

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21
TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN.
ABOGACIA



Prisión domiciliaria

Cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una de ellas se encuentra privada de la libertad

Andrea del Valle Llaver

- 2019 -

RESUMEN

El instituto de prisión domiciliaria no se otorga de manera automática sino que más bien el condenado debe encuadrar dentro de los supuestos que la legislación fija para su concesión. En este trabajo final de graduación se abordará el supuesto contenido en el artículo 32 inciso f de la Ley Nacional 24.660 de Ejecución de la Pena que regula: “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”. Frente a la normativa cabe cuestionarse ¿A quién corresponde la prisión domiciliaria por la causal del artículo 32 inciso f, cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una de ellas esta privada de la libertad?.

Palabras claves: Prisión domiciliaria- Madres con hijos menores de cinco años- Progenitoras de igual sexo- Igualdad.

ABSTRACT

The institution of residential prison is not granted automatically but rather the convicted must fit within the assumptions that the legislation sets for granting. In this final graduation work will address the alleged content in Article 32 paragraph f of the National Law 24.660 of Execution of Punishment that regulates: "They may, at the discretion of the competent judge, serve the sentence of imprisonment or imprisonment in house arrest: The mother of a child under five (5) years of age or a person with a disability in his charge." Faced with the regulations, it is worth asking: Who owns the house arrest for the cause of article 32 clause f, when the child under five years old has two mothers and one of them is deprived of his freedom?

Keywords: Domiciliary prison - Mothers with children under five years of age - Progenitors of the same sex - Equality.

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I PRISIÓN DOMICILIARIA	8
Introducción	9
1. Definición y alcance.	9
2. Naturaleza jurídica	13
3. Características del instituto.....	16
Reflexiones del capítulo	19
CAPÍTULO II ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	21
Introducción	22
1. Derecho Constitucional.....	22
1.1. Artículo 16 CN.....	23
2. Ley N° 24.660.....	26
3. Recepción en el Derecho Penal.....	31
Reflexiones del capítulo	37
CAPÍTULO III LAS MADRES Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD	39
Introducción	40
1. El encierro y las mujeres	40
2. Madres con niños en las cárceles.	42

3. Análisis jurisprudencial-----	45
Reflexiones del capítulo -----	50
CONCLUSIÓN GENERAL -----	53
ANEXO -----	56
BIBLIOGRAFÍA -----	57
Doctrina -----	57
Legislación-----	59
Jurisprudencia -----	59

INTRODUCCIÓN

En la actualidad se puede advertir que el clásico ideal de familia conformado por un hombre y una mujer ha cambiado y que existen nuevas familias integradas por progenitores de igual o de distinto sexo, y hasta incluso mono parentales. Una situación especial se presenta en las familias con progenitores de igual sexo cuando ambas son mujeres y se encuentran cumpliendo una condena privativa de la libertad teniendo hijos menores de cinco a cargo.

Frente a estas situaciones el artículo 32 inciso f de la Ley Nacional 24.660 de Ejecución de la Pena regula: *“Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”*. Es a raíz de lo establecido en el citado artículo donde se plantea el problema de investigación que se abordará en este proyecto de trabajo final de graduación. Es por ello que se buscará determinar ¿A quién corresponde la prisión domiciliaria por la causal del artículo 32 inciso f, cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una de ellas esta privada de la libertad?

El tema planteado se encuentra latente en el seno de la sociedad y para quienes tienen la obligación de impartir justicia es ampliamente controversial. Es por ello que resulta enriquecedor su abordaje a fin de conocer una temática que colabora en la interpretación que deben de asumir los magistrados frente a las normas. A nivel social es un tema que resulta muy importante de investigar debido a que muchas familias pueden estar constituidas por dos madres y es necesario conocer en caso de que tengan

que cumplir una condena que las prive de la libertad a cuál de ellas les correspondería el instituto.

El objetivo general que se plantea para esta investigación consiste principalmente en analizar la legislación argentina que regula la prisión domiciliaria a fin de determinar a quién procede su otorgamiento en el caso del artículo 32 inciso f, cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una de ellas o ambas están privadas de la libertad. Los objetivos específicos formulados buscan analizar el instituto de la prisión domiciliaria y determinar su naturaleza jurídica. Además, se establecerán los principios fundamentales del instituto de prisión domiciliaria, se identificarán las condiciones que deben considerarse en el caso de la mujer con hijos menores de cinco años a cargo y se analizarán las circunstancias por las se puede denegar la prisión domiciliaria cuando el niño tiene dos madres. Se buscará asimismo, establecer si el instituto de la prisión domiciliaria resulta un beneficio para la madre condenada.

La hipótesis de trabajo que se formula para esta investigación consiste en afirmar que la prisión domiciliaria por la causal del artículo 32 inciso f de la Ley Nacional 24.660 es procedente cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una esta privada de la libertad. Debe comprenderse que no se le otorga a la mujer madre como un beneficio personal, sino que la finalidad se encuentra centrada en el mantenimiento del vínculo filial y que el niño pueda vivir dentro de un ámbito que resulte más adecuado para su salud y favorezca a su desarrollo. Tras el desarrollo del tema en análisis resultará factible la confirmación o negación de la hipótesis planteada, para ello se procederá a desarrollar una investigación de tipo descriptivo, la cual consiste en escoger una problemática, buscar información sobre ella y

posteriormente realizar una descripción sobre el tema (Sampieri, 2006). La estrategia metodológica que se implementará en este trabajo será cualitativa, mediante la misma se buscará la “*exploración, descripción y entendimiento de algún fenómeno o situación*” (Sampieri, 2006, p. 26).

La delimitación temporal de este trabajo de investigación comprenderá desde el año 2013 donde fue dictado el fallo “Fernández” hasta llegar al año en curso. De esta manera se logrará obtener un conocimiento vigente y que pueda resultar óptimo de ser aplicado en la actualidad. En cuanto a los niveles jurídicos se analizará legislación, doctrina y jurisprudencia nacional.

La manera en que ha organizado este trabajo final de graduación ha permitido establecer una división tripartita del tema a tratar. En el primer capítulo se analizará de manera cabal la definición de prisión domiciliaria junto a sus respectivas notas características y se establecerá la naturaleza jurídica. En el marco legislativo será en punto esencial del segundo capítulo se comenzará por analizar el artículo 16 de la Constitución Nacional a los fines de lograr reconocer su alcance y lo que debe comprenderse por igualdad ante la ley. Seguidamente, se introducirá en la legislación específica que regula el instituto de la prisión domiciliaria. En el tercer capítulo se abordará la vida que las mujeres llevan dentro del encierro carcelario cuando conviven con sus hijos, se analizará la situación particular del niño con dos madres y una privada de la libertad y se realizará un análisis comprensivo del fallo “Fernández”¹ el cual ha sido el propulsor del problema de investigación que se ha delimitado para este trabajo de investigación.

¹ Cámara Federal de Casación Penal, sala III.” F., A. M. s/ recurso de casación” (2013) La Ley

CAPÍTULO I

PRISIÓN DOMICILIARIA

Introducción

Las personas al cometer actos que se encuentran tipificados como delitos reciben una condena la cual generalmente debe ser cumplida dentro del ámbito carcelario, pero existen dentro del derecho positivo algunas modalidades diferentes de cumplimiento de la pena. Dentro de estas modalidades de ejecución de la pena privativa de la libertad se encuentra la prisión domiciliaria.

En este primer capítulo se comenzará por otorgar una definición de lo que se entiende por prisión domiciliaria, si bien como podrá observarse seguidamente no existe un gran número de conceptualización que hagan referencia concreta al tema en marras, sino que más bien se trata de otorgar una caracterización sobre el instituto. Posteriormente, se procederá a delimitar y otorgar precisión respecto a la naturaleza jurídica de la prisión domiciliaria y se expondrán los requisitos necesarios para su otorgamiento.

1. Definición y alcance.

En muchas ocasiones y motivadas por diversas circunstancias las personas suelen realizar acciones que aún teniendo conocimiento de que se encuentran fuera del marco de la legalidad igualmente las realizan. Cuando la persona humana consuma una conducta de manera racional que se encuentra tipificada y que resulta antijurídica debe recibir una pena por ello. Esta pena siempre debe guardar una relación de proporcionalidad respecto a la lesión que se ha cometido.

Dentro del marco legislativo nacional existen varias modalidades de poder cumplir con la pena impuesta y una de ellas es la privación de la libertad dentro de una cárcel. Pero frente a la existencia de diferentes supuestos que pongan en riesgo el efectivo cumplimiento de los derechos de los condenados puede modificarse la modalidad de ejecución de la pena a los fines de garantizarles un trato más humano y basado en dar primacía a los derechos fundamentales.

Una de las alternativas de ejecución de la pena cuando no pueden asegurarse los derechos del condenado es su cumplimiento mediante la modalidad de prisión domiciliaria. Al cumplirse la condena bajo la modalidad de prisión domiciliaria se considera al instituto como:

Una solución prevista por la ley para aquellos casos en que el encierro carcelario va más allá de la restricción de la libertad (...) por lo que, precisamente, la finalidad de éste instituto se dirige a humanizar la ejecución de la pena privativa de la libertad, cuando en función de la situación descripta, la finalidad de reinserción social no tiene efecto práctico (Lainatti, 2017, p.5).

En esta modalidad se permite que el sujeto pueda cumplir con la condena impuesta en un lugar distinto a la cárcel pero no por eso se lo exime de cumplir con los años de condena que se le han fijado como así tampoco se le otorga libertad ambulatoria. La persona continúa cumpliendo su condena pero lo realiza en un domicilio particular que puede ser propio, de un familiar o alguna persona que haya optado por permitirle cumplir la condena en su vivienda y estar bajo su responsabilidad y cuidado. La prisión domiciliaria tal como lo sostiene La Rosa (2006, p.455) resulta una modalidad de encierro:

Atenuada y de conformidad con las particulares circunstancias del imputado (según la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad), dado que en

este caso la privación de la libertad continúa rigiendo pero bajo circunstancias diversas y acordes a las condiciones objetivas que se presentan en el sujeto.

La modalidad de ejecución de la pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria no funciona únicamente con la finalidad de cumplimiento de la condena sino que también puede resultar aplicable como una medida cautelar. De esta manera, puede observarse que los magistrados pueden aplicar la prisión domiciliaria en distintas situaciones y siempre otorgando primacía al cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona.

Los jueces podrán otorgar la prisión domiciliaria cuando la persona privada de la libertad la solicite debido a que encuadra dentro de alguno de los supuestos que la ley establece. Si bien como se verá en puntos siguientes la prisión domiciliaria es considerada un derecho para los condenados no quiere decirse que tenga que ser concedida sin un previo análisis de la situación particular. Para que una persona pueda cumplir con la ejecución de la pena mediante el arresto domiciliario un equipo interdisciplinario deberá evaluar la situación y comunicar al juez su informe a los fines de evaluar si la persona condenada se encuentra apta para cumplir su pena bajo esta modalidad.

No puede dejar de tenerse presente que así como los jueces otorgan la prisión domiciliaria también tienen la potestad de poder revocarla cuando su cumplimiento no se realice de la manera correcta. Al otorgarse la prisión domiciliaria se fijarán las características particulares en que la misma deberá ser cumplida por cada condenado. Por ejemplo una persona que tiene problemas de salud y se le ha concedido la prisión domiciliaria bajo ese motivo puede tener la posibilidad de abandonar por unas horas el domicilio en donde cumple su condena y asistir a la consulta con un profesional

médico. En algunos casos en que el imputado es el sostén del hogar se le ha permitido asistir a su trabajo y luego volver a cumplir el arresto domiciliario. Un claro ejemplo de lo antes dicho puede verse en la causa “V., D. A. s/ robo en grado de tentativa” donde se le otorga la prisión domiciliaria al progenitor padre de dos niños y se le permite las salidas a trabajar ya que *“desde hace un mes lo hace en la Cooperativa San Agustín como barrendero, que tiene turnos rotativos, que percibe un buen salario al igual que la Asignación Universal por Hijo, con lo que les alcanza para "cubrir" los gastos familiares”*².

Si el condenado incumpliera con los requisitos pactados para el otorgamiento del instituto deberá retornar al penal y concluir su condena bajo dentro del establecimiento penitenciario. Si bien la prisión domiciliaria es una modalidad de ejecución de la pena representa a su vez una gran posibilidad para quienes tienen acceso a ella, ya que permite convivir con la familia, poder vivir en un espacio más adecuado conforme a las necesidades que tenga la persona. Pero es una verdadera lástima que no se tome en cuenta el voto de confianza que desde el Estado se está dando a quienes se les permite en cumplimiento de la condena en un lugar distinto a la cárcel y que utilicen esta posibilidad para volver a delinquir. Cuando se observa por los medios de comunicación que un preso que estaba cumpliendo con el arresto domiciliario salió a robar o cometió un homicidio no puede dejar de cuestionarse si la condena privativa de la libertad cumple con la finalidad de re socializar y de hacer reflexionar al condenado sobre sus conductas contrarias a derecho.

² Cámara en lo Criminal de 2a Nominación de Catamarca. “V., D. A. s/ robo en grado de tentativa”. (2015) AR/JUR/48370/2015

2. Naturaleza jurídica

Desde el derecho se considera que todos los institutos que están bajo su regulación tienen un origen o naturaleza que motiva su aplicación. En el caso de la prisión domiciliaria existen posiciones yuxtapuestas respecto a su naturaleza jurídica, ya que una parte considera que simplemente es una modalidad diferente respecto a la ejecución de la pena y por otro parte, se sostiene que la naturaleza radica en otorgar un trato más humanizante al condenado. Esta última es la posición que se comparte y la cual será argumentada seguidamente.

La prisión domiciliaria es uno de los institutos en que el legislador ha dejado plasmado el principio de trato humanitario que deben recibir las personas privadas de la libertad. Este instituto encuentra su base principal en el artículo 18 de la Constitución Nacional:

Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Dentro del derecho positivo son muchos los Instrumentos Internacionales que regulan este principio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: *“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*³. El Pacto Internacional de Los derechos Civiles y Políticos también hace referencia al trato humanizante que deben recibir los

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art 5.2.

condenados al afirmar que *“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*⁴.

La prisión domiciliaria *"no es una sanción más destinada a las penas leves, sino una pena que viene a paliar situaciones personales del condenado con un superlativo viso de humanidad"* (Cesano y Arocena, 2015, p. 145). Es por ello que se concede la prisión domiciliaria a la madre cuando tiene hijos menores de cinco años a su cargo y uno de los fundamentos para el otorgamiento del instituto radica en el principio de intrascendencia de la pena, buscando de esta manera que la pena impuesta a la madre no se asuma de forma indirecta por el niño (Freedman, 2012).

En el instituto de prisión domiciliaria la naturaleza jurídica se encuentra enmarcada dentro del respeto por el principio de humanidad de la condena. De esta manera se busca dejar a tras los sistemas que se basaban en penas severas y con castigos corporales para pasar a un sistema en donde la pena debe de resultar proporcional a la lesión al bien jurídico y no debe de trascender a terceros ni tampoco resultar más grave que lo que debe ser para el condenado.

En el caso de una persona enferma que se encuentra cumpliendo una condena dentro del ámbito carcelario su enfermedad se adiciona de tal manera a la pena otorgándole un viso de gravedad. Cuando en realidad lo que debería es lograr humanizar esa pena y esto se consigue mediante el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Algunos autores como es el caso de Mahiques (2002, p. 209) han determinado la manera en que el principio de humanidad actúa respecto a los condenados:

⁴ Pacto Internacional de Los derechos Civiles y Políticos. Art. 10.1.

Por un lado, excluir algunos tipos de sanciones consideradas en sí y por sí inhumanas (por ejemplo, las penas corporales) y, por otra parte, impone que la aplicación de una determinada categoría sancionatoria —no incompatible con el principio de humanidad—, esté libre de aspectos, perfiles y contenidos aflictivos, ajenos al núcleo característico de esa determinada especie de pena.

Si coincide con el autor antes citado en cuanto el principio de humanidad como base para la exclusión de las penas corporales y la posibilidad de que las penas sean otorgadas teniendo en consideración las situaciones particulares de los condenados.

Desde una mirada opuesta a la que sustenta al principio de humanidad como naturaleza jurídica de la prisión domiciliaria se encuentra la posición de autores como Cesano (2013, p.123) que reconoce la naturaleza del instituto como que:

No es diferente al encierro que se decide en el momento de imposición de una condena o de un encierro preventivo, sino de una alternativa diferente en la modalidad de ejecución de una pena o de una medida cautelar ya impuesta, y de ninguna manera su implementación puede importar una sustitución de la misma, como puede ocurrir con las sanciones autónomas que funcionan en el derecho comparado.

En este caso se dice con la postura esgrimida por Cesano ya que se considera que si la prisión domiciliaria solamente es una modalidad alternativa para el cumplimiento de la pena no hubiera sido necesario que el legislador estableciera supuestos para su otorgamiento ya que cualquier condenado podría tener acceso a ella. Muy por el contrario, el legislador ha ido incorporando a lo largo de los años distintos supuestos respecto al otorgamiento de la prisión domiciliaria y cada uno de ellos se encuentra enmarcado en otorgar un trato más humanizante a la persona que lo padece.

3. Características del instituto

La prisión domiciliaria puede ser puntualizada como *“aquella medida alternativa de cumplir la sanción penal fuera del ámbito carcelario; o, modalidad morigerada de cumplimiento de la prisión preventiva que pesa sobre el imputado”*⁵ Si bien la jurisprudencia no lo expresa en la cita antes mencionada la prisión domiciliaria resulta una modalidad morigerada tanto para la prisión preventiva como para la condena. Debe interpretarse que la prisión domiciliaria solamente constituye una modalidad frugal del cumplimiento de la pena y que surge frente a cuestiones fácticas en donde no se pueden garantizar los derechos de la persona condenada.

La prisión domiciliaria tiene como fundamento primordial *“evitar el trato cruel, inhumano o degradante del detenido o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar”*⁶. Esta modalidad de cumplimiento de la pena se otorga cuando dentro del encierro carcelario no pueden asegurarse los derechos de las personas condenadas y se subyugan sus derechos en cuanto a salud, dignidad humana y se permite que la pena pueda trascender a otras personas (Lainatti, 2017) como es el caso de los niños menores de cinco años que conviven con sus madres en las cárceles y se encuentran indirectamente privados de su libertad.

Como todos los institutos regulados por el derecho interno la prisión domiciliaria cuenta con características que la tornan única y permiten la distinción específica de otras maneras de ejecución de la pena privativa de la libertad. Una de las características de la prisión domiciliaria es fundamentalmente que constituye un

⁵ CFAMdP, "S.C.A." s/incidente de prisión domiciliaria". (2013)

⁶ CFCP, Sala II, "Godoy" (2014)

derecho para quienes están privados de su libertad y no debe de pensarse que es un beneficio. Respecto a esto Bianchi y Rodríguez Berdier (2018, p. 2) firman que:

La alternativa del encierro domiciliario no es una gracia prevista en beneficio de quienes se encuentran cumpliendo una condena o una prisión preventiva, sino antes bien un derecho; el que solo puede afectarse en la medida que existan razones justificantes válidas que así lo avalen, so pena de caer en arbitrariedades inaceptables.

Por lo que debe comprenderse que todas las personas que se encuentran condenadas y cumplen con alguno de los requisitos que la ley fija para la concesión de la prisión domiciliaria se encuentran en su derecho de solicitarla y poder acceder a ella.

Tal como lo afirma La Rosa (2006) la prisión domiciliaria tiene la finalidad de privar la locomoción del condenado reduciéndola al domicilio que se ha fijado como ámbito para el cumplimiento de la pena y donde se realizará la supervisión de la misma por parte de la autoridad a la que se le ha asignado dicha tarea. La persona que goza de prisión domiciliaria si bien no está dentro de los límites que impone una unidad penitenciaria tampoco goza de libertad ambulatoria y se encuentra confinado a cumplir la pena dentro del perímetro de ese domicilio. Con esto se sostiene que dentro de la vivienda podrá movilizarse por todos los espacios incluyendo patios y jardines pero no realizará salidas a la calle.

Una característica muy importante en cuanto a la prisión domiciliaria es respecto al organismo que encargado de acompañar a las personas que cumplen a ejecución de la pena bajo esta modalidad. El Patronato de Liberados es el organismo encargado de controlar que la ejecución de la condena se cumpla tal lo establecido y de lograr la reinserción social del condenado. Si bien la ejecución penal es una normativa de fondo cada provincia tiene la función de prever cómo se desarrolla en la provincia

de Mendoza donde radica a autora de este trabajo de investigación dicha función es cumplida por el Juzgado de Ejecución Penal al igual que en la provincia de Córdoba. Lainatti (2017, p. 2) sostiene que la resocialización consiste en otorgar a los condenados *“las herramientas educativas, laborales y hasta terapéuticas, entre otras tantas, para que puedan llevar adelante una vida armoniosa en el medio social -del cual vienen, antes de ser forzosamente encerrados, y al cual se irán cuando recuperen su libertad”*

El instituto de la prisión domiciliaria resulta aplicable tanto a personas condenadas como a procesados y esto se fundamenta en base a la igualdad ante la ley⁷. Además, la ley 24.660⁸ establece expresamente la posibilidad de aplicar el instituto a los procesados fundado en el principio de inocencia. Al referirse a este punto la jurisprudencia ha sostenido que: *“con la noción de condena, debe resultar aplicable para los supuestos de prisión preventiva también, puesto que quien puede lo más, puede lo menos, no debiendo olvidarse que en éstos el imputado sigue gozando de la presunción de inocencia”*⁹. Entonces, a los fines de no vulnerar el principio de igualdad se otorga el instituto de la prisión domiciliaria tanto a penados como a procesados.

⁷ C.N Art 16 La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

⁸ Ley 24.660 Art 11. Esta ley es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente.

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, "Sánchez Carranza, Jéssica Kelita" (2008)

En resumidas cuentas puede decirse que la prisión domiciliaria se caracteriza por imponer un límite a la libertad de locomoción confinando al condenado o procesado al cumplimiento de la pena en él un domicilio que se ha fijado para tal finalidad. No cualquier condenado o procesado goza de la prisión domiciliaria sino que debe existir la imposibilidad de garantizar algún derecho para que se proceda a su otorgamiento y lograr así que puedan recibir un trato mas humanizante.

Reflexiones del capítulo

Dentro de los institutos morigeradores de la coerción procesal se encuentra la prisión domiciliaria o también conocido como arresto domiciliario. La prisión domiciliaria constituye una sustitución en la modalidad del cumplimiento de la condena, ya que se cambia el lugar físico donde la misma ocurre pero no por ello se exime al condenado del cumplimiento de su pena.

La prisión domiciliaria no representa la suspensión de la pena o su perdón total su propósito es que la persona pueda cumplir la condena en otro lugar que no sea el ámbito carcelario. Es una manera de aminorar las penas privativas de la libertad y asegurar el reconocimiento de los derechos fundamentales de los condenados. La prisión domiciliaria al igual que el resto de las modalidades de ejecución de la pena guarda como objetivo principal la resocialización del condenado.

La naturaleza jurídica de la prisión domiciliaria radica en otorgar un trato más humanizante a los condenados permitiendo que cumplan la condena fuera del ámbito de la cárcel respetando principalmente los derechos humanos y fomentando la reinserción social. Lo que se busca es respetar la vida, la integridad física y que la pena no trascienda a terceras personas garantizando un verdadero trato digno a favor de los

condenados y erradicando todas aquellas medidas que resulten inhumanas o que atenten contra la integridad física y moral de los privados de la libertad.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Introducción

En este capítulo se comenzará por abordar el principio de igualdad regulado en el artículo 16 de la Constitución Nacional a los fines de comprender en qué consiste la igualdad ante la ley y la igualdad entre iguales. De esta manera, se podrá comenzar a dilucidar a quién corresponde la prisión domiciliaria por la causal del artículo 32 inciso f, cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una de ellas esta privada de la libertad. Es importante analizar el principio de igualdad para de esta manera determinar a qué madre le corresponde el otorgamiento de la prisión domiciliaria en el caso de que ambas se encuentren privadas de la libertad, ya que por estar en una situación análoga deberían de recibir el mismo trato.

La prisión domiciliaria forma parte de los institutos regulados por el derecho penal cuyo otorgamiento no procede de forma automática sino que se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos para poder gozar de este derecho. En este capítulo se presentará la manera en que la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad regula el instituto en análisis y se establecerán sus diferentes supuestos de procedencia y la manera en que debe de ser solicitado.

1. Derecho Constitucional

En este apartado se procederá a realizar un breve análisis sobre el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Este análisis deviene de la necesidad de conocer cómo debe entenderse la igualdad y cuál será su aplicación ante personas que se encuentran en idéntica situación jurídica.

1.1. Artículo 16 CN

Definir el término igualdad implica exponer de manera unívoca y concreta su significado. Si bien puede parecer una tarea sencilla la amplitud del término lo vuelve bastante complejo. La palabra igualdad puede recibir diferentes aplicaciones dependiendo del ámbito en el que se la aplique.

Dentro del espacio jurídico la igualdad puede ser entendida como la posibilidad de recibir un trato equitativo y su contracara se sustenta en la desigualdad o discriminación. Ekmekdjian sostiene que la igualdad puede pensarse como *“la posibilidad que tiene cada hombre de acceder a un espacio de libertad intransferible e inalienable, semejante al de los demás hombres”* (Ekmekdjian, 1994, p.134).

El término igualdad deriva de latín *“aequalitas, -ātis”*¹⁰ cuyo significado es igual, llano, equilibrado. La igualdad como principio no resulta nueva sino que ya era sostenida por la cultura griega en donde Aristóteles sostenía que la igualdad debía de resultar aplicable a aquellos hombres que fueran iguales por lo que entre esclavos y hombres libres la igualdad resultaba de aplicación imposible.

En Roma las palabras de Ulpiano impulsaban a los hombres a reconocer dentro del derecho tres principios fundamentales: vivir honestamente, no dañar a los demás, y dar a cada uno lo suyo. Este último estaba ligado a la idea de igualdad que reconocía el gran jurista. Aunque resultaba muy fácil de decir llevar a la práctica la acción de dar a cada uno lo suyo desde siempre ha resultado una tarea un tanto complicada.

¹⁰ <https://www.significados.com/igualdad/>

Más cercanos en el tiempo puede verse reflejada la igualdad dentro de los emblemas que propugnaban los líderes de la Revolución Francesa. Esta idea de igualdad había sido transmitida al pueblo francés por Jean Jacques Rousseau quien soñaba con un pueblo libre y teniendo una república como forma de gobierno. El pensador sostenía que la libertad no podía existir sin que hubiera igualdad y por lo tanto:

Renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre, a los derechos y a los deberes de la humanidad. La verdadera igualdad no reside en el hecho de que la riqueza sea absolutamente la misma para todos, sino que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro y que no sea tan pobre como para verse forzado a venderse. Esta igualdad, se dice, no puede existir en la práctica. Pero si el abuso es inevitable, ¿quiere eso decir que hemos de renunciar forzosamente a regularlo? Como, precisamente, la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, hay que hacer que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla (Rousseau, 1965, p. 115)

La igualdad puede ser considerada como el principio fundamental de todo Estado democrático y es una regla que se debe perseguir y garantizar. Desde otra mirada la igualdad es un derecho constitucional subjetivo que establece la igualdad de trato entre las personas y un punto de quiebre frente a la discriminación (Eguiguren, 1998). En la República Argentina el principio de igualdad se encuentra establecido dentro del artículo 16 de la Constitución Nacional al sostener que:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ellas fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Del artículo se desprenden las dos grandes interpretaciones que pueden hacerse respecto a la igualdad desde la perspectiva formal y real. La igualdad formal es aquella que establece la igualdad ante la ley y como sujetos que gozan de los mismos derechos

civiles. En cambio, la igualdad real es aquella en que el Estado intenta lograr la equidad de los derechos sociales y económicos de sus ciudadanos (Bidart Campos, 2007).

Para la igualdad formal todas las personas gozan de igualdad ante la ley de esta manera como lo sostiene Eguiguren, (1998, p. 64) se *“impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas”*.

Dentro de la igualdad formal también se encuentran los iguales ante la aplicación de la ley, pero esa igualdad no hace referencia a que todas las personas son iguales sino que por el contrario establece la igualdad ante una misma situación. Por ejemplo cuando dos mujeres que son madres de un niño menor de cinco años se encuentran cumpliendo una condena privativa de la libertad están en la misma situación jurídica y es por ello que en ese marco de igualdad debe de aplicarse los mismos derechos respecto a la posibilidad de obtener la prisión domiciliaria.

La igualdad formal no se resume a establecer que todas las personas son iguales ante la ley, ya que también alude a la igualdad de trato que deben de recibir en una misma situación. Respecto a esto los tribunales han entendido que:

Tan inequitativo es que la ley trate desigualmente a los iguales en iguales circunstancias, como trate igualmente a quienes no son iguales —en el sentido de que su condición es distinta— y no obstante la desigualdad de las circunstancias. Para que todos sean iguales ante la ley es preciso que esta los iguale compensando con sus disposiciones los desequilibrios que hacen violencia al orden natural. Las discriminaciones legales no deben considerarse sólo desde el punto de vista de los derechos o intereses individuales alcanzados por ellas, sino también en vista del interés general o bien común, al cual corresponde lo que se puede llamar el

derecho de la comunidad. Es el punto de vista de la justicia legal o social que considera lo que es debido por las partes al todo. Para la existencia del orden — condición primera de la paz y de todo verdadero bien particular— no importa menos el resguardo de los derechos de la comunidad que el de los derechos individuales. Por ello los jueces han de atender, sin duda, a la posibilidad de los excesos provenientes de la lucha por la recuperación del imperio de la justicia sobre la libertad, pero también a los valores que están en juego en la contienda¹¹

La igualdad de trato está más vinculada con la ausencia de discriminación ya que representa el deber que tienen todos los poderes del Estado de garantizar a las personas que sean tratadas de igual manera haciendo que los estereotipos sociales que fomentan la discriminación sean derrotados. Entonces, frente a una misma situación no deberá de diferenciarse a las personas por su raza, nacionalidad, sexo, edad, etc sino que a todas se les aplicaran las mismas consecuencias jurídicas.

2. Ley N° 24.660.

La ley nacional 24.660 se encuentra vigente en la República Argentina desde el año 1996 con la finalidad de que la ejecución de la pena privativa de la libertad en las diversas maneras que puede presentarse cumpla con el objetivo de hacer *“que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”*¹².

¹¹ CSJN, "Bemberg" (1952)

¹² Ley 24.660 Art 1

En el año 2008 la ley 24.660 sufrió algunas modificaciones y dentro de su marco normativo el instituto de la prisión domiciliaria se encuentra regulado en el artículo 32 de la ley 26.472 que establece:

El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

En materia de ejecución de la pena privativa de libertad como lo explican Bianchi y Rodríguez Berdier (2018, p. 1) la norma enumera un orden de supuestos *“vinculados con circunstancias específicas de salud, de edad y distintas consideraciones de fundamento humanitario —también sujetas a prueba en cada caso en particular— en los que se faculta a los jueces competentes a disponer la detención domiciliaria”*

La misma letra del artículo permite observar que el otorgamiento de la prisión domiciliaria no es un derecho de carácter absoluto a favor del condenado, sino que es el juez quien “podrá” otorgar el instituto cuando coincidiera que se cumplen determinadas condiciones como es por ejemplo que la medida no resulte perjudicial para que el proceso se desarrolle de manera normal (Zurueta, 2015)

La concesión del instituto recae sobre el juez de ejecución o el que resultará competente en la causa, quien deberá analizar la situación particular de cada condenado y proceder o no al otorgamiento de la prisión domiciliaria. Frente a lo antes

expuesto la jurisprudencia ha sostenido que *“las causales de concesión del arresto domiciliario no operan en forma automática, sino que dependen del análisis que haga el respecto a su procedencia en el caso concreto”*¹³.

Para Zurueta, (2015) el legislador a fijado expresa y taxativamente todos los supuestos bajo los cuales el juez podrá otorgar la prisión domiciliaria. Los supuestos de otorgamiento son seis y si bien en algunas ocasiones los jueces se han permitido realizar una interpretación más amplia de la norma y aplicarla para conceder la prisión domiciliaria a supuestos que no se encuentran contemplados ha sido porque la situación revestía similitud con lo establecido en la ley.

Desde la perspectiva contraria Lainatti (2017) sostiene que vale hacer referencia a que los presupuestos antes citados no se encuentran regulados de manera taxativa. Es por ello que amparándose en el principio de convencionalidad, de trato humanizante, entre otros los operadores judiciales pueden analizar las situaciones en particular y permitir que un condenado pueda acceder a la prisión domiciliaria aún cuando su situación no encuadre dentro de los supuestos fijados por la ley.

Entonces, frente a situaciones particulares en que los derechos del condenado estuvieran siendo vulnerados o existiera un tratamiento inhumano la prisión domiciliaria podría de ser otorgada. Lo cual implica también que los presupuestos que hoy establece la ley pueden ser ampliados en reformas futuras a los fines de brindar una mayor humanización respecto a los condenados. Un ejemplo sobre lo expuesto es el otorgamiento de la prisión domiciliaria al progenitor hombre cuando estando privado de la libertad tiene a su cargo hijos menores de cinco años.

¹³ Cámara Federal de Casación Penal de Buenos Aires- Sala 4 “Soberon, Ana Dolores y otro imputado: Gordillo , Roberto Edgardo s/incidente de cese de prisión preventiva”(2008)

En la ley 26.472 de ejecución de la pena privativa de la libertad la prisión domiciliaria también se encuentra regulada en el artículo 33 que instituye:

La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente. En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social. El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal se requerirá un informe del equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, que deberán evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno. El interno podrá proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la prisión domiciliaria se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución

Si bien el otorgamiento del instituto recae en una decisión del juez de ejecución o competente el mismo no procede de oficio. Es por ello que el mismo condenado, su familia o quien fuera a hacerse cargo de su cuidado deberán solicitar se le conceda la ejecución de la pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria. Para proceder a modificar la forma de ejecución de la pena se deben realizar una serie de estudios físicos, psicológicos y sociales que permitan determinar si el condenado se encuentra en condiciones de cumplir con la prisión domiciliaria.

En la República Argentina desde hace algún tiempo se ha incorporado a modo de control un dispositivo electrónico en forma de tobillera que permite tener un conocimiento más certero sobre el cumplimiento del instituto y la posibilidad de determinar si los límites del encierro han sido violados. Desde una mirada personal se

considera que este sistema de monitoreo electrónico de quienes están cumpliendo arresto domiciliario no resulta efectivo debido a que el ingenio para quitarse el dispositivo y violar la prisión domiciliaria permite que las personas puedan salir del domicilio y volver a delinquir. La habilidad de sacarse el dispositivo y ponérselo a otra persona o a un animal o también alterar su configuración para que no se detecte la salida del lugar fijado para cumplir la condena es algo común y que permite a la persona actuar con total impunidad.

Al otorgarse la prisión domiciliaria al penado o procesado no se lo deja solo, ya que esta modalidad de cumplimiento de la pena se debe supervisar y comprobar su desarrollo. La prisión domiciliaria debe funcionar de manera conjunta con un sistema de control y supervisión, que sirva tanto para saber cómo se encuentra el condenado como para evitar que cometa un nuevo delito (Kent, 2007) Respecto a esto los tribunales han considerado que:

No debe tampoco perderse de vista que esta vigilancia, que debe asegurarse para evitar, como ya se dijo, una desnaturalización de la pena o de la medida cautelar impuesta, debe llevarse a cabo en consonancia con los demás objetivos sociales de la ley 24.660¹⁴

Queda a disposición del juez también la posibilidad de revocar la prisión domiciliaria si *“el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren o cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida”*¹⁵.

¹⁴ Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 de La Plata. "Incidente de prisión domiciliaria L., H. E." (2007)

¹⁵ Ley 24.660 Art 34

Resulta importante destacar que la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad no establece distinción alguna respecto a la nacionalidad de las personas a las que se puede aplicar el régimen penitenciario. Pero para ellas resulta un tanto complicado lograr acceder a una forma morigerada del cumplimiento de la pena aunque cumpla con los requisitos que se impone para ello (Monclús Masó, 2013). En la situación de mujeres extranjeras que son madres y tienen hijos menores de cinco años el otorgamiento de la prisión domiciliaria se torna casi imposible ya que carecen de un domicilio donde poder cumplir con la ejecución y por parte del Estado no se han destinado lugares que puedan cumplir con esa finalidad.

3. Recepción en el Derecho Penal

Dentro del derecho penal la prisión domiciliaria es un instituto que se encuentra regulado desde el año 1889. En el artículo 70 del código de fondo se establecía que *"el condenado a arresto será puesto en cárcel, policía o cuerpo de guardia, pudiendo ser arrestadas en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias"*¹⁶. El instituto solamente resultaba aplicable en el caso de la edad y de las mujeres honestas y cuando la condena de prisión no superar los seis meses.

Posteriormente se retiró el tiempo máximo que debía durar la condena y se agregaron otros supuestos en los cuales resultaba factible el otorgamiento del instituto. Hasta la entrada en vigencia de la ley 24.660 la edad y la salud representaban los parámetros fundamentales para que los condenados o procesados pudieran acceder a la prisión domiciliaria. Al ser modificada esta ley por la ley 26.472 de ejecución de la

¹⁶ CP. Art 70. Artículo Código Penal de 1886

pena privativa de la libertad se consagraron los supuestos que basados en brindar un trato más humanitarios se establecen actualmente.

Es así como en el artículo 10 del Código Penal y en el artículo 32 de la Ley 26.472 se encuentran regulados de la misma manera el instituto de la prisión domiciliaria:

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

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

El supuesto de otorgamiento del instituto en que se centra este trabajo final de graduación es el contemplado en el inciso e) de la citada legislación. En este caso la normativa contempla la situación fáctica de la mujer que siendo madre se encuentra privada de la libertad y tiene hijos menores de cinco años o personas discapacitadas a su cargo. Para el otorgamiento del instituto debe darse la existencia de una mujer privada de la libertad y pueden presentarse cualquiera de las dos condiciones que tenga hijos menores de cinco años o que tenga una persona con discapacidad.

En ambos casos las personas deben de estar a cargo de la mujer que se encuentra cumpliendo la condena. Si bien el legislador utiliza el nexos disyuntivo “o” al referirse a “niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad” puede que dentro del mismo supuesto se presenten ambas situaciones ya que existen madres de personas con discapacidad que a su vez son madres de niños menores de cinco años. La norma no establece que deba cumplirse una condición u otra sino que permite que se presenten de manera conjunta. Lo que resulta distinto aunque la norma no lo establezca de forma expresa es el tiempo que dure la prisión domiciliaria ya que cuando la prisión domiciliaria se otorga para la atención de una persona con discapacidad a cargo no tiene establecido un límite de duración. En cambio, cumplido los cinco años del niño la madre debe volver al encierro carcelario aunque la jurisprudencia ha sostenido que:

Teniendo en miras el interés superior del niño y el principio pro homine, el límite legal de cinco años previsto por el artículo 32, inc. f) de la ley 24.660 debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse ex ante en forma automática para todos los casos, pues claro está que un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario¹⁷

Dentro de los fundamentos que permiten el consentimiento de la prisión domiciliaria a la madre de un niño menor de cinco años se encuentra otorgar la garantía conferida respecto a los derechos de la niñez que establece la Convención sobre los Derechos del Niño. La jurisprudencia al interpretar el artículo 30 inciso f de la ley 24.660 ha sostenido que:

La intención del legislador al sancionar la presente ley, fue establecer un marco normativo respetuoso de la tutela especial de los niños, adecuando este instituto a

¹⁷ CFCasaciónPenal, sala II. “M., C. N. s/ recurso de casación”. (2013) La Ley AR/JUR/56567/2013

las pautas fijadas en numerosos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, conforme el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, gozan de rango constitucional (Cfr. Arts. 2.2, 3, 5, 7.1, 8.1, 9.1 y 18.1 CDN)...En consecuencia, una correcta exégesis de la normativa, permite concluir que las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos menores de edad, tienen derecho a que se conceda el arresto domiciliario, con el fin de preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana. De modo tal que, cuando se den los supuestos previstos en la ley, la concesión de la medida debe constituir la regla (...) En efecto, teniendo en miras el interés superior del niño y principio pro homine, el límite legal de cinco años previsto por la ley debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse ex ante en forma automática para todos los casos, pues claro está que un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario. En todo caso, esa circunstancia debe ser analizada y valorada en atención a las particularidades de cada supuesto en el momento oportuno. De lo contrario, la norma se transformaría en una pauta genérica, desprovista de las necesidades e intereses del menor."Es que el art. 32 inc. f de la ley 24.660 ha sido creado como un supuesto de ampliación de derechos sobre la base de una norma de rango superior (interés superior del niño). Por ese motivo, esa misma regulación no puede constituir la base para restringir aquellos derechos¹⁸.

Es por expresado *supra* que el otorgamiento de la prisión domiciliaria a la madre no se realiza con la finalidad de otorgarle un beneficio a ella respecto a su condena, lo que se prioriza son los derechos del niño buscando menguar los efectos que el convivir con la madre en prisión o saber que su madre se encuentra condenada pueden traerle aparejados. Es por ello que Pineda (2013, p.1) afirma que "*a la hora de disponerse sobre la procedencia o no de la detención domiciliaria debe repararse solamente en lo que "quiere" y "necesita" el menor, como sujeto de derecho*" y eso configurará una razón de peso suficiente para otorgar la prisión domiciliaria a la madre.

¹⁸ CFCP - Sala II - Causa N° 16452 "Marasco, Clarisa Noemí s/recurso de casación" (2013).

Existen una serie de principios que se ponen en juego al momento de otorgar el instituto a la mujer y son: el principio de mínima trascendencia de la pena y el interés superior del niño. El principio de interés superior del niño implica que los organismos del Estado consideren como lo sostiene Barabasqui (2017, p.1) la prevalencia del mismo:

Frente a toda medida proveniente de distintos ámbitos que lo afecten de manera directa, convirtiéndose en una pauta señera ante la resolución de conflictos que involucren al niño y al resto de su familia, implicando un reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos cuando no pueda ejercerlos por sí.

Al analizarse la situación en concreto puede que el juez interprete que a los fines de garantizar el interés superior del niño se deniegue la prisión domiciliaria a la madre. Recuérdese que se debe buscar siempre *“la alternativa que menos gravosa les resulte a los menores, buscando su normal desarrollo dentro de un núcleo familiar, social y cultural lo más ordenado posible, fomentando su crecimiento como individuo integrado a la sociedad”* (Pineda, 2013, p.2), Tal vez puede que sea más conveniente que el niño continúe compartiendo el encierro carcelario con la madre y pueda tener garantizado el alimento diario y el acceso a la salud.

Debe destacarse que lo importante es que el niño pueda mantener el vínculo que tiene desde la fecundación con su madre y que continúa acrecentándose y se vuelve más necesario en los primeros años de infancia. Es por ello que separar al niño a los cuatro años de su madre después de haber vivido con ella en la cárcel resulta contrario al interés superior del niño. La figura de la madre es esencial, cuando no existe otro progenitor que pueda asumir el rol de crianza y cuidado del niño. En el caso de tener dos madres el niño podría vivir con la que no se encuentra condenada pero la

ley para otorgar la prisión domiciliaria requiere constatar la maternidad y que el niño se encuentre a su cargo.

El otro principio importante que debe de considerarse al otorgar la prisión domiciliaria es la mínima trascendencia de la pena de esta manera la pena impuesta a la madre no debe de recaer también sobre el niño, ya que no es un sujeto penalmente responsable. Este principio implica el carácter personal que tiene la pena y que la misma debe de recaer sobre la persona que cometió el delito quedando prohibido que pueda afectar a terceras personas. La mínima trascendencia de la pena se encuentra vinculada al principio de humanidad de la pena, con el cual se busca otorgar un viso de humanidad a la pena impidiendo su trascendencia sin que afecte a la familia del condenado. Si realmente lo que se busca es lograr la mínima trascendencia de la pena se coincide con Cepede (2013, p.3) al sostener que:

Si es que el legislador mantiene los argumentos que esgrimió para introducir el supuesto y pretende ser honesto a los mismos- inexorablemente y como ya se adelanto en el apartado precedente, debe ser derogado el art. 195 de la ley 24.660 en tanto permite a la interna retener consigo en el establecimiento penitenciario a su hijo menor de cuatro años, es que como también fue abordado en el presente, constituyendo la privación de la libertad del niño a una medida de último recurso.

Al otorgar la prisión domiciliaria a la madre para evitar que la pena trascienda al niño se cumple con ese cometido, pero la vigencia del artículo 195 de la ley 24.660 definitivamente vulnera este principio ya que contribuye a la transmisión de la pena al permitir que el niño conviva con su madre dentro del ámbito penitenciario que resulta sumamente adverso para la crianza y educación de un niño.

Reflexiones del capítulo

El principio de igualdad permite comprender que todas las personas son iguales en cuanto a la posibilidad de gozar de los mismos derechos y de ser tratados de la misma manera al encontrarse en un situación jurídica idéntica. Es por ello que se considera que al encontrarse las dos madres de un niño cumpliendo una pena privativa de la libertad ambas tienen el mismo derecho a gozar de la prisión domiciliaria cuando cumplan con lo dispuesto por la norma.

La prisión domiciliaria es un instituto que consiste en el cumplimiento de la pena ya sea de reclusión o de prisión en un domicilio que puede ser el del imputado, de algún familiar o de un tercero que lo tome a su cargo. Este instituto se encuentra regulado de manera equivalente en la ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad y también dentro del Código Penal de la Nación.

Durante el año 1996 en la República Argentina se sanciona la Ley Nacional 24.660 sobre Ejecución de la Pena Privativa de la libertad en donde se instituyen las condiciones de procedencia del la prisión domiciliaria. La ley 24.660 establece en tres artículos la regulación de la prisión domiciliaria, se puede afirmar que estos artículos resultan lo suficiente amplios como para comprender quién es la autoridad con poder para otorgar o denegar el instituto, los supuestos de procedencia y establecer la forma en que debe de ser solicitada, ya que no procede de oficio. También se regulan los motivos bajo los cuales la prisión domiciliaria resulta revocada.

No pueden dejar de considerarse los efectos nocivos que tiene para un niño saber que su madre se encuentra cumpliendo una condena que no le permite estar a su lado y cuidarlo. Esto puede repercutir tanto en la educación como en el desarrollo

madurativo del niño y ser una marca imborrable durante toda su vida. Es por ello que resulta necesario otorgar primacía al interés superior del niño por sobre las cuestiones que involucren a los adultos. Al conceder la prisión domiciliaria a la madre debe de tenerse en cuenta que no se lo realiza para que sea ella quien salga favorecida con el arresto en el domicilio, sino que la verdadera función del otorgamiento del instituto se encuentra en garantizar el interés superior del niño, impedir la pérdida del vínculo materno filial y lograr que la pena que ha sido impuesta a la madre sea transmitida al niño.

CAPÍTULO III

LAS MADRES Y LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Introducción

En este último capítulo se procederá a enfocarse en la vida que llevan las mujeres privadas de la libertad que conviven con sus hijos dentro de los establecimientos penitenciarios. Primeramente se realizará una breve reseña sobre el encierro carcelario y las mujeres desde una perspectiva general para luego enfocarse en las mujeres que conviven con sus hijos dentro de las cárceles, las cuales no son los lugares más apropiados para que un niño pueda crecer y educarse.

Seguidamente, se analizará el fallo “Fernández”¹⁹ el cual ha sido el disparador para la realización de esta investigación por contemplar la situación de un niño menor de cinco años que tiene dos madres y una de ellas se encuentra privada de la libertad.

1. El encierro y las mujeres

La ejecución de la pena privativa de la libertad respecto a su aplicación sobre el género femenino comienza a tener una mayor trascendencia en los inicios de la década del ochenta, esto se debe como lo afirma Monclús Masó (2013, p.1) *“al incremento de su encierro carcelario. Pese a todo, la cantidad de mujeres presas sigue representando un porcentaje muy contenido respecto de los varones”*.

En los últimos tiempos la delincuencia femenina ha aumentado de una manera considerable aunque sin llegar a igualar al número de hombres que delinquen por año. La realidad es que la delincuencia siempre estuvo asociada de una manera más

¹⁹ Cámara Federal de Casación Penal, sala III.” F., A. M. s/ recurso de casación” (2013) La Ley

concreta con el género masculino y es en ello que el Estado se ha inspirado para la creación de los centros penitenciarios y las normas que los regulan.

Las mujeres han logrado una multiplicación creciente en cuanto a su participación en delitos tales como robos, hurtos, homicidios y en muchos casos siendo usado su cuerpo como medio de transporte de sustancias ilegales (Kent, 2007). Los motivos que llevan a las mujeres a delinquir son muy variados pero en la mayoría de los casos el elemento motivador se encuentra en la necesidad de sobrevivencia tanto de ella como de su familia. Los hogares numerosos, con progenitores ausentes y mujeres solas criando a sus hijos más la extrema pobreza, a falta de estudios y la escasa posibilidad de encontrar un trabajo que le permita vivir dignamente son factores que contribuyen a fomentar el delito. Desde ninguna perspectiva se busca justificar la conducta delictiva de las mujeres pero resulta una realidad que no se puede ocultar.

Las cárceles carecen de los elementos necesarios para que una mujer pueda cumplir la condena en un ambiente que resulte preparado para ella. Esta se debe principalmente como lo sostienen Almeda Samaranch y Bodelon Gonzales (2007, p.79) a que:

El sistema penitenciario se encuentra estructurado tomando como modelo al varón. Las mujeres son en todo caso una especie de apéndice que se agrega a dicho modelo. Basta mirar el diseño arquitectónico de las prisiones, la distribución de sus espacios o bien sus normas, reglamentos, discursos y manuales para corroborar que en ellos no se toman en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

Para algunas mujeres la cárcel no representa una privación de su libertad, sino que más bien es en ese espacio en donde logran liberarse de otras prisiones. El hecho de tener que cumplir una condena las aleja y a su vez las resguarda de padres

abusadores, parejas violentas, de quien la somete a la prostitución o la obliga a robar. Al estar en la cárcel aunque parezca una incongruencia las mujeres saben que se alimentan varias veces al día, que reciben atención médica y tienen satisfechas sus necesidades básicas (Kent, 2007)

2. Madres con niños en las cárceles.

Desde su creación los establecimientos carcelarios han estado en el centro de todas las miradas y en parte puede sostenerse que esto se debe a la finalidad con que inicialmente fueron creados que era la de privar de la libertad a las personas que se oponían a los regímenes de gobierno imperantes. En la actualidad la finalidad de las cárceles parece haber cambiado y se ha convertido en el lugar de contención de la delincuencia (Lainatti, 2017) aunque también habitan en estos lugares personas que no han delinquido nunca y que por su grado de inocencia no podrían robar más que un caramelo. Se está haciendo alusión a los niños que por diversas razones conviven con sus madres privadas de la libertad dentro del encierro penitenciario. Esto se debe a que la Ley 24.660 en el artículo 195 establece que *“La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años”* y que al cumplirse la edad establecida *“si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del hijo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda”*²⁰.

Si bien la legislación otorga la posibilidad de que la madre pueda convivir con sus hijos dentro de la unidad penitenciaria cabe cuestionarse si ¿los establecimientos penitenciarios pueden albergar a niños? La gran mayoría de las mujeres que se

²⁰ Ley 24.660 Art. 196

encuentran condenadas son jóvenes y está en edad reproductiva, por lo cual muchas de ellas son madres siendo su condena mucho más penosa debido a que si los niños conviven con ellas pueden vivenciar el sufrimiento y la falta de libertad que el niño tiene. Pero en el caso de que el hijo se encuentre fuera del encierro carcelario la condena implica un sufrimiento mayor al ver menoscabado el vínculo materno filial que en los primeros años de vida del niño resulta trascendental (Kent, 2007). Más allá que se considera que el vínculo madre hijo resulta crucial en todas las etapas del crecimiento del niño y aun entrada la adolescencia.

Los hijos de las mujeres condenados deberían de recibir por parte del Estado un trato más humanitario, tanto aquellos que se encuentran conviviendo con ella en la cárcel como los que han sido separados de su madre y viven con algún familiar o son institucionalizados. Enfocado siempre en garantizar en plenitud el interés superior del niño y en contribuir a aminorar los efectos de saber que su madre está encarcelada o tener que convivir con ella en ese ámbito ocasión al niño.

La cárcel no es el ámbito en el que un niño deba desarrollarse en la República Argentina las unidades carcelarias se encuentran en desproporción edilicia respecto a la gran cantidad de personas que están cumpliendo condena en ellas. Esto lleva a que diariamente se presente problemas en cuanto a los espacios reducidos, a la cantidad de reclusos por celdas, a la falta de servicios para higiene, entre otras cuestiones. Las cárceles se encuentran abarrotadas, esto lleva al hacinamiento y a que no se pueda cumplir desde el Estado con las garantías de los derechos fundamentales.

La crianza de los niños en la cárcel trae aparejada según lo afirma Kent (2007, p. 42) *“la ausencia de oportunidades para su desarrollo en un medio cerrado, así como el riesgo de contagio de actitudes, inherentes a un sistema pernicioso por*

autonomasia, casi imposibles de ser prevenidas y conjuradas". Frente a lo expuesto resulta posible sostener que el niño debe crecer y desarrollarse en un medio libre y que le permita la socialización, el esparcimiento y gozar de su libertad.

La gran mayoría de los países a nivel mundial cuentan con legislación que permite que los niños puedan vivir con sus madres que se encuentran cumpliendo una condena hasta determinada edad. Esta posibilidad no es un derecho que se le otorga a la mujer por ser madre, sino que lo que se busca es no causar un mal mayor en el niño impidiendo el vínculo con su progenitora.

Aunque la ley lo autorice no puede dejar de reconocerse que el sistema penitenciario reviste importantes falencias para que la vida del niño y su madre puedan desarrollarse en la manera correcta dentro de la cárcel. Dentro de los principales desatinos se destacan que:

Las luces se apagan de modo automático a las once de la noche y hasta las siete de la mañana no se vuelven a encender, esto supone un trastorno para las madres que cada dos o tres horas deben levantarse a preparar el biberón o atender al bebé. Las madres tienen muy restringido (en algunos casos incluso vetados) el acceso a las actividades que deben permanecer en el módulo siempre con sus hijos, a pesar de haber manifestado que desearían hacer turnos entre ellas para poder acudir a alguna actividad (kent, 2007, p. 46)

Alameda Samarach y Bodelon Gonzales (2007, p. 43) sostienen que las medidas alternativas de ejecución de la pena privativa de la libertad que aplica cada Estado respecto a las mujeres con hijos para lograr la no:

Prisionización de los hijos/as de estas mujeres, tanto si están o no viviendo con ellas en la prisión. El hecho de que las mujeres presas hayan cometido principalmente delitos no violentos que no causan alarma social y que la mayoría únicamente tenga una causa penal...y por lo tanto no sean reincidentes

penalmente, también ha favorecido una aplicación mayor de las alternativas hacia este colectivo.

Los niños pueden convivir con sus madres dentro del encierro hasta los cinco años y pareciera que si la ley ha establecido esa edad es porque el menor ya no necesita del cuidado de su madre. La realidad indica que este límite estadió se fija en concordancia con la edad de educación obligatoria y al carecer las cárceles de centros educativos donde enseñar y formar a los niños es que deben vivir alejados de su madre para poder estudiar.

3. Análisis jurisprudencial

Durante el año 2013 la Cámara Federal de Casación Penal procedió a denegar el pedido de prisión domiciliaria fundada en el artículo 32 inciso f de la ley 24.660 que había sido solicitado por la defensa de la señora Fernández quien debía cumplir una condena de tres años y seis meses de prisión por haber sido encontrada responsable del delito de omisión de su deber como funcionaria pública.

La imputada comenzó a cumplir su condena en complejo penitenciario federal de Ezeiza junto a su hijo de siete meses basándose en la autorización que establece el artículo 195 de la ley 24.660 al regular que: *“La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años”* y que al cumplirse la edad establecida *“si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del hijo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda”*. La imputada se encontraba al momento de cumplir condena unida en matrimonio con una persona de igual sexo, por lo que puede considerarse que el niño tenía dos madres. La

madre que se encontraba en libertad no podía hacerse cargo del menor debido a que una afección muscular en ambos hombros y brazos dificultaba su cuidado.

La condenada mediante su representante legal solicitó se le otorgará la prisión domiciliaria por encuadrar su situación dentro del artículo 32 inciso f de la ley 24.660 que reza: *“El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”*.

Dentro de los puntos más relevantes que motivaron la negación del instituto se encontraba la posición que sostenía que:

No se desprendía de la causa peligro para la salud de la madre ni del niño, por resultar la unidad carcelaria apta para alojar niños como tampoco se configuraba situación de desamparo ni de inseguridad por encontrarse la crianza a de ambas progenitoras, ambas del sexo femenino (Alonso, 2013, p.1)

Entonces debe comprenderse que al no encontrarse en riesgo la salud de la madre ni del niño existen motivos suficientes para establecer que la prisión domiciliaria no resulta otorgada. Simplemente y mas allá de que sea una interpretación personal no se comparte lo expuesto ya que se ha hecho una interpretación sumamente acotada de la norma, no valorándose los puntos centrales que permiten a una mujer gozar de la prisión domiciliaria. Ni la salud del niño ni de la madre son los puntos centrales que permiten la prisión domiciliaria para una mujer. Este derecho de la persona condenada se debe otorgar siempre que proceda su pedido y que se cumpla la condición de que la mujer privada de la libertad sea madre de un niño menor de cinco años, que en esta situación se cumple ya que el niño cuenta con menos de un año, y que el menor este a cargo de su madre, lo cual queda confirmado al estar conviviendo con ella dentro de los muros del servicio penitenciario.

Pero los fundamentos en que se basa la denegación de la prisión domiciliaria apuntan a reconocer a la cárcel como un lugar en donde se puede criar a un hijo y así se lo manifiesta *“corresponde también mencionar que la unidad carcelaria donde se encuentra alojada la aquí recurrente cuenta con instalaciones aptas para albergar a madres con niños menores de edad, brindándoles condiciones apropiadas para su desarrollo integral y asistencia médica necesaria.”*²¹ Por otra parte, se niega la existencia de derechos vulnerados al compartir el niño el encierro junto a su madre

No ha demostrado vulneración alguna a los derechos del menor ni la existencia de razones humanitarias que constituyen el fundamento del instituto previsto en la normativa que rige la materia, ni ha logrado controvertir los argumentos pertinentes que sustentaron el rechazo del beneficio solicitado²².

Si bien se deniega el instituto y se deja expuesto a vulneración el interés superior del niño se toman en consideración algunos aspectos los cuales resultan insignificantes para la causa, ya que lo primordial sería la preservación de los derechos del niño y fundamentalmente a la posibilidad de que no exista una trasmisión indirecta de la pena sobre la persona inocente del menor. Frente a ello la doctora Ledesma brindo su voto en sentido positivo a hacer lugar al recurso de casación interpuesto y sostuvo que:

Resulta suficiente para conceder el instituto bajo examen, que la recurrente es la madre biológica que amamanta a su hijo, circunstancia vital para al crecimiento del menor. Sin embargo, llama poderosamente la atención que el Tribunal valore que Fernández se haya casado con otra mujer, lo que garantizaría la presencia de dos madres en el hogar...La visión expuesta en la decisión impugnada, parece traslucir que la relación y vínculo de la madre (o padre) con los hijos puede llegar

²¹ Cámara Federal de Casación Penal, sala III.” F., A. M. s/ recurso de casación” (2013) La Ley

²² Cámara Federal de Casación Penal, sala III.” F., A. M. s/ recurso de casación” (2013) La Ley

a variar si los progenitores son del mismo género. En este caso, dos mujeres que contrajeron matrimonio garantizarían que pese a que una se encuentra presa existe otra “madre” en libertad que supliría aquel rol. De ahí que la circunstancia de existir un lugar habilitado en la cárcel para que las madres privadas de libertad den de mamar, no constituye un impedimento para conceder el beneficio que autoriza la norma, máxime cuando no existe ningún motivo de hecho ni de derecho para así decidirlo. Por el contrario en el caso, conforme surge de la historia clínica del menor éste durante su corto período de vida ha padecido dos episodios de bronquiolitis...El arresto domiciliario es una modalidad de cumplimiento de pena y no un sinónimo de impunidad. Tal vez, cuando se comprenda esa circunstancia se evitarán decisiones como la recurrida en donde se citan principios y reglas de jerarquía constitucional de manera contraria al fin que se pretende tutelar²³

Frente al rechazo del otorgamiento de la prisión domiciliaria se interpuso recurso de casación logrando después de una serie de idas y vueltas que la justicia reconociera que se debía conceder a la mujer la prisión domiciliaria fundada en que:

Le permitirá convivir con su hijo menor en un ámbito más propicio para el desarrollo y la salud psíquica de éste, lo cual se condice con la finalidad que subyace en el art. 32, inc. f, de la Ley 24.372, consistente en atenuar las circunstancias de detención de las madres de hijos menores de cinco años, privilegiando la necesidad de su desarrollo en un grupo familiar²⁴

En cuanto a la situación de madres con hijos menores de cinco años la mayoría de los tribunales se ha direccionado por expresarse a favor del mantenimiento del vínculo filial al expresar que:

Una correcta exégesis de la normativa vigente permite concluir que las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos menores de edad, tienen derecho a que les sea concedido el arresto domiciliario con el fin de preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana, de modo tal que, cuando

²³ Cámara Federal de Casación Penal, sala III.” F., A. M. s/ recurso de casación” (2013) La Ley

²⁴ Cámara Federal de Casación Penal, sala III.” F., A. M. s/ recurso de casación” (2013) La Ley

se den los supuestos previstos en la ley, la concesión de la medida debe constituir la regla.²⁵

El fin de este beneficio “*mira también el entorno familiar en cuanto tiende a evitar no sólo que la situación del condenado se agrave en su cumplimiento, sino también la del núcleo familiar*”²⁶. En torno a esto se ha afirmado que la: “*operatividad de los derechos fundamentales de los niños, evaluados con un sentido que contemple su interés y conveniencia, debe prevalecer por sobre las razones de cautela que puedan justificar un encarcelamiento meramente precautorio*”²⁷

Al hacer referencia a la igualdad se sostenía que todas las personas merecen recibir el mismo trato al estar en una situación jurídica idéntica. Cuestionando un poco sobre esto surge el interrogante querer conocer ¿A quién corresponde la prisión domiciliaria por la causal del artículo 32 inciso f, cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una de ellas esta privada de la libertad? En este caso si solo una de las madres está cumpliendo una condena privativa de la libertad y tiene a su cargo al niño no se puede decir que ambas madres se encuentren en una situación jurídica idéntica porque para ello las dos deberían de estar condenadas o procesadas. Partiendo de esa base la prisión domiciliaria le corresponde a la madre que convive con el niño en el encierro carcelario. Si ambas madres estuvieran condenadas la cuestión sería diferente ya que deberían de aplicarse el mismo trato y los mismos derechos para ambas pero eso resultaría imposible, ya que a ambas les correspondería recibir la prisión domiciliaria, entonces deberían de considerarse quien ha sido la madre que gesto y dio a luz al niño para otorgar el instituto. La idea de que se otorgue

²⁵ CFCP, sala II, “M., C. N. s/ recurso de casación” (2013). La Ley

²⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, "Pitetti, María Celina s/recurso de casación"(2011).

²⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, "A., A. T. s/rec. de casación".(2006)

la prisión domiciliaria a la madre que gestó y dio a luz al niño se fundamenta en que si bien “*los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre*”²⁸ resulta importante que si el niño está siendo amamantado sea a la madre que lo alimenta a quien se le otorga la prisión domiciliaria, esto mas de todo por una cuestión básica de no cortar con el vínculo alimentario. En el caso de un niño que no es alimentado por la madre debería de analizarse la situación en concreto al momento de otorgar la prisión domiciliaria a una de las madres teniendo en cuenta el tiempo de condena como así también si es reincidente. Son muchos los factores que pueden determinar que una u otra madre pueda tener acceso a la prisión domiciliaria pero ante todo debe de priorizarse el interés superior del niño.

Reflexiones del capítulo

La criminalidad femenina ha aumentado de manera considerable a partir de la década del ochenta lo que llevó a que las cárceles que inicialmente habían sido creadas como un lugar de castigo para hombres tuvieran que ser reacondicionadas de alguna manera para que las mujeres encontraran un lugar donde cumplir su condena. En muchos casos la mujer no ingresa sola a la unidad penitenciaria, sino que ingresa en compañía de sus hijos menores de cuatro años a los que la ley les permite convivir con su madre.

La situación de las mujeres que se encuentran cumpliendo condena en establecimientos carcelarios es muy difícil y la pérdida de la libertad no implica la pena más severa que deben de superar. El tener que ver a sus hijos conviviendo con

²⁸ CCyCN Art 562

ellas en el marco de ese sitio tan poco adecuado para que viva un niño representa para las madres doble castigo. Las unidades penitenciarias no fueron creadas con el fin de albergar niños y por más que las legislaciones lo permitan.

Puede considerarse que si el niño convive con su madre en la cárcel se alimenta la existencia del vínculo materno filial y con eso se garantiza el interés superior del niño. En realidad determinar la garantía del cumplimiento de este principio deberá surgir de la evaluación que se haga del caso puntual, ya que lo que para un niño pueda ser bueno tal vez para otro no.

Debe de comprenderse que el niño es la única persona que resulta beneficiada con el otorgamiento de la prisión domiciliaria a la madre y es el interés superior del niño lo que debe de ser tenido en cuenta por los jueces al momento de evaluar si procede el instituto.

Respecto al fallo Fernández se considera que el hecho de el niño tenga dos madres no resulta un impedimento para que se otorgue la prisión domiciliaria a la progenitora que se encuentra cumpliendo condena privativa de la libertad. Si el instituto se solicita es porque la circunstancia que vive la madre condenada resulta factible de ser ejecutada mediante una modalidad distinta del cumplimiento de la pena como es la prisión domiciliaria. Además, no puede dejar de recordarse que el otorgamiento del instituto se realiza poniendo al niño por encima de cualquier necesidad de la madre porque es a él a quien se busca preservar y evitar que sufra las consecuencias negativas del encierro.

Si se toma en cuenta lo expresado artículo 32 inciso f podría decirse que la norma ha quedado desactualizada respecto a la realidad de las familias actuales que pueden estar conformadas por dos madres, por lo cual sería importante una reforma

normativa que permita definir con mayor exactitud a que madre le corresponde la prisión domiciliaria cuando ambas estén cumpliendo una condena.

CONCLUSIÓN GENERAL

La prisión domiciliaria es un instituto perteneciente al derecho penal que resulta aplicable tanto a condenados como a procesados y consiste básicamente en un cambio en el espacio físico donde se ejecuta la condena. Si bien la mayoría de los condenados cumplen la pena privativa de la libertad dentro de las cárceles la legislación establece supuestos no taxativos que permiten que la condena sea cumplida dentro de un domicilio. Este cambio de modalidad de condena no reduce la pena, ni tampoco otorga el perdón sino que lo único que hace es permitir que el condenado cuente con un viso de humanidad realizarse la ejecución fuera del encierro carcelario.

La naturaleza jurídica de este instituto radica en el otorgamiento de un trato más humanizante hacia los condenados o procesados cuando por razones de edad, salud, discapacidad, embarazo o por tener hijos no se puede desde el Estado garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

El condenado o procesado cuenta con el derecho de gozar de la ejecución de la pena bajo la modalidad de arresto domiciliario cuando por su situación particular encuadre dentro de alguno de los supuestos que la ley establece para su concesión. El otorgamiento de la prisión domiciliaria resulta una actividad del juez conforme a la situación particular del penado.

En la República Argentina el régimen de prisión domiciliaria se encuentra regulado de forma equivalente tanto en la ley 24.660 de ejecución de la pena como en sus modificatorias y en el artículo 10 del Código Penal. Existe taxatividad en cuanto a las circunstancias que permiten solicitar la prisión domiciliaria y bajo algunas

condiciones la ley puede tornarse flexible y permitir que aun sin estar contemplada la situación el condenado pueda acceder al arresto domiciliario.

La hipótesis de trabajo que se formuló para esta investigación consiste en afirmar que la prisión domiciliaria por la causal del artículo 32 inciso f de la Ley Nacional 24.660 es procedente cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una esta privada de la libertad. Debe comprenderse que no se le otorga a la mujer madre como un beneficio personal, sino que la finalidad se encuentra centrada en el mantenimiento del vínculo filial y que el niño pueda vivir dentro de un ámbito que resulte más adecuado para su salud y favorezca a su desarrollo. Se considera que la hipótesis resulta afirmativa y su confirmación puede argumentarse al sostener que el hecho de que el niño tenga dos madres no resulta un impedimento para el otorgamiento de la prisión domiciliaria para la progenitora que está cumpliendo una condena privativa de la libertad. Recuérdese que la concesión del instituto representa un derecho del condenado cuando el mismo encuadra dentro de uno de los supuestos que la legislación taxativamente ha regulado.

El hecho de que el niño se encuentre conviviendo con su madre dentro del encierro carcelario deja ver que existen razones importantes por las cuales la madre que se encuentra en libertad no puede hacerse cargo de él. En realidad mucho se alude a la situación de las madres y se deja de lado el hecho de que la prisión domiciliaria se otorga con la finalidad de poner un viso de humanidad en cuanto a ese niño que se encuentra indirectamente privado de su libertad y de crecer en un ambiente adecuado en donde pueda educarse y formar su personalidad. La prisión domiciliaria en el supuesto del artículo 32 inciso f de la ley 24.660 la prioridad esta puesta sobre el niño

y en velar por el cumplimiento de su interés superior, el mantenimiento del vínculo materno filial y la mínima trascendencia de la pena.

Una situación especial se presenta cuando ambas madres están cumpliendo una pena privativa de la libertad y tienen a cargo un hijo menor de cinco años en realidad este es un supuesto que la legislación no prevé debido a que el dictado de la norma resulta anterior a la legislación que permite el matrimonio igualitario y las técnicas de reproducción humana asistida. Es por ello que el legislador no pudo establecer un supuesto que contemplara esa posibilidad frente a ello todo el peso de otorgar una interpretación recae en la jurisprudencia. Desde una perspectiva personal se considera que al existir dos madres privadas de la libertad debería evaluarse la situación en concreto y analizar qué es lo mejor para el interés superior del niño. Si se trata de un menor de pocos meses y que está siendo amamantado lo lógico sería que la prisión domiciliaria fuera otorgada a la madre que le provee el alimento. Si es un niño que no depende de una de las madres para ser alimentado podría analizarse el otorgamiento de la prisión domiciliaria a la madre que tuviera una mejor relación con el niño a los fines de poder garantizar el interés superior del niño que es lo fundamental.

ANEXO

Cámara Federal de Casación Penal, sala III.” F., A. M. s/ recurso de casación” (2013)

Sumario

1. Corresponde rechazar el pedido de arresto domiciliario solicitado por la defensa de la mujer, quien fuera condenada a prisión en la causa *Cromañón*, en el marco de las prescripciones del art. 32, inc. f) de la Ley N° 24.660 -su hijo recientemente nacido se encuentra en período de lactancia-, en tanto el Servicio Penitenciario donde se encuentra alojada la condenada cuenta con sectores de plantas para madres con hijos, a los que se les brinda satisfactoriamente todos los cuidados permanentes que requiere el menor, protegiendo su vínculo con su progenitora (*del Voto de la Mayoría*).
2. El art. 32 de la Ley N° 24.660 prescribe que el Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria a la madre de un niño menor de cinco años.
3. El art. 10 del Código Penal, según modificación de la Ley N° 26.472 establecen que podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Alameda Samaranch, Elizabet y Bodegón González, Encarna (2007) *Mujeres y castigo: un enfoque sociojurídico y de género*. Madrid: Dykinson

Alonso, Silvina (2013) *Pena estatal vs. El interés superior del niño*. La Ley.
Cita Online: AR/DOC/2239/2013

Arocena, Gustavo A. y Cesano, José D. (2015) *La prisión domiciliaria. Instituciones de derecho penitenciario*. Vol. 1. Argentina: Hammurabi

Barabasqui, Paula (2017) *Alimentos entre parientes. Su operatividad y el riesgo en su desprotección*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/1821/2017

Bianchi, Luciano y Rodríguez Berdier, Jorge (2018) *La prisión domiciliaria como alternativa de cumplimiento de la pena o del encierro preventivo cautela*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/287/2018

Bidart Campos, Germán (2007) *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Argentina: Editorial Ediar

Cepede, Analía de los Ángeles (2013) *La prisión domiciliaria y la reforma introducida a los fines de garantizar el Interés Superior del Niño. Su recepción en la Provincia de Córdoba*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/2467/2013

Cesano, José D. (2013) *Estudios de Derecho Penitenciario*. Buenos Aires: Ediar

Eguiguren, Francisco (1998). *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. *Ius et Veritas* N° 15. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Lima.

Disponibile

en:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15730/16166>

Ekmekdjian, Miguel A. (1994) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Argentina: Ediciones Depalma

Freedman, D (2012) *Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales* La Ley. Cita online: AP/DOC/3878/2012

Kent, Jorge (2007) *La criminalidad femenina*. Buenos Aires: Ad Hoc

La Rosa, Mariano R. (2006) *Exención de prisión y excarcelación*. Buenos Aires: Astrea

Lainatti, María José (2017) *Ejecución penal y prisión domiciliaria: un enfoque crítico en torno al rol de los organismos de asistencia y tratamiento*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/629/2017

Mahiques, Carlos A. (2002). *Cuestiones de política criminal y derecho penal. Modelos, tendencias y perspectivas en el derecho comparado*. Buenos Aires: Di Plácido Editor.

Monclús Masó, Marta (2013) *La expulsión anticipada de mujeres extranjeras madres privilegiando el interés superior de niños, niñas y adolescentes*. La Ley: Cita Online: AP/DOC/3024/2013

Pineda, Aníbal (2013) *Detención domiciliaria y el interés superior del niño, valorado en el caso concreto*. La ley. Cita Online: AR/DOC/4135/2013

Rousseau, Jean-Jacques (1965) *El contrato social*. Buenos Aires: Aguilar.

Sampieri, Roberto (2006) *Metodología de la Investigación* (4° edición). México: Editorial: Mc. Graw Hill.

Zurueta, Federico (2015) *Prisión domiciliaria. Sobre las causales de concesión, alcance y riesgo procesal*. Buenos Aires: La Ley

LEGISLACIÓN

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Los derechos Civiles y Políticos

Código Penal de la Nación

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley N° 26472 Ejecución de la pena privativa de la libertad.

Ley N ° 24660 Ejecución de la pena privativa de la libertad

JURISPRUDENCIA

Cámara Federal de Casación Penal, sala III." F., A. M. s/ recurso de casación"
(2013) La Ley

CFAMdP, "S.C.A." s/incidente de prisión domiciliaria". (2013)

CFCasaciónPenal, sala II. "M., C. N. s/ recurso de casación". (2013) La Ley
AR/JUR/56567/2013

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I,
"Sánchez Carranza, Jéssica Kelita" (2008)

Cámara en lo Criminal de 2a Nominación de Catamarca. “V., D. A. s/ robo en grado de tentativa”. (2015) AR/JUR/48370/2015

CFCP, Sala II, "Godoy" (2014)

CSJN, "Bemberg" (1952)

Cámara Federal de Casación Penal de Buenos Aires- Sala 4 “Soberon, Ana Dolores y otro imputado: Gordillo, Roberto Edgardo s/incidente de cese de prisión preventiva” (2008)

Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 3 de La Plata. "Incidente de prisión domiciliaria L., H. E." (2007)

CFCP - Sala II - Causa N° 16452 "Marasco, Clarisa Noemí s/recurso de casación" (2013).

CFCP, sala II, “M., C. N. s/ recurso de casación” (2013) La Ley

Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, "Pitetti, María Celina s/recurso de casación"(2011).

Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, "A., A. T. s/rec. de casación".(2006)

**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 <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Llaver, Andrea del Valle
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	28.226.117
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Prisión domiciliaria Cuando el niño menor de cinco años cuenta con dos madres y una se encuentra privada de la libertad
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	andreallaver@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

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:

<p>Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i></p>	<p>Si</p>
<p>Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i></p>	

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

Lugar y fecha: Mendoza, 27 de marzo de 2.019

LLaver, Andrea del Valle

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

