto en las corrientes que hacen a la pena una medida de seguridad y defensa social, pero no un castigo. El objetivo central es proscribir toda medida de crueldad o excesivo rigor que pudiera emplearse contra los presos mientras permanezcan en las cárceles. (Art. 18 C.N.)-

2.4. Protección del menor del Ámbito Carcelario

En los ambientes carcelarios, las mujeres son la minoría, a pesar de ello, la mayoría de las encarceladas son madres, de manera que recluir una mujer que tiene un hijo menor de edad, puede significar la violación de los derechos de sus hijos, en atención a que estos poseen pocas alternativas a seguir, pueden vivir en la prisión con ella o pueden permanecer ‘afuera’ y vivir separados de ella.-

Es evidente que ninguna de las opciones dadas son acordes a las necesidades de un niño ya que si analizamos la primera opción, el vivir a la sombra de sus madres implica que en el ámbito carcelario, las niñas y niños deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto a la protección de sus derechos en materia de educación, salud y vínculos con el exterior, pero con un mayor grado de vulnerabilidad y con un aislamiento social que no es lo óptimo para dar a un niño, aunque este se encuentre al lado de su madre.-

A partir de aquí, se genera una atmósfera de conflictos. El primer conflicto evidente que se deriva de la situación es la vulneración de los derechos humanos de los niños en tanto sujetos de derechos. Se afecta principalmente por el solo hecho de encontrarse en la cárcel, se ve vulnerado el derecho a la libertad del niño o niña. La libertad personal se restringe violentamente. El niño o niña a cargo de su madre privada de libertad, a diferencia de otros niños de su edad a cargo de madres no encarceladas, carece de la posibilidad de circular y moverse con su madre, padre, familiares o tutores sin otra restricción que la garantía de que ello no lo perjudique. Otro conflicto que surge de solo imaginar a un niño viviendo en un penal, es el derecho severamente restringido de propiciar al menor un trato digno, tal como

lo establece el art. 37 CDN, el que instituye en particular que “Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁰”. El art. 20 de la ley 26.061 establece a su turno que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen¹¹”. El mismo principio es receptado en el art. 9, que exige respetar “la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral¹²”. El mismo principio establece otras normas del sistema normativo, las que tienden a la protección de los niños, como el que exige condiciones dignas y equitativas para la crianza del niño o niña, establece protección a las madres en periodos de lactancia, garantizando un embarazo sano, adecuado a sus necesidades.

Es indiscutible que el trato impartido al niño o niña, en el ámbito carcelario resulta indigno. Se puede afirmar que ningún menor puede crecer y permanecer saludablemente en una penitenciaria, a pesar de encontrarse conviviendo al lado de su madre. Lo vivido en ese espacio restringido, falta de libertad, rodeado de personas que no serían el ejemplo a seguir, hace que sea un lugar alejado de lo que un niño puede necesitar.-

La defensa de los niños y niñas ha sido el objetivo primordial en nuestro derecho interno y en documentos internacionales. Conforme lo establecido por las normas que configuran la doctrina o modelo de la protección integral de la infancia, se utiliza la expresión "Niños, niñas y adolescentes" (NNyA) para referirnos a "todo ser humano menor de dieciocho años

¹⁰ Art. 37. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

¹¹ Art. 20 Ley 26.061 - Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y Promulgada el 21 de octubre de 2005.

¹² Art. 22 Ley 26061- Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y Promulgada el 21 de octubre de 2005.

de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad¹³".

De la misma forma, la CIDN reconoce en su Preámbulo que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión¹⁴". Este reconocimiento se reitera en numerosas disposiciones del cuerpo normativo. En el art. 5 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 ampliada¹⁵". En el artículo 7.1 se reconoce "el derecho del niño o niña a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos¹⁶". Al mismo tiempo se obligó al 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 ilícitas¹⁷". La misma norma dispone que incumba a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, todo ello a fin de proteger a ese niño logrando que este crezca en un ambiente sano y saludable. Correlativamente en su art. 9, "establece el derecho de los niños de no ser separados de sus padres¹⁸".

Así mismo la reciente Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes hace eco de las distintas obligaciones, proclamando el derecho a crecer en la

¹³ Art. 1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

¹⁴ Preámbulo. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

¹⁵ Art. 5 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

¹⁶ Art. 7. 1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

¹⁷ Art. 8.1 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

¹⁸ Art. 9 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

familia de origen. Consecuentemente, en su art. 7 la ley menciona: "El padre y madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los organismos del estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiadas para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones sus responsabilidades y obligaciones"¹⁹ Establece en el art. 35 "que se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares"²⁰.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos "el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del vínculo familiar"²¹.-

Sobre esta cuestión, la CIDH concluyó que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia"²². Otros tratados internacionales de derechos humanos reconocen igualmente que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.-

¹⁹ Art. 72 Ley 26.061 - Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y Promulgada el 21 de octubre de 2005.

²⁰ Art. 35 Ley 26.061 - Protección Integral de los Derechos de las Niñas, niños y Adolescentes. Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y Promulgada el 21 de octubre de 2005. Ley 26061.

²¹ Corte Interamericana de los Derechos Humanos. La labor de la Corte Interamericana, desde su instalación en el año 1979, se enfoca en la efectiva protección y promoción de los derechos humanos reconocidos la Convención Americana y los demás tratados internacionales bajo su jurisdicción. A través del análisis de los casos y asuntos que son puestos al conocimiento del Tribunal, éste protege los derechos tanto individuales como colectivos de las personas en las Américas.

²² Corte Interamericana de los Derechos Humanos. La labor de la Corte Interamericana, desde su instalación en el año 1979, se enfoca en la efectiva protección y promoción de los derechos humanos reconocidos la Convención Americana y los demás tratados internacionales bajo su jurisdicción. A través del análisis de los casos y asuntos que son puestos al conocimiento del Tribunal, éste protege los derechos tanto individuales como colectivos de las personas en las Américas.

Conclusión

El resguardo del menor se encuentra minuciosamente regulado tanto en numerosos artículos de nuestro derecho interno, como así también de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Con la creación de estos articulados se deja plasmada la existencia de una protección por parte del Estado, en el que dicho Estado asume un papel activo y garantista en las vivencias y en los posibles acontecimientos que pueden llegar a acaecer en la vida de sus ciudadanos. Cada ser humano merece un trato digno, sin distinción de sus condiciones de vida, pasado vivido, nivel económico ni educativo, no deben existir prerrogativas de género ni edad. El resguardo por parte del Estado por medio de sus leyes se plasma en los distintos cuerpos normativos, distintos solo en el número de articulado y en lo que cada uno desarrolla en sí, pero el fin y la tarea a proteger es la misma, todo va dirigido a la protección de los ciudadanos, sean niños, adolescentes o mayores, sin importar su condición.-

CAPITULO III
RESGUARDO TUTELADO- DERECHO DE LA
FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

Resguardo tutelado del Menor. Derecho de la Familia y de las Personas

Introducción

La figura de Prisión Domiciliaria tiene como objetivo primordial contemplar casos excepcionales, tal es una de los supuestos que en su norma examina la situación de los padres con hijos menores de 5 años. En este supuesto, lo que se tiene como principal interés es la situación que merece contemplación imperiosa a razón de tratarse de un menor de edad, que en caso de que uno de sus progenitores se encuentre condenado a pena privativa de libertad, quedaría en desamparo absoluto si es el progenitor que está a cargo de este, o como consecuencia de ello, ser instituido en algún centro de contención para el niño. Todo ello sin dejar de contemplar la posibilidad de que el infante pueda estar junto a su ascendiente en la penitenciaria, situación que es de total perjuicio para el niño.-

Considerar que un niño sea condenado a coartar su libertad a causa de una situación ajena a él, que escapa de su entendimiento, es totalmente impensado. Estos menores son condenados al encierro por hechos cometidos por sus padres, lo que resulta totalmente dañoso para el menor. La intrascendencia de la pena a la persona del niño debe ser inminente, por lo que la única solución es la prisión domiciliaria. Esta institución tiene por finalidad que el niño siga con la presencia de su progenitor sin menoscabar el derecho a tener una familia y una vida digna. La familia es el centro de su vida, independientemente si se trata de una familia conformada por ambos padres, o el padre o la madre, ese infante debe tener el derecho de ser criado y cuidado bajo la presencia de su ascendiente, el cual es el mejor reflejo para el crecimiento contenido por una familia, su familia, que es el primer centro de sus relaciones sociales.-

3.1. Prisión Domiciliaria y los derechos del niño. Influencia en los menores con relación a sus progenitores

Es dable recordar lo ya enfatizado al conceptualizar que la Institución de Prisión domiciliaria, se entiende como una modalidad de ejecución de las penas privativas de libertad que se efectúa en el domicilio o en un centro especializado (como puede ser en casos de enfermedades), lo cual implica que la condena impuesta se cumple fuera del ámbito carcelario. Resulta claro, en consecuencia, que esta manera de cumplimiento de las penas

privativas de libertad, no se trata de una suspensión -de la ejecución de la condena- que se le concede al imputado, sino que es solo una alternativa que este puede utilizar en casos especiales, los cuales se encuentran contemplados en la ley, por tratarse de cuestiones que merecen una especial consideración.-

La prisión domiciliaria se encuentra prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad, y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitar al condenado sin hacer de la condena privativa un castigo para el reo.²³-

Cabe establecer que el principio penal de trascendencia mínima, o de intrascendencia de la pena, implica que ésta debe ser personal, no debe pasar de la persona del delincuente afectando a los parientes de cualquier grado. Este principio resulta de particular importancia debido a que nuestra legislación contiene pocos paliativos a estas situaciones y la aplicación de prisión domiciliaria a madres -y como se pretende probar en el transcurso de esta investigación- extensivo a padres de hijos menores de 5 años de edad, puede resultar un atractivo interesante en razón que la pena impuesta a estos progenitores alcanza indirectamente a los niños. (Núñez, 2009).-

Resulta esencial resaltar el Principio del interés superior del niño, el que fue consagrado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989. Este principio constituye uno de los pilares en torno al cual se articularán los restantes derechos del tratado, encuentra su origen en el derecho común, ámbito en el cual se ha aplicado esencialmente a fin de que los intereses del menor primen sobre otras personas o instituciones. Como es sabido estos tratados poseen jerarquía constitucional, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, fue incorporado en el art. 75 inc. 22 de nuestra ley suprema, en su última reforma de

²³ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no Privativa de la Libertad. Reglas de Toki. Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990. <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>

1994, lo que trae como consecuencia una categoría de derecho inquebrantable a los ojos de nuestro ordenamiento.-

La norma aludida establece principalmente que todas las medidas que tengan como interpretes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, los órganos legislativos deben rondar en torno al interés superior del niño, nada debe violar o menoscabar el interés particular del menor, en razón de ser éste una persona vulnerable, fácil de dañar y con necesidades imperiosas de protección.-

De este modo, y por decisión de los propios Estados, se deben superar las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todos, relativos a los derechos fundamentales del niño, al propio tiempo regulando los derechos humanos, haciendo hincapié en que cada persona debe ser protegida, siendo el Estado el encargado de propiciar dicha protección mediante las garantías y normas del ordenamiento jurídico. Todo ello pensado en un estado armonioso donde cada sujeto sea único, pensado en una comunidad dotada de derechos intransferibles y garantías inviolables.-

Cuando se habla de resguardo social, de protección por parte del estado, se piensa en un estado garantista, en un estado presente, en el cual debe estar atento a todas las deficiencias que se puedan presentar, a fin de subsanar todo aquello que perjudique y todo lo que sea nocivo para la comunidad y más aun si esa comunidad afectada son niños menores, los cuales carecen de autoprotección por ser seres indefensos dotados de vida pero siempre a la espera de un sustento de parte de un adulto o del estado mismo²⁴.-

El interés superior del niño ha sido el pilar de este estado garantista y de este ordenamiento jurídico, el mismo lo ha definido académicamente como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad y en general de todos sus derechos²⁵. Aquí no solo se pretende favorecer los derechos del niño, sino también recalcar,

²⁴ Art. 16;18;19;31;33;41;75 C.N.

²⁵ El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. S. Alegre. S. Hernández. C. Roger. Marzo 2014. Recuperado 8/03/2016. <http://www.sipi.siteal.org>.-

como ya se anticipó, la vulnerabilidad de un grupo específico de personas que no están en condiciones de conocer o de hacer valer sus derechos, careciendo por si solos de influencia social, lo que los deja en total desprotección y lo que trae aparejado una inferioridad ante cualquiera que pretenda dañar su persona, ante la imposibilidad de autodefensa que por ser de tan corta edad carecen de alcanzar.-

A partir de estas consideraciones vertidas, el interés superior del niño pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a las autoridades a respetar y resguardar, debiendo armonizar su utilización con una concepción de derechos humanos entendidos como facultades que permiten oponerse al abuso del poder.

Por lo hasta aquí analizado, el dilema de la ejecución penal, en el cumplimiento de la condena en establecimiento penitenciario y la protección del vínculo familiar en los primeros años de vida en el desarrollo del niño, debería ser resuelto primando este último. Es de señalarse el acierto del sistema que permite a las madres con hijos menores de 5 años, obtener la prisión domiciliaria, como medio de cumplimiento de la condena. De esta manera se logra cumplir con ambos intereses, por un lado el condenado purga su condena como así fue impuesta y, por el otro, no se vulnera los derechos del niño de ser privado de crecer al lado de sus progenitores. El interés de la norma es priorizar al derecho del niño de crecer en un ambiente sano sin perder el contacto con sus padres, de esta manera no se irroga la pérdida del contacto de los padres con sus hijos con un desmembramiento del núcleo familiar²⁶.-

Consecuentemente, al resguardar este interés, se asegura de esta manera el respeto al principio de la personalidad penal, ya que el niño tiene derecho a desarrollarse en condiciones de libertad y dignidad sin verse obligado a cargar con la responsabilidad por los actos negativos que sus progenitores pudieran haber realizado.-

²⁶Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

En los casos en que los niños viven con sus padres en los establecimientos penitenciarios, se vulneran los derechos humanos de los niños por ser estos sujetos de derechos. Los establecimientos penitenciarios se presentan como lugares no aptos para el normal cuidado y desarrollo de los niños, afectando al mismo tiempo los derechos a la libertad y a la integridad de los menores. Se ve el niño obligado a permanecer en la cárcel por una situación totalmente ajena a él, situación que solo tiene de protagonista a su progenitor que realizó un acto negativo penalmente regulado, trayendo como consecuencia que el niño se familiarice con un colectivo de personas y con ciertas nociones de actos negativos como robo, delito, castigo, encierro, a los que no debería verse sometido. Lo dicho, genera una situación de vulnerabilidad, que junto al encierro sufrido por él, aparece como un trato inhumano, indigno y degradante para un niño. Cuando se piensa a un niño, se piensa a un ser feliz, colmado de amor, en un lugar seguro, cuidado y protegido, en donde su vida debe girar en torno a sus juegos, su vida debe ser un juego constante, sostenido por sus padres y familiares que hace a su formación como persona íntegra.-

Es por esto, que cuando se considera en la opción de que el niño permanezca fuera del establecimiento carcelario, mientras su progenitor cumpla la pena en prisión, se está escindiendo el vínculo familiar, oponiéndose al desarrollo y fortalecimiento familiar durante los primeros años de vida del niño, en los que el contacto con sus padres resulta fundamental. No se puede dejar de considerar que en muchas ocasiones la separación de estos padres con sus hijos puede implicar, el desmembramiento familiar, en razón que muchas veces sucede que ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan acoger a los niños, ellos son institucionalizados, ante el desamparo sufrido deben ser resguardados de manera inminente a fin de otorgarle a los menores un hogar seguro, proporcionándoles la satisfacción de las necesidades mínimas. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

El hecho de tratar la problemática sufrida por las madres con hijos menores de 5 años, es un conflicto que debe ser planteado con mucho cuidado y con un trato especial, si se evalúan las circunstancias del caso, y se desmembrara de donde surge la problemática, se advierte que no es un tema fácil, ya que una mujer que comete un delito y tiene hijos, es dable que la misma pueda continuar con su maternidad o paternidad, en caso de ser un hombre el que se

encuentre condenado por un delito, el hecho de que esté en juego el interés de un menor, es más delicado aun, nadie puede negarle a ese hijo crecer con sus padres, y ningún padre puede dejar de serlo por el hecho de cometer un acto ilícito. Son cosas diferentes que merecen un trato diferencial, por lo que no resulta absurdo pensar en la prisión domiciliaria, en razón que esta es una solución inminente, justa y sana para ese niño que necesita de sus padres, y por el otro legalmente, nuestro orden normativo se encuentra respetado por el cumplimiento de esa condena que fue impuesta legítimamente por el accionar de un sujeto determinado.-

Es decir que nos encontramos en una solución precisa y acabada, el condenado cumple su pena en un domicilio determinado junto con su hijo menor de 5 años, en el cual no se lo ve al niño obligado a crecer en las sombras de los muros carcelarios, sino que por el contrario, el niño sigue su vida como siempre hasta puede desconocer lo que sucede a sus espaldas y así vivir en su mundo sano lejos de condenas y delitos que lo único que provocan son negativas consideraciones para la psiquis del menor.-

Las cárceles no son un lugar adecuado para exigir responsabilidad penal a determinados colectivos especialmente vulnerables como son los padres con niños menores de 5 años. Es por ello que los legisladores han logrado ver esta problemática y así han optado por una medida alternativa de cumplimiento de condena, en la cual se otorga el beneficio de prisión domiciliaria a determinados sujetos que taxativamente se enumeran en el art. 32 de la ley 26472. Dentro de estos se encuentra el apartado “f”, que brinda principal protección a las madres con hijos menores de 5 años. Es de resaltar que, analógicamente, esta situación de hecho, debe ser extensiva a los padres que se encuentran en las mismas condiciones de igualdad que una madre, ya que en ambos casos se está tratando de hijos menores, lo cual es de una importancia singular y profunda. Es aquí donde se debe dejar de considerar el género, sea mujer u hombre. Aquí debe considerarse al menor en sí mismo, como ser existente necesitado de amor, resguardo y afecto familiar, para lo cual es indistinto en su desarrollo y formación si es su padre o madre los que están condenados. En estas circunstancias fácticas, debe prevalecer la consideración de ese menor que, de cumplirse la condena efectiva impuesta a su progenitor, quedaría en desamparo absoluto o debería cumplir la condena junto con su ascendiente, lo que es, como ya se analizó en el transcurso del trabajo, un perjuicio inminente para todo niño. De esta manera ante la existencia de este presupuesto en el art. 32

inc. “f” de la mencionada ley, se intenta adecuar el ordenamiento jurídico imperante a los principios de unidad familiar, tornando operatorio el interés superior del niño.-

3.2. Función de la crianza y educación. Triangulo: Estado- Familia- Niño

Al abordar este tema debemos plantearnos una problemática que ha tenido uno de los mayores debates; este conflicto tiene como protagonistas al Estado y al núcleo familiar. Esta polémica se origina frente al interrogante que plantea: ¿el estado tiene derecho o deber de intervenir en la familia?. Al mismo tiempo se plantea cuales podrían ser las actuaciones legítimas y las impropias de un sistema democrático en un estado presente (Wainerman, 1994).-

Es valedero afirmar que existe un estado controlador, el cual persigue el control estatal que se manifiesta por medio de leyes que regulan la organización social. Dentro de esta sociedad organizada inevitablemente se encuentra la familia, la cual mediante estas leyes creadas para instaurar un orden jurídico claro y justo propician derechos y deberes, las cuales deben ser acatados a fin de obtener un equilibrio favorable con consecuencias óptimas que recaen sobre cada integrante de la sociedad o más acotada aun, cada integrante de la familia. El porvenir de las familias no se deja librado al azar, sino que en gran medida son regulados por las políticas públicas (Wainerman, 1994).-

El estado es el principal sustento tendiente a la protección familiar, las cuales se expresan en las acciones de carácter social, en la injerencia del estado en el funcionamiento familiar. Esto quiere decir que es indispensable examinar la intervención que el estado tiene en el ámbito familiar, lo que trae como consecuencia que los integrantes de esa familia deben acatar y seguir las leyes que el estado -gozando de amplias facultades- establece, a fin de evitar una sociedad desmembrada y falta de valores. A manera de ejemplificar lo citado se puede afirmar que el estado en la Convención de los Derechos del Niño, implica responsabilidades para los padres y para el estado. Los primeros tienen la misión de educar y criar a sus hijos, pero al mismo tiempo el estado debe dotar a esos padres para que estos puedan cumplir con la función impuesta. La formación del niño, implica una función privada propia de los padres, pero concomitantemente con una responsabilidad estatal, lo cual implica que el orden público

debe dar las garantías de cumplimiento y de resguardo ante la coacción de los derechos otorgados (Wainerman, 1994).-

El gobierno debe consolidar los derechos sociales, proveyendo a cada ciudadano de una condición de vida digna, en el cual, estos derechos se consoliden en políticas puras a resguardo de los habitantes, en donde las carencias de vivienda, vestimentas, educación y trabajo se vean satisfechas, sin necesidades de acudir a medios oscuros o inapropiados para poder sobrevivir en una sociedad falta de las necesidades básicas para una vida digna sin pensar en lujos ni ostentación, solo llegar a cubrir lo indispensable para la vida de todo ser humano que pretende gozar de un pasar justo acorde a sus carencias y necesidades (Wainerman, 1994). Una sociedad educada, culta y laboriosa es una sociedad avanzada, con valores firmes inquebrantables. Lo que consecuentemente provoca estas cualidades socioculturales es una sociedad con menos delincuencia, lo que trae como consecuencia un futuro con disminución de transgresión, purgando las generaciones venideras.-

El estado en la educación de los menores solo juega un papel subsidiario en la vida familiar, la sociabilización de los hijos se le es confiada a sus padres, toda acción que invada este derecho es vista como un dirigismo del estado inadmisibles y una amenaza a las libertades sociales, ya que los padres deben criar y educar a sus hijos de acuerdo a sus paradigmas y valores. Se debe considerar a los progenitores como soberanos en el cuidado y resguardo material y moral de sus hijos, la vigilancia del estado solo debe limitarse a los casos en que existan hechos manifiestamente peligrosos para los hijos, como pueden ser en los supuesto en que existan abandonos o negligencias en su cuidado o educación de esos menores, por parte de los padres, lo que se deja en evidencia con este actuar, es una carencia por parte de los padres al deber de cuidado de los hijos, violando la obligación de protección y cuidado de sus hijos (Wainerman, 1994) .-

Amen, de que cada padre posee el derecho-deber de cuidar a sus hijos, formándolos y educándolos en base a sus convicciones creencias y valores, el estado por encima del poder de los padres, si considera que estos progenitores menoscaban los derechos del niño, dejando como consecuencia un perjuicio en la persona del menor, el estado se ve alcanzado en el deber de defender los derechos del impúber, tal como surge claramente en la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 4 al decir que los estados partes adoptan todas las medidas

necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos, consecuentemente en su art. 19 manifiesta que se debe proteger al niño contra toda forma de abuso (Wainerman, 1994).-

Esto quiere decir que aunque el proceso de autonomía y privatización de la familia se basa en una relación directa de padres e hijos, se incrementa al mismo tiempo una mayor intervención del estado, todo ellos producto del reconocimiento de los derechos del niño. Cada vez en mayor medida, la sociedad obliga a los progenitores a ciertos comportamientos: tales como la escolarización obligatoria, la aplicación de vacunas, controles médico periódicos, tanto mensuales como anuales todo ello dependiendo las edades de los niños. Esta plataforma de control y resguardo, pone de manifiesto que la vida y evolución del niño interesa a la sociedad en su conjunto. Como se enfatizo anteriormente, una sociedad culta, sana con valores inmutables, es una sociedad dotada de ciudadanos que aportan a sumar al nivel sociocultural, si por el contrario ocurriría lo opuesto, dicha sociedad seria una sociedad colmada de aspectos negativos conjuntamente con un alto grado de delincuencia, los niños de hoy son las generaciones futuras, por lo tanto estos deben ser ciudadanos de bien en todos los aspectos personales: educación, cultura y salud entre otros, así comenzar a transitar un camino de evolución social (Wainerman, 1994) .-

3.3. La familia como sociedad natural

A manera de ubicarnos en el desarrollo de este título, debemos expresar que al termino familia se lo puede pensar como el conjunto de personas que se hallan unidos por un vinculo de consanguinidad o adopción, fundada en base a personas llamados padres y los hijos de ellos que viven en un hogar determinado, cultivando afectos necesarios y naturales con intereses comunes de superación y progreso (Wainerman, 1994).-

Si pensamos en el término familia tradicional se la puede asimilar a la unión entre un hombre y una mujer, esta unión es la primera sociedad natural, la primera comunidad en la que el ser humano experimenta como ser social, vinculándose con su par. Ese primer contacto social, es único e irremplazable para el bien y la integridad de cada ser humano como ser socialmente pensado. A la familia se la puede sentir como un sostén, en el cual hace que en sus miembros se encuentren salvaguardados y en absoluta tranquilidad; cada integrante debe percibir que ese lugar es el lugar de mayor protección, que su vínculo familiar esta colmado de valores y sentimientos reales, sentir y saber que la familia es lo más apropiado para estar en absoluta

armonía personal, es sentir que esa familia nos pertenece, que somos parte de un vínculo ligado de sentimientos para toda la vida (Wainerman 1994).-

La familia existe para protegerse unos a otros, a medida que esta familia va consolidándose sus miembros comienzan a ser mas, ya no se trata de un hombre y una mujer solo, sino que está se va acrecentando con la llegada de los hijos, desde que en una familia existen hijos, ya todo cambia, ya deja de ser una familia de a dos para pasar a ser una familia numerosa, con deberes y derechos para cada integrante como ser únicos e irrepetibles. Los padres están para acompañar a sus hijos en el camino de la vida, enseñándoles, protegiéndolos es decir que cada padre debe formar a sus hijos a vivir en sociedad y en comunidad sin menoscabar los valores, forjando ideales, como se ha expresado, se enfatiza que la familia tiene por función, proteger, contener y educar a sus hijos.-

La existencia de la familia se basa en vínculos afectivos, de esos afectos es que tiene su origen, es impensado formar una familia sin afectos, sin deseos de vida en común, brinda las condiciones necesarias para la madures del individuo preparándolo para su vida en sociedad. Este círculo íntimo es el grupo social primario, el primer ámbito social que llega el hombre desde su nacimiento, la misma cumple funciones básicas pero de primordial sostén, estas funciones son nada más ni nada menos que de crianza, educación y cuidado. Cuando se habla de crianza se está haciendo referencia a dar al niño afecto, cuidados, alimentos, abrigos es decir todo lo indispensable para que ese niño pueda crecer dignamente, estas funciones propias de los padres para sus hijos hacen que el niño se desarrollo armónicamente, el seno familiar es el lugar donde existen afectos necesarios para el crecimiento equilibrado. Los padres como miembros centrales y precursores de esa familiar, deben enseñar a sus hijos normas, costumbres y valores de la sociedad en la que viven a fin de sociabilizarlos (Wainerman, 1994).-

En nuestra sociedad esta responsabilidad recae sobre ambos padres, son compartidas por los progenitores igualando las cargas y deberes para sus hijos. “La ley y la justicia se procuran por resguardar a la familia, como un todo, a través de la noción interés familiar y al mismo tiempo es defendida la autonomía de sus componentes” (Wainerman, 1994 p. 75)

No hay familia sin una pareja, aunque esta se disolviera por el fallecimiento de alguno de sus miembros o por separación, lo importante es que todos tenemos una pareja de padres que nos hizo nacer, sin esos padres no se puede concebir que exista un ser como miembro de una familia. La raíz de toda familia tiene su origen en los progenitores, ellos son los que desde el día que se unieron comenzaron a pensar en ese círculo íntimo que estaban dispuestos a formar, sumado al deseo de acrecentar esa familia con la llegada de los hijos que son sello de ese amor que motivo la unificación como estirpe, desde ese momento, desde esa unión comienza la familia natural, familia como sociedad natural de formación, crianza, cuidado y protección de sus miembros a fin de ir sociabilizándolos y preparándolos para vivir en comunidad con el resto de los individuos (Wainerman 1994).-

Desde los orígenes más antiguos, la figura de la Institución familiar, ha ido sufriendo grandes cambios. En la actualidad existen familias conformadas por miembros del mismo sexo, tanto las parejas homosexuales estables, como las uniones de hecho conservan asimilaciones con el matrimonio en lo que se refiere a la convivencia. Existen al mismo tiempo familias monoparentales, las cuales se encuentran constituidas por la figura materna o paterna. Ante esta diversidad de familias, no se debe ver alterado ni menoscabado los derechos de los hijos, ya que en estas familias deben existir los mismos derechos y deberes que existen en las familias conformadas por padres heterosexuales. Asimismo, existen familias que inicialmente estaban conformadas por ambos progenitores y que por circunstancias ajenas a sus hijos se vieron desmembradas, provocando la ruptura de la familia inicial, tal es el caso de los divorcios matrimoniales, las separaciones de hecho o la muerte de alguno de los cónyuges (Wainerman 1994) .-

En estos modelos de familias, pueden existir familias constituidas por padres del mismo sexo, tal como lo prevé la nueva normativa que, a partir del 15 de julio de 2010, permite la unión civil –con integrantes del mismo sexo-. Nuestro país se convirtió en el primer país de América Latina de reconocer este derecho en su territorio nacional. Esta revolución y cambio en los parámetros y valores tradicionales en lo concerniente a la ideológica y cultura, se basó en la búsqueda de una igualdad jurídica, impulsada por ciudadanos que veían menoscabado

sus derechos por ser precursores de instar el cambio en la Institución de Matrimonio tradicional entre un hombre y una mujer²⁷.

Legalmente las normas han ido acomodándose a todos estos cambios sociales y culturales, lo que provoca un giro legal y el establecimiento de un nuevo terreno legal, muy diferente al que años atrás se concebía. Hasta ahora, en nuestro país la adopción por una pareja exige que los aspirantes a adoptar estén casados. A la hora de dar un niño en adopción, se prioriza a los matrimonios, aquí no se hace distinción en el sexo de los solicitantes, es indistinto su condición sexual, incluso se permite la adopción monoparental o la fecundación asistida en caso de ser mujer la solicitante y la deseosa de concebir un hijo. Los paradigmas de la nueva legislación priorizan los intereses del niño o de los adolescentes a tener una familia de contención, podrán adoptar desde la reforma efectuada recientemente, los matrimonios, las personas solas, al mismo tiempo también podrán hacerlo las parejas que integran uniones de hecho.-

A fin de ir concluyendo, se puede expresar y aseverar que el nuevo Código Civil no discrimina entre varones y mujeres, a la hora de definir quienes pueden contraer matrimonio, tal como lo establece la ley N° 26618, la cual permitió la unión civil entre personas del mismo género. En el mismo sentido, no discrimina la condición de sexo en lo concerniente a la adopción y no realiza impedimento alguno para la realización de la fecundación asistida a mujeres solas que no encuentran pareja o no deseen formar una familia tradicional.-

En todo lo hasta aquí manifestado, se puede ver un fuerte cambio en los valores y los paradigmas tradicionales de familia. Resulta ilógico seguir creyendo que una familia inicialmente se conforme por un hombre y una mujer y que como consecuencia de ese amor surge la llegada de los hijos, sino que por otros métodos u otras formas, sin dejar de lado este tipo de familias tradicionales, debe aceptarse que existen también otras familias, que igualmente a las mencionadas como tradicionales, dan amor y protección a los hijos. No reconocer esta nueva realidad, demuestra un pensamiento obsoleto. Es extremadamente

²⁷ Ley 26618. Ley de Matrimonio Civil. Sancionada 15 de julio 2010. Promulgada 21 de julio de 2010.

desacertado pensar que solo una madre puede tener a sus hijos bajo su cuidado ya que los padres, de igual forma que la madre, tienen los mismos derechos y deberes para la persona de sus hijos.-

3.4. Falta de contemplación de la hipótesis fáctica: Padres con hijos menores de cinco (5) años.

Como se mencionó en el apartado anterior, el legislador pudo advertir de manera positiva y adecuada la problemática existente, la cual no tenía regulación hasta el año 2008. El conflicto radicaba en las madres que eran condenadas a prisión efectiva estando embarazadas o teniendo bajo su guarda a un menor de 5 años. Las mismas no se encontraban amparadas bajo la posibilidad de solicitar prisión domiciliaria como si lo estaban otros supuestos enunciados en la misma norma. Hasta el año que entró en vigencia la ley referida, la problemática solo era considerada por jueces, quienes sentaron jurisprudencia. Ello trajo aparejado que, en base a esas sentencias, se tomaron parámetros indicadores de casos de iguales características. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

En el año 2006, surge la idea de dos legisladores de promover la reforma a la ley 24660, incluyendo en su antiguo artículo el supuesto de mujeres embarazadas y madres con hijos menores de cinco años. A partir del año 2008, entra en vigencia la nueva ley 26472, la cual incluye en los supuestos enunciados a las mujeres embarazadas y a las madres de hijos menores a cinco años. Desde entonces se evidencia un avance legal en nuestro ordenamiento jurídico, resguardando los derechos de niños en razón de encontrarse sus padres condenados a cumplir una condena privativa de libertad. Gómez Miralles. J. (2011) Interés superior del Niño. *Prisión domiciliaria para padres con menores a cargo. Revista Abeledo Perrot. Pag. 722-731.-*

A pesar de todo lo especificado, y considerando lo positivo y las bondades que trajo aparejado la nueva ley 26472, es de resaltar que la misma posee un déficit de la norma actual, como se ha demostrado, el espíritu que persigue la norma es el resguardo del interés superior del niño, el cual surge a simple vista con solo leer el supuesto “f” del art. 32, que hace

mención a la posibilidad de otorgar el beneficio de prisión domicilia a las madres con hijos menores de cinco años.-

Parecería irreflexivo que no se haya previsto un supuesto de prisión domiciliaria para padres que en reemplazo de la madre tenga a su hijo bajo su guarda y custodia. Es de advertir que en la sociedad que vivimos existen innumerables casos en los que los hijos se encuentran al cuidado de su padre, tratándose de la razón que dé lugar a esto, puede darse por madres que abandonan a sus hijos, dejándolos con su padre, por muerte entre los casos más comunes, o por la razón que dé lugar a esto. No se puede dejar de considerar que esos padres tengan los mismos derechos que las madres, a las que la ley, sí les reconoce derechos. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos las madres son las que tienen esta función, no es lógico descartar la posibilidad que un padre tenga a su hijo y este sea el único sostén del mismo.-

En el hecho de dejar de lado al padre, se puede advertir un conflicto de género, que por ser hombre no es considerado como cabeza de familia, manteniendo a su hijo y siendo el único apto para cuidar del menor.-

Como se dijo anteriormente, la conveniencia de que los menores de corta edad queden al cuidado de sus padres tiene sustento en normativa de origen supranacional. Este beneficio lo reconoce la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 9.1, que establece: “Los Estados partes velarán porque 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 niño²⁸”. Así mismo, el hecho que sobre ambos padres pesen las mismas obligaciones frente al menor, tiene asiento constitucional, por lo que apartar a la figura del padre en el beneficio de poder gozar de prisión domiciliaria en los casos que este lo amerite, carece de sentido constitucional. Consecuentemente, el art. 18. 1 de la misma CDN, lo hace expreso diciendo: “Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, los

²⁸ Art. 9.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño²⁹”. A manera de síntesis, para no realizar una transcripción total de la citada CDN, es acorde preponderar que toda esta Convención gira en torno al interés superior del niño, como su nombre lo indica lo primordial a resguardar es el menor, por lo que la misma en su articulado ampara y pondera los intereses de estos, a manera de ejemplificar se citan los arts. 3.2, 5.5,7.1,8.1,10.2,27.2. Todos estos artículos enumerados se pronuncian en igual sentido, reafirmando la igualdad de ambos progenitores en cuanto a los derechos, deberes y responsabilidades respecto del hijo.-

Por otro lado, nuestro ordenamiento interno mantiene la misma postura. Ya el antiguo Código Civil en su art. 264 establecía que la “patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, para su protección y formación integral (...)”³⁰. Consecuentemente al art. 265 del citado CC mencionaba: “Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tiene estos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna³¹”. En el mismo sentido se manifiesta el Nuevo Código Civil y Comercial cuando se manifiesta respecto de la responsabilidad parental, que amplía las obligaciones de cuidados de los menores a un mayor número de los integrantes de la familia.

Es por ello que se hace énfasis en que actualmente goza alto grado de consenso el hecho de afirmar que el ejercicio de la patria potestad es compartida –actual responsabilidad parental-, ya que se atribuye su ejercicio tanto al padre como a la madre, conjuntamente y a otros miembros de la familia. De lo descrito se puede evidenciar que tanto en el ordenamiento jurídico, interno como en el internacional, resalta la igualdad de los progenitores, sin realizar diferenciación alguna de preferencia de madre o padre, sino por el contrario, la normativa

²⁹ Art. 18.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

³⁰ Art. 264. Código Civil. La Patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos., para su protección y formación íntegra, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se encuentren emancipados.-

³¹ Art. 265. Código Civil. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tiene estos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conformes a su condición y fortuna, no solo con bienes de sus hijos, sino con los suyos propios.

tiene como objetivo impulsar e igualar ambas figuras, otorgándoles los mismos derechos y obligaciones ante su hijo.-

En materia jurisprudencial, un párrafo aparte merece la Sentencia C-184/03 dictada por la sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia³², en la cual se realizó un integral, extensivo e interdisciplinario análisis de la misma situación planteada en el presente trabajo, con la salvedad de que la legislación de dicho país se refiere a los padres “cabeza de familia”, resolviendo este tribunal que “cuando se cumplan los requisitos establecidos por la ley, el derecho de prisión domiciliaria podrá ser concedido por el juez, a los hombres que, de hecho, se encuentren en la situación de una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido”.-

La jurisprudencia de nuestro país no es conteste con este criterio. En la Provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia no tiene resuelta ninguna causa donde se analice si pueden gozar de prisión domiciliaria los padres que tienen hijos menores a su cargo. El único precedente del Máximo Tribunal provincial, es el dictado en autos: “Santucho, Héctor Atilio S/ ejecución de pena privativa de la libertad – Recurso de casación. (Expte. S, 48/2009), recurso planteado por un padre con un hijo discapacitado a su cargo. Si bien en este caso el TSJ no se pronunció sobre la aplicación del Art. 32 inc. “f” a hombres, este tribunal mediante Sentencia N° 146 de fecha 23/12/2010, resolvió denegar la detención domiciliaria, no porque revistiera la calidad de padre, sino especialmente porque no acreditó que estuviera el menor a su cargo. Sin embargo el Juzgado de Garantías N° 8 del Dpto. de Lomas de Zamora, en autos F.A.D, con fecha 13/07/2010 se pronunció en sentido afirmativo, otorgando al interno peticionante la morigeración de la prisión preventiva y consecuentemente arresto domiciliario.-

Sin desconocer el importantísimo rol fundamental que cumple la madre en la crianza de los niños, y conjuntamente a esta las normativas nacionales que así lo anuncian, no encontramos sustento normativo alguno que ponga de manifiesto el desconocimiento del padre como sujeto prescindible en la crianza del niño, más aun cuando sea este quien tenga a su hijo a cargo. Es decir la cuestión genética en este caso, no tiene relevancia cuando se trata de

³² Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 184/03.

preservar el interés superior del niño, quien en la mayoría de los casos estará mejor cuidado por su progenitor que con otra persona o en una institución.-

Por ello, teniendo en cuenta que el destinatario de la norma es el menor, y existiendo probabilidad de que un hombre tenga a su cargo su hijo menor de cinco años de edad, como puede suceder el caso de un hombre viudo, o en caso de que su mujer madre del menor los haya abandonado, resulta reprochable e injusto, falta de acatamiento constitucional en razón a la igualdad ante la ley que dicha norma suprema garantiza, acorde a lo que establece en su art. 16., que este instituto se reduzca sólo para el caso de que la privada de la libertad sea mujer. Este hecho resulta discriminatorio de las personas que según la ley protege, esta figura a discriminar no es más ni menos que el mismo niño.-

Según la redacción del art. 32 inc. “f”, el hijo de un condenado tiene menos derechos que el hijo de una condenada. De esta manera se viola el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 16 de la CN. Este último garantiza el derecho que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se le concede a otros, es decir, que a todos los ciudadanos de la nación deben concedérseles los mismos derechos y privilegios en iguales condiciones.-

Este principio consiste en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador pueda contemplar el caso hasta aquí enfatizado³³. Resulta claro que solo radica en una cuestión de género, la cual es arbitraria a la hora de otorgar el derecho de los menores a no ser separados de sus padres. La diferencia de género que se realiza no tiene asidero. No es aceptable realizar esta diferencia tajante para otorgar la procedencia del beneficio para hijos de penadas y no para hijos de penados, siendo esta forma de regular la materia contraria a los principios constitucionales que la rigen³⁴.-

³³ Art. 16 de la CN La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley, (...)-

³⁴ Art. 16 de la CN La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley, (...)-

En ambos casos, tal como se ha enunciado durante todo el desarrollo de la investigación, los argumentos de este régimen diferencial de ejecución de pena surgen de los principios de intrascendencia de la pena, de los derechos del niño y de los tratados internacionales existentes de derechos humanos con jerarquía constitucional. Es así que los valores considerados son superiores, incluso, a la pretensión social de sanción de la persona que ha delinquirido, ya que el beneficio a otorgarse no reduce la pena ni suspende la condena efectiva impuesta. Es por ello que en virtud de la protección integral del niño, el principio constitucional de igualdad ante la ley y la atención primordial al interés superior del niño, a través de una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico, la cual se ha ido desmenuzando y analizada en el correr del trabajo realizado, el juez del proceso tiene el marco legal superior en donde ampararse para dictar resoluciones que resulten de mayor beneficio al interés superior del niño.-

Tal como se ha ido manifestando, el supuesto de otorgamiento de prisión domiciliaria es en beneficio directo que recae sobre la persona del menor, el cual de no ser así, permanecería cumpliendo la condena impuesta a su padre o madre, o el mismo sería institucionalizado en centros de niños y por ende se encontrarían en estado de desamparo y desprotección familiar.-

Es por ello que es inminente y de imperiosa importancia tener en consideración la inclusión de la figura paterna en el supuesto en cuestión, todo ello en resguardo, protección y cuidado, pensando en el bien que le es provocado a la persona del niño, posibilitando que este pueda continuar con su vida cotidiana al lado de su progenitor (indistintamente sea madre o padre), en un domicilio acorde, saludable y alejado de todo lo que trae aparejado el círculo de la prisión, del establecimiento carcelario, el cual tiene muy poco de positivo para aportar a la formación del menor y por el contrario, contiene un gran número de negativos que hacen de ese ámbito un lugar reprochable para que un niño permanezca en él.-

Conclusión

Cada niño es un ser único e irrepetible, son seres vulnerables, los cuales se encuentran en permanente desprotección ante la vida. Si pensamos en un niño en soledad, pensamos en un

pequeño desprotegido, abandonado, no cabe en nuestro pensamiento que un menor pueda subsistir sin el resguardo de un mayor, persona responsable para guiarlo, enseñarle y formarlo en la vida, así de esta forma ese niño comienza a crecer con valores arraigados, formados de convicciones fuertes que se repetirán en generación en generación. Los niños son seres puros que merecen una vida feliz, un presente colmado de amor y un futuro seguro, con educación respeto y dignidad sobre todo. Como se ha demostrado, estos pequeños no pueden ni deben crecer en un ambiente que no sea acorde a sus necesidades, el cual desde un principio es sabido que no es apto para su desarrollo y formación, no se puede pensar a un niño encerrado en un ámbito carcelario, ni menos aun pensar a un niño en estado de desprotección a causa de ser hijo de un padre condenado a prisión privativa de la libertad. La familia es el sustento de ese ser que está en constante desarrollo y crecimiento, tanto físico, espiritual y mental en el cual es conocido que ningún momento de este desarrollo está apto para una cárcel ni para quedar en desprotección ante el encierro de sus progenitores. En los tiempos que se viven ya no se puede plasmar la figura de una familia tipo, las familias han ido cambiando con el correr del tiempo, las familias actuales están conformadas por ambos padres, madres, un solo padre, o una sola madre, nada dice cual debe ser el concepto de familia que da mayor seguridad a un niño, si es sabido que el amor y la contención es el mejor refugio que un niño puede tener. Es por ello que debe ser tratada la falta de contemplación en la figura del hombre en los casos de prisión domiciliaria, ya que es dable considerar que un hombre al ser padre puede estar perfectamente encargado de la crianza de su hijo, y ser igual que una madre, beneficiándolo ante la situación de ser condenado por un hecho cometido.-

CAPITULO IV
IGUALDAD ANTE LA LEY: UN DERECHO DE
TODOS

La igualdad ante la ley: Un derecho de todos

4.1. La igualdad ante la Ley como Principio jurídico

La igualdad ante la ley se proyecta en un principio jurídico que establece una serie de derechos, deberes y garantías comunes para todos los ciudadanos de una sociedad. Se excluye por lo tanto cualquier trato discriminatorio a causa de profesar distintas religiones, pertenecer a culturas diferentes y en lo referente al género o etnia de cada ser humano. Es inaudito pensar en un trato discriminatorio a causa de estas características. La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su art. 7 que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derechos de igual protección ante la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”³⁵-

Nuestra Constitución Nacional avala la igualdad de todo ser humano, lo establece en su Art. 16 el cual reza que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni nacimiento: no hay en ellos fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la Ley (...)”³⁶.

La igualdad garantizada en nuestra Constitución hace que cada ciudadano goce de iguales condiciones frente al resto, no debe existir bajo ningún punto de vista un trato dispar o desigual. El término igualdad se encuentra ligado al concepto de justicia, ambos conceptos deben ir en conjunto a fin de otorgar el valor de justicia a todos los habitantes de una nación en similares condiciones.-

Consecuentemente se puede avalar que del derecho a la libertad se desprende la igualdad. Todos los hombres forman parte de un grupo, que en teoría debe ser un mismo status jurídico, ya que todos son sujetos de derecho. La llamada igualdad civil deviene de la idea de eliminar discriminaciones arbitrarias entre personas. La libertad prevé el goce y el ejercicio de los derechos civiles. Por su parte, la igualdad elimina toda forma de discriminación arbitraria

³⁵ Art. 7. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 a del 10 de diciembre de 1948.-

³⁶ Art. 16 CN. Art. 16 de la CN La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley, (...)-

para lograr ese goce y un ejercicio acorde a lo establecido en nuestro orden institucional, sin distinción alguna entre los sujetos de derecho. En último término, la igualdad importa un cierto grado de razonabilidad y justicia en el trato que se depara a los hombres, en el cual estos son comprendidos en un trato común, sin distinciones ideológicas de ningún tipo. (Bidart Campos, 2009).-

La igualdad no significa igualitarismo, hay diferencias justas acordes a cada situación en particular, las cuales nos permiten discernir cuales son las discrepancias certeras que deben tomarse en consideración a fin de beneficiar a quien está a la altura de las circunstancias, sucesos que merecen un resguardo o un trato especial. (Bidart Campos, 2009).-

A manera de cierre es preciso dejar en claro que la igualdad primordialmente consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos civiles y políticos. Todos los habitantes de la Nación Argentina tienen garantías y derechos constitucionales avalados por la norma suprema, y bajo ningún punto de vista estos deben ser menoscabados. Todo menoscabo sufrido por cualquier eventualidad es inconstitucional, en atención que nuestra Constitución Argentina en su art. 16 y en su art. 37, conjuntamente con los Tratados Internacionales de jerarquía Constitucional establecidos en el art. 75 inc. 22, garantizan un trato igualitario a todos los sujetos de derecho por ser estos parte del Estado Nacional, otorgándoles un pleno ejercicio de derechos políticos, con arreglo al principio de soberanía popular y a todas las leyes que se dicten en consecuencia, las cuales deben estar en perfecto correlato y sin contradicción a Nuestra Constitución. Establece la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos públicos, esto quiere decir que iguala a ambos sexos sin darle privilegio a uno sobre el otro.- Constitución Argentina Art. 16; 37 y 75 inc. 22.-

Al igual que nuestra Constitución, tal como se manifestó en el apartado anterior, los Tratados Internacionales, como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos estable en su Art. 24: “que todos son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación a igual protección ante la ley”³⁷; conjuntamente La Declaración Americana de

³⁷ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.-

los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 2 indica: “Todas las personas son iguales ante la ley, y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo...”³⁸.-

El principio de igualdad ante la ley surge como una defensa ante los posibles hechos discriminatorios que pueden acaecer, es una reacción ante el sistema de privilegios y discriminaciones que de no existir este principio serían habituales los casos que día a día sucederían. Lo que verdaderamente trae como consecuencia inmediata este principio es acabar con el trato desigual, otorgando una igualdad a todos por igual, sin distinciones, privilegios ni prerrogativas. Como es evidente si analizamos cada articulado referido, los mismos no reflejan cuestiones de género, hacen referencia a la condición de persona -sin distinción de hombre o mujer- que es la beneficiada para hacer valer su derecho consagrado legalmente por nuestra Constitución Argentina. Constitución Argentina Art. 16; 37 y 75 inc. 22. -

4.2. Igualdad de Género

La igualdad de género se encuentra íntimamente ligada a nuestro principio rector tratado en el apartado anterior, el cual hace referencia a una igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, a fin de garantizar un trato igualitario a todas las personas sin distinción de raza, color, cultura, religión y sexo. Este es el punto que nos interesa, ya que al realizar una equiparación en el sexo, sin distinción de sexo masculino ni femenino, se está efectuando una igualdad que no debe ser vista para que en ocasiones eventuales beneficiar ni a uno ni a otro. Sino que por el contrario se está haciendo una equiparación a fin de que todos sean merecedores de las mismas oportunidades, que todos gocen de los mismos derechos y garantías legalmente estipulados. Esta igualdad acatada en su totalidad debe ser aplicada a los hombres y mujeres, esto implica que ambos deben ser tratados con respeto, posibilitando beneficios sin violencia de por medio.-

La igualdad de Género implica una igualdad de sexos. Este concepto es clave a la hora de otorgarles derechos, tanto a mujeres como a hombres, y se encuentra regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se persigue una igualdad legal y

³⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

cultural de las personas. Existe un resguardo en el principio de igualdad y la no discriminación en razón del sexo. -

Si pensamos en la igualdad de género, a prima facie, se nos viene a la mente como pensamiento instantáneo un inminente resguardo y un constante intento de igualar el sexo femenino con el sexo masculino, esto ocurre como consecuencia de que durante muchas décadas existió una gran diferencia en el trato, en las posibilidades que ambos tenían, tanto a nivel personal, laboral, político, y en todo lo que hace a la vida en general. La mujer siempre fue postergada a un segundo plano, por ello es que al hablar de igualdad de sexos, siempre se habla de la igualdad de la mujer con el hombre, eliminando toda forma de discriminación, sanción, relegamiento de que fue víctima el sexo femenino, durante años.-

Si nos preguntamos por los motivos por los que se trae a colación este tópico –igualdad de género- en el presente trabajo de investigación, es para demostrar que aquí en la norma cuestionada, que da origen a la disquisición realizada, se ve claramente una desigualdad en el trato de ambos sexos. Si se ha manifestado que la igualdad de género es una igualdad total de trato igualitario, tanto para hombres como para mujeres, ¿por qué aceptar que una norma hable solo de la mujer?, si tanto ésta como el hombre, pueden experimentar las mismas vivencias. Entonces se concluye que tanto el hombre como la mujer son merecedores de beneficios y de al mismo tiempo exigirles determinadas obligaciones, las cuales son ineludibles como puede ser el cuidado de un hijo.-

Si a una madre no le negamos el derecho al cuidado y protección de un hijo, tampoco debemos negárselo a un padre solo por ser hombre, el cual puede tener las mismas aptitudes de poder cuidar, criar y darle sustento tanto material como espiritual a un hijo, tal como lo hace una madre. Aquí debe hablarse de “ hombre” como ser vivo, creación de Dios, no como ser hombre género masculino, sino que por el contrario el género es uno solo, es decir que no debe existir diferenciación alguna entre hombre y mujer. De esta forma se equipara el concepto hombre al de mujer, eliminando la diferenciación criticada.-

Es evidente que la ley 26472 en su art. 32 inc “F”³⁹, realiza una violación al principio de igualdad de género. Si se omite la figura masculina, se está omitiendo al mismo tiempo proteger el interés del menor que está a cargo de su padre, incurriendo en una discriminación por parte de la norma en contra del hombre. Se observa claramente que no existe explicación o justificación que sustente esta falta de regulación por parte de la ley citada.-

En el mundo que vivimos ya no se puede continuar sosteniendo que un niño es solo resguardado por su madre. Es dable considerar que una madre es imprescindible para un hijo, no hay nadie mejor que ella para poder cuidar y entender lo que su hijo necesita, pero no podemos dejar de considerar que pueden existir otros estereotipos de familias, en los cuales los niños se pueden encontrar bajo el cuidado de un padre, incluso de ambos padres o de ambas madres. La sociedad ha ido evolucionando a lo largo de décadas. Dicha evolución, muchas veces no ha sido seguida de cerca por las leyes. No es el caso de esta ley (ya que su sanción en la cual se modifica por medio de la Ley 26472, la antigua ley de ejecución Penal Ley 24660, fue en el año 2006), lo cual indica una contemporaneidad con el mundo socio-cultural actual. Lo que sí es dable resaltar es la falta de regulación y la omisión efectuada por parte del legislador, lo cual es no tiene ningún sustento. Desde el punto de vista, y desde la órbita que se efectuó el análisis de la presente ley, no se encuentra justificación a la exclusión del sujeto hombre, en atención de los cambios que ha ido vivenciando la sociedad a lo largo de los años, en el cual existen estereotipos de familias de diferentes características, existen leyes que avalan el matrimonio y la adopción de ambos sexos. Con solo considerar lo expuesto, es de notorio estancamiento legal seguir pensando que un hijo es solo cuidado por una madre, quitándole el derecho a un padre.-

³⁹ Ley 26472 - Art. 32: El Juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria en los siguientes casos: (...) Inc. “F” A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.-

4.3. Unión Civil - Matrimonio Igualitario

Se considera Unión Civil a aquellas uniones conformadas libremente por dos personas con independencia de sexo u orientación sexual. A través de esta unión, se permite el reconocimiento por parte del Estado de los derechos y obligaciones de esas dos parejas. Todo ello permite gozar de derechos que antes no estaban contemplados, tales derechos son como por ejemplo, poder incorporar a la pareja a la obra social, recibir una pensión, solicitar vacaciones en un mismo período de tiempo, entre otros. Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada a modo de otorgar beneficios y derechos antes no legislados, surge la Unión Civil, la cual los integrantes de la misma tendrá, tratamiento similar a los cónyuges.⁴⁰-

Tal como se ha especificado, este contrato puede celebrarse entre parejas del mismo sexo, lo que interesa aquí es el deseo de las mismas de hacer una vida común, a través del cual el Estado reconoce su nuevo estado civil y regula ante la ley diferentes aspectos tanto familiares, patrimoniales, derechos de salud y previsionales de su relación de convivencia.-

Una de las principales características que rige esta unión es el resguardo de los hijos en común que estas parejas tengan, siempre debe resguardarse el interés superior del niño o niña. La unión perfecciona el reconocimiento institucional y la protección de las parejas que sin estar casadas conviven, comparten patrimonio y constituyen un núcleo familiar.- Esta Institución Transversal, que puede ser aplicable tanto a parejas del mismo sexo como de distinto sexo. De este modo, se contribuye a terminar con la discriminación de las parejas del mismo sexo, constituyendo un instituto integrador y protector.⁴¹

Tal como se conceptualiza en su art. 1 “la Unión civil es un compromiso entre dos personas mayores de edad y capaces que expresan su consentimiento ante autoridad competente de

⁴⁰ Uniones Civiles y Uniones Convivenciales. Buenos Aires. Recuperado 2/3/2016. <http://www.buenosaires.gob.ar>.

⁴¹ Ley de Unión Civil. Recuperado 2/3/2016. <http://www.minjusticia.gob.cl/ley-de-union-civil/>

hacer vida en común y a respetar derechos y obligaciones vinculados con este estado con independencia de su orientación sexual e independencia de género. (...)”⁴²

Conclusión

A manera de conclusión amerita resaltar que todas las personas son consideradas iguales ante la ley y titulares de los mismos derechos y garantías. Ello no debe impedir que se pretenda influir, mediante tratamientos diferenciados, en la estructura de la sociedad ante situaciones de hecho desiguales, con el objetivo de favorecer la igualación de condiciones de categorías de personas naturalmente desiguales, esto a los fines de propiciar el mismo disfrute de derechos a todos ellos. No posibilitar el uso y goce de estos derechos de igualdad es y debe ser considerado anticonstitucional, en razón que nuestra Constitución consagrada como principio rector la igualdad ante la ley. Si tomamos como parámetro lo plasmado en el transcurso del capítulo y si ahondamos a lo largo de todo el trabajo de investigación realizado, es dable determinar que la situación analizada minuciosamente por la tesista, al considerar que en la Ley 26472 art. 32 inc. “F”⁴³, en el cual no se encuentra plasmado la figura paterna, siendo que por el contrario si se considera taxativamente la figura materna, existe una situación de discriminación, aquí no debe existir un análisis de sexo, si es más importante la madre o el padre, aquí debe prevalecer el derecho del niño que es el que verdaderamente está en juego, aquí se menoscaba un derecho primordial del hijo que se encontraría en situación de discriminación por ser hijo de padre y no madre condenada a prisión privativa de la libertad.-

⁴² Ley de Unión Civil. Recuperado 2/3/2016. <http://www.minjusticia.gob.cl/ley-de-union-civil/>

⁴³ Ley 26472 - Art. 32: El Juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria en los siguientes casos: (...) Inc. “F” A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.-

Capítulo V
CONCLUSIONES FINALES

Conclusiones finales

5.1. Reestructuración del sistema carcelario.

Como se ha ido demostrando a lo largo de toda la investigación, las cárceles en el estado en que se encuentran, no son un lugar acorde para ningún ser humano. En nuestro país las mismas se encuentran en un estado deplorable, razón por la cual, tal como nuestra Constitución Nacional lo respalda, afirmamos que estas, no son un lugar acorde para un delincuente, el cual está condenado por un delito que el mismo cometió, bajo su sano juicio, sabiendo lo que estaba haciendo. Si consideramos que las mismas no son acordes para este tipo de sujetos, solo por la condición de ser hombre el cual merece un trato humano, digno de cualquier persona sin importar si ha delinquido o no, menos podemos considerarlo para niños menores de edad, que tiene que purgar la condena por un delito no cometido por ellos, sino que se encuentran privados de la libertad por un delito cometido por sus progenitores lo cual resulta ilógico contemplar esta situación, situación que debe ser dejada de lado sin cuestionamiento o análisis previo.-

Si a lo negativo de las cárceles, en lo pertinente a su estructura, higiene, salubridad le agregamos los casos de muertes de internos y las continuas denuncias de malos tratos y torturas efectuados por los mismos internos y por familiares de estos, deberían ser un llamado de atención y un alerta a las autoridades policiales, como así también a las autoridades gubernamentales. Nuestro país ha sido un país castigado por una época de torturas, muertes, persecuciones y personas desaparecidas, lo cual deviene en una carga negativa a nuestra historia; historia que debe servir de parámetro para evitar caer nuevamente en esa decadencia humanitaria. Lo vivido nos debe servir para cambiar por completo, si se advierte que puede existir alguna semejanza del pasado con el presente que se vive en los establecimientos penitenciarios debe ser abolida por completo.-

El art. 18 de la C.N. consagra las garantías Constitucionales, las cuales deben ser resguardadas y puesta en prácticas a fin de evitar actos inconstitucionales contrarios a derecho. Tal como lo establece en su articulado, las cárceles deben garantizar la supresión de la pena de muerte, azotes. A la vez que establece que las mismas deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.-

Como se ha demostrado, la realidad y las normas legales no van en un mismo sentido, las normas propician un trato acorde, digno y sano, la realidad en muchas ocasiones demuestra todo lo contrario, por lo que es de imperiosa importancia contemplar las situaciones que se viven en los establecimientos penitenciarios, tanto en relación a los internos entre sí, como en la de éstos con las autoridades, sin dejar de lado la infraestructura inmobiliaria que también acrecienta la situación degradante e inhumano que se padece. Siendo que se trata de lugares deteriorados, viejos, con pabellones superpoblados, en los que los internos sufren de hacinamiento permanente con celdas chicas, faltas de higiene y de comodidades mínimas e indispensables. –

Al reflexionar lo hasta aquí narrado, se evidencia que debe existir una reestructuración total de las cárceles argentinas, si queremos hacer que los condenados se reinseren en la sociedad como personas rehabilitadas, que luego de cumplir la sentencia condenatoria por su actuar ilícito hayan comprendido que no deben ir contra las normas, ya que estas están hechas para ser respetadas con un acatamiento inviolable. Conjuntamente con este sistema de reinserción se debe demostrar que existe un sistema legal abarcativo, el cual comprenda tanto a las personas condenadas con un resguardo íntegro y completo, que va desde la salud física, psíquica, resguardo moral y contención espiritual hasta una infraestructura sustentable para poder pasar el día a día que estos internos se encuentran purgando su condena impuesta en condiciones humanas dignas y salubres.-

Se debe pensar en un sistema carcelario donde los internos puedan realizar actividades que los mantenga ocupados, se debe pensar en que los mismos puedan trabajar, realizar talleres diarios productivos, todo esto a fin de contribuir a un cambio interior en el sujeto, mientras más ocupado se encuentra una persona, más amena es su vivencia, sus pensamientos se tornan positivos y el lugar se transforma en un lugar más llevadero, no así si por el contrario, se está en un lugar insano, colmado de delincuentes que no realizan nada más que nutrirse entre ellos con pensamientos equivocados.-

5.2. Reflexiones.

La nueva Ley 26472, en su art. 32 modifica tanto el Código Penal en su art. 10 como la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Ley n° 24660. Esta modificación tuvo como objeto con la incorporación de los incs. “e” y “f”, en los cuales se buscó -en ambos casos- contemplar aquellos supuestos en que los niños cuya madre se encuentre condenada a una pena privativa de la libertad, no sufra la condena impuesta a esta como propia, la cual se refleja en condenar al niño al no poder contar con la presencia de su progenitora en los primeros años de vida, o bien en aquellos casos en que los menores pasan los primeros años de vida, etapa de pleno desarrollo y formación en los ámbitos carcelarios signados por violencia e inseguridad, donde las condiciones de vida no son acordes a lo que un niño necesita, sin dejar de lado que estamos en un espacio el cual el ambiente, el trato, el dialogo lejos de ser armonioso, es totalmente contrario a lo que un infante debe nutrirse a fin de ser una persona de bien, con valores íntegros, alejado de violencia, de trato indigno y malos ejemplos para no recaer en los errores de su progenitor, sino que por el contrario tal como lo requiere la crianza, este ámbito conspira contra sus derechos fundamentales vulnerándose lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño.-

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que, “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia⁴⁴” Convención sobre los Derechos del Niño. En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que “el niño debe permanecer en el núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel para optar por separarlo de su familia⁴⁵”.-

⁴⁴ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Esta ley configura el horizonte que deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afectan a la persona menores de 18 años. Fue incorporada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.-

⁴⁵ Corte Interamericana de Los Derechos Humanos. La labor de la Corte Interamericana, desde su instalación en el año 1979, se enfoca en la efectiva protección y promoción de los derechos humanos reconocidos la Convención Americana y los demás tratados internacionales bajo su jurisdicción. A través del análisis de los casos y asuntos que son puestos al conocimiento del Tribunal, éste protege los derechos tanto individuales como colectivos de las personas en las Américas.

La reforma legislativa, en ambos incisos tuvo como principio rector resguardar el Interés Superior del Niño, se pretende garantizar la vigencia y el cumplimiento de los derechos fundamentales del niño, entre los que se encuentra el derecho a preservar la familia como medio de crecimiento y bienestar personal del menor. -

De este modo, la introducción de la prisión domiciliaria para mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años implica el reconocimiento por parte del estado de los efectos nocivos de encierro, como la necesidad de fortalecer la defensa penal de las mujeres que viven en prisión. -

Al propio tiempo de lo resaltado, no se puede dejar de enfatizar, la deficiencia que contiene esta norma. A pesar su utilidad, inteligencia y virtuosismo jurídico por parte de los legisladores al dictarla y modificarla en razón de advertir al momento de sancionarla las faltas que la original ley 24660 contenía, se les puede reprochar la no inclusión de los padres a la reforma efectuada; lo que deja esta deficiencia es un menoscabo en los derechos del niño los que deben ser primordial a la hora de resguardo.

El problema que se genera en la reforma efectuada en el art. 32 inc e y f de la ley 24660 mod. por la ley 26472, conjuntamente con el art. 10 del CP en sus actuales redacciones está vinculado con la exclusión de la figura paterna, dejando de lado por cuestiones de sexo masculino siendo que estos al igual que una mujer pueden tener hijos menores de cinco años a su cargo. Esta denegación en la normativa conduce a la omisión de considerar al padre como posible solicitante de la prisión domiciliaria, lo que trae como consecuencia, el impedimento de poder gozar de esta modalidad de cumplimiento de pena solo por cuestiones de sexo sin tener en cuenta los derechos del hijo de la persona condenada a la prisión privativa de libertad. -

Imagínese a manera de ejemplificar un caso que podría ser muy común: el hecho de un padre condenado que tenga a su cargo un hijo menor a cinco años, por fallecimiento de su madre o por abandono de la misma. En este supuesto, conforme al régimen legal actual, el padre no estaría habilitado para solicitar el cumplimiento de la pena fuera del establecimiento carcelario para no perder el contacto con su hijo y de esta manera no dejar al menor en situación de desamparo ante la falta de madre. Esta misma situación, si se tratara de una

mujer, la misma estaría en total derecho de solicitar la prisión domiciliaria y cumplir su condena fuera del encierro que trae aparejado la cárcel. Aquí se evidencia una cuestión puramente de género, ya que los casos son idénticos, solo que diferencia la figura materna con la figura paterna, se demuestra una discriminación tanto de género como de nacimiento de los niños que nacen de madres condenadas como de padres condenados. Los últimos carecen de derecho y de protección. No obstante, desde la postura de este trabajo, se sostiene que lo que verdaderamente vale es el derecho de ese menor, el cual está coartado por una simple razón de ser hijo de padre condenado. Reiteramos, es totalmente obsoleto dejar a este niño en desamparo por tratarse de su padre y no de su madre, el condenado a prisión privativa de libertad.-

Lo que se intenta demostrar con este trabajo es la violación al principio de igualdad, provocando una discriminación por cuestiones de género. Este principio se encuentra resguardado en el art. 16 de CN., como así también de en múltiples instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía Constitucional. Este principio establece el mismo trato entre quienes se encuentran en iguales condiciones y como consecuencia no se podrá establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en igualdad de circunstancias. -

El caso planteado en el transcurso del trabajo se encuentra en esta problemática. Queda al descubierto que la norma legal estudiada menoscaba un derecho que está resguardado constitucionalmente, le propicia un trato desigual a los padres solo por una cuestión de género, los cuales son susceptibles de ser considerados con los mismos privilegios y excepciones que se le conceden a las madres por el solo hecho de ser mujer.-

Por todo lo que hasta aquí se ha expuesto es que se considera a manera de conclusión, la inminente inclusión de la figura paterna en los supuestos previstos en el art. 32 inc. "F" de la ley 26472, a fin de resguardar al menor hijo de padres, como así también a fin de dar cumplimiento con nuestra norma suprema que propicia la igualdad ante la ley.-

5.3. Propuesta de Reforma

Parecería irreflexivo que no se haya previsto un supuesto de prisión domiciliaria para el padre que en reemplazo de la madre cumpla el papel de cuidador, y esta diferencia de géneros sería inaceptable en casos en que el menor se encuentre totalmente a cargo de su padre y quede en un estado de abandono.-

Es preciso recordar, por un lado, el interés superior del niño y, por el otro, que no puede extenderse la condena a una persona distinta del condenado como sería el menor. Sin duda que esto debe tratarse de una excepción, y solo debe ser otorgada en casos en que realmente exista un estado de abandono del menor a causa del cumplimiento de la condena por parte de la persona que lo tiene a cargo. Conjuntamente debe estar probado que el mismo efectivamente estaba a cargo exclusivo de su padre, de lo contrario se podría desdibujar y desvirtuar el fin perseguido por la norma, otorgando el beneficio al que simuladamente adujera tener un hijo bajo su cuidado, lo que resultaría en un aprovechamiento sobre el menor, a fin de ampararse en la figura estudiada y evitar así el encierro en un ámbito carcelario. Aquí no se persigue beneficiar al condenado, aquí se prioriza el interés supremo del niño.-

Si nos atenemos a lo prescripto por el art. 32 inc. "f" de la ley 26472, mas lo analizado en el transcurso de la investigación, aplicar dicha norma legal al padre de menores que quedaran en estado de abandono, implicaría en definitiva aplicar la misma ley al imputado varón que se encuentra en análogas condiciones que una imputada mujer, figura esta última que –a diferencia del hombre- si está contemplada por el beneficio que otorga el artículo. No se intenta burlar ni infringir la ley, sino por el contrario, en atención a situaciones análogas revestidas por progenitores de distinto sexo, se pretende extender este resguardo a fin de poder incluir la figura del varón en el apartado mencionado.-

Asimismo, el derecho de igualdad exigiría que en esta situación el hombre y la mujer fueran equiparados, por lo que sería aconsejable una reforma a este supuesto legal. De conformidad con el art. 75 inc. 23 de la C.N. se debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato y de pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la C.N. y los Tratados Internacionales.-

No existe ningún motivo para sostener que un padre no sea el encargado de atender las necesidades de su hijo, máxime cuando es el único sostén del mismo y ha sido el encargado exclusivo de su cuidado. En una época en que está contemplada legalmente la unión civil, la adopción monoparental, la igualdad de sexos, resultaría contradictorio y obsoleto, sostener que sólo las madres se encargan del cuidado de los menores. La mayor parte de las veces, estas tareas son compartidas por los progenitores, y en caso de que por cualquier motivo la madre no se encuentre en condiciones, o haya fallecido, y sea el padre el encargado de la atención del menor, no vemos ningún motivo para que se lo excluya al hombre del privilegio en el que si se la incluye a la mujer.-

Por otra parte, el sentido de la ley ha sido proteger a la familia y respetar los derechos fundamentales del niño. El espíritu legal se alteraría y cambiaría si en el caso, quien estaba a cargo del menor, fuera el padre y este fuese encarcelado.-

BIBLIOGRAFIA

1. Doctrina:

LAJE, S. y ALASINO A. (2010). *Derecho de Ejecución Penal. Jurisprudencia.* (13° Ed.). Córdoba. Argentina. Alveroni Ediciones.

FELLINI, Z. (2014). *Ejecución de penas privativas de la Libertad.* (1° Ed). Buenos Aires. Hammulabi edición. José Luis Depalma. Editor.

AROCENA, G.A. (2011). *Derecho Penitenciario. Discusiones Actuales.* (2°Ed.). Córdoba. Alveroni Ediciones.

CAFFERATA NORES J.I. (1983). *Medidas de Coerción en el Proceso Penal.* (1° Ed.). Córdoba Argentina. Marcos Lerner Editora Córdoba.

PESSOA, N.R. (1992). *Fundamentos Constitucionales de la Exención de Prisión y de la Excarcelación.* (1° Ed.) Buenos Aires. Argentina. Editorial Hammurabis SRL.

NUÑEZ, R.C. (2009). *Manual de Derecho Penal – Parte General.* (5° Ed.) Córdoba Argentina. Marcos Lerner Editorial Córdoba.

BIDART CAMPOS, G. (2009). *Manual de Derecho constitucional – Tomo I.* Buenos Aires. Ediar Formatos.

Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley. (2010). (1° Ed.). Buenos Aires. Editorial La Ley.

Abeledo Perrot Córdoba. AbeledoPerrot S.A. (2011). Buenos Aires.-

Actualidad Jurídica Penal. (2010). Vol. 154. Córdoba. Editorial Nuevo Enfoque Jurídico.-

Coreaga. Costa. Pizzarro. Prevención Especial y Patronato de los liberados. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Políticas de Córdoba. Ed. Advocatus. 2001. Córdoba.

Manual Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas Sociales. Heliasta. SRL. Bs. As. 1192.

2. Legislación:

Código Penal de la República Argentina. Ley 11179. Texto ordenado según decreto 3992/1984 – B.O. 16/01/1985. (2014). (13ª Ed.). Buenos Aires. Argentina. Erreius.-

Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. N° 24.660. Art. 32 y 33.

Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. N° 26.472. Art. 1 - (modif. del art. 32 Ley 24.660); Art. 2 – (modif. art. 33 Ley 24.660); Art. 4 – (modif. art. 10 del Código Penal Argentino).-

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), Art. 72 inc. 22.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) Art. 5 inc. 3; Ar 17.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) Art. 3 inc. 1, 2

Constitución Nacional Art. 16; 18; 119.

La ley de protección Integral de los Derechos de las Niñas y Niños (ley N° 26.061) Art. 1, 3.-

3. Jurisprudencia

Cám. Crimen San Francisco, Cba, Recurso de Apelación. Delgado Cristian Ariel y otra. Tenencia de Estupefacientes con fines de comercialización Auto N° 73. (2013).

TSJ. Sala Penal Cba. Recurso de Casación. M.M.R. Adulteración de Instrumento Público. (2013).

CNCas. Penal. Sala I. Recurso de Casación. S.S.B. S/ Recurso de Casación – (2012)

TSJ Sala Penal – Recurso de Casación. S.M.R.S. S/ Recurso de Casación – (2009)

Sala Plena de la Corte Constitucional (SPCC) – Carlos Arturo Rincón Gómez S/ Declaración de Inexequibilidad parcial, Art. 1 Ley 750 de 2002. Por el cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de Familia.- Bogotá – Colombia (2003).-

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD 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	POMILIO, ARACELI BETIANA
DNI	28208680
Título y subtítulo	“PRISION DOMICILIARIA – APLICACIÓN DE PRISION DOMICILIARIA EN CASOS DE PADRES CON HIJOS MENORES DE CINCO AÑOS”
Correo electrónico	arapomiliogmail.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 la Tesis	Si
Publicación parcial	No

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

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado