

UNIVERSIDAD SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA

**CONTROVERSIAS ENTRE EL LÍMITE DE EDAD EN MENORES
DE MADRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD
QUE ESTABLECE LA LEY 26.472
CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL**

CABRERA, FLORENCIA

Córdoba, Junio de 2019.

Documento Nacional de Identidad: 37.315.245

AGRADECIMIENTOS

Antes que nada, dedicarles unas gratas palabras de agradecimiento a mis seres queridos, primero y en principal a mis padres quienes han sido dos pilares fundamentales para cumplir con mi gran objetivo: llegar al título. No quisiera dejar de lado a mis hermanos, tíos y mi querida abuela que desde Marcos Juárez siempre estuvo atenta y a la espera de algún que otro llamado aguardando una nota o respuesta.

De igual forma no quiero pasar por alto a mis amigas y futuros colegas, que de alguna u otra forma me incentivaron y acompañaron en este proceso.

Al colegio Instituto José Peña por darme la base desde la temprana edad, y las ganas para seguir formándome y capacitándome en lo personal y profesional.

A diversos profesores, por tanta dedicación y entrega a la Profesión y por estar atentos a las consultas académicas que se me fueron generando durante el cursado de la carrera para lo cual, casi siempre obtuve respuesta.

A la Universidad Nacional de Córdoba que fue parte de este recorrido y por último a la Universidad Siglo 21 por devolverme las ganas e ilusión de poder llegar a cumplir un sueño como el de hoy: ser abogada.

Este camino recién empieza.

Resumen

Esta investigación indaga en las controversias originadas entre el límite de edad propuesto por el legislador en el Artículo 1 inciso F de la Ley 26.472 de ejecución de la pena privativa de la libertad respecto a un menor de cinco (5) años de edad con el Interés superior del Niño; así como también con los estándares internacionales avalados por la Convención sobre los Derechos del niño. De esta manera, se analiza si los derechos del infante son realmente vulnerados por encontrarse en un contexto de encierro y carcelario, en razón de interpretar la normativa internacional al respecto y la vigente en el ordenamiento jurídico interno, además de la jurisprudencia pertinente. Así mismo, se pretende demostrar la importancia de que todo niño tenga un crecimiento y desarrollo sano en todos sus aspectos ya sea social, educacional y salubrementemente, resaltando el valor que merece desde la temprana edad, aun en la circunstancia de un ámbito penitenciario.

Palabras Claves: Límite de edad, Ley 26.472 de Ejecución de la pena privativa de la libertad, Interés Superior del Niño, Convención sobre los Derechos del Niño, normativa internacional, jurisprudencia.

Abstract

This investigation investigates the controversies originated between the age limit proposed by the legislator in Article 1 paragraph F of Law 26,472 of execution of the custodial sentence with respect to a minor of five (5) years of age with the Interest Superior of the Child; as well as with the international standards endorsed by the Convention on the Rights of the Child. In this way, it is analyzed if the rights of the infant are really violated by being in a context of confinement and imprisonment, in order to interpret the international regulations in this regard and the one in force in the domestic legal order, in addition to the pertinent jurisprudence. Likewise, it is intended to demonstrate the importance of every child having healthy growth and development in all its aspects, whether socially, educationally and healthily, highlighting the value it deserves from an early age, even in the circumstances of a penitentiary.

Keywords: Age limit, Law 26,472 of Execution of the custodial sentence, Higher Interest of the Child, Convention on the Rights of the Child, international regulations, jurisprudence.

ÍNDICE

Introducción	6
Capítulo I: Nociones Generales en el Derecho Penal	10
<i>Introducción parcial</i>	11
1.1 Aproximaciones sobre las ramas del derecho positivo interno en torno a la pena	12
1.1.1 Pena privativa de la libertad: concepto y finalidad	15
1.2 Aproximaciones al contexto carcelario y la realidad intramuros	17
1.3 Principios básicos de la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.....	19
1.4 Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la Ley Penal.....	23
1.5 La prisión domiciliaria como posibilidad alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad y la reforma de la Ley 26.472.	27
<i>Conclusión parcial</i>	31
Capítulo II: Regulación Legal Respecto al Menor.....	35
<i>Introducción</i>	36
2.1 <i>Ámbito federal: Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes</i>	37
2.2 <i>Ámbito Provincial: Ley 9.944</i>	39
2.3 <i>Derechos del niño desde la temprana edad como sujeto titular de ellos</i>	40
2.4 <i>Importancia de un crecimiento sano y apropiado</i>	41
<i>Conclusión parcial</i>	46
Capítulo III: El Interés Superior del Niño.....	48
<i>Introducción parcial</i>	49
3.1 <i>La Convención de los Derechos del Niño</i>	49
3.2 <i>Doctrina sobre la protección integral del niño</i>	54
3.3 <i>La importancia del interés superior del niño</i>	58
3.3.1 El interés superior del niño como principio jurídico garantista	59
3.4 <i>Jurisprudencia</i>	60
3.4.1 Fallo Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156	61

3.4.2 Saavedra Balcazar, Susana s/ recurso de casación	62
3.4.3 Marasco, Clarisa Noemí s/ recurso de casación	63
3.4.4 Córdoba, Johana Gisela s/ recurso de casación: Principio de intrascendencia de la pena	63
3.4.5 M., Nadia Ayelén s/recurso de casación	64
3.4.6 Castaño, Juana Carolina s/ recurso de casación.....	65
3.4.7 Senturión, Olga Alba s/ excarcelación: Preservación del vínculo filial	65
3.4.8 Costa Ponce Rodríguez s/ incidente de prisión domiciliaria	66
3.4.9 Vera, Elia del Carmen S/ Legajo de ejecución	65
3.4.10 Incidente prisión domiciliaria a/a favor de María Victoria Castro en Autos caratulados Griguol, Casimiro y otros s/infr ley 23.737	66
Conclusiones Parciales.....	72
Conclusión Final.....	73
Bibliografía	76
Doctrina	76
Legislación.....	77
Jurisprudencia	78
Páginas web	79

Introducción

En el presente Trabajo Final de Grado se analizará el actual artículo 1 inciso F de la Ley 26.472¹ de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, modificación a la anterior 24.660 referido a todas aquellas madres privadas de libertad con niños menores de cinco (5) años de edad. A su vez se, se indagará sobre los estándares establecidos por el ordenamiento jurídico interno en relación a la Ley 26.061 de tutela integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes; y la Convención sobre los derechos del niño (CIDN), las que se encuentra en íntima relación porque ambas priorizan por sobre todas las cosas el interés superior del niño.

Asimismo, resulta relevante inmiscuirse en legislación, doctrina y jurisprudencia pertinente respecto al tema objeto de estudio de la presente investigación, ello en aras de arribar a una conclusión y poder fundamentar si los cinco años del pequeño constituye un límite adecuado o no para otorgar la posibilidad de la prisión domiciliaria a madres que se encuentren privadas de la libertad, partiendo de la premisa fundamental: “El interés superior del niño”.

De esta manera, se podrá visualizar el choque que se origina entre el Derecho Penal y/o Procesal Penal y el Derecho Constitucional en relación a los principios constitucionales de los que es titular el niño, como también los derechos que le competen por ser titular activo de todos ellos, siempre y cuando se tenga en cuenta los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución Nacional como ley suprema y fundamental.

En razón de ello, surge el problema -eje de investigación-, dado por el vacío o laguna legislativa que da a conocer el Artículo 1 inciso F de la Ley 26.472² respecto a aquellos niños mayores a cinco (5) años, quedando desamparados normativamente lo cual genera un daño y falta de atención en tal rango etario ante la situación planteada por el precepto descripto. Esto mismo, es lo que lleva a pensar y replantearse con que parámetros el legislador marco tal diferencia al redactar la normativa y, a raíz de ello, evaluar las variables que se encuentran en el ordenamiento jurídico argentino como también a nivel internacional para poder fundamentarlo.

En atención a ello es relevante resaltar la importancia de la Convención de los derechos del niño la cual considera en su artículo 1 como menor de edad a toda persona hasta que cumple los dieciocho años, al igual que el artículo 25 del Código Civil y Comercial de la

¹ Art. 1 Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

² Art. 1 Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

Nación³ donde se contempla también este supuesto, haciendo referencia además al momento en que el menor pasa a ser adolescente, esto es a partir de los trece.

Lo que se intenta aquí, es responder a lo innecesario que resulta discriminar entre un niño menor o mayor a cinco años de edad, hijo de madre privada de libertad, sin dejar de lado la posibilidad de otorgar prisión domiciliaria a la progenitora como al niño siempre y cuando sean óptimas las circunstancias. Así, se hace una salvedad en relación al deber que tiene el Estado de poner especial foco de atención ante ésta situación evaluando posibilidades y creando puentes de conexión en la relación del niño con su mamá, ya sea mediante la creación de nuevos institutos y espacios adaptados al buen desarrollo y crecimiento de ambos, pero fundamentalmente del primero mencionado. Situación que no considero utópica en una temática tan importante como es la infancia.

Es por ello que se plantea el problema de investigación digno de ser investigado y cuestionado: ¿El límite de edad de cinco (5) años que corresponde a niños menores de madres privadas de la libertad en la Ley 26.472⁴ vulnera los derechos de los mismos, en razón de la Convención sobre los derechos del niño y su interés superior?

En consecuencia, como objetivo principal se busca examinar el límite establecido respecto a los cinco años del hijo de madres privadas de la libertad en el digesto de la Ley 26.472 de Ejecución de la pena privativa de la libertad⁵ y, entre algunos de los objetivos específicos se encuentran el exponer el concepto de pena, como también su función resocializadora dentro del establecimiento penitenciario en el contexto del Derecho Procesal Penal y la ley de ejecución de la pena privativa de libertad y el régimen de punición y maternidad avalado en sus normas⁶. También indagar sobre el instituto de la prisión domiciliaria propiamente dicho ante la supuesta posibilidad de ser otorgada a aquella madre privada de libertad con niños menores de cinco años de edad, y profundizando sobre qué ocurre respecto a niños que sean mayores a dicha edad y que, continúan siendo menores respecto al rango etario avalado por el código civil y comercial.

Posteriormente, en el marco de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes⁷ se busca enfatizar el interés superior del menor como principio rector en los supuestos descriptos en el artículo 1 inciso F particularmente de la Ley 26.472⁸

³ Artículo 25 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴ Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

⁵ Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

⁶ Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

⁷ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁸ Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

y en base a la anterior evaluar de qué manera se estaría cumpliendo este mismo, ya sea intramuros e extramuros. Además estudiar las normas vigentes en la Convención de los Derechos del Niño (CIDN), y para terminar, se detalla jurisprudencia con todos sus argumentos pertinentes en relación a la situación descripta, destacando fallos jurisprudenciales en la provincia de Córdoba como también en otras.

Como posible solución al problema se resuelve elevar del límite de edad del niño de madres que son privadas de su libertad en establecimientos carcelarios en el marco de la Ley 26.472⁹, ya que se adecuaría a los estándares internacionales en razón del Interés Superior del Niño y de la CIDN, para de esa manera, contribuir a un mejor desarrollo y crecimiento del menor que atraviesa por la circunstancia del encierro, plasmando como se vulnera de cierta manera el principio de intrascendencia de la pena para con el niño.

Respecto a la metodología que se adopta es descriptiva y la estrategia explicativa-cualitativa, por otro lado, las fuentes primarias consultadas son: la Ley 26.472 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad; la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Entre las secundarias, se destaca como fuente la Constitución Nacional, y para complementar como fuente terciara, la revista de Pensamiento Penal de forma tal de brindar aportes y contribuciones legislativos y doctrinarios al trabajo redactado¹⁰.

Por último, el trabajo se organiza en tres capítulos, el primero generaliza sobre el fondo de la controversia haciendo referencia a prima facie sobre aquellos conceptos claves al momento de indagar sobre la controversia planteada en el desarrollo del siguiente trabajo final de grado, haciendo alusión a la Ley 26.472¹¹ de Ejecución de la pena privativa de libertad profundizando el concepto de pena y su función resocializadora. Se analizan además aquellos parámetros fundamentales del Derecho penal y Procesal Penal donde se describe la importancia del otorgamiento de la prisión domiciliaria para madres privadas de libertad con niños menores o mayores a cinco años. Se profundiza sobre el proyecto de Ley y aquellos antecedentes que sirvieron de apoyo a la hora de modificar la actual Ley 26.472, modificando en relación a la anterior 24.660, especialmente se tiene en cuenta la Revista Penal de Actualidad Jurídica N° 144.

⁹Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

¹⁰Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

¹¹Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

El segundo profundiza sobre la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes¹²poniendo especial atención en el interés superior del menor. El mismo se desarrolla teniendo en cuenta los artículos más relevantes que se deben tener en cuenta a la hora de enfrentar la realidad de aquellas madres privadas de libertad que tienen niños menores de edad. Para el desarrollo de este apartado se tienen en cuenta principalmente autores como Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera, quienes han realizado valiosos aportes al tema objeto de la presente investigación, y soslayando la importancia de que se respete efectivamente la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes por parte de las autoridades encargadas de su aplicación.

Seguido de ello, el tercer apartado resalta el interés superior del niño en base a la Convención de los Derechos del Niño y los principios y garantías constitucionales de los cuales se vale el menor como ser humano titular activo de derechos, dejando de ser catalogados como objeto y remarcando su condición como sujeto. Siempre y cuando teniendo en cuenta que según diversos instrumentos normativos consultados a lo largo del capítulo como ser por ejemplo el Código Civil y Comercial entre otros, toda persona goza de la minoría de edad con las correspondientes ventajas y desventajas que implica tal instancia etaria, hasta los dieciocho años. No es menor destacar Jurisprudencia y Doctrina respecto al tema de investigación, dentro de la órbita provincial como nacional.

Cada capítulo culmina con una breve conclusión parcial y como corolario, el trabajo cierra con una conclusión final.

¹²Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

Capítulo I: Nociones Generales en el Derecho Penal

Introducción parcial

El siguiente apartado se basa fundamentalmente en describir la Ley Penal como principal instrumento normativo a partir del cual se puede llegar o no a sancionar una conducta determinada, estableciendo sanción a todo aquel que incurra dentro de lo que se denomina “punible” y conceptualizar ese aspecto. Asimismo, se procura darle importancia al principio de legalidad¹³ dentro del Código Penal y a todos aquellos tratados que han sido incorporados a la Constitución Nacional a partir de la reforma operada en el año 1994 y que tiene mucho que ver con el tema que se trata en profundidad en el siguiente apartado que son, todos aquellos menores de edad (sin discrepar entre menor o mayor a los cinco años respectivamente) hijos de madres privadas de libertad que viven la cruda realidad del encierro carcelario, para lo cual es preciso destacar la Ley 26.472 que contempla este tema y en relación a ello, también resulta relevante investigar de qué manera influyen las normas supranacionales de Derechos Humanos en lo que refiere al proceso penal argentino propiamente dicho.

Por otro lado y haciendo referencia al tema que trata de fondo el presente trabajo, se busca analizar la prisión domiciliaria como posibilidad alternativa de cumplimiento de la pena de ejecución privativa de libertad para todas aquellas madres de niños menores a los cinco (5) años de edad, supuesto contemplado específicamente por el Art. 1 inc. F de la Ley 26.472¹⁴. También investigar cuales son los principios, garantías y demás aspectos que

¹³Artículo 71, Código Penal de la Nación. Las acciones penales son públicas o privadas. El MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberá ejercer de oficio la acción penal pública, con excepción de la que dependiera de instancia privada. También podrá hacerlo la persona directamente ofendida, en las condiciones establecidas por las leyes procesales. No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrá fundadamente no instar la promoción de la acción o desistir de la promovida ante el tribunal, hasta antes de la fijación de fecha de la audiencia de debate, en los siguientes casos: 1°) Si se tratase de hechos que, por su insignificancia, no afectasen gravemente el interés público. 2°) Si las consecuencias del hecho sufridas por el imputado fuesen de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediasen razones de seguridad o interés públicos. 3°) Si la pena en expectativa careciese de importancia con relación a otra pena que ya hubiese sido impuesta o requerida. 4°) Si existiese conciliación o acuerdo entre las partes y el imputado hubiese reparado los daños y perjuicios, en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos sin resultado de muerte, salvo que existiesen razones de seguridad o interés públicos o estuviese afectado el interés de una persona menor de edad. En los supuestos de los incisos 1° y 2° será necesario que el imputado hubiese reparado los daños y perjuicios en la mayor medida que le fuese posible. La persona directamente ofendida podrá interponer querrela dentro del término de SESENTA (60) días hábiles desde la notificación de la decisión que admitiere el criterio de oportunidad, en cuyo caso la acción se convertirá en privada. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe en cuyo favor se hubiese aceptado el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del inciso 1°, en que los efectos se extenderán a todos los intervinientes. No obstante lo dispuesto en este artículo, el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL no podrá hacer uso de los criterios de oportunidad si el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género o hubiese estado motivado por razones discriminatorias.

¹⁴Artículo 1 inciso F de la Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

influyen y delimitan de cierta forma tal límite de edad respecto al pequeño, y se busca evaluar si realmente resulta satisfactorio y benéfico dentro como fuera del contexto carcelario tal opción.

Para eso es imprescindible partir de conceptos básicos de Derecho Penal y Procesal penal con el fin de lograr conceptualizar la pena y su función resocializadora dentro del ámbito penitenciario en el hecho planteado, delimitando los presupuestos que se deben tener en cuenta al encarar todo proceso judicial respecto a la imputada (madre del niño menor de edad).

Con esta pequeña introducción se da comienzo al siguiente apartado encuadrando la pena dentro del Derecho Procesal Penal y generalizando sobre las condiciones de su aplicación.

1.1 Aproximaciones sobre las ramas del derecho positivo interno en torno a la pena

Es preciso partir de la base de todo proceso penal, dándosele inicio ante la supuesta comisión de un hecho delictivo al rol del Estado, entidad que se va a encargar de investigar como también de juzgar y castigar. Pero estas tres acciones ocurren luego de ponerse en marcha la acción penal con el debido curso que le corresponde hasta que el órgano judicial llegue a tomar una solución pertinente a la situación planteada, con dos opciones posibles por delante, estas son absolviendo o bien condenando al imputado. De esta manera es como efectivamente se podrá cumplir el fin que establece la pena. Pero hay quienes también desestiman la aplicación del Principio de legalidad lo que acarrea que la práctica entonces no vaya de la mano o coincida con la teoría propiamente dicha, y en este sentido se hace alusión al cuerpo normativo que se valen los profesionales y autoridades al aplicar el derecho, este es el Código Penal y Procesal Penal (Cafferata Nores, 2004).

Cafferata Nores (2004) menciona que como contrapartida al Principio de legalidad contenido en el artículo 71 del Código Penal, se encuentra el artículo 274¹⁵ ya que a través del mismo se reprime a todos aquellos funcionarios que omitan perseguir y castigar a los delincuentes es decir, que incumplan con su deber público y respecto al tema en cuestión, con el artículo 71¹⁶. Y, no solamente tiene lugar el artículo mencionado al principio sino también resulta fundamental mencionar al principio de oportunidad, a través del cual se otorga

¹⁵Artículo 274, Código Penal de la Nación.

¹⁶Artículo 71, Código Penal de la Nación.

posibilidad a los órganos encargados de la persecución penal a no iniciar, limitar o definitivamente culminar con la persecución penal si así lo estimaren conveniente resultando responsables los funcionarios judiciales. Siempre y cuando estos últimos cuenten con el consentimiento otorgado por el imputado como principal requisito, y hasta de la misma víctima si resultare necesario. Por lo cual, tiene lugar la reparación de la misma creando una tercera posibilidad del derecho penal, lo que también lleva a tener muy en cuenta el fin resocializador de la pena. Pero lo que no hay que opacar es también la gran ventaja que tiene el principio de oportunidad como por ejemplo, el descongestionamiento del sistema judicial que es una realidad que se encuentra colapsada generalmente de trámites, papeles y por ende decisiones y soluciones por tomar y resolver. Uno de los criterios que tiene en cuenta el destacado principio dentro del Derecho Penal es la suspensión del juicio a prueba incorporado al Código penal a través de la Ley 24.316¹⁷, brindado la posibilidad tal como su nombre lo indica, de llegar a suspender la persecución penal, situación comentada anteriormente. Resultando asimismo a favor del imputado ya que, si el mismo cumple con ciertos recaudos puede dejar de ser perseguido penalmente y se le abre de esta manera la puerta al sobreseimiento.

Esto mismo lleva a pensar y repensar entonces hasta qué punto resulta aplicable el derecho si dentro de un mismo cuerpo contamos con la exigencia que tiene el hecho de cumplir un determinado proceso penal a la hora que se presente un supuesto delito, y la vez de no seguirlo o frenarlo si las autoridades de aplicación lo estimen conveniente.

Ahora bien, respecto al Derecho Penal particularmente como una de las ramas principales que tienen que ver con el tema investigado en el presente trabajo final de grado Binder (1999), menciona que la clave está en conocer el contenido y la estructura de sus normas y en comprender que el orden jurídico va variando a través del tiempo, por lo cual lo que antes parecía no ser posible, actualmente se cumple. Tal es el caso de la relación entre el Derecho Penal y Procesal Penal. Ambas ramas tienen un objetivo en común que es ejercer la coerción penal y el castigo estatal mediante instituciones que propendan a tal fin.

Cabe mencionar que el criterio predominante en lo que refiere a la aplicación de la pena tiene que ver con la Verdad propiamente dicha tal como refiere el autor mencionado en el párrafo anterior, requisito verídico que resulta indispensable luego de identificar al verdadero responsable y culpable del delito. Esto es propio del sistema constitucional

¹⁷Ley 24.316, Código Penal.

argentino y se relaciona de igual manera al criterio de inocencia, ya que de esta manera el primero mencionado se encuentra ligado indefectiblemente al estado de no culpabilidad del acusado, lo que origina que ante la duda de declarar culpable o no al anterior, se opta por no hacerlo favoreciendo de esta manera la verdad real y objetiva en su integridad. También se puede conocer como verdad por correspondencia porque concierne ser sumamente preciso en el tratamiento y seguimiento del proceso penal que se debería ahondar en el fondo del asunto, es decir investigando lo que realmente ha ocurrido y no lo que supuestamente fue o habría sido.

Parte de la doctrina entiende también que lo que ocurre si no hay certeza de que algo pasó efectivamente como se dice y que mediante argumentos válidos se puede contemplar ese aspecto, entonces el órgano judicial no podría llegar a tomar una decisión completamente cierta y verídica para condenar a un ser humano a cumplir con determinada pena. Es decir, castigándolo con la consecuencia más severa con la que cuenta el sistema penal argentino (Cafferata Nores, 2004).

Ahora bien, desde un punto de vista funcional el autor relata que el sistema penal como conjunto de normas jurídicas penales configura la política criminal y como resultado surge que se regula la coerción penal. Esto lleva a considerar que se deben tomar decisiones técnico valorativas en base a dos instrumentos fundamentales como son, normas procesales y normas penales (Binder, 1999). El referido autor menciona que el derecho penal actúa de manera conjunta con el derecho procesal penal ya que ambos interactúan limitando el poder punitivo del Estado. Y por otro lado Cafferata Nores destaca la finalidad que tiene el primer derecho mencionado, que es definir aquellas conductas que se conciben como punibles, la pena que les correspondiere como tal y por ultimo todas aquellas causas que la provocan o excluyen dependiendo lógicamente del caso puntual. Y el derecho procesal penal trabaja con el principio de legalidad definiendo las condiciones o pautas para que efectivamente se aplique sanción si así correspondiere, acreditando a su vez la existencia del supuesto hecho delictivo haciendo participe del proceso al acusado y llegando a tomar una decisión en relación al anterior por parte del órgano judicial (2004).

Esto quiere decir que se debe pensar a ambas ramas del derecho como un todo, ya que el proceso penal lleva indefectiblemente al cumplimiento efectivo de las normas penales luego de acabar con la persecución penal. Así como se busca evitar que la ley penal se aplique indebida o arbitrariamente a quien no lo merece por ejemplo, la acusación por su lado

debe ser realmente eficaz y cumplir con todos los recaudos pertinentes destacando la existencia real del delito.

A modo de cierre, es digno destacar lo que Cafferata Nores (2004) conceptualiza como proceso, dando una definición gradual y progresiva de todo el recorrido, desde el primer momento en que se pone en conocimiento a las autoridades pertinentes sobre un supuesto hecho delictivo, hasta que se averigua si realmente ocurrió o no un ilícito para ser considerado punible y condenado entonces el supuesto imputado involucrado y principal actor (o actores si hay participación). Desde la investigación penal preparatoria, el juicio, los recursos disponibles para interponer llegado el caso que se deba corregir alguna decisión considerada errónea que se haya tomado, y terminando con una decisión al respecto de la causa planteada; lo que señala Cafferata Nores (2004) es que una vez culminada una etapa no hay vuelta atrás y todas absolutamente deben cumplir los requisitos procesales y sustanciales que correspondieren. En fin, un acto lleva al siguiente y así sucesivamente lo que lleva a considerar una cierta jerarquía del proceso penal.

Respecto a los sujetos involucrados en el proceso, Cafferata Nores (2004) hace referencia a aquellos principales actores que van a ser considerados a priori como es el caso de: el actor penal, quien impulsa y prepara la acusación, luego se encuentra el tribunal que es quien dirige el proceso respetando el conjunto de derechos y garantías involucrados en él y decidiendo sobre el mismo de forma absoluta o provisional como ocurre por ejemplo cuando se eleva un auto a juicio. Por último menciona al sujeto imputado sobre quien efectivamente recae la acusación. Después se pueden dar participación a otros sujetos que pueden surgir de forma eventual en este recorrido procesal como es el caso del querellante particular, actor civil y civilmente demandado pero que en el presente apartado no vienen al caso sino que sería mejor tratarlos en una futura investigación donde se profundice sobre la cuestión.

El hecho del proceso es entonces el supuesto hecho delictivo sin más vueltas.

1.1.1 Pena privativa de la libertad: concepto y finalidad

Hallar un concepto preciso de la pena que priva de su libertad a las personas no es tarea fácil, de hecho cantidades de autores lo han intentado, pero cada uno de ellos no ha dejado de lado cierta subjetividad. Sin embargo, se recurre aquí a las palabras de un especialista en el área, el Dr. Andrés José D’Alessio, quien citando a Soler define “que la pena es un mal expuesto en primer término como una amenaza y luego impuesto a quien

viola un determinado precepto legal, como retribución, consistiendo ella en la disminución de un bien jurídico, que tiene por finalidad la evitación de futuros delitos”. Además, menciona que, para Núñez, “es la pérdida de bienes que se le impone a una persona con el objeto de retribuirle el delito cometido.” Y por último, señala que para Zaffaroni Alagia y Slokar la pena es “la coerción estatal que importa la privación de derechos o la inflicción de un dolor, que no persigue un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente” (D’Alessio, 2005, p. 45).

De lo expuesto, se deduce que la pena es una herramienta que utiliza el Estado para prevenir y paliar todo tipo de acción delictiva que cometa una persona dentro del territorio argentino, atentando de esta forma con determinadas reglas jurídicas. Sin embargo, es dable destacar, la expresión de los últimos autores traídos a colación, Zaffaroni Alagia y Slokar, para quienes la pena es un recurso que implica una privación de derechos, lo cual es un hecho alarmante, ya que si se priva en primer lugar de un derecho inherente como lo es la libertad, y en segundo, el cúmulo de derechos que ostenta toda persona en su calidad de tal, importa que el sujeto que comete un delito queda inmerso bajo un marco de desamparo total por parte del Estado, que no debería ser así, pero ante la cruel realidad que habita dentro de instalaciones creadas para tal cometido, es lógico y admirable que autores como éstos nos enseñen con sus palabras, lo que conlleva la triste aplicación de una pena.

El propósito que persigue todo Estado, cuando se infringe la ley, y por ende, son aplicadas estas reglas de prevención de conductas delictivas; es que se envíe un mensaje común a toda la sociedad que gobierna, es decir, que se afirme de esta manera la vigencia de la norma.

No obstante ello, no se puede dejar de lado que el Estado de igual manera consigue cometido instalando en la sociedad la amenaza constante de sanción ante, el cometido de un delito, además asegura que la norma se halla vigente cuando se visualiza su cumplimiento. Asimismo, dichas normas cumplen con una determinada función ampliatoria, es decir la resocialización del penado, en base a lo establecido en el art. 18 de la C.N¹⁸ al decir que las cárceles no tienen por objeto castigar a quienes se hallan en ellas al igual que el art. 5, inc. 6¹⁹ específicamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que habla de la

¹⁸ Artículo 18 de la Constitución Nacional.

¹⁹ Art. 5 inciso 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos: Derecho a la Integridad Personal.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

readaptación social de los condenados; Y como lo estatuye el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual enuncia que el tratamiento penitenciario debe tener como destino la reforma y readaptación de los sujetos por medio de un tratamiento adecuado.

En conclusión, se considera que el paso por las cárceles es una medida para que el condenado adquiera la capacidad de comprender el hecho delictivo, y el respeto por la ley, promoviendo una conveniente reinserción social.

1.2 Aproximaciones al contexto carcelario y la realidad intramuros

María Teresa Garay (2010) sostiene que la función que tiene el Estado en lo referido al trabajo carcelario, es la de ser garante cuando se originen controles y dominios exagerados por parte de las autoridades penitenciarias; de este modo se va a generar una relación de interacción y proximidad entre las últimas mencionadas y los sujetos que están bajo su cuidado. Al decir de la autora, el Estado es el encargado principal de velar porque realmente se reinserte el individuo condenado a la sociedad luego de cumplir la condena que le compete, evitando de esta manera que se originen consecuencias negativas en relación a su persona. En este sentido, por más que se hayan pensado y buscado otras alternativas para tratar de evitar la cárcel, todavía no se ha encontrado otra manera y/o lugar que cumpla con el contenido de criminalidad (Garay, 2010).

Una herramienta que está en manos del Estado para poder cumplir con la reinserción social del sujeto privado de libertad es la Ley 26.472 de ejecución de la pena privativa de libertad, que vino a suplantarse a la anterior Ley 24.660²⁰. La misma asegura un régimen progresivo intramuros es decir, en lo que refiere al contexto carcelario. Esto se debe a que el recluso en su paso por el ámbito penitenciario va cumpliendo etapas, periodos, y lo que se quiere lograr es que la persona evolucione y progrese, y en este punto se hace referencia al artículo 12 de la anterior Ley 24.660²¹ mediante la cual se busca cumplir con tal fin a través de cuatro periodos: observación, tratamiento, prueba y libertad condicional para el individuo. A pesar que este proceso resulta voluntario y no obligatorio para el mismo, se presume mayormente eficaz y positivo, buscando su progreso y crecimiento personal (Garay, 2010).

²⁰ Ley 24.660, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

²¹ Artículo 12 de la Ley 24.660: El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional.

Para cumplir tal objetivo se cuenta con tareas y capacitaciones donde entran en juego importantes variables a tener en cuenta como la educación del condenado, actividades recreativas, y no formales como talleres de manualidades, carpintería, hasta actividades deportivas, entre otras. Para cada una de ellas se cuenta con profesionales capacitados que ayuden al interno y respeten sus derechos por lo que resulta fundamental que se brinde un tratamiento adecuado y efectivo que busque alcanzar el fin propuesto desde un primer momento para con el individuo, su resocialización social (Garay, 2010).

La autora hace hincapié en las características que deberá reunir el tratamiento descrito anteriormente entre las cuales se encuentran, principalmente la voluntariedad que debe revestir el mismo ya que no tiene ninguna obligatoriedad ni responsabilidad disciplinaria el hecho de participar en él. Además, debe contar con generalidad para que todos los internos por igual puedan acceder a él. Por lo cual, debe ser individualizado en relación al diagnóstico del condenado que se ha evaluado durante el periodo de observación penitenciaria por el equipo capacitado, como también estar programado en función de ciertos parámetros como el número de población, sus características socio económicas, espacios físicos, insumos que necesitara a lo largo del cumplimiento del tratamiento entre otros, puesto que es deber del Estado cumplir con todos. Y por último, la autora describe a la dinámica que consta el proceso, de modo tal de asegurar al interno su evolución a lo largo del cumplimiento de la condena (Garay, 2010).

Toda norma jurídica que actúa en el momento de ejecutar determinada pena, debe responder a la exigencia constitucional que denota el principio de legalidad contemplado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.²² Pero este último no es el único que delimita el ámbito de actuación de normas infra constitucionales y direccionan al momento de la ejecución del encierro (Arocena, 2010).

²² Art. 18 de la Constitución Nacional: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice

1.3 Principios básicos de la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad

Con el fin de analizar y describir todas aquellas peculiaridades que recibe el castigo en las cárceles en Argentina, un autor que considera este tema y hace referencia a lo anteriormente descrito, es Alzueta (2013) el cual busca tratar en profundidad la realidad carcelaria de forma cercana pero también, desde un punto de vista objetivo con cierto grado de distancia para entender los aspectos más específicos de esta red punitiva.

El autor mencionado anteriormente, considera alarmante el incremento de la población en las cárceles, en lo que respecta a Latinoamérica, y en este punto deja afuera a Bolivia y Venezuela, pero abarca el resto de países del mundo de igual manera. Bajo esta tesitura, busca investigar, aducir y descifrar que ocurre con la realidad social que lleva a determinadas personas a actuar de manera antijurídica, provocando que su conducta sea merecedora de pena y por ende, que lleve al ser humano a caer dentro de la red mencionada anteriormente Alzueta (2013)²³.

Luego, desde un enfoque resocializador la cárcel se debe considerar más que una simple unidad penitenciaria, donde simplemente se deposite a delincuentes teniendo en cuenta la realidad que trasciende a cada uno de ellos y el riesgo que trae aparejado ese grupo de delincuentes (Alzueta, 2013).

Por otro lado, hay que mencionar que la ejecución de la pena privativa de libertad exige control judicial desde un enfoque normativo y jurídico. En relación a lo anterior, se destaca el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina²⁴, instrumento que

²³ Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/fpycs-unlp/20171102035350/pdf_1415.pdf

²⁴ Artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

incorporó a la fecha diversos tratados internacionales de Derechos Humanos catalogados como constitucionales (Arocena, 2010).

Los principios que hay que considerar al momento de ejecutar la pena privativa de libertad y que se ubican dentro marco constitucional son varios, pero este análisis nos permitirá desentrañar la finalidad de este trabajo, el cual importa confirmar o descartar la pregunta central.

Es importante destacar lo fundamental que resulta entonces el Principio de legalidad como parámetro que rige todo el sistema de ejecución consagrado por el Artículo 18 de la Constitución Nacional²⁵.

Como también es fundamental considerar el derecho a la dignidad propia del ser humano por su condición como sujeto titular activo del mismo, el Derecho a toda persona a no ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles inhumanos o degradantes entre otros (Arocena, 2010). Y en relación a esto mismo también se destaca el Artículo 5 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya que resulta relevante decir que mediante este Instrumento legislativo se hace mención al derecho que corresponde a cualquier ser humano de respetar su integridad en tres dimensiones: física, psíquica y moral. Pero principalmente cabe destacar el punto 5. Del presente artículo, ya que menciona el caso de aquellos menores que deban ser procesados para lo corresponde separarlos de los adultos y trasladar a los tribunales especializados en tal trama logrando celeridad procesal sobre todas las cosas, que al final de todo es uno de los requisitos fundamentales que debe contemplar todo proceso judicial a la hora de cumplir con su fin principal.

Cafferata Nores también hace referencia al debido respeto por las garantías constitucionales que debe darse a lo largo del proceso ya que como ya se ha mencionado en apartados anteriores, hay un marco legal de cauciones y principios constitucionales que deberán tenerse en cuenta al decidir sobre la aplicación o no de condena. Y esto se debe al carácter supremo y fundamental de la Constitución Nacional sobretodo luego de la reforma operada en el año 1994, limitando así la aplicación del derecho penal y procesal penal (2004).

En última instancia es importante describir la manera que influye la normativa supranacional sobre derechos humanos de rango constitucional en el proceso penal argentino. Y, respecto a este punto se destaca lo investigado por el Centro de Estudios Legales y

²⁵Ídem, cit. 20.

Sociales (CELS) en una nueva edición del libro que ya había sido elaborado por Cafferata Nores y actualmente actualizado por Santiago Martínez. Esta, refleja un avance de los derechos humanos en el plano internacional. (Cafferata Nores, 2011).

En este trabajo se busca promover un nuevo paradigma de hacer y cumplir con la justicia penal luego de investigar la forma en que influyen los tratados en la normativa local, es decir, en el ordenamiento jurídico interno. En relación a esto, corresponde considerar a la imparcialidad del tribunal como una de las garantías fundamentales para la mujer madre de menor de edad imputada en este caso particular, y se encuentra respaldado por el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶. Hace alusión a la imparcialidad que requiere el juez penal lo que implica ante todo objetividad como requisito fundamental al tener que decidir sobre un caso particular, y en relación a la madre acusada de cometer cierto hecho ilícito le asegura efectiva defensa para la postura que sostenga que seguramente será avalada mediante pruebas pertinentes a tal efecto. (Cafferata Nores, 2011). Pero en relación a esto mismo, es importante analizar qué tan imparcial debe ser la autoridad judicial al momento de evaluar un caso como el que compete al presente trabajo respecto a madres privadas de libertad que tienen bajo su responsabilidad menores de edad. Si bien es cierto que hay una mujer que ha delinquido y tiene que cumplir con una pena privativa de libertad debido a su conducta contraria a derecho que por ende trae aparejado consecuencias, la realidad es que atrás de todo también está ese menor ya sea la edad que tenga siempre y cuando no alcance los dieciocho años como límite etario a partir del cual adquiere la mayoría de edad, que es un sujeto total y completamente libre para opinar lo que realmente piensa y, actuar y discernir sobre cualquier tipo de decisión que afecte su persona e integridad como bien ya se ha dicho. A simples rasgos corresponde mencionar el Derecho a ser oído que tiene el niño contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo 12 específicamente, ya que es importante resaltarlo a modo general porque en este caso no solo importa tanto la imparcialidad que asuma el tribunal respecto a un caso puntual, sino también que en relación a la posición que asuma se tengan en cuenta detalladamente quienes se encuentran involucrados como sujetos procesales y luego los derechos que a cada uno le corresponde, o bien, los deberes que tienen para con el derecho procesal penal cada uno en

²⁶Artículo 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos Ley N° 23.054, 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

particular. Priorizando el tema de fondo de la presente investigación se hace referencia a un menor de edad que no ha hecho nada para ser llevado a la cárcel y que como cualquier otra persona es digna de su libertad personal, por lo tanto si bien todo proceso judicial debería cumplir con imparcialidad en la autoridad como una de las garantías constitucionales más importantes para no caer en la misma arbitrariedad judicial, es pertinente decir que hay una medida firme en todo esto que es el derecho del niño menor de edad a gozar plenamente de su libertad personal y por ende, a expresar sus opiniones y crecer como un sujeto pleno.

Volviendo un poco a los aspectos doctrinarios que contempla este apartado, es exacto Cafferata Nores al evidenciar la independencia de los jueces, propia del poder judicial tolerando como única posibilidad la superintendencia administrativa que se encuentra al alcance de los funcionarios máximos en jerarquía y auto limitando a los magistrados ordinarios. En el ámbito constitucional también se resguarda el carácter de independiente que debe asumir el juez en su cargo, consistente en que nada ni nadie perturbe su labor obstaculizando su tarea (2011).

Al entender que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; como también la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen rango constitucional a partir de la reforma de la CN en el año 1994 contenidas en el artículo 75 inciso 22²⁷, se puede afirmar entonces la importancia que adquieren los Derechos Humanos a nivel internacional como internamente dentro de cada ordenamiento jurídico. Y en este sentido cabe mencionar al niño entonces como sujeto titular de derechos. Pasa que tal como explica Cafferata Nores no puede privarse a alguien de la posibilidad de defenderse ante las arbitrariedades procesales que crea se estarían dando, ni permitir que el conjunto de directivas que le compete sea vulnerado, dando a conocer que en el proceso penal las garantías constitucionales son propias de la víctima estando a su alcance para que sean respetadas y no menoscabadas. Por lo tanto bajo el caso en cuestión, resulta víctima el menor, hijo/a de madre privada de libertad condicionado por la detención de aquella por lo cual debería darse un procedimiento distinto y particular para ese sujeto mínimo que padece la realidad judicial, puntualizando y priorizando la posibilidad de conceder prisión domiciliaria en tal oportunidad (Cafferata Nores, 2011).

²⁷Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, Ley N° 24.430.

1.4 Consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la Ley Penal.

En lo que respecta a la ley penal se puede generar una definición al decir que la misma emana de una autoridad competente, en este caso es el Estado, y se refiere a una norma que posee dos características: una general y una escrita. Se trata de una ley que tiene como fin principal delimitar cuáles son los principios que van a dirigir el derecho penal y a la vez, define hechos como ilícitos y conmuta las penas o medidas de seguridad respecto a los sujetos que los provoquen, o bien participen en ellos (Lascano, 2010).

La ley penal posee ciertos caracteres definidos por Lascano (2010) como: escrita, estricta, exclusiva, obligatoria, irrefragable, igualitaria, constitucional y descriptiva de tipos no comunicables entre sí.

En este punto cabe mencionar el caso “*Blanco Flores s/prisión domiciliaria*”²⁸, donde se toca de cerca el instituto de la prisión domiciliaria como parte del análisis que le corresponde hacer al juez al ver y evaluar la situación de una madre privada de libertad y más que nada, la del hijo menor de edad:

En el anterior, no se le concede prisión domiciliaria a Ely Blanco Flores, la madre del menor, ya que el tribunal al analizar el caso planteado, destaca que no es notoria cierta desprotección para con el hijo, que avale la posibilidad de otorgar arresto domiciliario. El juez de instrucción y la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, ya habían argumentado de manera jurídica dicho caso avalando tal posición, pero finalmente el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de la Capital Federal resolvió definitivamente no concederle tal posibilidad a la progenitora involucrando por ende al menor. Lo anterior lleva a pensar que de esa manera entonces no se estaría vulnerando el Interés Superior del Niño como principio. Pero luego, en torno a ello la defensa de la mujer imputada interpuso recurso de casación contra dicha resolución y además, dio a conocer su postura, diciendo que tal decisión vulneraría el artículo 1 inciso F de la actual Ley 26.472 y que el impacto que se hubiere ocasionado de tomarse otra decisión, hubiera sido positivo, favoreciendo la situación de la relación madre e hijo.

Por otro lado, se interpreta erróneamente el principio de legalidad²⁹. La razón de esta contradicción tiene que ver con que por un lado se encuentra la facultad-poder que tiene el

²⁸ Cámara Federal de Casación Penal, “*Blanco Flores, Eli s/ recurso de casación*”. Causa N° 74181 (2017).

²⁹ Artículo 18 de la Constitución Nacional.

Juez de conceder Prisión Domiciliaria si son óptimas las circunstancias, supuesto contemplado por el artículo 1 inciso F de la Ley 26.472, aunque en su momento fue Ley 24.660. Y, por otro lado la importancia que se reconoce a los derechos humanos en este caso particular, en relación al menor, con rango constitucional debiendo ser respetados por la máxima autoridad.

Es así como tiene lugar el pronunciamiento que hace en torno a la situación descrita la procuradora general de la nación, al decir que la interpretación que se hace del instituto de la prisión domiciliaria menosprecio el principio del interés superior del niño, ya que lo que se debía tener en consideración en mayor medida es el crecimiento del niño en un ambiente apropiado, manteniendo el vínculo materno filial a no ser separado de su familia salvo que sea urgente y necesario realizarlo. Hace mención que en éste caso no hace falta separar al niño de su madre ya que no hay justificativo razonable para hacerlo y que rechazar la aplicación de la prisión domiciliaria por parte del tribunal podría concluir en el encierro del menor en un ambiente carcelario lesionando el derecho del mismo a la integridad y libertad personal como parámetros fundamentales, pero también el principio de intrascendencia de las penas según el cual la sanción privativa de la libertad no puede trascender de la persona condenada penalmente³⁰ llegando a extenderse más allá de la progenitora que es en verdad quien debe responder penalmente. Y a tal postura es conveniente soslayar la importancia entonces de priorizar sobretodo el primer párrafo contenido en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño al decir lo siguiente:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por lo tanto, en este caso la decisión tomada por el Tribunal en un primer momento, estaría contradiciendo uno de los instrumentos legislativos más importantes considerados en la temática que nos compete, haciendo alusión al principio rector manifiesto en la Ley 23.849, más bien conocida como Convención sobre los Derechos del Niño. Finalmente, las autoridades judiciales correspondientes a decidir sobre el caso planteado no deberían menospreciar esta regla ya que como se dijo desde un primer momento, el objetivo del presente trabajo final de grado es poner el foco de atención en el menor de edad, con todas las variables, principios y garantías que se encuentran involucradas y son dignas de ser

³⁰ Artículo 5, inc. 3 de la Convención americana de los Derechos Humanos.

consideradas desde la temprana edad del infante, y siguiendo de cerca su crecimiento y desarrollo personal atravesando de esta manera también la adolescencia y no dejando pasar que hasta que no cumpla los dieciocho años de edad una persona sigue gozando de la condición de menor, aspecto contemplado nada más y nada menos que por el primer articulado contenido en la Convención al decir que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad³¹. Por lo tanto para no explayarse más allá del objetivo principal de la presente investigación, es importante destacar que nada tendría que ver con que el hijo/a de madre privada de libertad tenga cinco años o más, siempre y cuando no haya cumplido dieciocho años de edad, estaría contemplado legislativamente dentro de las posibilidades jurisprudenciales. Finalmente, la prisión domiciliaria como medida alternativa de cumplimiento de la pena en el caso planteado debería tener en mira el segundo párrafo del artículo 2 de la CIDN, ya que refiere puntualmente a las medidas que debe adoptar el Estado para que el niño no sufra discriminación ni castigo por las condiciones, actividades u opiniones de sus padres, tutores o familiares. Por lo tanto conviene replantearse este aspecto y ponerse a pensar en que resulta fundamental separar al niño como sujeto pleno de derechos y titular de todos ellos, y su madre quien se encuentra privada de libertad próxima a tener que cumplir con una condena, sin ir más lejos, este es el caso contemplado en relación a la imputada Ely Blanco Flores y su hijo, quien a medida que adquiere madurez puede y de hecho tiene el derecho a expresar libremente sus opiniones en todos los asuntos que le competen y le afectan³².

Por otra parte, la diputada Paola Spatola también se manifestó diciendo que los niños no deberían pagar las consecuencias del encierro por la conducta indebida que realizan sus madres, por lo que no encuentra razón alguna para evitar aplicar la prisión domiciliaria en tal causa.

Es decir, se refuta la decisión del tribunal respecto otras dos posturas en las cuales se prioriza el interés superior del niño sobre el articulado respaldado por el legislador. Y en relación a ello se debería tener en cuenta que la Ley 26.472 si bien tiene en miras un fin

³¹ Artículo 1 de la Ley. 23.849, Convención sobre los Derechos del Niño.

³² Artículo 12, Convención sobre los Derechos del Niño: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

netamente resocializador de la pena, es además un instrumento normativo que está creado para regular aquellos casos que se originan dentro del ambiente carcelario y en este caso particularmente, se pone especial énfasis en la relación materno filial y en la importancia que requiere ampararla, priorizando como se dijo anteriormente el interés superior como principio rector y ver de qué manera si no se le otorga prisión domiciliaria a la madre como al niño para que ambos protejan su relación, se estarían vulnerando por demás aspectos que son sumamente esenciales en el crecimiento de toda persona sobre todo si tenemos en cuenta la temprana edad y la infancia, lo que acarrea entre otros aspectos consecuencias negativas como la sensación de desprotección, sentimiento de abandono en el menor, fomentando desde el otro lado el régimen punitivo y carcelario³³.

A modo de conclusión, es importante mencionar la siguiente interpretación respecto a un informe elaborado por Natalia Monasterolo en la Revista de Actualidad Jurídica respecto a la posibilidad de conceder prisión domiciliaria a madres de niños menores de edad, sin llegar a ser un imperativo para el Juez, quien deberá decidir finalmente sobre la causa que le compete según a su modo de ver sobre otorgar o no el beneficio. En base a lo anterior, corresponde realizar un análisis crítico teniendo como eje el punto de vista que tiene la autora respecto al tema que le compete a este párrafo, por lo tanto es conveniente destacar como antecedente fundamental al instituto del arresto domiciliario, las llamadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, más bien conocidas como Reglas de Tokio, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1990. La consecuencia que tuvo su inserción en cada ordenamiento jurídico interno fue justamente admitir y pensar como opción la facultad de cumplir una pena determinada nada menos que en el domicilio personal del sujeto involucrado, particularmente en este caso se habla de aquellas mujeres madres de menores de edad, aspecto contemplado normativamente en el artículo 1 inciso f de la Ley 26.472. Esto, porque antes de ser modificada la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, bien conocida como 24.660, no se hacía tanto hincapié a lo mejor en la situación referente, lo que llevó de cierto modo entonces a cuestionarse y replantearse por el Legislador que pasaba en dicho caso respecto al niño quien al final de todo debía cargar con una pena al igual que su mamá, teniendo en cuenta los principios y garantías involucrados en torno al anterior. Entonces, luego de ser aprobado el cambio legislativo en relación a ese punto es que se incorporó como supuesto en el artículo 1

³³Recuperado el 1/05/2019 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/fallos46205.pdf>

de la 26.472 la posibilidad de arresto domiciliario como una forma de atenuar la pena de prisión. De esta manera se da comienzo al siguiente apartado a modo de indagar un poco más en profundidad sobre el Instituto destacado en el presente párrafo.

1.5 La prisión domiciliaria como posibilidad alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad y la reforma de la Ley 26.472.

En lo que respecta al instituto de la prisión domiciliaria como posibilidad de cumplir una pena que no sea tras las rejas por las consecuencias negativas que esto mismo genera y repercute en todo ser humano que atraviese esa instancia carcelaria, es importante comenzar diciendo que han sido tres los proyectos presentados y trabajados en la Comisión de Legislación penal de la Cámara de Córdoba, pero sin ir más lejos y para no entrar puntualmente a analizar cada uno de ellos es que conviene decir que respecto a aquella madre de todo menor de cinco años de edad, se destaca fundamentalmente el plan presentado por el Procurador Penitenciario de la Nación quien avala la posibilidad de conceder el beneficio del arresto domiciliario a la progenitora, sin debatir la edad del menor puntualmente, que tras analizar este aspecto por parte de otros proyectos se afirma el límite etario de cinco años. Es decir que la opinión personal del anterior no tuvo gran peso al momento de restringir a cinco años el caso planteado. El Procurador destaca lo caótico que resulta para un niño el hecho de ser separado de su madre sobretodo en la temprana edad, situación que acarrea trastornos psíquicos en el sujeto, afectando de esta manera su conducta y ocasionando cierta inestabilidad en el mismo³⁴. De aquí la importancia que tienen las autoridades encargadas de respetar y hacer cumplir sus derechos, para que no sean vulnerados. Como también de los instrumentos normativos a los que cualquier persona podría acudir en el caso que lo necesite, sobretodo en el ámbito del derecho penal y procesal penal, pero además tocando de lleno el derecho de los niños ya que si tenemos en cuenta desde un enfoque legislativo la ley de ejecución penal 26.472³⁵, es digno de afirmar que al formar parte del mundo jurídico de las leyes ya sea dentro del ámbito interno como internacional en lo que respecta a Tratados de Derechos Humanos etc., se trata de describir el artículo 1 inciso f más precisamente de la Ley 26.472 haciendo referencia a la posibilidad que brinda de otorgar prisión domiciliaria a la madre de un menor de cinco años de edad y respecto a este punto, además se está involucrando al niño, por lo cual no es menor destacar la importancia de considerar todos aquellos derechos de los cuales es titular el mismo como sujeto plenamente capaz. El

³⁴ Recuperado de <http://www.actualidadjuridica.com.ar/login.php> el 30/05/2019.

³⁵ Ley 26.472. Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

instrumento legislativo al cual ya se hizo mención, se encuentra de cierta manera al alcance de todos en lo que respecta al ejercicio de la profesión. La Ley 26.472 transitó fuertes críticas y debates en torno a su modificación, y esto trajo fuertes repercusiones a nivel social ya que antes de ser sancionada en el año 2009, no se trataba legislativamente la posibilidad del arresto domiciliario para madres con niños menores de cinco años de edad al momento de tener que cumplir con una pena privativa de libertad. Es decir, que la legislación pertinente deberá estar acorde a los cambios ocasionados y abarcar todos los paradigmas nuevos que vayan apareciendo³⁶.

Partiendo de lo que fue el proyecto de la ley de ejecución penitenciaria de la provincia de Córdoba, a partir de lo cual destaco principalmente a Ricardo Núñez quien en su obra “Proyecto de ley de ejecución penitenciaria de la provincia de Córdoba” expone los siguientes motivos:

La privación de la libertad no se ejecuta razonablemente con lograr, como lo exige la Constitución Nacional, cárceles sanas y limpias, sino que al logro del real destino de la privación de libertad sólo se puede lograr cuando la ciencia y la técnica indiquen, con el máximo de seguridad posible, como no se puede prescindir de las diferentes personalidades de los internos a los efectos del cumplimiento de su privación de libertad (Núñez, 1989, p.19).

Asimismo sigue indicando que:

...el Proyecto que está a consideración de la Legislatura local, llena un lamentable vacío como es la falta de resguardos respecto a las personas en prisión preventiva: resguardos materiales, resguardos morales, resguardos de su personalidad y de lo que han logrado en su vida libre (Núñez, 1986, p.11).

En el prólogo del manual, dicho autor destaca que: “el triunfo del proyecto no se logrará con solo su sanción legislativa como ley, sino por el indispensable aporte a la debida preparación del personal penitenciario a cargo de esa Ley” (Núñez, 1986, p.12).

En síntesis, se trata de que la organización penitenciaria deje de cumplir una función de pura seguridad para transformarse en un servicio público con sentido social, tomando como premisa que la finalidad de la

³⁶ Recuperado de <http://www.actualidadjuridica.com.ar/login.php> el 30/05/2019.

ejecución penitenciaria es la preparación del interno para su vida libre, sin perjuicio para la sociedad y, si es posible, para beneficio de ella (Angeloz y Cendoya, 1986, p.17).

Según el proyecto de Ley de ejecución penitenciaria de Córdoba, la finalidad de la Ley en 1984 y al comenzar a tratar esta posibilidad legislativa sería tal como lo menciona el Artículo 1° del mencionado Proyecto: “ La finalidad de la Ley de Ejecución Penitenciaria de la Provincia de Córdoba es la readaptación social del interno” (Núñez, 1984, p. 41).

Y, tal como describe el artículo 2°: “la readaptación social se realizará utilizando los medios de prevención, tratamiento educativo, laboral, asistencial y de cualquier otro carácter de que pueda disponer en conformidad con los progresos de las ciencias penitenciarias y criminológicas” (Núñez, 1984, p. 41).

Es menester destacar la Revista Penal de Actualidad Jurídica N° 144³⁷, ya que hace referencia en uno de sus apartados al derecho que corresponde otorgar a aquellas madres que se encuentran privadas de libertad con niños menores de cinco años de edad, situación contemplada como ya se ha desarrollado a lo largo del actual apartado, en el artículo 1 inciso F más específicamente de la Ley 26.472. La mencionada legislación viene a reemplazar el artículo 10³⁸ del código penal como también los artículos 32, 33 y 35 de la 24.660³⁹, para adecuarse a las normas constitucionales y pautas vigentes en diversos tratados internacionales tal como se encuentra contemplado en el actual artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional⁴⁰. Así lo entienden Franco Frattari y Marcelo Frattari (2009). Además, ambos hacen referencia a lo importante que resulta en la etapa de la infancia, que el niño menor de edad esté al cuidado de sus padres fuera del contexto carcelario priorizando de esta manera el desarrollo psico-físico de los menores, punto contemplado además en la Convención de los

³⁷ Recuperado de <file:///D:/Bibliotecas/Downloads/144ppriv.pdf> el 29/05/2019.

³⁸ **ARTICULO 10.-** Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

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

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) La mujer embarazada;

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

³⁹ Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

⁴⁰ Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Derechos del Niño. Respecto a ello, es importante entonces catalogar la familia como grupo social fundamental y como eje principal en la vida y desarrollo de cualquier menor de edad, otorgándole así un ideal de bienestar para que a largo plazo pueda ejercer plenamente sus facultades y discernir claramente aquello de lo que es importante para su desarrollo y crecimiento⁴¹. Esta temática se podría decir que fue tratada y estudiada legislativamente en la Cámara de Diputados de la Nación al pensar en un proyecto de ley que modifique el anterior artículo 33 de la ley 24.660, contemplando el caso de madres con niños menores de edad a cargo, para determinar si realmente la posibilidad de conceder prisión domiciliaria a aquella mujer penada con pena privativa de libertad, sería obligatorio o simplemente mera facultad del juez al momento de evaluar la situación personal de la encarcelada. También hubo cierto debate en torno a la edad del menor para otorgarle el beneficio de la prisión domiciliaria a la madre del mismo, y respecto a ella la diputada Diana Conti tuvo en consideración hasta los cuatro años pero finalmente la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de Córdoba destaca los cinco años como límite de edad en el niño en el supuesto contemplado, y además la verdadera facultad del juez para otorgar o no el beneficio a la madre condenada (Frattari, 2009). Este proyecto se convierte en Ley luego de ser debatido y aprobado de manera unánime por la Cámara de Senadores.

El primer intento que contempla esta situación se da a partir del artículo 32 inciso f de la Ley 24.660⁴², admitiendo la facultad judicial de conceder o no arresto domiciliario a la madre del menor, siempre y cuando se compruebe la relación materno filial (Frattari, 2009). Pero de igual forma es fundamental garantizar que ese niño se desarrolle y desenvuelva en un ambiente apropiado de forma tal que sea prioridad el interés superior del mismo. Como contrapartida a lo anterior se encuentra el interés estatal de cumplir la finalidad procesal. Es decir, que según lo mencionan Franco y Marcelo en el apartado, hay que poner en la balanza ambas cuestiones al momento de tomar una decisión y resolver sobre el fondo de la cuestión, tarea no menor para el Juez al momento de seguir de cerca determinada causa (2009). En este punto tiene cabida la Resolución 1386 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ya que menciona como principal punto a considerar la tutela del menor de edad como también la protección de su persona e integridad, fundamentando así la importancia que tiene el principio rector que es el interés íntegro y basto del niño en relación a cualquier otra variable que aparezca en juego, para no correr el riesgo de poner en peligro al mismo.

⁴¹ Preámbulo de la Ley 23. 849, Convención sobre los Derechos del niño.

⁴² Artículo 32 inciso F Ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

Conclusión parcial

Teniendo en cuenta lo descripto en este capítulo se deberá reflexionar sobre lo que sostienen aquellos autores tan nombrados en el área del Derecho Penal y/o Procesal Penal como se trata de Cafferata Nores, María Teresa Garay, Arocena, entre otros. Y la Ley de ejecución de la pena privativa de Libertad 26.472 (modificación a la anterior 24.660), ya que la misma establece los parámetros sobre los que se debe adecuar la pena y sus formalidades en relación a los principios y garantías constitucionales que involucra la Constitución Nacional como Ley suprema y fundamental.

Todo lo que aporta al mundo de las reglas penitenciarias se construye sobre principios garantías y derechos que van a favor de la protección de la persona penada a cumplir con determinada sanción legal, repercutiendo en el sistema social a grandes rasgos ya que solamente el deber que asume el Estado de intervenir en éstos casos, genera una de las tareas más duras que le corresponden considerando que se están poniendo en juego los derechos humanos del individuo y, particularmente haciendo referencia al tema de investigación de este trabajo final de grado, estamos hablando no de uno sino de dos sujetos: la madre por un lado y en el mismo grado de importancia, el menor de edad. Por lo tanto en este apartado también se hizo mención a diversos artículos contenidos en otro Instrumento legislativo igual de importante como la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, tal es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño. Priorizando así la familia como parámetro principal en la vida, crecimiento y desarrollo de un menor de edad, quien como sujeto merece ser tratado con el debido respeto, amor y comprensión que merece desde la temprana edad ya que se puede decir que los primeros años de vida del ser humano son sumamente importantes porque generan una marca en la psiquis que si no es positiva por así decirlo, repercute a la larga de manera negativa en el crecimiento individual, lo que podría llegar a afectar el comportamiento social del mismo. Este aspecto no menor tuvo que ser tenido en cuenta al modificarse la anterior 24.660 respecto a lo que era el Artículo 32 y 33⁴³ en el caso de madres privadas de libertad con niños menores de cinco años de edad.

A partir de las nuevas posturas entonces adoptadas en relación a los mencionados autores y legislación respectiva, es importante destacar que toda norma jurídica que actúa en el momento de ejecutar determinada pena, debe responder a la exigencia constitucional que denota el principio de legalidad contemplado por el Artículo 18 de la Constitución Nacional.

⁴³ Artículo 32 y 33 de la Ley 24.660.

Pero este último no es el único que delimita el ámbito de actuación de normas infra constitucionales y direccionan al momento de la ejecución del encierro.

Por lo tanto, siendo el niño el centro de atención del presente trabajo final de grado, con todos sus derechos que le corresponden como sujeto titular activo de todos ellos, es fundamental que las autoridades por un lado como también la legislación pertinente, adhieran y resuelvan teniendo en mira fundamentalmente al menor de edad, pero no al niño de tan solo cinco años o menor como límite tal cual se encuentra delimitado en la Ley 26.472, al tratar el supuesto de prisión domiciliaria para madres privadas de libertad aspecto que adicionalmente involucra a sus hijo, sino que además realmente se observe el caso de sujetos mayores a tal rango etario siempre y cuando no alcancen la mayoría de edad ya que allí ya se estaría hablando de otra categoría digna de derechos pero también de deberes por parte de los seres humanos para con el sistema social del cual cada uno forma parte y ocupa un lugar.

El tema que le compete al presente trabajo entonces es el menor de edad, este mismo es quien goza de tal condición como se dijo al comenzar la redacción del apartado hasta que cumpla los dieciocho años⁴⁴, por lo tanto cualquier decisión que se tome o adopte en relación al anterior debe ser priorizando su crecimiento, desarrollo personal y bienestar a lo largo de toda esa franja etaria. Situación que nuevamente lleva a pensar entonces en no discrepar entre un niño menor o mayor a tan sólo cinco años. Y es por esto mismo que, a partir de lo investigado y leído a medida que se iba desarrollando el presente capítulo, si realmente son propicias y adecuadas las condiciones es menester que el Juez acceda a conceder la posibilidad de la prisión domiciliaria a la madre de un menor de edad como primera solución, negándole de esta manera el encierro carcelario al hijo puntualmente. El fin es que efectivamente se cumplan sus derechos, y si lo anterior no ocurre porque el Juez considera que no son óptimas las circunstancias para cumplir la pena impuesta en el domicilio personal de la imputada, entonces el Estado como garante es quien deberá actuar pensando y creando nuevas salidas y soluciones a la situación planteada, priorizando el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁵. Este último instrumento internacional es tan importante como la Ley 26.472, ya que ambos se adhieren a la reforma constitucional del año

⁴⁴ Artículo 25 del Código Civil y Comercial, Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

⁴⁵ Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño: Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

1994 por lo tanto deben destinar el contenido de sus normas a favor del ser humano y fundamentalmente en el caso que nos compete, en pos y priorizando al menor de edad.

Por último, no quiero dejar de comentar la exclusión que hace el Artículo 1 inciso F de la Ley 26.472 al mencionar sólo a la madre del pequeño de cinco (5) años de edad, y no al padre por ejemplo que hoy en día y más con todos los interrogantes e inquietudes que surgen dentro de la sociedad respecto a la cuestión de género y priorizando el derecho a la igualdad y no discriminación, es que me parece oportuno tocar de lejos éste punto y mencionar de lejos esto que ocurre ya que llevaría a pensar y replantearse el caso de ese padre por ejemplo que tiene que cumplir con una pena determinada y a la vez, cumplir con la relación paternal para con su hijo/a menor de edad, ya que no cuenta con la madre por diversos motivos en casa caso en particular. Este tema genera amplias entradas de debate que serían muy interesantes analizar pero que no vienen al caso respecto al presente trabajo final de grado sino que sería bueno tratar por ejemplo en un futuro posgrado.

Y remarcando lo que menciona el Principio de Intrascendencia de la Pena enmarcado constitucionalmente en el Artículo 119 de la Constitución Nacional⁴⁶, cabe mencionar respecto al contenido del mismo:

“La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”.

Y respecto a la última oración del párrafo descripto es conveniente resaltar la inconstitucionalidad del Artículo 1 inciso F de la Ley 26.472⁴⁷ ya que no solo contempla la prisión para aquella madre que ha cometido una conducta punible e imputable, sino que además va más allá de ella, alcanzando al niño menor de edad quien además de la anteriormente nombrada, sufrirá las costas del encierro carcelario con todo lo que esta realidad acarrea, salvo que judicialmente se disponga como posibilidad la prisión domiciliaria. Es decir que se encuentra en contraposición la Ley de Ejecución Privativa de Libertad con uno de los derechos constitucionales fundamentales considerados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consagrado en el Artículo 7⁴⁸: el Derecho a la

⁴⁶Artículo 119 de la Constitución Nacional.

⁴⁷Ley 26.472, Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

⁴⁸ Artículo 7 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Libertad Personal propiamente. A través del mismo, toda persona tiene el derecho a gozar de su libertad y seguridad personal y a no ser sometida, detenida ni encarcelada arbitrariamente. Es por eso que no debería tampoco privarse de un derecho tan significativo a aquel menor de edad hijo de madre privada de libertad, insistiendo en no dividir entre mayor o menor a cinco años.

Pero ahora como para terminar esta primera conclusión parcial es que es importante ponerse a pensar la situación de un menor cuya madre se encuentra penada a cumplir determinada pena dentro del establecimiento penitenciario, cuyo lugar no resulta apto para su crecimiento y desarrollo pleno, y que afuera por ejemplo tampoco lo esperan mejores condiciones de vida porque no cuenta con familiares que podrían hacerse cargo de su persona por ende sería conveniente que las Autoridades responsables de velar por el Interés Superior del Niño/a y Adolescente luchan por construir espacios en mira a cumplir con la protección integral de sus derechos priorizando sus garantías constitucionales mencionadas a lo largo del capítulo y sobretodo, buscando alternativas para que no se quiebre esa relación maternal entre el menor y su madre privada de libertad, contando por ejemplo, con personal capacitado y brindando plena atención en el Instituto creado a tal efecto. El estado es quien debe poner en mira esta realidad, investigarla y estudiarla para que no sea una simple utopía la infancia plenamente acertada en la temprana edad.

Capítulo II: Regulación Legal Respecto al Menor

Introducción

En el presente capítulo se analizará cómo fue que a partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se produjo un gran cambio dentro del ordenamiento jurídico vigente, lo que llevó a que diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos sean tenidos en cuenta más que antes y sean catalogados como herramientas constitucionales (Gil Domínguez, Fama, Herrera, 2007). Y en relación a lo anterior, cabe mencionar el lugar que ocupa la Ley 26.061⁴⁹ respecto a la facultad que se le otorga al Estado argentino como a todas aquellas autoridades encargadas de llevar a la práctica las normas contenidas en aquel instrumento. Luego para tratar sobre el tema que compete a la presente investigación, es que resulta fundamental analizar dentro del ámbito familiar que obligaciones trae consigo la madre de un niño menor de edad con los derechos que le corresponden a este último como verdadero sujeto titular de ellos. Y para no ir más lejos, se va a indagar sobre las consecuencias jurídicas o posibles menoscabos a la integridad de aquel infante cuando su progenitora se encuentra condenada a cumplir pena privativa de libertad producto de haber desplegado una conducta contraria a derecho, merecedora de castigo, y ante esta situación es que corresponde mencionar el rol de las autoridades encargadas de velar por el respeto integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes protegidos en el ámbito nacional por la Ley 26.061 y dentro de la órbita provincial por la Ley 9.944.

Ambos cuerpos normativos funcionan como instrumentos al considerar la situación del menor en distintos casos planteados y más que nada, si se pone el foco de atención en el anterior antes que otras posibles variables que giren en torno a su persona, para luego resolver cualquier tipo de controversia o inconveniente que desestabilice su crecimiento u opaque su desarrollo personal.

Pero por otro lado, destacando la importancia que merece la niñez e infancia como instancias colmadas de derechos y principios que corresponden a los sujetos involucrados en las etapas ya mencionadas, resulta fundamental hacer lugar a la Ley 9.944⁵⁰ de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba para ser tratada interiormente dentro del ordenamiento jurídico preciso. Pero

⁴⁹Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁵⁰ Ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba.

además, atañe imaginar tal legislación como herramienta puntual y fundamental que está al alcance del Estado y de todas las autoridades que tienen la obligación decidir en determinado momento y ante cualquier conflicto o situación que contenga involucrado a un sujeto menor de edad, priorizando ante todo el Principio del Interés Superior como principio rector.

2.1 Ámbito federal: Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Para resaltar algunas fechas claves que marcaron el camino que recorrió la Ley 26.061⁵¹ es digno de considerar la labor de la Cámara de Diputados a partir de un proyecto que fue iniciado el 29 de septiembre del año 2004 mediante una Sesión Ordinaria a través de la cual se aprueba el plan sobre ley de protección integral de los derechos de niños y adolescentes. De la anterior resultó un dictamen de mayoría y tres de minoría. Luego, ese mismo año ingresa a la Cámara de Senadores y, un año después la misma emite un nuevo dictamen con el fin de adaptarse al proyecto emitido por Diputados y para concluir, en el mismo año, pero unos meses después, se aprueba el texto tan reconocido y catalogado (Gil Domínguez, Fama, Herrera, 2007).

Lo que Gil Domínguez, Fama y Herrera (2007) dejan en claro es que la Ley mencionada en el párrafo anterior no hace referencia a menores solamente sino precisamente a niñas niños, pero también adolescentes, es decir, contempla al ser humano desde sus primeros años de vida, pasando por la etapa de la adolescencia hasta que adquiere la mayoría de edad plenamente. Sin necesidad de discriminar hace referencia al sexo femenino y masculino por igual desde el título hasta el final, ya que lo que se buscó se logró, un cambio ideológico y político a nivel social.

Ir en contra de la Ley 26.061⁵² significa contradecir de cierta forma conceptos tan importantes como son los derechos propios de la infancia por un lado como también, los derechos humanos de todo ser humano y omitir el deber del Estado de ejecutar políticas públicas que favorezcan al niño, a la niña o al adolescente en cuestión, como también a la familia del mismo ya que como menciona la legislación destacada en el presente apartado, es sumamente importante el rol de la anterior en la vida del menor. En suma es un instrumento legislativo muy importante, ya que en sus normas abarca aspectos principales en torno a la niñez y adolescencia como instancia fundamental en el crecimiento personal. A esto mismo adhiere Gil Domínguez, Fama y Herrera (2007).

⁵¹ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁵² Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

Otra punto característico de la Ley es el cuidado de los derechos de los sujetos comprendidos en tal normativa, los cuales le competen al sistema federal argentino quien tiene competencia concurrente y cede a favor del Estado nacional como también, de la provincia y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ciertas facultades como: la posibilidad de que tanto uno como otro puedan dictar normas respecto a la materia en cuestión y de esta manera abarcar más derechos y garantías en relación al menor, como también hace referencia a aquel supuesto cuando un Estado provincial no dictó una norma local de protección y cuidado de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes entonces inmediatamente tiene aplicación obligatoria en tal territorio la Ley 26.061. Por último, en caso de conflicto o choque entre una norma federal y provincial se aplicará la que sea más favorable a la persona humana, teniendo en cuenta de antemano sus derechos y el sistema desde un punto de vista institucional. (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2007).

Estos mismo autores relatan que la Ley 26.061⁵³ se encuentra sostenida por un puntapié inicial de exigibilidad y obligatoriedad en función del interés superior del niño, lo que lleva a respetar los derechos reconocidos y contemplados en el texto legal por lo cual ningún particular puede refutar ni dudar sobre el contenido de sus normas sino por el contrario, tomarlas como parámetro y aliadas en materia de defensa de derechos constitucionales y humanos (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2007).

Dicho esto, es conveniente resaltar entonces el Artículo 1 de la Ley 26.061 refiriéndose al objetivo principal que nos compete en este apartado al decir lo siguiente:

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

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de

⁵³ Ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.⁵⁴

Autores como Gil Domínguez, Fama y Herrera (2007) dejan en claro que, en lo que respecta a la protección integral de la niñez, se deja atrás una concepción sumamente paternalista de la situación irregular respecto al menor, ya que el mismo pasa a ser mucho más tenido en cuenta y reconocido por el Estado, ya no se trata de hablar desde un punto de vista objetivo sino más bien subjetivo, destacando a la Niña/o y Adolescente como verdadero sujeto de derecho. A grandes rasgos esto mismo es lo que busca la doctrina de la protección integral de derechos.

2.2 Ámbito Provincial: Ley 9.944

Son comprendidos en ella todas las personas, niñas, niños y adolescentes hasta los dieciocho (18) años de edad, así lo establece el Artículo 2⁵⁵ de la presente Ley.

Razón por la cual es menester destacar que la Ley provincial es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas comprendidas en la presente norma. Estas mismas tienen el derecho a ser oídos y atendidos en todos los ámbitos sea cualquiera la forma en que se manifiesten, promoviendo una vez más la protección integral de sus derechos en la esfera provincial.

A modo de analizar lo indicado en el párrafo anterior, y para introducir de lleno la temática que compete a la presente investigación, es preciso decir que la norma provincial de protección de derechos de los niños, pone como eje principal ante toda cuestión que surja a su alrededor, al sujeto menor de edad hasta que cumple los dieciocho años sin establecer una diferencia respecto a los cinco años como límite etario en relación a la posibilidad que encuentra a su alcance el Juez de ejecución respecto a un caso puntual para otorgar o no el beneficio de la prisión domiciliaria a una madre condenada a cumplir pena privativa de libertad. Es decir que en relación al niño, la Ley provincial 9.944⁵⁶ protege de forma integral a todos los sujetos involucrados en su normativa hasta que adquieran la mayoría de edad

⁵⁴ Art. 1 de la Ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁵⁵ Artículo 2, Ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

⁵⁶ Ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba.

propiamente dicha, esto es a partir de los dieciocho años. Durante el lapso previo a tal acontecimiento, cualquier tipo de controversia que involucre a todo ser humano que se encuentre transitando la etapa de la niñez y/o adolescencia, como también toda decisión que traiga a consideración al menor, debe ser tomada con conciencia de la importancia de hacer efectiva la protección integral de sus derechos. Por último y para finalizar, esto ocurre a partir del cambio de paradigma que se logra efectuar a raíz de grandes cambios e innovaciones como fue en su momento por ejemplo la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño tras la reforma constitucional que tuvo lugar en el año 1994, de forma tal de llegar a ser tomada en cuenta cierta madurez mental y personal por parte de aquel sujeto menor de edad para tomar poder de decisión sobre su persona y sobre cualquier acto que involucre su opinión y sea él quien decida y reflexione sobre determinada resolución según lo crea conveniente. En resumidas cuentas, se podría notar un gran cambio y evolución en la categoría del niño para lo cual tienen gran peso todas las participaciones doctrinarias mencionados en el párrafo precedente y en los siguientes apartados.

2.3 Derechos del niño desde la temprana edad como sujeto titular de ellos

Es importante destacar los aportes doctrinarios de Aída Kemelmajer de Carlucci, una autora referente en materia de Derecho Civil y específicamente en la temática tratada en profundidad a lo largo del siguiente apartado como son las siguientes instancias: Niñez e Infancia íntegramente consideradas. Es exacto afirmar que en lo que respecta al Derecho que corresponde otorgar a cualquier sujeto menor de edad a participar activamente en todo proceso judicial como real titular de derechos⁵⁷, la citada escritora refiere la relevancia de considerar al infante como un ser humano que ocupa su lugar dentro del colectivo social igual y tan importante como cualquier otro adulto responsable. Al interpretar de forma personal y crítica tal expresión y respecto a la temática investigada en el presente trabajo final de grado, es pertinente recalcar la facultad que corresponde otorgar a aquel niño, hijo de madre privada de libertad sea mayor a cinco años o menor a tal rango (aspecto contemplado normativamente en el artículo 1 inciso f de la Ley 26.472), pero siempre y cuando no alcance los dieciocho años como límite etario fijado a partir del cual adquiere plenamente la mayoría de edad, de que sea escuchado en todo proceso judicial con el debido respeto que merece dándole lugar a expresar su opinión y al habla vulgarmente considerada. Viene al caso decir que respecto a lo anterior la Convención sobre los Derechos del Niño fue un aporte fundamental incorporado al

⁵⁷ Recuperado de <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf> el 03/06/2019.

ordenamiento jurídico interno luego de la reforma constitucional a través del Artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna⁵⁸, como también se destaca en igual grado de relevancia la Ley 26.061⁵⁹ y provincialmente la Ley 9.944. Entre las reglas contenidas en tales documentos legislativos se encuentra el Derecho del niño a ser Oído y en el mismo grado de importancia el Principio del Interés Superior, el cual goza jerarquía constitucional respecto a cualquier otro parámetro considerado respecto a las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento y aplicación. No corresponde dejar pasar además la Autonomía Progresiva como parámetro fundamental que queda al alcance de todo niño y adolescente a formar su propio juicio, a dar a conocer externamente su opinión personal y que esta sea tenida en cuenta por las autoridades, situación no menor que implica no menospreciar la condición de “criatura” sino de persona repleta de derechos. La ley provincial 9.944⁶⁰ destina por completo un capítulo a enumerar y destacar aquellos principios que se encuentran al alcance de cualquier/a niño/a desde la temprana edad, y en este punto se puede distinguir la mencionada legislación ya que no difiere entre un niño mayor o menor a cinco(5) años de edad, sino que de manera general contempla íntegramente la protección de aquel sujeto menor hasta que adquiriera la mayoría de edad, abarcando además la etapa de la adolescencia, esto es a partir de los trece años cumplidos y reconociendo por último a todos ellos como verdaderos sujetos titulares de derechos.

El primer derecho personalísimo que vale mencionar y es preciso respetar es el Derecho a la vida, considerando la misma como bien fundamental e indiscutible desde el ser humano por su mera condición de tal. Este se encuentra avalado por el Artículo 12 de la Ley 9.944⁶¹.

2.4 Importancia de un crecimiento sano y apropiado

Respecto a un informe elaborado por la Dra. Carla Angélica Gómez Macfarland a partir de datos aportados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y del Instituto Belisario Domínguez, resulta pertinente considerar la situación de encierro que padecen aquellas mujeres que residen en México y que se encuentran atravesando la situación

⁵⁸ Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

⁵⁹ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

⁶⁰ Ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba.

⁶¹ Art. 12 de la Ley 9.944: las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

carcelaria involucrando a sus hijos menores de edad, como ocurre también con otras tantas mujeres argentinas. Por lo tanto el caso descrito no solo tiene en cuenta a este grupo de madres, sino que principalmente se va a hacer referencia a sus hijos, es decir todos aquellos niños/as y adolescentes que conviven con ellas⁶².

Este grupo de mujeres que por diversos motivos llegan a delinquir encuadrando su actuar en una conducta típica y antijurídica merecedora de castigo, situación que trasciende su persona ya que al igual que la legislación propia de Argentina en México también ocurre que los niños menores de cierta edad conviven con sus mamás dentro del Establecimiento penitenciario. Allí mismo, también se encuentra a disposición de las autoridades la aplicación de legislación pertinente, a partir de lo cual se puede encontrar tanto a nivel nacional y local, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA). De igual forma tiene gran peso la Ley Nacional de Ejecución Penal al establecer medidas respecto a la situación carcelaria de los niños que viven con sus madres en prisión y respecto a este punto es menester hacer una aclaración crítica y personal al coincidir tal legislación con el ordenamiento jurídico argentino propiamente dicho ya que tanto la ley mexicana como argentina, tienen un objetivo central y preponderante que es fomentar el pleno ejercicio y respeto de los derechos de los niños, aspecto no menor a ser considerado en la presente investigación. Y a esto último se refiere particularmente el Artículo 10⁶³ de la mencionada Ley⁶⁴. Para poder aplicar la

62

Recuperado

el

02/05/2019

de:

<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3665/Cuaderno%20de%20investigaci%C3%B3n%2034.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶³Artículo 10 de la Ley Nacional de Ejecución Penal en México: Derechos de las mujeres privadas de su libertad en un Centro Penitenciario. Además de los derechos establecidos en el artículo anterior, las mujeres privadas de la libertad tendrán derecho a: I. La maternidad y la lactancia; II. Recibir trato directo de personal penitenciario de sexo femenino, específicamente en las áreas de custodia y registro. Tratándose de la atención médica podrá solicitar que la examine personal médico de sexo femenino, se accederá a esa petición en la medida de lo posible, excepto en las situaciones que requieran intervención médica urgente. Si pese a lo solicitado, la atención médica es realizada por personal médico de sexo masculino, deberá estar presente un miembro del personal del Centro Penitenciario de sexo femenino; III. Contar con las instalaciones adecuadas y los artículos necesarios para una estancia digna y segura, Menores que viven con sus madres en centros penitenciarios: legislación en México Núm. 34 19 Instituto Belisario Domínguez Dirección General de Análisis Legislativo siendo prioritarios los artículos para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género; IV. Recibir a su ingreso al Centro Penitenciario, la valoración médica que deberá comprender un examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas y específicas de atención de salud; V. Recibir la atención médica, la cual deberá brindarse en hospitales o lugares específicos establecidos en el Centro Penitenciario para tal efecto, en los términos establecidos en la presente Ley; VI. Conservar la guardia y custodia de su hija o hijo menor de tres años a fin de que pueda permanecer con la madre en el Centro Penitenciario, de conformidad a las disposiciones aplicables; VII. Recibir la alimentación adecuada y saludable para sus hijas e hijos, acorde con su edad y sus necesidades de salud con la finalidad de contribuir a su desarrollo físico y mental, en caso de que permanezcan con sus madres en el Centro Penitenciario; VIII. Recibir educación inicial para sus hijas e hijos, vestimenta acorde a su edad y etapa de desarrollo, y atención pediátrica cuando sea necesario en caso de que

legislación respectiva se prioriza el interés superior del niño como ocurre también en Argentina según lo investigado a lo largo del presente apartado, como también los Derechos Humanos en conjunto dignos de ser respetados y valorados.

De manera taxativa, se enuncian aquellos principios que se encuentran respaldados por la Ley (LGDNNA) dentro del ordenamiento jurídico mexicano, estos son: Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; Derecho de prioridad; Derecho a la identidad; Derecho a vivir en familia; Del Derecho a la Igualdad Sustantiva; Del Derecho a No ser Discriminado; Del Derecho a Vivir en Condiciones de Bienestar y a un Sano Desarrollo Integral; Derecho de Acceso a una Vida Libre de Violencia y a la Integridad Personal; Del Derecho a la Protección de la Salud y a la Seguridad Social; Del Derecho a la Inclusión de Niñas, Niños y Adolescentes con Discapacidad; Del Derecho a la Educación; De los Derechos al Descanso y al Esparcimiento; De los Derechos de la Libertad de Convicciones Éticas, Pensamiento, Conciencia, Religión y Cultura; De los Derechos a la Libertad de Expresión y de Acceso a la Información; Del Derecho a la Participación; Del Derecho de

permanezcan con sus madres en el Centro Penitenciario, en términos de la legislación aplicable; IX. Acceder, a los medios necesarios que les permitan a las mujeres con hijas e hijos a su cargo adoptar disposiciones respecto a su cuidado. Para el caso de las mujeres que deseen conservar la custodia de la hija o el hijo menor de tres años, durante su estancia en el Centro Penitenciario y no hubiera familiar que pudiera hacerse responsable en la familia de origen, la Autoridad Penitenciaria establecerá los criterios para garantizar el ingreso de la niña o el niño. Se notificará a la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o a sus equivalentes en las entidades federativas; X. Contar con las instalaciones adecuadas para que sus hijas e hijos reciban la atención médica, de conformidad con el interés superior de la niñez, atendiendo a su edad, condiciones y a sus necesidades de salud específicas, y XI. Los demás previstos en las disposiciones legales aplicables. La Autoridad Penitenciaria coadyuvará con las autoridades corresponsables, en el ámbito de su competencia, para proporcionar las condiciones de vida que garanticen el sano desarrollo de niñas y niños. Para los efectos de las fracciones I y IV de este artículo, las mujeres en reclusión podrán conservar la custodia de sus hijas e hijos en el interior de los Centros Penitenciarios. La Autoridad Penitenciaria, atendiendo el interés superior de la niñez, deberá emitir el dictamen correspondiente. Si la hija o el hijo tuviera una discapacidad, se podrá solicitar a la Autoridad Penitenciaria la ampliación del plazo de estancia al cuidado de la madre. En todo caso, se resolverá ponderando el interés superior de la niñez. Menores que viven con sus madres en centros penitenciarios: legislación en México Núm. 34 20 Instituto Belisario Domínguez Dirección General de Análisis Legislativo En el supuesto de que la madre no deseara conservar la custodia de sus hijas e hijos, estos serán entregados a la institución de asistencia social competente, en un término no mayor a veinticuatro horas, en donde se harán los trámites correspondientes, de acuerdo con la legislación aplicable. La Autoridad Penitenciaria deberá garantizar que en los Centros Penitenciarios para mujeres haya espacios adecuados para el desarrollo integral de los hijas o hijos de las mujeres privadas de su libertad, o en su defecto, para el esparcimiento del niño o niña en las visitas a su madre. En el supuesto en el que las Autoridades determinen el traslado de una mujer embarazada o cuyos hijas o hijos vivan en el Centro Penitenciario con ella, se garantizará en todo momento el interés superior de la niñez. Las disposiciones aplicables preverán un régimen específico de visitas para las personas menores de edad que no superen los diez años y no convivan con la madre en el Centro Penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad, y su duración y horario se ajustarán a la organización interna de los Centros.

Asociación y Reunión; Del Derecho a la Intimidad; Del Derecho a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso; Niñas, niños y adolescentes migrantes.

Algunos de los anteriormente señalados se pueden notar que coinciden con los intereses resguardados por el ordenamiento jurídico argentino en miras a la protección de los derechos del menor, siempre y cuando se priorice su interés superior. La diferencia que se puede notar entre ambas leyes (Ley 26.472 y LGDNNA) es respecto al límite etario que se encuentra delimitado. En México se hace referencia a los tres (3) años como límite máximo en la edad del menor para que el mismo pueda estar junto a su madre dentro del establecimiento penitenciario, en cambio en Argentina la edad límite que se encuentra regulada por la Ley 26.472 son los cinco (5) años del niño⁶⁵. Según lo mencionado por la Dra. Carla Angélica Gómez Macfarland en el informe al cual se hizo mención al comenzar el apartado, luego que el niño cumpla los tres años el estado mexicano cuenta con Instituciones que se encargan de realizar un seguimiento adecuado para con el menor, brindando asistencia social o bien custodiándolo. Pero también dentro de las alternativas posibles se destaca como opción el hecho de que un familiar del menor ponga en conocimiento de las autoridades judiciales el deseo de atenderlo. Por último, en relación a ello, cabe mencionar que Argentina debería tomar como ejemplo a seguir la realidad mexicana con respecto a los modelos de institutos que tienen como fin único el seguimiento de un buen crecimiento y desarrollo del niño, creando espacios de contención para los mismos. La importancia que resalta el informe es que se logre asegurar seguridad jurídica y que efectivamente se adecue a la legislación respectiva, respetando efectivamente los derechos contemplados normativamente por parte de las autoridades encargadas de cumplir con todos ellos. Para eso se necesita darle espacio a la implementación efectiva de políticas públicas que tengan como fin principal una formación plena e integra del menor de edad.

Las convenciones que ratifica el estado mexicano en relación al tema planteado supra son: Convención Sobre los Derechos del Niño ratificada por México el 21 de septiembre de 1990; También tiene lugar la Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), la misma establece los requerimientos

⁶⁵

Recuperado

el

02/05/2019

de:

<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3665/Cuaderno%20de%20investigaci%C3%B3n%2034.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

necesarios para asegurar un buen ingreso del niño o niña a la institución penitenciaria logrando mantener una buena convivencia dentro del mismo tanto por la mamá como por el niño/a. Luego el resto de las reglas hacen referencia a aspectos sumamente relevantes que deben también tenerse en cuenta como salud, cuidado, alimentación y todas aquellas necesidades básicas del menor que hacen a un crecimiento completo y desarrollo personal adecuado. Como tercer instrumento aprobado se encuentran las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de febrero de 2010, orientándose principalmente en atender la relación materna filial propiamente dicha y tomando medidas que optimicen a tal logro.

En quinto lugar, ratifica los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y a la vez el Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones: Los Derechos Humanos y las Prisiones, aprobado en el año 2004. Y en última instancia, en el año 2011 ratifican los convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticas. Todas ellas de algún modo van a tratar aspectos claves que deberán tenerse en cuenta por la autoridad central para evaluar qué decisión tomar en cada caso planteado y así poder satisfacer realmente los derechos del niño que se encuentra sometido a tal realidad planteada hasta que adquieren la edad contemplada en la Ley Nacional de Ejecución Penal⁶⁶.

Entre tantas otras publicaciones, es preciso destacar el contenido del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 9⁶⁷, ya que trata de profundizar la realidad de todas las personas privadas de libertad poniendo atención en lo que acarrea la detención propiamente dicha, sus consecuencias y la importancia de dar alerta respecto a la situación de los hijos de madres privadas de libertad que se encuentran sometidos al encierro carcelario, marcando al Estado como garante de cumplir los derechos de estos sujetos. Se menciona la importante que es contar con buenas condiciones carcelarias porque lo que se busca es dignificar a aquel grupo humano que se encuentra involucrado en este medio. Se recalca la importancia de fomentar el respeto, el cuidado y el trato digno de

⁶⁶Recuperado el 2/05/2019 de [file:///D:/Bibliotecas/Downloads/personas%20privadas%20de%20libertad%20corteidh%20\(1\).pdf](file:///D:/Bibliotecas/Downloads/personas%20privadas%20de%20libertad%20corteidh%20(1).pdf)

⁶⁷ Recuperado el 2/05/2019 de [file:///D:/Bibliotecas/Downloads/personas%20privadas%20de%20libertad%20corteidh%20\(1\).pdf](file:///D:/Bibliotecas/Downloads/personas%20privadas%20de%20libertad%20corteidh%20(1).pdf)

los reclusos pero sobretodo, se busca minimizar la potestad punitiva del Estado lo que provoca de alguna manera que se alteren o menoscaben los derechos de todos ellos. Para concluir es preciso resaltar el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, ya que hace referencia a la obligación estatal que debe estar presente en cada ordenamiento jurídico vigente, adoptando medidas administrativas como legislativas entre otras para poder cumplir los derechos que la Ley 23.849⁶⁸ contiene en relación al niño y en pos de cumplir el interés superior como principio rector.

Conclusión parcial

Cuando se hace referencia a la niñez y adolescencia como etapas fundamentales en lo que respecta al buen crecimiento y desarrollo personal e íntegro que merece cualquier niño, se sostiene que Gil Domínguez, Fama y Herrera adhieren sus posturas favoreciendo tal concepto, contemplando los aspectos fundamentales que hacen a ello en lo que respecta a su doctrina y apartados destacados. Pero estos reconocidos autores no son los únicos a considerar dentro del tema que compete al presente Capítulo sino también resulta elemental destacar la legislación pertinente como es la Ley 26.061 y, en lo que respecta a la Provincia de Córdoba, la Ley 9.944 ambos instrumentos legislativos como se ha visto hacen referencia a la Protección Integral de todos los Niños, Niñas y Adolescentes.

Se destaca hasta que edad se encuentra resguardado el menor en todos los aspectos tratados, y es por esto que importa considerar el Artículo 1 de la Ley 23.849 (CIDN)⁶⁹ como un tercer instrumento destinado a cumplir con el primer y principal objetivo de este trabajo final de grado que es, priorizar el interés superior como principio rector entre otras variables.

Estos cuerpos marcan y trazan un camino que va construyendo al menor como verdadero sujeto titular de derechos y que paso a paso deben ser tenidos en cuenta por parte de aquellas autoridades o funcionarios judiciales que tengan en su poder una decisión o resolución judicial que los involucre. Sin ir más lejos y para volver a tocar el tema que compete a la presente investigación desde un primer momento, es que corresponde ponerse a pensar la situación de todos los menores de edad hijos de madres privadas de libertad que serán considerados como parte del proceso judicial, y que sean menores o mayores a los cinco años de edad, se encuentran contemplados dentro de la categoría de Menores con los derechos que entonces le corresponden. Éstos lejos de ser vulnerados deberán ser sumamente

⁶⁸ Artículo 5 de la Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del niño

⁶⁹ Ley 23.849, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

valorados por todos los superiores como por sus progenitores si se tiene en cuenta la familia como grupo social fundamental e institución primordial. Soslayando el Derecho a la Libertad particularmente del cual toda persona debe gozar.

Capítulo III: El Interés Superior del Niño

Introducción parcial

A lo largo de este último capítulo se comenzará por establecer la importancia de la Convención de los derechos del niño, mediante el aporte que ha realizado a la legislación actual sobre el tema. Seguidamente se analizará la doctrina pertinente sobre la protección integral que detentan los infantes de la mano de un principio que atraviesa todos los ámbitos convirtiéndose en el eje que luego todo juzgador deberá tener en cuenta a la hora de sentenciar en un determinado caso, en pos de salvaguardar la integridad de los menores.

Todo ello puede verse plasmado en los fallos traídos a colación y que se relacionan íntimamente con la temática que se trata, ya que evidencian la importancia de velar por aquellos pequeños en circunstancias que ajenas a su voluntad, envuelven su desarrollo de vida.

3.1 La Convención de los Derechos del Niño

La Convención de los Derechos del niño es razón y base de la Ley 26.061⁷⁰ como fue mencionado y explicado en el capítulo anterior. Esto quiere decir que cualquier decisión que se adopte respecto al menor debe estar acorde al marco legal establecido por la CDN (Gil Domínguez, Fama y Herrera, 2007).

Al hacer referencia a las niñas, niños y adolescentes como un todo, hay que mencionar que como grupo y conjunto social digno de derechos y principios constitucionales respectivos, fue una temática postergada en lo que respecta al reconocimiento y valoración que realmente merecen como verdaderos sujetos y ciudadanos de derechos, hasta que pudieran lograr afirmarse luego de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A partir de entonces se crea un nuevo modelo de protección integral de derechos estableciendo ciertas premisas que luego serían la base sobre las que se formarían el resto de las políticas públicas en relación al menor. (García Méndez, 2008).

Por otro lado, teniendo en cuenta el Interés superior⁷¹ del menor como principio rector, este mismo ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante

⁷⁰Ley 26.061, de protección integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁷¹ Artículo 3 de la Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del niño.

instrumentos internacionales como, por ejemplo, La Convención de los Derechos del Niño, Ley 23.849⁷². El Artículo 3 de la anterior⁷³, resalta la importancia de poner el foco de atención principalmente en el Interés Superior, por parte de todas aquellas instituciones de cualquier ámbito ya sea público o privado, así también tribunales competentes y autoridades que trabajen en pos del bienestar del niño. Así es que con dicha ley se deja de pensar al menor como un ser humano indefenso desde un punto de vista hasta de compasión, pasando a considerarlo como un verdadero sujeto titular del conjunto de derechos que le corresponden por su condición de titular activo de todos ellos. Luego, en lo que respecta al deber del Estado para con el menor es importante destacar el Artículo 9⁷⁴ como así también el Artículo 21⁷⁵ de la Convención de los Derechos del Niño.

Se considera que el resto de los derechos individuales que le corresponden al menor derivan del principio superior y rector nombrado al comienzo del párrafo. Entonces, el Juez llegado el caso lo que debe es valorar como primer medida si se vulnera o no el interés superior en el caso que se le plantee y a raíz de ello surgen varios comentarios de distintos juzgados al respecto que en este momento no vienen al caso pero cabe mencionarlo ya que cada uno decide y toma una resolución teniendo en cuenta distintos aspectos, desde la ideología propiamente dicha como parámetro fundamental, hasta la importancia de priorizar la familia y poner dicha institución ante todo. Pero, de todas formas, es digno de mencionar que la realidad del niño importa tratarla desde cuestiones psicológicas, educativas, jurídicas, sociales, y medio ambientales. Lora, Laura N. (2006). Discurso jurídico sobre el “Interés Superior del Niño”⁷⁶.

La convención de los Derechos del Niño fue resultado de un largo camino transitado entre disputas y debates en relación a la importancia de considerar los Derechos del Niño y

⁷² Ley 23.849, Convención de los Derechos del Niño.

⁷³ Artículo 3, Ley 23.849: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

⁷⁴ Artículo 9 de la Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del niño.

⁷⁵ Artículo 21 de la Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del niño.

⁷⁶ recuperado el 23/04/2019 : <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>

sobretudo el Interés superior⁷⁷ del mismo como principio fundamental en relación al resto. Ese recorrido finaliza en el año 1989 cuando diversos instrumentos se ponen como meta la protección efectiva de los derechos del menor con la sanción de la Ley 23.849⁷⁸, otorgándole de esta manera el deber al Estado de velar por la aplicación de garantías constitucionales y poniendo sobre todo el resto de las variables el Principio del Interés Superior del Niño.

El principio de igualdad reconocido a todas las personas por igual, inclusive los niños, va ligado al nuevo derecho entonces que se reconoce a la etapa de la infancia como también de la adolescencia que de cierta manera exige la efectiva protección de los Derechos de la Convención, y no de forma autónoma e independiente sino de manera generalizada en torno a la edad contemplada por el Artículo 1⁷⁹ de la mencionada.

Es decir que si se adopta un punto de vista más amplio de todos los derechos en general no se puede dejar de lado ni separar el derecho de protección ejercitado para con el menor en relación al resto. Esto hace referencia a una satisfacción total, e integra, de ellos, obligando a padres, tribunales, instituciones privadas y públicas y Estado a garantizar su cumplimiento y velar por su real aplicación y no vulneración, dirigiendo la formulación de políticas públicas para la temprana edad apoyando una democracia participativa de los niños en torno a ello e insistiendo por la armonía en el desarrollo y crecimiento. Bruñol M. C. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁸⁰.

García Méndez (2008) como otro referente principal en relación al tema, expone que es fundamental considerar por otro lado la obligación y el deber que les compete a los progenitores del menor de criar en un buen contexto y ámbito al mismo, fomentando su crecimiento en pos del interés superior⁸¹. Pero no solamente se encuentran los padres con el deber de prestar asistencia sino también se considera que el Estado es responsable de desempeñar las funciones correspondientes para hacer cumplir los derechos de todo niño. En relación a aquello, el artículo 7 de la Ley 26.061⁸² aúna sus esfuerzos para destacar cierta

⁷⁷ Artículo 3 de la Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del niño.

⁷⁸ Ley 23.849, Convención de los Derechos del Niño.

⁷⁹ Artículo 1 Ley 23.849. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad

⁸⁰ Recuperado el 23/04/2019 de: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

⁸¹ Artículo 3 de la Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del niño.

⁸² Artículo 7 de la Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el

responsabilidad a la familia del niño como institución encargada de velar porque efectivamente se garantice el disfrute de sus derechos, no dejando de lado lo esencial que significa tal aspecto.

De esta manera se respeta el derecho a la identidad⁸³ entonces que tiene el menor, con el fin de resguardar las relaciones familiares como punto principal. También la posibilidad que tiene el mismo de conocer a sus padres biológicos y desarrollar su vida (o sus primeros años al menos) junto a sus progenitores, estableciendo una mínima, pero válida restricción a la intervención de terceros que atenten contra tal fin. Esto quiere decir que debe establecerse un freno a cualquier institución que no comparta el objetivo principal que es velar por el interés superior del menor⁸⁴. (García Méndez, 2008)

García Méndez (2008) refiere a un rol activo que el Estado debe asumir, de forma de cumplir con lo que la Ley 26.061⁸⁵ tiene como objetivo junto a la Convención de los Derechos del Niño⁸⁶ y esto es: La protección integral y plena de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Esto se logra garantizando de cierta manera una buena calidad de vida donde las garantías del niño sean verdaderamente cumplidas y de este modo se cataloga al derecho como una posibilidad de transformar la realidad contemplada en la etapa de la niñez y adolescencia en general incluyendo a todos los sujetos por igual.

efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

⁸³Artículo 11 Ley 26.061: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

⁸⁴Artículo 3 de la Ley 23.849, Convención de los Derechos del Niño.

⁸⁵Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

⁸⁶Ley 23.849, Convención de los Derechos del Niño

Respecto al siguiente apartado, es importante hacer una mera introducción crítica y personal sobre la facultad que tiene a su alcance el Juez de ejecución de conceder o no, dependiendo las circunstancias de cada caso puntual, la prisión domiciliaria como posibilidad alternativa de la pena impuesta a madres con niños menores de cinco años de edad y tal como se ha mencionado en los dos capítulos anteriores, involucrando además todo hijo/a que no haya alcanzado efectivamente la mayoría de edad, esto sería a partir de los 18 años. Pero para no ir más lejos, es importante resaltar que ante toda esta situación lo que es fundamental corroborar por parte de las autoridades encargadas de tomar una decisión, es el vínculo materno-filial y en realidad cómo se está dando en determinado caso puntual. Es decir que en miras de priorizar el Interés superior de todo menor, se tienen en cuenta factores sumamente relevantes como la parte afectiva de la progenitora para con su hijo, buscando un clima de amor armonía y comprensión básico en todo desarrollo y crecimiento personal respecto a cualquier ser humano para que vaya formándose plenamente como verdadero sujeto de derecho desde la temprana edad, y hasta que adquiera independencia y crecimiento apto para desempeñar sus actos en la vida cotidiana como en su interior. Este es un aspecto no menor para que los Jueces tengan en cuenta al momento de investigar e indagar en una situación puntual si otorgar una medida alternativa de ejecución de la pena como el arresto domiciliario, fijando hasta qué punto entonces de esa manera se estaría protegiendo verdaderamente al menor de edad. Esto es importante ya que los primeros mencionados, no tienen la obligación ni el imperativo de cumplir con tal beneficio para la imputada sino que están facultados para conceder o no tal oportunidad procesal. Específicamente se hace mención entonces al Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁷ ya que el mismo abarca una posible separación del menor y su madre en este caso, si la cohabitación de ambos resulta negativo y tóxico para el crecimiento del menor, como también contraría el principio rector: El interés superior del menor.

Para finalizar, si efectivamente la autoridad por su criterio judicial personal otorgare factiblemente prisión domiciliaria a una mamá y a su hijo/a, se estima sería conveniente establecer ciertos límites a la anterior y mantener un seguimiento, para que entonces esta manera alternativa de ejecución de la pena cumpla con su finalidad principal que sería atenuar o suavizar el clima hostil que trae aparejado el hecho de pasar el día a día tras las rejas, dentro de un establecimiento penitenciario, puntualmente y priorizando aquel sujeto

⁸⁷ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

menor de edad que al final de todo se encuentra involucrado en el proceso y sobrepasado de alguna manera por tener nada menos que a su mamá procesada. Pero respecto a esto último no es menor decir que aquella mujer ha delinquido y tiene una pena que cumplir, situación que no merece para nada ser omitida ni desconsiderada.

3.2 Doctrina sobre la protección integral del niño

La Convención sobre los derechos⁸⁸ del niño determina un gran reconocimiento a los niños y adolescentes, esto es, los valora como sujetos de derechos y en consecuencia, sus derechos son irrenunciables. De esta manera, se dejan atrás actitudes de compasión hacia todos ellos, adquiriendo de esta manera derecho a expresar su opinión respecto a sus necesidades y sentimientos.

Precisando la opinión de la autora Cavagnaro (2010) quien dice que: “...este cambio recoge los postulados de la denominada "Doctrina de la Protección Integral" que conceptualiza al niño como sujeto de derechos, a diferencia de la anterior "Doctrina de la Situación Irregular" que lo reduce a objeto de protección.” (p. 2).

Si bien esta posición fue duramente cuestionada por juristas y movimientos sociales, que finalmente es superada totalmente en el año 1989, a partir de la aprobación de la Convención, ya que en su artículo 3, contiene una de las contribuciones más importantes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al afirmar que el niño es a la vez, objeto del derecho a protección especial que su condición de menor requiere, y sujeto de todos los demás derechos que la normativa internacional consagra como derechos de toda persona. Entonces se coloca a niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y promueve, junto con otros instrumentos de las Naciones Unidas la doctrina de la protección integral (UNICEF, 2014). La misma:

...involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta

⁸⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia (García Méndez, 1994, p. 11).

Este cambio de paradigma recauda los principios de la doctrina de protección integral, que define a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, ello en contraposición con la precedente doctrina de la situación irregular. Siendo este un módulo tutelar adoptado por la Ley de Patronato del año 1919, definiendo al niño como un incapaz, objeto de protección.

De Carlo (2014) afirma sobre ello que:

la Ley 26.061 (sancionada el 28/09/2005) propone un sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que -sin perjuicio de la críticas que podrían alzarse en contra de ella (6)- lo que interesa resaltar aquí es como el propósito que persigue su objeto (art. 1), y los principios, derechos y garantías que presenta (Titulo II, arts. 24, 27, 28 y 29) son consecuentes con aquel instrumento internacional, hoy parte de nuestra Constitución (p. 2).

De lo expuesto se deduce que es clara la influencia de la Convención al repercutir en el ordenamiento jurídico interno con el dictado de leyes que se adecúen a ella, tomando como base la tutela integral del infante, con lo cual se va consagrando un gran avance en la materia para acrecentar el valor que ostenta formar un bloque regulador que otorgue un relevante poder a la parte más indefensa de la sociedad y que demanda protección constante, lo cual es evidente frente a las tremendas realidades que envuelven el crecimiento y desarrollo de muchas criaturas, muchas de ellas dentro de muros en condiciones aberrantes.

Sin lugar a dudas, especialmente luego de la incorporación de la ley 26.061 a nuestro ordenamiento jurídico nacional, nos vemos en la obligación de reinterpretar aquellos institutos que se basen según Acosta (2008), en "eufemismos justificados por el argumento de la protección"(p. 5).

Ahora bien, la doctrina que aborda la situación irregular en lo que refiere a “La protección Integral del Menor”⁸⁹, establecía respuestas sin tomar en cuenta la opinión del pequeño la cual era sustituida por el criterio de los asesores de menores, además se encontraba subordinado a las disposiciones de la ley conforme la interpretación del caso por

⁸⁹ Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2131.pdf> el 05/06/2019.

parte del sentenciador. En ese sentido, se realizaron los cambios para que sea valorado como sujeto de derecho y su opinión sea escuchada en el marco de los convenios internacionales que influyen las leyes domésticas.

Adicionalmente, es preciso destacar que la intervención del juez de acuerdo al régimen de situación irregular, anteriormente imperante, se le permitía intervenir y disponer del niño, cuando se vislumbraba un peligro físico o moral. En ese sentido, el sistema judicial era el mecanismo pertinente para abordar los conflictos de orden civil o penal, por medio del Juez. De este modo se ejercía un control sobre el niño bajo la figura de Patronato, por medio del cual se abordó las situaciones económicas, y de índole social en el que se encontraba involucrado el niño. Y en ese sentido, era potestad del señor juez determinar el destino del niño, sin tomar en cuenta su opinión, porque como se ha dicho, era considerado como un objeto.

Por otra parte se colige que la doctrina de la situación irregular expuso las situaciones de desigualdad de que era objeto el niño, ya que no tenía derecho a ser escuchado, y a pesar de que la medida privativa de libertad es la más rigurosa, se podía declarar a potestad del juez. En tanto, que el niño ya sea víctima o autor de un hecho en el área civil o penal, se regía por los principios expuestos. Galletti, Muro (2014) señalaron que:

...la actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial se observan esfuerzos significativos por adecuar disposiciones propias del derecho privado a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Desde las primeras disposiciones, en su título preliminar, se consignó que una de las fuentes de interpretación de la ley son las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos... (p. 15)

Por ende, con la actualización hacia el modelo de protección integral de derechos, se abre una nueva legislación en relación al estado legal de los niños y adolescentes, al aceptarlos como sujetos de derecho. Igualmente, por las circunstancias de su desarrollo se les reconocen una gran cantidad de derechos, que aumentan en la medida de su evolución, excluyendo aquellas prácticas por su condición de fragilidad. Ello conlleva a que el estado se replantee las políticas públicas, encaminadas a hacer y a leer los derechos y garantías de los

niños, la CDN y la Ley N° 26.061 quienes expulsan la noción del menor de edad como incapaz.

El CCCN establece una nueva concepción en la forma en que se deben regular las relaciones con el régimen especial de niños, niñas, y adolescentes, en tal sentido, se reconoce la progresividad de sus derechos, así como la titularidad de sus derechos. Por ende, la norma dispone los presupuestos a los que se somete el Estado en aras de asumir sus compromisos y obligaciones internacionales, asimismo, la ejecución de prácticas que permitan valorar la voluntad del niño. Se refiere a que el Estado no actúa como un estado represor o que se impone, por el contrario, se respeta la voluntad del niño y la función estatal es a los fines de aplicar las políticas públicas. Así se establece la doctrina a los fines de interpretar y profundizar en el articulado y las prácticas que debe asumir el Estado, como garante de principios. Es así que la evolución legislativa:

...viene habilitando a las personas menores de edad para el ejercicio por sí de sus derechos a pasos más veloces que la cultura jurídica. Tal reconocimiento requiere de prácticas concretas de los efectores, a cuyo fin la colaboración interdisciplinaria para elaborar un protocolo de valoración de la particular capacidad del niño concreto, es medular garantizar tanto los derechos de mínima de los niños, como la seguridad de los procesos que lo involucran. (Wallace, 2012, p.7).

Por consiguiente, la autora mencionada en el párrafo anterior pretende analizar los métodos de aplicabilidad de las disposiciones contenidas en las normas domésticas e internacionales del niño, procurándose que se apliquen efectivamente y se garantice el ejercicio de las disposiciones. En ese sentido, se pretende que el contenido de la norma no quede en letra, sino lo que se busca es que continúe más allá y que garantice su ejercicio. Lo que implica que el reconocimiento del niño como titular de sujeto de derecho, no está subordinado a la situación política, económica o social del mismo, sino que trasciende más allá de esa apariencia puesto que el respeto de sus derechos debe ser garantizado por el estado en beneficio del menor, al entorno social y familiar en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas.

Mediante un análisis crítico y minucioso se podría decir que honrar los derechos humanos con la importancia que merecen es fundamental para lograr convivir socialmente y sobretodo hacerlo de manera pacífica. Esto se debe a que el reconocimiento individual de

cada uno de ellos implica no traspasar los límites de respeto en el colectivo social. El interés superior del niño, el derecho a ser escuchado, el derecho de representación y asistencia es parte del reconocimiento del menor como sujeto titular de derechos. En correspondencia al análisis efectuado en relación al niño también la doctrina tiene gran peso al interpretar el derecho del mismo desde la norma constitucional, así como también el modo de profundizar en las disposiciones doctrinarias y análisis de juristas especializados en lo que respecta a la aplicabilidad de las potestades y privilegios de la población o sectores más vulnerables, puntualmente si se refiere al tema de fondo que trata el presente trabajo, este es el menor como verdadero sujeto jurídico, quien cuenta con derechos humanos pero además con normas impositivas referidas a ellos que deberán ser acatadas por las autoridades responsables de contemplar tal situación, debiendo decidir más de una vez entre muchas alternativas posibles que involucran también principios constitucionales fundamentales. Específicamente analizando el caso puntual de madres penadas con pena privativa de libertad, realidad que además envuelve en el cumplimiento de la consecuencia jurídica o sanción a su hijo/a, hay que señalar que el instrumento constitucional que rige el derecho del niño, así como los de carácter internacional, se enfoca en obtener el interés superior del menor de edad, obligando al Estado a adoptar todas las medidas y requerimientos necesarios para cumplir con este principio rector en materia de derechos humanos y otras variables a consideración.

Al respecto sostiene Cavagnaro (2010):

...que los conflictos donde los niños, niñas y adolescentes que están involucrados serían de mucho más factible solución si quienes tienen la potestad de resolver, tomaran la actitud de no sólo resolver "por ellos, sino con ellos".... porque escucharlos no es una mera facultad discrecional, sino un imperativo constitucional (p.3).

En mérito de las consideraciones expuestas, el interés superior del niño es la brújula que marca el rumbo para un desarrollo integral del infante, el cual va de la mano de sus derechos, permitiendo resolver los asuntos en que estos se hallen involucrados, respetándose sus intereses, así como su valoración adecuada.

3.3 La importancia del interés superior del niño

Se estima que resulta ser de vital importancia el interés superior del niño a la hora de obtener una interpretación y una aplicación racional de este principio, puesto que así se ha determinado cuando se señala que el comité de Derechos del niño ha establecido que el

interés superior es uno de los parámetros generales de la Convención, llegando a considerarlo como ‘rector-guía’ de ella” (Freedman, 2005, párr. 2). A esto, se le suma Cillero Bruñol (1998), enunciando que:

En cualquier tipo de estudio sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el ‘interés superior del niño’ deberá regirse por la interpretación que se desprende de las disposiciones de la Convención” (p. 32).

Como ya es sabido, la idea de interés superior de los menores está consagrada en términos bastante precisos en el artículo 3 de la CIDN: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”. De este modo, situada ya la cláusula como principio que goza de una amplia aceptación en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, la misma es tomada por abundante jurisprudencia internacional,⁹⁰ y a su vez cotejada como puede visualizarse en la opinión consultiva OC17 sobre la condición jurídica del niño, ya que la propia Corte Interamericana la convirtió en el principal eje (Garrido Álvarez, 2013). Todo ello evidencia la importancia que adquiere este principio en diferentes ámbitos del sistema jurídico para luego otorgarle el verdadero valor que merece.

3.3.1 El interés superior del niño como principio jurídico garantista

Se estima en este punto que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, que ostenta como base el desarrollo teórico de Ferrajoli (2001), quien lo entiende que es una obligación de la autoridad pública predestinada a fortalecer la efectividad de los derechos subjetivos individuales por parte de éstos. Por lo tanto, en palabras de Cillero Bruñol (1998), supone que los principios jurídicos garantistas:

...se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párrafo 89. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf

llamamos principio del interés superior del niño debe meramente ‘inspirar’ las decisiones de las autoridades (p. 77).

Por lo tanto, el principio del interés superior del niño comprende un deber del Estado ante los niños en aras de hacer satisfacer todos sus derechos subjetivos. Agregándose que “reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño” (Cillero Bruñol, 1998, p. 78). Bajo esta perspectiva, la finalidad que detenta tal cometido optimizar el principio y su contenido sobre la plataforma de derechos enumerados en la Convención, con lo cual se considera que se garantiza la objetivación ineludible para amparar de cierta manera la protección integral del infante.

No obstante, se asevera que es un deber estatal satisfacer los derechos, ya emerge del propio articulado de la Convención, cuyo art. 4 expresa que los estados partes, tomarán adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención, es decir que dispone un mandato de hacer real lo que allí se estipuló.⁹¹ Conforme a ello, surge de la interpretación de la letra literal del precepto, que si bien se establece un mandato obligatorio que se debe cumplir, ello no conlleva a que se realicen adiciones a la regulación que no estén previstas específicamente en las normas jurídicas contenidas en el instrumento internacional mencionado. De ahí, que es necesario reinterpretar el principio y darle un contenido específico, que lo diferencie de las obligaciones generadas en las otras reglas jurídicas que hayan sido previstas en la misma Convención.

3.4 Jurisprudencia

La jurisprudencia ha sido siempre una herramienta fundamental y necesaria para quien desee aventurarse en el estudio del derecho. Se considera de esta manera como el conjunto de fallos judiciales emanados de autoridades competentes, que brindan una solución a una determinada problemática. Estos sirven como precedente y fundamento para futuros pronunciamientos.

⁹¹ El artículo 4 de la Convención sobre los derechos del niño: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

No siendo necesaria una reiteración de sentencias coincidentes para formar jurisprudencia, basta a veces una sola que tenga la autoridad de constituir un precedente; llamado por el derecho anglosajón “Leading case”. El mismo concede a la jurisprudencia un lugar trascendente como fuente de su derecho no escrito, llamado Common Law, en el cual la fuente principal de los derechos y obligaciones no son las leyes escritas, sino las decisiones de los tribunales.

Igualmente se discute el carácter de la jurisprudencia como fuente del Derecho, pero la mayoría de la doctrina moderna la admiten y sostienen que la labor interpretativa de los jueces es un trabajo de creación de Derecho, por la convicción de que si se ha reiterado en el tiempo, la decisión ha sido justa. Así se destacan tres aspectos fundamentales de la labor judicial, el primero que el juez precisa y completa la ley; el segundo éste elimina las antinomias, cuando existen en la misma ley; y el tercero que adecúa el Derecho a la evolución de las circunstancias sociales.

Resulta fundamental, entonces, analizar los fallos de renombre que ha dado la aplicación de esta normativa tan cuestionada y de otros que no se relacionan en modo directo con la ley, pero si con los principios en ella expresados.

3.4.1 Fallo *Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156*

Resulta interesante mencionar un fallo que trata sobre el tema en cuestión: “*Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156*”⁹², ya que dentro de la causa mencionada, el Tribunal Oral n° 24 evalúa la posibilidad de otorgar prisión domiciliaria como medida alternativa de cumplimiento de la pena⁹³, a la imputada quien resulta ser madre de un menor de edad. La sentencia finalmente denegó la petición para que la recurrente efectuara la pena de prisión bajo la modalidad el arresto planteo que llevó a la defensa del hijo de Ana María a replantearse entonces si su defendido se vería afectado o no por el encierro de la madre dando lugar al recurso de Queja. La Corte hace lugar al recurso y llega a catalogar como arbitraria la resolución tomada a priori.

Por lo tanto cabe mencionar el lugar que ocupa el Artículo 32 inciso f de la Ley 24.660 al considerar y contemplar normativamente la situación de ambos sujetos y relacionado a tal instrumento, la importancia del Interés superior del niño como principio rector avalado por la Convención de los Derechos del Niño tras la reforma constitucional del

⁹² C.S.J.N, “*Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156*”, Fallos: 336:720 (2013).

⁹³ Artículo 1 inciso F de la Ley 26.472, de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

año 1994. El juez Petracchi, en disidencia, consideró que los recursos extraordinarios que originaron las quejas eran inadmisibles.⁹⁴ Por lo tanto realizando un análisis minucioso de tal decisión, la misma omite el Derecho del Niño a ser oído como también a crecer en un ambiente sano y digno, y no bajo las condiciones propias del contexto carcelario. El menor no debería tener que cargar con el peso de sufrir el abandono materno (ni tampoco paterno cabe aclarar).⁹⁵

3.4.2 Saavedra Balcázar, Susana s/ recurso de casación⁹⁶

La Sra. Susana Saavedra Balcázar, en el momento que es detenida, tenía seis hijos a su cargo, dos de ellos menores a cinco años que vivían con la madrina de la Sra. Saavedra Balcázar, ya que el padre también se encontraba detenido. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy niega el pedido de prisión domiciliaria tras invocar peligro de fuga y, contra dicha decisión se interpuso recurso de casación.

La Cámara finalmente hizo lugar al recurso, revocó la resolución recurrida y otorgó la prisión domiciliaria, pero para resolver el pedido de detención domiciliaria habrá de seguir con aplicación de los preceptos contenidos en el artículo 10 del Código Penal, y en los artículos 32, inciso f, 33 y 34 de la ley N° 24.660 (modif. ley N° 26.472), normativa ésta que deberá ser ponderada junto con los preceptos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Carta Magna por el artículo 75 inciso 22. Más precisamente con el principio rector del “interés superior del niño” contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (del voto del juez Gemignani).

Por otro lado, el derecho que les asiste a los menores de crecer dentro del seno de una familia habrá de ser evaluado en cada caso en particular analizando sus características. Por ello se comprende el estado de angustia emocional al que sin lugar a dudas se encuentran sometidos los niños especialmente, los de temprana edad cuando ocurren situaciones como se dan en este caso que, como consecuencia de una medida restrictiva de la libertad impuesta contra los padres, se ven afectados de alguna manera los niños (voto del juez Gemignani).

⁹⁴ Recuperado de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=FernandezAna> 06/07/2019.

⁹⁵ Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-222601-2013-06-19.html> el 07/05/2019.

⁹⁶ Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 299/2013, “Saavedra Balcázar, Susana s/ recurso de casación”, rta. 30/08/2013.

El arresto domiciliario permitiría que el hijo menor de edad de la imputada pueda convivir con su mamá en un ámbito más propicio para 165 Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario el desarrollo de éstos, donde ésta podría incluso interactuar con sus otros cuatro hijos mayores de edad, ambiente en el que todos los niños permanecerían juntos (voto del juez Hornos).

La sanción de la ley N° 26.472, contempla en su artículo 32, inciso f), la atenuación de las circunstancias de detención de las madres de hijos menores de cinco años en resguardo de la salud psíquica de éstos privilegiando el interés de la necesidad del desarrollo de los hijos menores en un grupo familiar (voto del juez Hornos).

3.4.3 Marasco, Clarisa Noemí s/ recurso de casación⁹⁷

En esta causa el juez de ejecución otorgó el arresto domiciliario a la Sra. Clarisa Noemí Marasco, la cual quien era madre de un niño de tres años. Sin embargo, se dispuso su ingreso a la Unidad IV de Mujeres luego de que su hijo cumpliera los cinco años que prevé la ley, para cumplir los tres meses que quedarían restantes y pendientes de ejecución de la pena privativa de su libertad, ello bajo el régimen de semidetención.

Contra dicha directiva la defensa optó por interponer recurso de casación, el cual fue concedido y la Cámara anuló el punto resolutivo de la sentencia que dispuso su reingreso a la unidad carcelaria, y de este modo mantuvo la prisión domiciliaria de la madre.

3.4.4 Córdoba, Johana Gisela s/ recurso de casación: Principio de intrascendencia de la pena⁹⁸

En este caso, la Sra. Gisela Córdoba se hallaba detenida junto con su hija de cuatro meses de edad, la cual padecía problemas de salud agravados por las condiciones del ámbito carcelario, y como si fuese poco, tenía dos hijos más, uno de nueve y el otro de doce años de edad que habían quedado a cargo de la abuela materna. Además las criaturas pasaban varias horas en el domicilio sin ningún adulto responsable que cuidara de ellos, debían trasladarse solos hasta la escuela y habían disminuido el rendimiento escolar desde el encarcelamiento de su madre.

⁹⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.452, “Marasco, Clarisa Noemí s/ recurso de casación”, voto de la jueza Ledesma, al que adhieren los jueces David y Slokar, rta. 17/07/2013.

⁹⁸ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.176, “Córdoba, Johana Gisela s/ recurso de casación”, del voto de la jueza Ledesma al que adhieren los jueces Slokar y Figueroa, rta. 14/11/2012.

El Tribunal Oral de Menores N° 1 denegó la solicitud de arresto domiciliario presentado por la defensa, lo que generó la presentación de un recurso de casación por parte de éstos. En resumen, el meollo se resolvió a favor de la madre de los menores, por lo que la Cámara resolvió hacer lugar al recurso, anular la resolución recurrida y conceder el arresto domiciliario a Gisela Córdoba.

En este sentido, en el caso se plasma que el arresto domiciliario constituye una de las alternativas más aceptables para los casos en que el encierro carcelario implica un desmedro que va más allá de las restricciones propias de la ejecución de la pena. La exploración de soluciones, para evitar las consecuencias que implica el encierro carcelario, constituye una de las reglas que se debe cuidar. Por lo cual, velar por estas posibilidades de que se impongan medidas que disminuyan la gravedad del asunto se ajustado a los enunciados constitucionales que regulan la materia.

Si siempre se tiene en miras el interés superior del niño, entonces el arresto domiciliario otorga una mejora significativa en la calidad de vida no sólo de los menores, sino de todos los integrantes que conforman el grupo familiar.

3.4.5 M., Nadia Ayelén s/recurso de casación⁹⁹

En la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, se declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa de la Sra. Nadia Ayelén Ester M., contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal N° 11 que no hizo lugar a la solicitud de detención domiciliaria formulada a su favor. Para decidir de esa forma, el juez que presidió el acuerdo y a cuyo voto adhirieron otros dos más, consideró el recurrente intentó introducir por la vía recursiva alegaciones que no habían sido formuladas al plantear la solicitud. El Dictamen fiscal sostuvo que esa apreciación era errónea, en cuanto surgía del legajo judicial un informe obtenido por una trabajadora social que daba cuenta del golpe que provocó el encarcelamiento en la organización familiar y en el bienestar del niño.

La decisión del tribunal oral no explica por qué la detención domiciliaria procedería únicamente en casos en que hubiera existido un vínculo efectivo entre el menor y la madre –ni en qué circunstancias podría tenerse por configurado esa clase de vínculo– pese a que se debe determinar en cada caso concreto cuál es la solución más beneficiosa

⁹⁹ CSJN, M., Nadia Ayelén s/recurso de casación”, S.C.M. 898, L.XLIX, 21/03/2014.

para el niño, cuyos intereses deben prevalecer por sobre todos los otros en juego.¹⁰⁰

3.4.6 Castaño, Juana Carolina s/ recurso de casación¹⁰¹

En el presente caso, Juana Carolina Castaño madre de cinco hijos, uno de doce, otro de diez, otro de seis, otro de cuatro y otro de dos años de edad. Teniendo en cuenta ello, más lo expresado por los informes obrantes en la causa, surgía que los menores se encontraban afectados por la ausencia de Carolina. No obstante estas aclaraciones, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, de la provincia de Buenos Aires, deciden confirmar la decisión del juez de grado, el cual le denegó la solicitud de prisión domiciliaria. Después, en contra de esta decisión el Defensor de Menores interpuso recurso de casación y la Cámara hizo lugar al recurso y concedió el arresto domiciliario pedido por la defensa de la madre de los cinco niños.

3.4.7 Senturión, Olga Alba s/ excarcelación¹⁰²: Preservación del vínculo filial

La Sra. Olga Senturión era madre de dos niñas de trece y catorce años de edad, quienes vivían solas en la vivienda que residía su madre antes de la detención. Así las cosas el Juzgado otorgó el arresto domiciliario solicitado por la defensa en subsidio de la excarcelación. Además, los informes dan cuenta de que las dos hijas de la procesada se hallan viviendo solas en el domicilio donde residía su madre antes del momento de la detención, por lo tanto procede la concesión de la prisión domiciliaria en resguardo de la integridad física de las niñas menores de edad, teniendo en consideración especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en donde se hace referencia a los derechos de conservación de las relaciones familiares, que podrían verse vulneradas con la forma de cumplimiento de la restricción de la libertad impuesta.

¹⁰⁰ Dictamen del Procurador ante la CSJN, M., Nadia Ayelén s/recurso de casación”, S.C.M. 898, L.XLIX, 21/03/2014.

¹⁰¹ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 11.366, “Castaño, Juana Carolina s/ recurso de casación”, voto del juez Hornos al que adhiere el juez Diez Ojeda, rta. 9/11/2009.

¹⁰² Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Concepción del Uruguay N° 2, Causa N° 9.822, “Senturión, Olga Alba s/ excarcelación”, rta. 4/04/2012.

3.4.8 Costa Ponce Rodríguez s/ incidente de prisión domiciliaria¹⁰³

3.4.8.1 Arresto domiciliario – Procedencia – Madre de niña mayor a cinco años – Derechos de los pueblos indígenas – Interés superior del niño Límite legal de cinco años – Inconstitucionalidad de los artículos 10. f, CP y 33, ley N° 24.660 – Mantenimiento del vínculo materno-filial – Principio de intrascendencia de la pena.

Al momento de solicitar que se le conceda prisión domiciliaria, Costa Ponce Rodríguez era madre de una niña de once años de edad, que pertenecía a una comunidad indígena quechua y el padre de la menor vivía en Bolivia. Ninguno de los progenitores tenía en la República Argentina familiares que pudieran ayudar con los cuidados necesarios que requiere un menor, ni siquiera tenía alguien que la acompañara a visitar a su madre.

El Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Lomas de Zamora, le negó el pedido de cumplir con la pena bajo la figura del arresto domiciliario. Contra dicha resolución la defensa interpuso recurso de apelación, pero la Cámara anuló la decisión del juzgado y consecuentemente ordenó la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces. Cumplimentada tal medida, el magistrado rechazó la prisión domiciliaria, lo que dio lugar a un nuevo recurso.

Finalmente la Cámara declaró la inconstitucionalidad de los artículos 10 inciso f, CP y 33 de la ley N° 24.660, dejando sin efecto la sentencia recurrida, y de esta manera concedió la prisión domiciliaria.

Por otra parte en el sumario¹⁰⁴ del fallo pueden destacarse algunos puntos de gran interés para este análisis.

Cualquier desconocimiento o restricción contenida en la legislación de derecho interno sobre la protección del interés superior del niño (artículo 3.1, CDN) carece de toda operatividad para desplazar los efectos de normas internacionales con jerarquía superior a las leyes (artículo 75 inciso 22 CN). Las normas internas que intentan desplazar otras de índole superior son, por ejemplo, el artículo 10 inciso f del Código Penal (texto según ley N° 26.472) y la ley N° 24.660, que autorizan la prisión domiciliaria de la madre sólo en casos de que se trate

¹⁰³ Cámara Federal de La Plata, Sala III, Causa N° 1406/2012/5, “Costa Ponce Rodríguez s/ incidente de prisión domiciliaria”, 22/10/2013.

¹⁰⁴ Un sumario es una descripción resumida de las doctrinas contempladas en la sentencia judicial dado que en ella pueden tratarse diversas cuestiones jurídicas. Recuperado de www.saij.gob.ar

de un hijo menor de cinco (5) años, límite legal que aplicó la resolución del a quo, en una interpretación en extremo restrictiva y con fundamentos sólo aparentes, para rechazar la modalidad de arresto domiciliario (voto del juez Nogueira).¹⁰⁵

En conformidad con lo transcrito se puede decir que más allá de cualquier norma legal que impidiera lograr una protección integral del menor, máxime teniendo en cuenta por sobre todas las cosas el interés superior de éste, la misma carece de contenido y aplicabilidad.

La calidad de “niña” de la persona nombrada lleva a que el Estado Parte, con carácter obligatorio, tome las medidas legislativas y administrativas de protección y cuidado necesario para el bienestar del menor, cualquiera sea la situación que menoscabe el interés superior del niño, entre las cuales se cuenta la asistencia y cuidado de su madre (voto del juez Nogueira).¹⁰⁶

Esto se despliega así, visto que el estado tiene la obligación de garantizar los derechos a todos los habitantes de esta República y teniendo en cuenta que el interés superior del niño, es aquí tomada como la premisa mayor de la que derivan las demás premisas menores y sus respectivas conclusiones.

Por otro lado, la convivencia madre e hija en el medio natural y fundamental, es decir, la familia, cual modo adecuado de mantener la unidad de dicha institución social, forma primordialmente un derecho del niño a vivir en ella para “satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.”¹⁰⁷ Entonces, la separación de la niña del seno familiar es lo que trasunta carácter excepcional y no los requisitos de disposiciones internas de inferior gradación que, interpretadas restrictivamente, son un obstáculo a la tutela cierta y efectiva de la condición de sujeto de derecho “niña”, “niño” y “adolescente”, cuanto un inmotivado desconocimiento del interés superior de todos ellos.

Asimismo, debido a la “preexistencia étnica y cultural” la menor, en este caso, es una de las víctimas más vulnerables que necesita acercamiento familiar directo de su madre encarcelada. El resguardo está previsto y es obligatorio en el sistema interamericano y,

¹⁰⁵ Recuperado de <file:///C:/Users/CompaqPresario21/Downloads/doctrina43025.pdf> el 07/05/2019.

¹⁰⁶ Ídem, cit. 78.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva oc-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf> el 10/05/2019.

además, reiterada en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (Asamblea General, 13/09/2007).¹⁰⁸

El tribunal debe dar cumplimiento a la primacía de normas y principios de raíz constitucional y convencional, declarándolas inconstitucionales en cada caso concreto con relación al límite de cinco (5) años del menor para que le sea otorgada la prisión domiciliaria a la madre sin valoración de las circunstancias en cada situación (voto del juez Nogueira).¹⁰⁹

Si bien legislativamente se estableció un límite de cinco años de edad de los hijos a los fines de la concesión del arresto domiciliario de la madre, ese límite no es infranqueable, no sólo en virtud de los pactos internacionales sino puesto que en el caso concreto no puede prescindirse del test de razonabilidad de aquella mediante el prisma de los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación de las normas pro homine y pro libertate, proporcionalidad de la medida coercitiva y prohibición de trascendencia de ésta a terceros (voto del juez Pacilio).¹¹⁰

En base a lo expresado, se infiere que la aplicación de una norma que pone un corte netamente etario sin ser contrastada con un hilo de congruencia de su ejercicio y con el mínimo presupuesto fáctico que la convoca, se supone que la misma es arbitraria, puesto que no puede aceptarse a través de una aplicación rigorista de la ley el desamparo de los niños menores de edad. En suma, el interés superior del niño debe ser integrado de forma adecuada con todos los elementos necesarios que le permitan valorar el interés del menor como cuestión central (voto del juez Pacilio).

3.4.9 Vera, Elia del Carmen S/ Legajo de ejecución¹¹¹

En el destacado fallo se analiza judicialmente la situación de una madre de once hijos, de los cuales 3 ya mayores de edad se encontraban detenidos y ocho menores de edad en

¹⁰⁸ Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf el 18/05/2019.

¹⁰⁹ Ídem, cit. 78.

¹¹⁰ Ídem, cit. 78.

¹¹¹ Tribunal Federal Oral N° 1, Córdoba. Auto Interlocutorio 58. *Vera, Elia del Carmen S/ Legajo de ejecución*. Recuperado de http://www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia_viewview.php?id=11744. 12/06/2007 el 29/05/2019. **Fdo.:** CARLOS OTERO ALVAREZ - JAIME DÍAZ GAVIER - JOSÉ VICENTE MUSCARÁ

situación de abandono. Aquella fue imputada como autora responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización¹¹². Con el fin de custodiar de cerca y asegurar el derecho de los niños a crecer y preservar su medio familiar ya que no había realmente un adulto responsable de su cuidado y crianza, y destacando a priori el anterior artículo 33 de la ley 24.660, se busca cumplir el principio rector “interés superior” de estos menores. No habiendo ningún familiar que se encuentre en óptimas condiciones, es que resulta necesario destacar sobretodo el artículo 3 de la Convención de los derechos del niño por sobre otros, logrando compatibilizar los derechos constitucionales de estos sujetos como ser todo el conjunto de principios y garantías que forman parte del mundo de la niñez propiamente dicho, con el artículo mencionado al principio, es decir, con la pena privativa de libertad de Elia Del Carmen Vera, su mamá.

El responsable a cargo de solicitar el beneficio de la prisión domiciliaria es el Defensor Público, Dr. Carlos Casas Nóbrega, priorizando el deber que deberá asumir el Estado tal cual menciona el mismo Preámbulo de la Convención, este es preservar la familia como medio natural para el cuidado y desarrollo de sus miembros, y en relación al deber estatal de ejercer la tutela de esos menores quienes además de encontrarse desamparados familiarmente padecen precarias condiciones económicas, punto a ser tratado por el Gobierno mediante el Ministerio que corresponda, resulta necesario que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la provincia de Córdoba conceda el beneficio de la prisión domiciliaria a Elia del Carmen Vera.

3.4.10 Incidente Prisión Domiciliaria s/a favor de María Victoria CASTRO en autos caratulados GRIGUOL, Casimiro y otros s/ infr ley 23737.¹¹³

Este es otro fallo que trae a consideración y debate el actual artículo 1 inciso f de la ley 26.472, modificando el anterior artículo 32 inciso “F” de la 24.660¹¹⁴. En este caso, María

¹¹² Artículo 5 inc. C Ley N° 23.737: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo: c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte.

¹¹³ Juzgado Federal N° 2 de Córdoba. Recuperado de http://www.actualidadjuridica.com.ar/olejurisprudencia_viewview.php?id=20178. Fdo.: SÁNCHEZ FREYTES. 08/08/2018.

¹¹⁴ Artículo 32 Inciso “F” Ley 24.660: 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;

Victoria Castro es madre de dos menores de edad (9 y 13) pero mayores al límite etario de los cinco años fijados por el legislador en el artículo nombrado anteriormente haciendo alusión al beneficio de la prisión domiciliaria. En relación a ello se puede notar un desequilibrio entre el interés superior del niño como principio rector incorporado en la Convención de los Derechos del Niño, instrumento legislativo que ha sido incorporado constitucionalmente en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, siendo esta misma Ley suprema y fundamental, y el interés colectivo de hacer efectiva la prisión de la madre de aquellos chicos en el establecimiento penitenciario. Pero luego de analizar judicialmente las circunstancias que acontecen en tal contexto se llega a una resolución por la cual se prioriza la protección integral de los niños que se encuentran involucrados en este caso, a favor de la satisfacción máxima y completa de los derechos que le corresponden a aquellos como sujetos titular de todos ellos sin discriminar específicamente entre mayor o menor a cinco años de edad como ya se ha dicho anteriormente. La decisión final contempla benéficamente el crecimiento de los niños dentro de un ambiente cálido y adecuado como es nada menos que el propio hogar, y priorizando de esta manera la relación materno filial para con su mamá. Por último, otro instrumento legislativo que resulta de gran relevancia para arribar a la decisión final es la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que respecta a los Artículos 27 y 29¹¹⁵ implícitos en su normativa, corresponde decir que el primero es de suma importancia ya que supone una enumeración taxativa de los derechos que corresponden ser tenidos en cuenta sobre todo en relación al menor como es la protección de la vida como principal bien jurídico digno de ser totalmente protegido por parte de cualquier autoridad de aplicación, como también la relevancia de la familia como plantel primordial en lo que respecta al desarrollo y crecimiento del menor, respecto al caso planteado se trata de dos niños de nueve y trece años. Corresponde hacer un análisis crítico en lo que respecta a las herramientas normativas traídas a consideración, para no dejar de lado el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹⁶ ya que refiere a las medidas de protección que la familia, sociedad y Estado deben defender en relación a los dos niños involucrados en esta situación.

-
- b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
 - c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
 - d) Al interno mayor de setenta (70) años;
 - e) A la mujer embarazada;

f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.472 B.O. 20/01/2009).

¹¹⁵ Artículo 27 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁶ Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Doctrinariamente también se ha considerado el instituto de prisión domiciliaria como una posibilidad que contempla a su vez el principio de Trato Humanitario al momento de la ejecución penal y en lo que respecta al ordenamiento jurídico interno, está consagrado normativamente en el marco legal de la Ley 26.472 de Ejecución Penal. A su vez, tal como su nombre mismo lo indica, es una alternativa para casos puntuales en los cuales la pena se cumpliría en el domicilio propiamente dicho, respecto al tema de fondo del presente trabajo final de grado se estaría hablando de todas aquellas madres con niños menores de edad que se encuentren próximas a pena privativa de libertad. De esta manera no cesa el cumplimiento de la pena, como finalidad principal del sistema judicial, sino que la misma asume una nueva modalidad un poco más leve a lo mejor de lo que resulta el encarcelamiento, y más aún si se trata de una realidad en la cual se estaría también hablando de un menor de edad.¹¹⁷

Por lo tanto, pensando un poco y reflexionando respecto al fallo a consideración, es conveniente decir que generalmente es apropiado el otorgamiento de la prisión domiciliaria en estas circunstancias para la progenitora como para el niño/a o adolescente que no sea mayor de edad, y que se quiera o no también es parte del proceso judicial de imputabilidad a la que se encuentra sometida la mamá, siempre y cuando se compruebe que hay un vínculo real y afectivo entre ambos sujetos.

Esta posibilidad está no solo a la alcance de la mujer imputada, sino que además le corresponde al Juez de Ejecución Penal iniciar de oficio la solicitud del beneficio si considera de antemano el Interés superior del menor como parámetro fundamental a ser evaluado en un caso puntual. Viene al caso destacar el Artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño, ya que hace referencia al deber que tienen todas aquellas autoridades ya sean administrativas o judiciales que estén encargadas de decidir sobre cualquier circunstancia que involucre a un menor de edad.

Por ende no es menor hacer un análisis crítico de tal situación, ya que se puede notar que no es tarea sencilla para un Juez decidir sobre la posibilidad de conceder o no el arresto domiciliario para aquellas madres con sus respectivos hijos, ya que además se encuentran en juego los derechos humanos como los principios plasmados en un instrumento normativo tan importante como es la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹⁷ recuperado de <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/24615382-066-Accion-Colectiva-s-prision-domiciliario-Defensor-de-los-Ni-os.pdf> el 02/06/2019.

Conclusiones Parciales

En el presente capítulo se ha podido vislumbrar la importancia del marco legal establecido por la Convención sobre los derechos del niño consagrando un nuevo modelo de protección de derechos con ciertas premisas que luego conformarían la plataforma que ha de construirse el edificio sobre las políticas públicas en relación al menor. Luego se indagó sobre la doctrina de la protección integral del infante que conceptualiza al niño como sujeto titular de derechos, a diferencia de la anterior doctrina que planteaba una situación irregular como bien se hace llamar, ya que ésta reducía el campo atribuciones que ostentan los pequeños menores de edad, considerándolos como un objeto.

Asimismo, se desglosó un principio rector: el interés superior del niño, tendiente a garantizar un desarrollo integral, una vida digna, condiciones materiales y afectivas, las cuales les permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Se trata de una garantía que los menores detentan para hacer valer sus derechos, antes de se tome una medida respecto de ellos. Comprende un deber del Estado frente a los niños en aras de hacer satisfacer el pleno goce de sus derechos subjetivos.

Por último se han analizado diversos fallos referidos con el límite de edad impuesto por el legislador en aquellos casos que se prive de libertad a una madre. Dichos fallos tienen algún punto de conexión con los temas tratados en los apartados anteriores, entre los cuales se encuentra el interés superior del menor como principio que adquiere un súper poder que atraviesa toda toma de medida en torno a cualquier cambio que pueda conculcar derechos y el bienestar del que eran poseedores los infantes, con anterioridad a lo que haya o pueda haber ocurrido respecto de su progenitora. *Contrario sensu* se estaría omitiendo el Derecho del Niño a ser oído, como también a crecer en un ambiente digno, y sano, y no bajo las condiciones propias del contexto carcelario, puesto que el menor no debería tener porque cargar con el peso de sufrir el abandono materno.

CONCLUSIÓN FINAL

A lo largo de lo investigado e indagado durante el desarrollo del presente Trabajo Final de Grado se puede llegar a tomar la conclusión que es injusto que el legislador haya considerado hasta los cinco (5) años de aquel menor, hijo de madre privada de libertad, para que el Juez evalúe en cada caso puntual la posibilidad de conceder prisión domiciliaria en cumplimiento de la pena de forma alternativa para ambos sujetos, si tal como lo establece el Código Civil y Comercial como también la Ley 26.061 y la Convención de los Derechos del Niño, el niño es menor de edad hasta los dieciocho años (18). Esto como resultado de los conceptos de Derecho Penal y Procesal Penal que se fueron desarrollando a lo largo de los capítulos, dentro y fuera del ordenamiento jurídico, es decir, a nivel internacional como también en relación al derecho argentino.

Se resalta primero esta discrepancia en torno a la edad ya que de prima facie es lo que induce a investigar con que parámetro se establece tal diferencia: porque “a unos sí y a otros no”. En torno a lo anterior y a partir de los derechos que le corresponden al niño como sujeto titular activo de todos ellos, es que giran en torno muchos principios y garantías constitucionales que sirven de sustento y están al alcance de toda persona por la sola condición de tal. Uno de ellos es el principio de inocencia; El principio a crecer en un ambiente familiar como principales. Deben ser respetados y valorados por el Estado ya que éstos mismos tienen jerarquía constitucional por lo cual no están al arbitrio de las autoridades aplicarlos o no, sino por el contrario, darles el respeto y lugar que se merecen. Por eso es que se tuvieron en cuenta instrumentos como la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 26.061 y la 9.944 en el ámbito provincial, para ver de qué derechos se vale el menor, que puede defender ante todo e impedir ser vulnerados por cualquier persona o entidad que busque atentar contra su dignidad personal.

Hay que destacar la importancia de que todo ser humano sea digno de acceder a un crecimiento personal e íntegro desde la temprana edad, ya que luego de indagar en la temática tratada en profundidad a lo largo del presente Trabajo Final de Grado, se llega a la conclusión que resulta sumamente importante destacar que los primeros años de vida son fundamentales para verdaderamente cumplir con tal objetivo. Críticamente hay que pensar en el desarrollo de la existencia mediante valores morales y sociales tan importantes como son el amor, la calidez humana, el compromiso social para con los niños en particular, y el respeto por sus derechos mediante cualquier autoridad encargada de velar por ello.

En cuanto a la posibilidad de otorgar prisión domiciliaria, será deber del juez evaluar en cada caso puntual si resulta óptimo y favorable tanto para la madre como para el menor, que cumplan la pena dentro del domicilio personal de aquella. Y en este punto es importante pensar otras alternativas e institutos que se adapten a esa realidad y que brinden la posibilidad de cumplir con el fin primero y principal de la pena: su función resocializadora y no condenatoria. Sin más vueltas es oportuno que además aquel niño/a o adolescente que sea involucrado en un proceso penal como es el caso del Artículo 1 inciso f de la Ley 26.472¹¹⁸, tenga el derecho a expresar su opinión libremente ante cualquier jurisdicción respetando a grandes rasgos el Derecho a ser Oído como uno de los grandes principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En virtud de lo expresado y ante la pregunta de investigación que dio pie para el desarrollo del siguiente trabajo, hay que señalar que, tanto en el ordenamiento jurídico interno como internacional, no se están respetando los límites de edad que establecen otros instrumentos legislativos como son la Ley 26.061 de protección integral de niñas niños y adolescentes; la 9.944 y la Ley N° 23.849 (CIDN), sin dejar de lado el Código Civil y Comercial. Estos cuatro últimos hacen referencia al límite de edad de toda persona con capacidad para ejercer la mayoría de edad y esto es a partir de los 18 años y no antes. Entonces, si no corresponde otorgar prisión domiciliaria a la madre de un niño como al mismo, porque no resultan apropiadas las circunstancias, entonces se debería pensar en otras salidas y soluciones que contemplen la situación descripta y cumplan con los derechos de los niños, quienes al final de toda esta historia terminan sufriendo y pagando las costas del encierro. A esto mismo se hizo referencia en el capítulo II al describir la realidad carcelaria en un país como México el cual cuenta con Institutos alternativos preparados y destinados al buen crecimiento del niño cuando su madre se encuentre en situación de encierro.

De esta manera, no sería utópico pensar en un Establecimiento por ejemplo fuera de las rejas y de ese contexto inapropiado para un buen crecimiento y desarrollo a nivel personal y humano, que principalmente albergue al colectivo de niños y/o adolescentes hijos de madres privadas de libertad, ya que como se ha podido ver a lo largo de lo investigado en el presente trabajo final de grado, el ordenamiento jurídico efectivamente cuenta con legislación pertinente a través de la cual se estaría protegiendo normativamente aquel grupo humano desde los primeros años hasta la mayoría de edad; Lo que quiero decir es lo siguiente, pensar

¹¹⁸ Artículo 1 inciso f, Ley 26.472 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

en crear implica construir, ya sea por parte del propio Estado modificando e implantando políticas públicas que tengan en mira esta realidad y pongan atención en la importancia de que todo menor de edad se desempeñe, día a día, en instituciones que se encarguen de su buen crecimiento, formación y desarrollo personal como también de su felicidad, con todas las variables que entran en juego al respecto como ser la educación, salud, y atención en general, para que a la larga todo sujeto menor de edad pueda por sí mismo cumplir objetivos y logros personales dentro de la sociedad de la cual forman parte. Para eso se necesita de mucho compromiso y trabajo en función y en pos del menor como bien ya se ha dicho.

Bibliografía

Doctrina

- Acosta, K. (2008) “Cuando un niño necesita un abogado: Sistema argentino de información jurídica”. Recuperado de <http://www.saij.jus.gov.ar>
- Rodriguez, E. y Barriga F. V. (2015) “Circuitos Carcelarios: estudios sobre la cárcel argentina”. La Plata: Ediciones EPC.
- Arocena, G. A; Cesano J.D.; Balcarce F. I (2010). Estudios de derecho penal, procesal penal, derechos humanos y criminología. (1 Ed.). Córdoba, Argentina: Lerner.
- Binder, A. M. (1999). Introducción al Derecho Procesal Penal. (2da ed.). Buenos Aires, República Argentina: AD HOC.
- Cafferata Nores J. (2004), Manual de Derecho Procesal Penal. (2 Ed Actualizada.) Córdoba, Argentina: Ed Advocatus.
- Cafferata Nores J. (2011), Procesal Penal y Derechos Humanos. (2 Ed Actualizada.) Buenos Aires, Argentina: C.E.L.S.
- Cavagnaro, M. (2010). ¿Oír o escuchar a los niños? Una diferencia que no es menor: Sistema argentino de información jurídica. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com/2010/10/escuchar-los-ninos-para-la-toma-de.html>
- Cillero Bruñol, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En: García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.). *Derecho a tener derecho: Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma.
- D’Alessio, J. (2005). *Código Penal Comentado y Concordado*. Buenos Aires: La Ley.
- De Carlo, I. (2014) “Derecho del menor a ser oído, una herramienta efectiva: sistema argentino de información jurídica”. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar>
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Trotta.

- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium, Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, Vol. XV (2). Recuperado de <https://www.juragentium.org/about/index.htm> el 05/05/2019.
- Galletti, J., y Muro, M. M. (2014). Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. *Nueva Época*, (9), 99-116. Doi: 10.14409/ne.v0i9.4924.
- García Méndez, E. (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Santa Fé de Bogotá: Forum Pacis.
- García Méndez, E. (2008). *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. (2da ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Garrido Álvarez, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Revistas Unam* N° 7. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/problemas/issue/view/3981>
- Gil Domínguez, A. Famá, M.V., Herrera, M. (2007). *Ley de protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada y concordada*. (1era ed.). Argentina: Ediar.
- UNICEF, (2014). ¿Qué es la protección integral de la infancia? Recuperado de https://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview_8887.htm el 10/05/2019.
- Lascano C. J (2005). *Derecho Penal Parte General*. (1era Ed). Córdoba, Argentina: Advocatus.
- Núñez, R. (1989). “Proyecto de ley de ejecución penitenciaria de la provincia de Córdoba”. (1era Ed.). Córdoba, Argentina: Lerner.

Legislación

- Ley 26.472. Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.
- Constitución Nacional.
- Ley 23.849. Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación.

- Ley 26.016. Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva oc-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf> el 10/05/2019.

Jurisprudencia

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala de ferias, “G., C. d. I. M. s/ Recurso de casación”, **29/01/2019**.
- Cámara Federal de Casación Penal, “Blanco Flores, Eli s/ recurso de casación”. Causa N° 74181 (2017).
- C.S.J.N, “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, Fallos: 336:720 (2013).
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 299/2013, “Saavedra Balcázar, Susana s/ recurso de casación”, rta. 30/08/2013.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.452, “Marasco, Clarisa Noemí s/ recurso de casación”, voto de la jueza Ledesma, al que adhieren los jueces David y Slokar, rta. 17/07/2013.
- Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Concepción del Uruguay N° 2, Causa N° 9.822, “Senturión, Olga Alba s/ excarcelación”, rta. 4/04/2012.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.176, “Córdoba, Johana Gisela s/ recurso de casación”, del voto de la jueza Ledesma al que adhieren los jueces Slokar y Figueroa, rta. 14/11/2012.
- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 11.366, “Castaño, Juana Carolina s/ recurso de casación”, voto del juez Hornos al que adhiere el juez Diez Ojeda, rta. 9/11/2009.

Páginas web

- http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000200001&lng=en&tlng=en
- http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/fpycs-unlp/20171102035350/pdf_1415.pdf
- <http://biblioteca.justiciacordoba.gob.ar/cgi-bin/koha/opac-reserve.pl?biblionumber=42592>
- <http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf>
- <file:///D:/Bibliotecas/Downloads/personas%20privadas%20de%20libertad%20corteidh.pdf>
- <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- <http://www.actualidadjuridica.com.ar/login.php>
- Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-222601-2013-06-19.html> el 07/05/2019.
- Recuperado de <file:///C:/Users/CompaqPresario21/Downloads/doctrina43025.pdf> el 07/05/2019.
- www.saij.ob.ar
- Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf el 18/05/2019.
- <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2131.pdf>.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

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

Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Cabrera, Florencia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	37.315.245
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	CONTROVERSIAS ENTRE EL LÍMITE DE EDAD EN MENORES DE MADRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD QUE ESTABLECE LA LEY 26.472 CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	florcabrera.3@gmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21

<i>(donde se presentó la obra)</i>	
------------------------------------	--

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

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

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: CÓRDOBA CAPITAL, ARGENTINA. 14 DE JUNIO DE 2019.

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.

[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.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado