

UNIVERSIDAD SIGLO



La educación evoluciona

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

PRISIÓN DOMICILIARIA

**APLICACIÓN EN LOS SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS POR LA LEY
EN BASE AL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**

Juan Cruz Guiñazú

34.257.301

Abogacía

2019

AGRADECIMIENTOS

Merecen reconocimiento especial mis padres, Angélica y Carlos, por ser los principales promotores de mis sueños, por confiar y creer en mis expectativas, por los consejos, valores y principios que me han inculcado a lo largo de estos años.

Agradezco a mi hermana Patricia quien con su experiencia, conocimiento y motivación me orientó en la realización de este trabajo. Sus consejos, enseñanzas, apoyo y sobre todo el cariño brindado resultaron de gran ayuda en los momentos más difíciles.

Finalmente agradezco a todos mis amigos y futuros colegas que me ayudaron de una manera desinteresada, gracias por toda su ayuda y buena voluntad.

RESUMEN

La Ley de Ejecución Penal 24.660, luego de su modificación en manos de la ley 26.472, sumó en el inciso f) del artículo 32 la posibilidad de prisión domiciliaria para madres de niños menores de cinco años a su cargo. Dicha norma regula los supuestos de procedencia y situaciones en las que puede sustentarse la alternativa de ejecución de la pena privativa de la libertad dentro de un domicilio. Tal como entiende la doctrina, la incorporación efectuada por la ley de ejecución se trató de una manera de adecuar el régimen de ejecución penal imperante a los estándares internacionales, generándose la necesidad de ampliar esa norma a los casos de hombres que se encontraran en iguales situaciones o cuando los hijos menores de edad superaban el límite etario dispuesto por la ley. En estos supuestos se genera un vacío legal que obliga a los operadores jurídicos a determinar los principios que, conforme la jurisprudencia actual, deben valorar al momento de tomar una decisión frente a las mencionadas hipótesis. Durante el desarrollo del trabajo se verá cómo a tal fin, distintos principios constitucionales, como el del "interés superior del niño", fijan orientaciones especiales para la determinación del contenido de los derechos, ayudan a interpretar ampliamente y con mayor precisión los preceptos legales, extendiendo el análisis a los supuestos en los que es el padre quien reúne los requisitos previstos por la ley o los hijos menores de edad pero mayores de cinco años. Quedará demostrado que esos principios, a la par con la normativa internacional, fueron los parámetros superiores utilizados por la jurisprudencia en oportunidad de expedirse sobre la concesión de la medida en estos casos particulares.

Palabras claves: Prisión domiciliaria. Ley de Ejecución Penal 24.660. Principios Rectores. Interés superior del niño. Supuestos no contemplados. Jurisprudencia.

ABSTRACT

The Criminal Execution Law 24.660, after its modification in the hands of the law 26.472, added in paragraph f) of article 32 the possibility of domiciliary imprisonment for mothers of children under five years under their care. This regulation regulates the cases of origin and situations in which the alternative of execution of the custodial sentence within an domicile can be sustained. As understood by the doctrine, the incorporation made by the law of execution was treated in a way to adapt the prevailing criminal execution regime to international standards, generating the need to extend that rule to the cases of men who were

in the same situations or when the minor children exceeded the age limit established by law. In these cases, a legal vacuum is created that obliges legal operators to determine the principles that, according to current jurisprudence, they must assess when making a decision in relation to the aforementioned hypotheses. During the development of the work will see how to this end, different constitutional principles, such as the "best interests of the child," set special guidelines for the determination of the content of rights, help to interpret widely and more accurately the legal precepts, extending the analysis to the assumptions in which it is the father who meets the requirements provided by law or children under age but older than five years. It will be demonstrated that these principles, along with international regulations, were the superior parameters used by case law when issued on the granting of the measure in these particular cases.

Keywords: Home Prison. Law on Criminal Enforcement 24.660. Guiding Principles. Higher interest of the child. Assumptions not contemplated. Jurisprudence.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....

MARCO

METODOLÓGICO.....

**CAPÍTULO I - CONSIDERACIONES GENERALES Y REGULACIÓN
NORMATIVA.....**

1. Introducción.....

2. Prisión domiciliaria.....

2.1 Concepto, naturaleza y características.....

2.2 Evolución del instituto.....

2.3 Principios rectores en la materia.....

2.4 Régimen Normativo.....

2.4.1 Regulación Nacional.....

2.4.1.1 Supuestos contemplados en la ley.....

2.4.1.2. Supuestos no previstos por la ley.....

2.4.1.3 Prisión domiciliaria como alternativa a la prisión preventiva.....

2.4.2 Regulación Internacional.....

3. Conclusiones parciales.....

**CAPITULO II - PRISIÓN DOMICILIARIA DE PADRES CON HIJOS
MENORES DE 5 AÑOS DE EDAD A SU CARGO.....**

1. Introducción.....

2. La aplicación del régimen de la prisión domiciliaria en el supuesto no contemplado del padre con un hijo menor de 5 años de edad. Fundamentos.

2. 1 Interés superior del niño como primer fundamento del caso.....

2. 2 Principio de igualdad o no discriminación.....	
2. 3 La protección del niño y su familia como objetivos de la normativa.....	
2. 4 Primacía de los derechos del niño frente a conflicto de intereses.....	
2. 5 Análisis previo, carácter excepcional de la medida.....	
3. Conclusiones parciales.....	

CAPÍTULO III - CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.....

1. Introducción.....	
2. Análisis jurisprudencial sobre la procedencia de la prisión domiciliaria fundada en el interés superior del niño.....	
2.1 Primer fallo. Cámara Federal de Casación Penal, sala I, "Miño, Luis Santiago s/Recurso de casación", Autos CCC52053/2011/TO1/1/CFC3.....	
2.2 Segundo fallo. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, "S., M. A. s/ rechazo de prisión domiciliaria", autos N° CCC 33981/2017/TO1/CNC2.....	
2.3. Fundamentos de los fallos presentados.....	
2.3.1. Primer fallo.....	
2.3.2. Segundo fallo.....	
3. Disposiciones orientadoras emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al interés superior del niño.....	
4. Conclusiones parciales.....	

CONCLUSIONES FINALES.....

BIBLIOGRAFÍA.....

1. Doctrina.....	
2. Legislación.....	
3. Jurisprudencia.....	

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo del presente trabajo se abordará la normativa que regula el instituto de la prisión domiciliaria dentro de la República Argentina, siendo analizados los diferentes supuestos de procedencia y la finalidad propia de la medida, exponiendo criterios doctrinarios, jurisprudenciales y previsiones internacionales.

La prisión domiciliaria se encuentra prevista en el artículo 10 del Código Penal desde su origen (ley 11.179). Como forma de armonizar nuestro ordenamiento jurídico a las previsiones emanadas de los Tratados Internacionales, incorporados a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 por medio del artículo 75 inc. 22, otorgándoseles así jerarquía constitucional, fue sancionada la ley Nacional de Ejecución Privativa de la Libertad 24.660 la cual preveía distintos supuestos de esta medida. En este sentido cabe destacar, conforme lo previsto en el artículo 11 de la Ley de Ejecución Penal, que dicho instituto también puede ser utilizado como medida cautelar destinada a morigerar la prisión preventiva, toda vez que la norma hace extensiva sus disposiciones a las personas que se encuentran meramente procesadas.

Sin embargo las posibilidades ofrecidas por esta última ley resultaron insuficientes, motivo por el cual fue sancionada para fecha 17 de diciembre de 2008 la ley 26.472, la que amplió las hipótesis de procedencia del régimen de detención domiciliaria previstos en el sistema anterior, agregando a las mujeres embarazadas, las que tuvieran hijos menores de cinco años o un discapacitado a su cargo, y los enfermos o discapacitados detenidos en lugares inadecuados para su estado de salud. Estas situaciones ya venían siendo reconocidas por vía de fallos judiciales.

A pesar de ello la realidad generó la necesidad de aplicar el instituto de la prisión domiciliaria al caso no legislado de hombres en situaciones análogas a las de las mujeres, supuesto que adquirirá una especial importancia en el trabajo que nos ocupa, analizando el mismo bajo la perspectiva del principio del interés superior del niño.

En efecto, el problema de investigación que se plantea surge del interrogante de cuáles son en la actualidad, conforme la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, los principios y herramientas analizados, valorados y utilizados como fundamento por los operadores jurídicos dentro del territorio de la República Argentina en oportunidad de emitir una decisión al ser solicitada la prisión domiciliaria por padres de hijos menores de cinco años o discapacitado a su cargo.

Uno de los objetivos fijados es determinar qué abordaje se le da en la práctica jurídica a la solicitud del arresto domiciliario efectuada por un interno en función de ser padre de un hijo menor de cinco años o discapacitado a su cargo. Se pretende desarrollar y puntualizar los principios del derecho y las pautas internacionales utilizadas por los jueces y fiscales para fundamentar su decisión en este supuesto de excepción.

Otro de los objetivos es destacar la importancia que presenta en el caso particular la regulación de la Convención Sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 de Protección Integral.

Así, los operadores jurídicos aceptan el régimen de la prisión domiciliaria en la hipótesis bajo análisis, principalmente sobre la base de consideraciones humanitarias que le dan fundamento y el respeto al principio de personalidad de la pena, por el cual se evita que el menor sea obligado a cargar con la responsabilidad por los actos que sus padres pudieran haber realizado.

Los tribunales aplican los artículos que regulan dicha figura por analogía *in bonam partem*, es decir, en favor de la persona, invocando como norma rectora el interés superior de niño impuesto por el artículo 3 de la mencionada Convención, el que establece que en todas las medidas concernientes a los niños que adopten los magistrados se priorizará dicho principio.

Resulta importante destacar que al ser otorgada la prisión domiciliaria al interno padre de un hijo menor de cinco años se valora por sobre todas las cosas el beneficio que implicaría para el niño la presencia del progenitor en el domicilio, amparándose el vínculo familiar en sus primeros años de vida.

Otros principios que actúan como parámetros dentro de la facultad decisoria de los jueces son el de reserva legal, de igualdad, de no arbitrariedad y el principio *pro homine*, entendido como pauta de orden internacional y carácter humanitario que legitima la aplicación con criterio amplio de un derecho o la interpretación restringida del mismo en un caso particular.

Por último y con respecto a las partes que compondrán este trabajo final de grado, el mismo será desarrollado en un total de tres capítulos, enfocándose el primero de ellos en la naturaleza, características y evolución de la prisión domiciliaria, realizando una breve descripción de los principios rectores de la materia. Además abarcará la legislación vigente que regula el instituto, recorriendo su tratamiento nacional e internacional.

El segundo capítulo expondrá la aplicación del régimen de la prisión domiciliaria en caso de ser solicitada por un interno en razón de ser padre de un menor de cinco años de edad a su cargo, supuesto que aun no se encuentra contemplado por el inc. f) del artículo 10 del C.P. o 32 de la ley 24.660. Asimismo desarrollará la influencia que el principio del interés superior del niño -comprendido tanto en el derecho interno como en los tratados internacionales, principalmente la Convención Sobre los Derechos del Niño- y otros principios del derecho tienen sobre las decisiones que deben emitir los operadores jurídicos frente al planteamiento del caso.

Finalmente encontraremos el capítulo tercero que mostrará la perspectiva jurisprudencial de nuestro país a través del desarrollo de dos fallos judiciales, de los cuales emanan diversos criterios jurisdiccionales frente al supuesto planteado en el presente trabajo. Además destacará los lineamientos establecidos internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizados por los tribunales locales como guías o pautas de interpretación al momento de analizar la aplicación del régimen de la prisión domiciliaria fundada en el interés superior del niño.

MARCO METODOLÓGICO

Adentrándonos en la metodología utilizada, en el presente trabajo se recurre al tipo de estudio descriptivo, apuntando a realizar una descripción del instituto bajo estudio. Este método es utilizado sobre la base de una hipótesis expuesta, en el caso del trabajo que nos ocupa se aborda no solo la ley interna que regula el instituto de la prisión domiciliaria sino también las normas que surgen de los instrumentos internacionales.

En cuanto a la estrategia, se considera que la del tipo cualitativo es la que mayor actualización reviste para la tesis final de grado realizada, debido a que se utilizan los datos recabados y analizados para comprender desde una óptica ecléctica el instituto de la prisión domiciliaria y distinguir los casos en los que procede.

Por otro lado con respecto a la información sobre la cual se basó la investigación (fuentes) es utilizada la jurisprudencia y la legislación relativa al instituto elegido, como así también las doctrinarias más relevantes y existentes a la fecha. Con respecto a las técnicas de recolección de información se tienen en cuenta los documentos y datos obtenidos a partir de los fallos jurisprudenciales y la doctrina contenidos en libros y artículos de revistas.

Teniendo en cuenta el periodo temporal comprendido en la investigación debemos en primera medida tener presente el año 1984 ya que por esa fecha tuvo su recepción el instituto de la Prisión Domiciliaria en el Código Penal Argentino. En igual medida encontramos la Ley de Ejecución Penitenciaria N° 24.660 la cual nos brinda la regulación del instituto bajo análisis sancionada el 19 de junio de 1996, sufriendo la misma modificaciones en el transcurso de los años, encontrado a la Ley 26.472 sancionada el 17 de diciembre de 2008 y la Ley 27.375 sancionada el 05 de julio de 2017, siendo esta la última modificación en la actualidad.

Por último con respecto a los niveles de análisis, basaremos la investigación en el estudio de la legislación, jurisprudencia y doctrina más relevante del instituto de la prisión domiciliaria en la órbita Nacional.

Así mismo examinaremos los criterios expuestos por la jurisprudencia internacional, destacando los tratados internacionales celebrados por nuestro país que consagren principios o garantías relativas al instituto elegido.

CAPÍTULO I - CONSIDERACIONES GENERALES Y REGULACIÓN NORMATIVA

1. Introducción

Este capítulo introduce la temática del instituto de la prisión domiciliaria, describiendo su evolución y naturaleza, en cuanto constituye el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el interior de un domicilio determinado. Expondrá los principios en los cuales se encuentra apoyada dicha modalidad morigerada de encierro y analizará la regulación legal nacional de la misma, detallando los supuestos contemplados por el Código Penal y la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y aquellos casos que quedan fuera del régimen legal previsto. Finalmente hará un recorrido por la normativa internacional que reglamenta la medida y aquellos acuerdos internacionales que operan como guías de interpretación para la aplicación de la misma.

2. Prisión domiciliaria

2.1 Concepto, naturaleza y características

La prisión domiciliaria es una modalidad de ejecución de la pena de privación de la libertad que constituye una alternativa de cumplimiento fuera de los límites de la cárcel. Supone una restricción de la capacidad locomotora del condenado reducida al ámbito de un domicilio determinado y bajo la responsabilidad de una persona específica, sin ser necesario que el lugar del arresto sea estrictamente su residencia.

“La detención domiciliaria implica, en todo caso, el cumplimiento de la obligación de permanecer en el domicilio fijado” (Laje Anaya, 1997, p. 82). El encierro de la persona continúa rigiendo bajo diversas circunstancias y acorde a las condiciones objetivas que se presentan en el sujeto. Esta forma de detención queda supeditada a la existencia de un lugar apropiado para su cumplimiento y una persona o institución al cuidado del condenado.

Con relación a ello La Rosa señala (2007: 631) “En esta circunstancia la ley presume que, con esta doble sujeción al lugar y al individuo responsable, la medida coercitiva cumplirá con sus finalidades.”.

Es importante destacar, tal como lo refiere Jorge De La Rúa (1997), que ésta no debe confundirse con la suspensión de la ejecución de la pena (lo cual corresponde a la condena

condicional prevista en el artículo 26 del C. P.), principalmente porque el tiempo transcurrido bajo el régimen de detención domiciliaria se computa como efectivo cumplimiento de la condena, a pesar que el condenado no se encuentra sometido a tratamiento penitenciario.

Dentro de las particularidades del arresto domiciliario resalta el carácter excepcional del mismo, toda vez que regula causales de procedencia, las cuales no deben entenderse como taxativas. En efecto, el juez no se encuentra obligado por la ley a conceder el mismo automáticamente en todos los casos en que se presente alguna de esas causales, debiendo valorar cada caso particular. Además frente a ciertas situaciones no previstas legalmente, podrá apartarse de la letra de la ley, concediendo la prisión domiciliaria en base a criterios jurisprudenciales y principios del derecho.

2.2 Evolución del instituto

La prisión domiciliaria se encuentra prevista en el artículo 10 del Código Penal desde su sanción en 1921, aunque ya se hallaba presente en el Código de fondo de 1886, en su artículo 70, que establecía que “el condenado a arresto será puesto en cárcel, policía o cuerpo de guardia, pudiendo ser arrestadas en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias”.

En sus inicios la detención en el domicilio tenía una vigencia acotada, habiéndose fijado para penas que no excedieran de seis meses de prisión y para casos de mujeres, personas mayores de sesenta años o delicadas de salud.

Con la sanción de la ley 24.660 de ejecución penal, fue reformulado y ampliado el instituto a partir de lo dispuesto por el artículo 33 de la norma, que permitió a los mayores de setenta años o enfermos terminales acceder a esta modalidad de ejecución de la pena, sin atender al monto de la condena, pero con la exigencia de realizar informes médicos, psicológicos y sociales justificantes.

Esta Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad fue sancionada, en función del respeto por los tratados consagrados en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, el 19 de junio de 1996, derogando la antigua Ley Penitenciaria Nacional con la finalidad de adecuar esta última a la nueva realidad social, penal y penitenciaria, procurando la integración de una concepción humanitaria en el ámbito de la

ejecución penal.

Ello fue así, ya que hasta ese momento sólo eran contemplados dos supuestos en los que procedía la prisión domiciliaria, el primero era el caso de los adultos mayores de setenta años y el segundo cuando el interno padecía una enfermedad incurable en estado terminal, dejando desamparadas otras situaciones que merecían y requerían la morigeración del encierro carcelario.

La evolución del régimen tuvo su reordenamiento con la sanción de la ley 26.472 (BO 20/01/2009), la cual modificó tanto la Ley de Ejecución 24.660 como el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación, ampliando los supuestos en los que se podrá sustituir el encierro en prisión por arresto domiciliario. El objeto de ello fue evitar el aislamiento carcelario de los grupos más vulnerables y de aquellas personas que merecían una especial protección como son las mujeres embarazadas o con hijos menores a cargo y las personas mayores o enfermas.

Además, la norma modificatoria instauró dos cuestiones centrales. Por un lado, que la supervisión de la medida no resulta imperativa y por el otro, la impertinencia de la supervisión de la prisión domiciliaria por parte de organismos policiales o de seguridad, quedando dicha tarea en los patronatos de liberados o de un servicio social calificado.

Así mismo en el año 2017 la Ley de Ejecución sufrió una nueva modificación en manos de la Ley 27.375 (B.O. 28/07/2017), la cual prevé en los casos de la prisión domiciliaria solicitada por personas condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal¹ la exigencia de un informe efectuado por un equipo compuesto por profesionales especializados. Además, dispone la posibilidad de exigir un dispositivo electrónico de control a los fines de ser concedida la detención domiciliaria.

Dicha normativa también modificó el texto de los artículos 33 y 35 de la Ley de Ejecución y el artículo 502 del Código Procesal Penal de la Nación, adecuando a este último al régimen general que prohíbe que sean organismos policiales o de seguridad los que se ocupen de supervisar la detención domiciliaria.

Finalmente, ante la necesidad de adecuar la legislación interna a los estándares establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante una

¹Artículo 119 C.P.

interpretación *pro homine* del instituto en cuestión (la cual implica interpretar amplia y extensivamente una norma en favor de la persona), fueron incluidos por los operadores jurídicos otros supuestos no contemplados expresamente por la ley.

2.3 Principios rectores en la materia

Los fundamentos de esta modalidad atenuada de encierro están basados en consideraciones humanitarias, consagradas con máxima jerarquía normativa en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN) y en función de las cuales resultan inadmisibles los tratos crueles, inhumanos o degradantes (D'Alessio, 2009).

El principio de humanidad de las penas se encuentra regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al prever que "Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Cabe destacar que la jurisprudencia valora en muchos casos este principio, considerando que el mismo da fundamento jurídico para encuadrar ciertas situaciones en la alternativa de la prisión domiciliaria. Así el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo en fecha 14 de julio de 2015 que "La prisión domiciliaria se sustenta en el principio de trato humanitario en la ejecución de la pena, que en el ámbito de nuestro país tiene expresa consagración normativa (...), y precisamente viene a constituir una de las formas por las que el legislador receptó aquel principio"².

Por su parte la ley 24.660 recepciona expresamente el trato humanitario en su artículo 9, estableciendo que "la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes... ", observándose que incluye la protección de la dignidad humana y la salud de la persona detenida, no implicando el encierro la supresión de los demás derechos fundamentales.

Otro de los principios que dan razón al instituto en estudio es el principio *pro homine*³,

² TSJ de Córdoba., "Wassan, Gabriela Mirta. Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad. Recurso de casación", expediente SAC 1757643 (2015)

³Contemplado en los arts. 23.a de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 5.2 del Pacto Internacional de

criterio interpretativo por el cual debe estarse siempre a favor de la persona, el cual juega un papel primordial al momento de comprender y analizar el arresto domiciliario, ya que como afirma Mónica Pinto (1997: 163), éste:

Informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Por su parte, la Corte Suprema de la Nación ha señalado que de acuerdo con lo prescripto por los artículos 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana, siempre deberá escogerse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos⁴. En efecto, frente a distintas alternativas el juez debe seleccionar siempre aquella que restrinja en menor medida el ejercicio de los derechos y, por el contrario, cuando existan normas que ofrezcan mayor protección estas habrán de primar.

Fundándose en dicha directriz la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en los autos "Gómez Jensen, Silvia Gabriela s/ recurso de casación" dispuso en relación a la interna que, "frente a la particular situación de vulnerabilidad relevada, por estricta aplicación del principio *pro homine* y en atención a las normas pertinentes, deberá disponerse el cumplimiento de la pena en detención domiciliaria".⁵

Otro principio que se suma a los fundamentos de la medida es el de igualdad, por el cual todas las personas son iguales ante la ley⁶ e "impide establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se les concede a otros en iguales circunstancias y no tolera distinciones irrazonables" (Bidart Campos, 1994, p. 386).

Derechos Civiles y Políticos, 5° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5° y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴ C.S.J.N, "Arriola, Sebastián y Otros", Fallo 332:1963 (2009), consid. 23.

⁵ CFedCP., Sala I, "Gómez Jensen, Silvia Gabriela s/ recurso de casación", causa 698 (2015)

⁶ Consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y receptado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 1° y 24° de la CADH, artículo 2° de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. 1° y 2° de la Declaración de Derechos Humanos y 6° de la Declaración de los Derechos del hombre y de los Ciudadanos.

En el mismo orden de ideas encontramos un pilar fundamental de la figura en estudio en el principio de intrascendencia de la pena. Éste impone que la pena no debe trascender a los terceros⁷, cuestión que resulta relevante dado que cuando se habla del grupo de mujeres y hombres (madres y padres) privadas de la libertad, la pena no sólo produce efecto sobre los mismos, sino sobre sus hijos/as, quienes en ciertas ocasiones cumplen la pena junto con ellos.

En consecuencia, todos estos principios actuarán como parámetros dentro de la facultad que posee el juez al decidir la concesión o no de dicho instituto, resultando además aplicables a los casos no contemplados en la normativa pero que son amparados por los mismos.

2.4 Régimen Normativo

2.4.1 Regulación Nacional

2.4.1.1 Supuestos contemplados en la ley

Las normas que regulan en nuestro ordenamiento jurídico el arresto domiciliario se encuentran plasmadas en el Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación y en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

A nivel nacional, tanto la ley 24.660 en su artículo 32, como el Código Penal en su artículo 10⁸, contemplan idénticos supuestos en materia de detención domiciliaria. Así establecen que a criterio del juez competente podrán cumplir la pena de prisión en detención domiciliaria los condenados que se encuentren dentro ciertas situaciones.

Resulta clara la norma al referir que el juez podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria, detallando las pautas objetivas presentes en el sujeto y los requisitos de razonabilidad a los fines de evaluar sus efectos sobre el reo y su adecuación al lugar en que el arresto se llevará a cabo.

Una interpretación adecuada de la normativa vigente, en consonancia con la C. N. y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lleva a considerar que los magistrados

⁷ El artículo 5° de la Convención de Derechos Humanos expresa:” la pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

⁸ Texto según ley N° 24.660 modificado por art. 25 de la ley N° 27.375 B.O. 28/07/2017.

deben disponer la sustitución de la detención en una cárcel por el arresto domiciliario siempre que se den los supuestos establecidos por la ley, salvo excepciones y con la debida motivación.

En relación con lo expuesto la doctrina afirma que el instituto en estudio resulta un derecho para quienes se encuentran en alguna de las circunstancias descriptas por la norma y, si bien su concesión no se entiende automática, de ninguna manera está librada a la discrecionalidad del juez actuante (D'Alessio, 2009).

Sumado a ello, si bien la ley establece la concesión del régimen como una facultad de los tribunales, la jurisprudencia entiende que se deberá exponer fundadamente⁹ que en el caso concreto el instituto no resulta viable por no responder a la finalidad atribuida al supuesto.

Dentro de las hipótesis reguladas por la ley encontramos las siguientes:

a) "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", y "el interno que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal".

En estos casos prevalece el reconocimiento del derecho a la salud, protegido por nuestra constitución (artículos 75, inc. 22 C.N. y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y previsto, para el caso particular de las personas detenidas, en el artículo 143 de la ley 24.660, conforme el cual el interno tiene derecho a la salud, debiendo brindársele una oportuna asistencia médica, sin ser interferido su acceso a consultas o tratamientos.

Cabe aclarar que, tal como prescribe el artículo 33, párrafo 2° de la Ley de Ejecución¹⁰ en ambos casos la decisión de la autoridad deberá estar fundada en informes médicos, psicológicos y sociales.

b) "Interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario resulta inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel".

⁹ CFedCP, Sala II, "Teomanópulos, Liliana", causa 9458 (2009)

¹⁰ "Modificado por la ley Nº 27.327 B.O. (28/07/2017)".

Este supuesto será de aplicación a todos los casos de detenidos que padezcan alguna discapacidad que les impida desarrollar las actividades cotidianas o que necesiten la asistencia permanente de otra persona que la institución carcelaria no puede brindar.

c) "Interno mayor de setenta (70) años".

En relación con este supuesto, si bien se encuentra regulado específicamente por el código, el juez deberá analizar la situación en cada caso concreto, ya que dicha condición objetiva del sujeto no puede tomarse como único parámetro para la concesión de la prisión domiciliaria.

d) "Mujer embarazada".

En cuanto a esta hipótesis, es necesario remarcar que la norma apunta a la protección no solo de la mujer en ese estado, sino también de la persona por nacer, para quien una unidad penitenciaria constituye un grave factor de riesgo¹¹.

En este sentido la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 24 inc. d) que los Estados Partes asegurarán el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y de tratamientos de sus enfermedades, asegurando la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

En idéntica dirección el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al Congreso además de legislar medidas que garanticen la igualdad de oportunidades y trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad; dictar un régimen especial de seguridad social en protección del niño desde el embarazo y de la madre en dicho estado y durante el tiempo de lactancia.

e) "Madre de un menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo".

En este último supuesto queda en evidencia la consideración del principio de mínima trascendencia de la pena regulado en el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando prioridad a los derechos de los niños menores de cinco años y de las personas discapacitadas.

¹¹ Ver artículos 75 inc. 22 C.N., 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Dicha intrascendencia impide que a través de la sanción penal se castigue a personas ajenas al ilícito. Por lo cual la pena impuesta al reo no debe extenderse a otros sujetos distintos a él, como sucede con los hijos menores de cinco (5) años que viven en establecimientos carcelarios debido a que su madre se encuentra privada de la libertad o aquellos niños que, en virtud de la pena impuesta a sus progenitoras, son separados de ellas padeciendo el desapego¹².

El encierro de los menores en estos lugares, los que resultan totalmente inadecuados para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los mismos, provoca una situación de vulnerabilidad que afecta todos los derechos reconocidos a los mismos, tales como el derecho a la libertad, a la integridad, a la dignidad, derecho obtener educación, al disfrute del más alto nivel posible de salud, derecho al descanso y esparcimiento, entre otros.

En relación a ello Zaffaroni (2002: 129) ha señalado que en el estado de derecho la pena debe ser personal y no trascender a la persona del delincuente. Sin embargo, teniendo en cuenta que la extensión del poder punitivo a terceros es inevitable, dado que la estigmatización y pérdida de ingresos son todos efectos que trascienden a la familia y otras personas cercanas o dependientes, resulta necesario reducirla en la mayor medida posible, sobre todo cuando los daños colaterales son padecidos por menores de edad.

Por otro lado, la circunstancia de que el menor permanezca fuera de la penitenciaría en la que se encuentra encarcelada su madre vulnera el derecho del mismo al fortalecimiento familiar durante los primeros años de vida, generándose un desmembramiento familiar que afecta su ser. Es decir, en ambas opciones se ve menoscabado el bienestar y desarrollo del menor.

Asimismo, respecto al supuesto de la madre de una persona discapacitada a su cargo la doctrina ha manifestado que, si bien la discapacidad debe ser de cierta seriedad, de modo que pueda estimarse en función de sus características y de la edad de la persona afectada que ella se encuentra a cargo de la madre, no resulta necesario una absoluta imposibilidad de valerse por sí misma (D'Alessio, 2009).

En consecuencia, a través de la ley 26.472, los legisladores argentinos optaron por una medida alternativa, lo cual representó un avance dado que fueron ampliados los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria al incluir el caso de las mujeres madres de un

¹² Artículos 195 y 196 de la ley Nº 24.660.

hijo menor de cinco (5) años de edad o discapacitado a su cargo, intentando adecuar el ordenamiento jurídico a los principios de la unidad familiar y el interés superior del niño. La nueva regulación resulta más razonable al disponer la salida de la penitenciaría de la madre, en vez del ingreso de su hijo.

2.4.1.2. Supuestos no previstos por la ley

La normativa vigente deja afuera de su regulación ciertas situaciones, tales como la prisión domiciliaria solicitada por madres de niños menores de edad pero mayores de cinco años y aquellos casos en que la prisión domiciliaria es solicitada por padres o abuelas de niños menores de edad que, en reemplazo de la madre, cumplen idéntico rol de cuidador principal de los mismos.

Las hipótesis no encuadradas dentro de las previsiones del art. 10 del C.P o art. 32 de la ley 24.660, generan cuestiones relacionadas con la forma en que los operadores jurídicos interpretan y aplican el derecho, adquiriendo fundamental importancia la valoración de los principios jurídicos mencionados precedentemente, los cuales complementan, integran y optimizan los preceptos legales internos e internacionales.

Es en estos casos donde debe apreciarse, interpretarse y aplicarse primordialmente el interés superior de los niños consagrado por los acuerdos internacionales suscriptos por Argentina, principio que remarca como relevante la posibilidad de favorecer el contacto del menor con sus progenitores o con la persona con la cual ha tenido una relación durante su crecimiento.

2.4.1.3 Prisión domiciliaria como alternativa a la prisión preventiva

La detención domiciliaria puede tener carácter cautelar al ser utilizada como un instrumento destinado a morigerar el empleo de la prisión preventiva, resultando igualmente aplicable a los sujetos que se encuentran condenados por sentencia firme como también a los

individuos meramente imputados, ya que por aplicación del artículo 11¹³ de la ley 24.660 se establece una equiparación legal entre ellos.

Como explica D'Alessio (2009), si la prisión domiciliaria procede en los casos de personas condenadas, con mayor razón debe ser aplicada a quienes se encuentran sometidos a prisión preventiva, toda vez que gozan del estado de inocencia garantizado por nuestra Constitución Nacional en su artículo 18. Así mismo tal conclusión surge de la aplicación del principio de igualdad ante la ley¹⁴.

A su vez el Código Procesal Penal de la Nación contempla en forma expresa esta alternativa, estableciendo en el artículo 314 que, "el juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio".

En el mismo orden de ideas, Vélez Mariconde (1951) sostiene que si el legislador contempló la posibilidad de acceder a una detención domiciliaria habiendo una condena a pena privativa de la libertad, resulta razonable permitir la aplicación de dicha excepción cuando aún subsiste la presunción de inocencia en favor de alguien.

La jurisprudencia ha manifestado que, si bien el artículo 33 de la ley 24.660 se refiere a quien se encuentra cumpliendo una condena resulta equitativo aplicarlo a los procesados puesto que, respecto a estos últimos rige el principio de inocencia¹⁵.

2.4.2 Regulación Internacional

El derecho internacional que regula los derechos humanos autoriza la privación de la libertad como forma de represión penal, pero siempre limitada por el respeto a la dignidad

¹³ Artículo 11: "Esta ley es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente".

¹⁴ La Corte Suprema ha dicho: "que desde sus primeras decisiones (fallos 16:118) este tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (fallos 123:106 y 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio; sino a una objetiva razón d discriminación (fallos 301:381, 1094; 304:390).

¹⁵ CNCas. Penal., sala VI, "Lovecchio, Nicolás", causa 5645 (1997).

humana, entendida ésta como "pilar fundamental de todo el sistema universal de derechos humanos".

En este sentido dentro de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por la Argentina) como la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen el respeto a la dignidad humana. Así el primero de los tratados en su art. 10 expresa el derecho de toda persona detenida a ser “tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte la mencionada convención dispone en el art. 11 que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de su dignidad...", además de regular varios aspectos de la pena y la detención¹⁶.

Asimismo, cabe destacar que la prisión domiciliaria se encuentra prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)²⁰. En la regla 5.1 en conjunción con la regla 8.2, inc. k se establece que en ciertos casos el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda, facultándose a la autoridad judicial a adoptar como una sanción no privativa de la libertad el arresto domiciliario.

Así, tal como lo expresa Freedman (2010: 1919) la prisión domiciliaria “Tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado.”

También deben tenerse presente otros acuerdos internacionales referidos a la regulación de la privación de la libertad, los cuales funcionan como guías para implementar los principios internacionales que rigen la materia. El principal de dichos instrumentos es el contenido en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, actualizadas en 2015, conocidas como “Reglas Nelson Mandela”¹⁷.

Tal como lo expresa dicho documento en su prólogo las mismas resultan una importante

¹⁶ Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁷ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 2015.

herramienta para ser utilizadas por los operadores del derecho, legisladores, funcionarios penitenciarios, defensores y activistas sociales, basada en la idea que el respeto de los derechos humanos es el camino a seguir para lograr la integración social de todas las personas¹⁸. Uno de los efectos considerados por estas reglas es el de la protección de los derechos, garantías y necesidades especiales de los grupos vulnerables privados de libertad.

En el mismo orden de ideas debe tenerse presente que los tratados de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros, establecen que ninguna de sus disposiciones permite a los Estados Parte la limitación de los derechos y libertades reconocidos por los mismos en mayor medida que la establecida, excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano, reducir el goce y ejercicio de cualquier otro derecho protegido por los mismos en base a leyes, convenciones, reglamentos o costumbres y limitar o excluir el efecto que puedan tener las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos¹⁹.

Por último es importante resaltar que, tal como lo refiere la Convención de Viena²⁰, en relación a la aplicación de las disposiciones establecidas en los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno del Estado Parte, cada uno de estos asume la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio y goce de los derechos protegidos.

3. Conclusiones parciales

El instituto de la prisión domiciliaria está diseñado para la protección de las personas más vulnerables del sistema, tratándose de acuerdo a las previsiones normativas de una modalidad en la ejecución de la pena (alternativa especial para ciertos supuestos). Del mismo modo puede ser aplicada como medida cautelar, en cuanto constituye la sustitución de la forma de cumplimiento de la prisión preventiva.

¹⁸ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), Prólogo, pág. 8.

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 5; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 5; Convención sobre los Derechos del Niño artículo 41; Convención contra la Tortura artículo 1.1.

²⁰ Aprobada por la ley 19.865, el día 3 de octubre de 1962, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

Resulta un derecho para las personas que se encuentran en las situaciones descritas por la ley y su concesión deberá atender a las razones humanitarias que, según cada caso concreto, dan fundamento al instituto, lo cual surge además de los tratados internacionales que nuestro Estado adopta e integra a la normativa interna.

Si bien la ley 26.472 amplió los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria al incluir el caso de las mujeres madres de hijos menores de cinco (5) años de edad o discapacitados a su cargo, generándose un avance en la regulación legal de la prisión domiciliaria, todavía se encuentran fuera del ordenamiento ciertas situaciones que han sido reconocidas por vía de fallos judiciales, pero que ameritan ser reguladas por la ley.

CAPITULO II - PRISIÓN DOMICILIARIA DE PADRES CON HIJOS MENORES DE 5 AÑOS DE EDAD A SU CARGO.

1. Introducción

El capítulo considerará el régimen del arresto domiciliario previsto en los supuestos de padres de niños menores de cinco años a su cargo y su aplicación en la práctica, realizando un análisis bajo la perspectiva del principio del interés superior del niño. En conjunto con ello analizará las directivas emanadas de la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales.

2. La aplicación del régimen de la prisión domiciliaria en el supuesto no contemplado del padre con un hijo menor de 5 años de edad. Fundamentos.

Tal como fue expuesto en el capítulo anterior, el instituto de la prisión domiciliaria puede ser solicitado por los sujetos que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en la ley²¹, quedando al margen ciertas circunstancias merecedoras del amparo legal como lo es el caso del padre que pide cumplir la pena de prisión dentro de su domicilio con fundamento en tener un hijo menor de cinco años de edad a su cargo.

La doctrina enfatiza en que la utilidad del instituto podría aumentarse en la medida que los casos que cubren el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal no fueran interpretados taxativamente.

En efecto, si bien el supuesto planteado no está previsto en el texto de la norma, sí encuadra en su espíritu al involucrar a personas vulnerables (niños en etapa de crecimiento y desarrollo personal), por lo cual deberá efectuarse una interpretación amplia de la norma, conforme los principios previstos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, aplicando la misma extensivamente al supuesto de padres que se encuentren en una situación análoga a la prevista en el inc. f) del artículo 32 de la Ley 24.660.

2. 1 Interés superior del niño como primer fundamento del caso

El interés superior del niño no solo es la principal razón por la cual se solicita el cumplimiento de la pena de privación de libertad en prisión domiciliaria por parte del

²¹ Artículo 10 del Código Penal y artículo 32 de la ley 24.660.

condenado padre de un hijo menor de cinco años a su cargo, sino también la primera circunstancia que deben tener en cuenta los tribunales frente al análisis y resolución de tal solicitud.

A nivel académico el interés superior del niño ha sido definido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección del menor de edad y, en general, de sus derechos (Zermatten, 2003). Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 17 (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño del 28 de agosto de 2002) vincula al mismo con las medidas de protección especiales destinadas a lograr el desarrollo de los menores.

Este principio fue incorporado al ordenamiento normativo nacional por la Convención Sobre los Derechos del Niño y posteriormente por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061), disponiendo esta última en su artículo 3 que "se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley".

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó dos finalidades básicas del mentado principio, la de constituir una pauta de decisión ante conflictos de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. Considera que éste proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido que lo que define la decisión es lo que resulta más beneficioso para ellos²².

Así, conforme lo manifiesta (Soruco, 2013) al momento de tomar una decisión los operadores jurídicos deberán considerar las situaciones especiales por las que puede estar atravesando un niño (por ejemplo, niños sin madres que sólo cuentan con la presencia y compañía de su padre) y, sin perjuicio que la ley refiera exclusivamente a su madre, analizar si en el caso concreto sería viable otorgar la prisión domiciliaria también a su padre, siempre con fundamento en el interés superior del menor.

En esta situación el eje está puesto en el impacto que el encarcelamiento del padre tiene en los hijos, quienes se ven privados de sus cuidados, transgrediéndose derechos fundamentales, tales como crecer junto a sus referentes afectivos más significativos.

Cabe destacar que, en virtud de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados

²² C.S.J.N., "S., C. s/ Adopción, Fallos: 328:2870 (2005)

están obligados a velar por el interés superior del mismo. Ésta en su artículo 3 sostiene que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior de niño”.

A todas luces se evidencia que en la hipótesis bajo estudio la prisión domiciliaria debe concederse o denegarse siempre procurando el bienestar del menor implicado y no en beneficio de la persona privada de su libertad (su padre). La doctrina sostiene que a través del artículo 32 inc. f) de la ley 24.660 no se otorga un derecho al condenado o condenada, sino que el fundamento de esta norma es la protección integral otorgada por un precepto de rango constitucional a quienes se encuentran comprendidos en la mencionada Convención.

Por lo tanto, para decidir sobre el encierro del padre, los jueces deben tener en cuenta el impacto que el mismo tendrá sobre la formación de sus hijos menores. En este sentido el Consejo de Derechos Humanos hace un llamado a todos los Estados para que atiendan a las consecuencias que el arresto de un progenitor causará sobre sus hijos y den prioridad a las medidas sin privación de la libertad al dictar una sentencia o al decidir sobre medidas preventivas para una persona que es la principal cuidadora de un menor⁴³.

Resulta prioritario disminuir los efectos perniciosos del encarcelamiento del progenitor, asegurando los recursos para evitar o reducir el riesgo de desviaciones en el crecimiento de los niños. Toda medida alternativa al encierro permite atenuar los efectos perjudiciales a los niños, quienes no son destinatarios de la sanción, evitando que sufran consecuentemente el castigo impuesto a su padre.

De lo analizado puede advertirse como la intrascendencia de la pena requiere también especial atención al momento de tomar una decisión en el supuesto planteado, en el que se encuentran involucrados niños y niñas. Es decir, que debe ser considerado que la pena impuesta al reo no perjudique a terceros ajenos a la misma.

2. 2 Principio de igualdad o no discriminación

Por otra parte, al referirse solo a la madre la ley genera una especie de contradicción con los lineamientos fijados por la Convención de los Derechos del Niño, toda vez que esta última normativa dispone en su artículo 9 que "los Estados partes velarán por que el niño no sea

separado de sus padres". En efecto, el derecho interno (art. 10 C.P. o 32 de la Ley 24.660) genera un límite a la posibilidad del arresto domiciliario al permitir solo a la madre acceder a cumplir su condena en el domicilio, siendo que dicho tratado refiere a ambos padres.

Aquí entra a jugar un papel importante el principio de igualdad por el cual todas las personas son iguales ante la ley²³, impidiendo fijar excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se les concede a otros en iguales circunstancias, sin permitir distinciones irracionales (Bidart Campos, 1994, p. 386).

Es en virtud de este principio que tanto madres como padres se encuentran en un pie de equidad, sin ser posible discriminar la procedencia del derecho a cumplir su condena en prisión domiciliaria, cuando tuvieran hijos menores a su cargo, en base al sexo de los progenitores. A ello se encuentra íntimamente relacionado el principio de no discriminación, el cual resulta fundamental para la correcta interpretación y aplicación de los derechos humanos.

2.3 La protección del niño y su familia como objetivos de la normativa

Asimismo, en el caso bajo estudio existe otra cuestión a tenerse en cuenta que es la protección de la familia. En base a la normativa internacional y nacional, este principio debe ser protegido para todos los menores de edad (Soruco, 2013).

En este sentido resulta importante valorar que el artículo 9 de la Convención plantea como regla que los niños siempre deben vivir junto a su familia, dándole un rol fundamental a esta.

En su Preámbulo otorga primordial importancia a la familia como "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, destacando que los Estados Partes vigilarán que los niños no sean separados de sus padres en contra de su voluntad, salvo cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño, como por ejemplo cuando el menor resulta víctima de maltrato

²³ Consagrado en el artículo 16 d la Constitución Nacional y receptado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 1º y 24º de la CADH, artículo 2º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. 1º y 2º de la Declaración de Derechos Humanos y 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos.

por parte de sus progenitores²⁴.

Sumado a ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de una familia, estableciendo que las únicas razones válidas para separar a un niño de su familia deben estar relacionadas directamente con su interés superior²⁵.

Además indicó que dicha protección aporta amplia y favorablemente al desarrollo y fortaleza del núcleo familiar, considerando que las actuaciones que tienen por resultado la división familiar constituyen una de las intervenciones estatales más severas y dañinas. Destacó que incluso la separación del niño de sus padres y hermanos biológicos efectuada legalmente procede sólo si se encuentra justificado que la misma se produce en interés superior del menor.

En igual sentido la jurisprudencia ha establecido que el derecho de los niños a crecer junto a su familia no se encuentra en cabeza del adulto responsable de delinquir sino en la persona en crecimiento afectada por su encierro, para quienes las funciones maternas y paternas resultan vitales⁴⁷. En efecto se entiende que la aplicación de este instituto no debe limitarse a la mera letra de la ley, sino que debe adecuarse a las especiales circunstancias del caso.

En base a todo lo expuesto se advierte que en el supuesto de la prisión domiciliaria solicitada por el condenado en virtud de estar a cargo de un menor de 5 años de edad, debe valorarse si en el caso concreto la detención en el domicilio del padre puede afectar de manera positiva en el bienestar físico y psíquico del niño y si es posible con esta medida provocar una relación paterno-filial que empuje el proceso de maduración del menor, debiendo evaluarse la influencia que genera la presencia del padre respecto del hijo.

En consecuencia si en la presencia activa del padre se ve una influencia positiva deberá decidirse su aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley de Ejecución Penal. Máxime cuando el estado se comprometió a asegurar la protección y desarrollo necesario a los niños, por su sola calidad de tal (Soruco, 2013, p. 9 y 10).

Si son tenidos en cuenta los objetivos de la norma (artículo 32 inc. f) ley 24.660, art. 10

²⁴ Artículo 9 C.D.N.

²⁵ Corte I.D.H., Sentencia Fornerón e hijo vs. Argentina, del 27 de abril de 2012.

C.P.) -la protección del niño y su familia-, no existen motivos para limitar su aplicación simplemente por el sexo del progenitor, ya que la prisión domiciliaria no resulta ser un derecho otorgado a los reos en virtud de tener un hijo menor de edad, sino que es el ejercicio de la protección de las garantías y derechos de los niños lo que orienta su aplicación o no.

Tal como lo considera la doctrina, en estos casos aparece como fundamental la posibilidad de favorecer el contacto del menor con sus progenitores, tratándose de un punto principal para su desarrollo.

2. 4 Primacía de los derechos del niño frente a conflicto de intereses

Tal como lo deja asentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación la protección integral del niño debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de manera tal que frente a un conflicto de interés de igual grado debe tener prioridad el interés moral y material de los menores sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en el caso particular²⁶.

Es decir, el Máximo Tribunal entendió que el interés superior del niño implica la prevalencia de los derechos de los niños y niñas en un caso de conflicto concreto e individual, conciliándose su interpretación con la ley 26.061 (Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes).

Esta normativa establece una especie de parámetro a seguir en la resolución de algún conflicto entre diversos intereses, previendo que "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Ello resulta aplicable por imperio del principio *pro homine*, contemplado en el artículo 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por el cual en caso de existir una controversia en la que se encuentren implicados derechos de los niños debe prevalecer el mejor derecho para ellos, es decir, que en materia de prisión domiciliaria debe adoptarse la norma que contenga las mejores o más favorables condiciones para el desarrollo de los mismos.

²⁶ C.S.J.N., "S.C. s/ Adopción", Fallos: 328:2870 (2005)

2. 5 Análisis previo, carácter excepcional de la medida.

Finalmente, sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que el instituto en estudio no es de aplicación automática, es decir, que la existencia de un hijo no es causa suficiente para otorgar la prisión domiciliaria de manera inmediata, sino que resulta necesario efectuar un análisis detallado de los beneficios y perjuicios reales que encontraría ese niño con la presencia de su progenitor en el hogar.

Así, a fin de que los jueces tengan una mejor apreciación de la situación real y concreta en que se encuentran los menores, previo a resolver, podrán valerse de informes socio-ambientales efectuados por profesionales de la gestión social, dictámenes de organismos provinciales, municipales o judiciales especializados que describan dicha situación, examinando el grado de vulnerabilidad del interés superior en cada caso concreto. Es en base a este análisis previo que quienes imparten justicia analizarán la posibilidad o conveniencia de ser otorgada o no en el caso concreto la prisión domiciliaria solicitada en estos casos.

En efecto, la concesión del instituto no resulta de manera inmediata aun cuando se encuentren reunidas las condiciones objetivas legalmente reguladas, dado que su otorgamiento debe ser analizado en cada situación en concreto, a efectos de no verse frustrados los fines previstos en la ley.

Tal como lo manifiesta la jurisprudencia, de la manera en que ha sido redactada la ley no se establece que por el solo hecho de comprobarse alguno de los extremos previstos en los artículos 10 del C.P. o 32 de la ley 24.660 la ejecución de la pena automáticamente debe cumplirse bajo la forma domiciliaria, sino que su procedencia queda supeditada a la apreciación judicial fundada²⁷. Además, sostiene que el derecho que le asiste a los menores de crecer dentro del seno de su familia "no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que habrá de ser evaluado en cada caso, analizando sus características particulares"²⁸.

3. Conclusiones parciales

El principal fundamento del pedido de prisión domiciliaria en el caso bajo análisis es el

²⁷ "Zotelo, Juana Beatriz s/recurso de casación", causa n° 11.246, Cámara Federal de Casación Penal Sala IV, 4/11/2009).

²⁸ CNCas. Penal, Sala III, "Herrera, Mara Daniela", La Ley Online 2008

interés superior de niño, el cual tiene sustento legal en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales con raigambre constitucional y en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -Ley N° 26.06-, entre otras.

Así mismo dentro de los fundamentos judiciales al resolver la aplicación del régimen de prisión domiciliaria en el caso concreto debe estar inmiscuido el principio *pro-homine*, por el cual debe prevalecer el derecho que contenga protecciones más favorables para el menor, como ser el de crecer junto a su progenitor en un ámbito familiar.

En efecto, en ciertos casos surge la necesidad de realizar una aplicación extensiva del supuesto contemplado en el inc. f) del artículo 32 de la Ley 24.660 o 10 del C.P. al caso no legislado del hombre que se encuentra en una situación análoga al de la madre, es decir, cuando es el principal y único cuidador de sus hijos menores de cinco años de edad, dándole completa prioridad al bienestar del niño y su familia.

Sin perjuicio de ello, sigue destacándose el carácter excepcional de la medida, lo cual obliga a los jueces a realizar un análisis previo de la situación real de los niños a los fines de emitir una decisión fundada, toda vez que ellos son los que poseen la potestad de autorizar el "beneficio" en pos de favorecer la conveniencia del menor.

CAPÍTULO III - CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

1. Introducción.

El último capítulo desarrollará dos fallos judiciales en los que las respectivas defensas de los imputados interpusieron recurso de casación contra la resolución del tribunal *a quo* por la cual éste había rechazado aplicar el régimen de prisión domiciliaria, solicitada por los imputados en virtud de ser padres de hijos menores de edad a su cargo, destacándose la diferente perspectiva jurisprudencial al momento de hacer o no extensivo dicho régimen a los casos planteados. Sumado ello serán observadas las manifestaciones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus opiniones consultivas emanadas de fallos significativos en cuestiones atinentes al interés superior del niño y la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad.

2. Análisis jurisprudencial sobre la procedencia de la prisión domiciliaria fundada en el interés superior del niño.

2. 1 Primer fallo. Cámara Federal de Casación Penal, sala I, "Miño, Luis Santiago s/Recurso de casación", Autos CCC52053/2011/TO1/1/CFC3.

Para fecha 8 de junio de 2015 la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto en la causa n° CCC52053/2011/TO1/1/CFC3, caratulada “Miño, Luis Santiago s/Recurso de casación”.

La solicitud de prisión domiciliaria que dio origen al incidente que llegó a casación fue efectuada el día 27 de julio de 2014 por la defensa de Luis Miño, ante el Tribunal Oral n° 7 de la Ciudad de Buenos Aires, invocando la aplicación analógica *in bonam partem*²⁹ de los artículos 10 del Código Penal y 32, incisos c y f, de la ley 24.660.

Fundó su pedido en que el imputado presentaba una situación familiar agravada desde el momento en que fue privado de su libertad, sumado a la incapacidad que padecía como consecuencia de la amputación de su pierna izquierda en el mes de febrero del año 2012. Además refiere que esa problemática impactó en todo su entorno familiar, generando la ausencia intempestiva del referente paterno para sus dos hijas menores, de dos y cuatro años

²⁹ “En beneficio del imputado”.

de edad.

Sumado a ello, la parte ofreció como elementos probatorios el informe social realizado al grupo familiar, incluyendo el desarrollo de los problemas de salud presentados por Miño e informó un domicilio donde el nombrado cumpliría su arresto en caso de hacerse lugar a la petición.

El tribunal *a quo* dio intervención al defensor a cargo de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años, quien remarcó junto al pedido del imputado que la cuestión debía resolverse atendiendo al interés superior de las hijas del imputado. Agregó que, si bien las niñas están bien con su madre y familiares, la realidad es que pierden el derecho a estar con su padre, encontrándose carentes de contención.

Por su parte, el Fiscal General se opuso a la solicitud efectuada por la defensa. Valoró el resultado del examen psiquiátrico y psicológico efectuado a Miño y el informe presentado por el hospital penitenciario, el cual concluyó que el nombrado se encontraba apto para permanecer alojado en el complejo penitenciario N° 1. Sumado a ello destacó que del informe social presentado por la defensa quedaba en evidencia que ambas hijas del imputado contaban con suficiente contención de su madre, e inclusive, la abuela de las niñas habitaba en la misma finca y colaboraba económicamente con la familia.

El Ministerio Público Fiscal concluyó que el caso en análisis no se condecía con los extremos dispuestos en el inc. f, de la ley 24.660.

En fecha 03 de noviembre de 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de la Ciudad de Buenos Aires denegó el pedido de prisión domiciliaria. En su decisión el tribunal afirmó que la situación de Luis Miño no podía subsumirse en ninguno de los supuestos excepcionales en los que la ley autoriza a los jueces a conceder la prisión domiciliaria.

En cuanto al estado de salud del nombrado, el *a quo* entendió que el informe realizado por el Cuerpo Médico Forense impedía dar crédito a las afirmaciones defensivas. Y en relación a la necesidad de que las hijas tuvieran contacto con su padre, los miembros del tribunal recordaron que las niñas se encontraban al cuidado de su madre, en un ambiente familiar propicio y con una situación económica precaria pero atenuada por la ayuda familiar. Por tales circunstancias dicho tribunal entendió que en el caso no se encontraba en riesgo el normal desarrollo de las menores.

Frente a esta decisión el Defensor Público Oficial *ad hoc* interpuso recurso de casación (conf. Artículo 456 y cc. del C.P.P.N.), el cual fue concedido por el mencionado Tribunal Oral. El mismo se fundó en que la resolución impugnada resultaba arbitraria por decidir en forma contraria a derecho y que la misma no constituía una derivación razonada del derecho vigente y de las circunstancias comprobadas de la causa.

Asimismo, el recurrente sostuvo que la resolución atacada afectaba manifiestamente las garantías constitucionales referentes al interés superior del niño, dejándose al margen las obligaciones emanadas de la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptándose un temperamento estrictamente procesalista, sin tener en cuenta además que la situación de vulnerabilidad padecida por Miño repercutía también en la psiquis de las pequeñas.

Finalmente citó doctrina y jurisprudencia a fin de avalar su postura, haciendo reserva del caso federal y solicitando que se casara el decisorio impugnado.

Una vez superada la etapa prevista en el art. 465 bis³⁰, en función de los artículos 454 y 455 del C.P.P.N., donde compareció la Defensa Oficial y presentó breves notas solicitando que se hiciera lugar al recurso de casación interpuesto, la causa quedó en estado de resolver.

Así los integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal entendieron que debía ser rechazado el recurso de casación interpuesto por el defensor de Luis Miño, partiendo de la premisa de que el legislador al crear la disposición del art. 32 de la ley 24.660 otorgó la facultad al juez para aplicarla, debiendo evaluar en cada caso particular la conveniencia o no de disponer la excepción a que se alude.

Respecto a la pretensión de la defensa de conceder la prisión domiciliaria de su asistido, fundada en la necesidad de que sus hijas tuvieran contacto con su padre, los magistrados señalaron que dicha situación no se encontraba dentro de las hipótesis establecidas en el artículo mencionado, afirmando que el caso debía observarse desde la perspectiva que mejor respete el Interés Superior del Niño.

Aun reconociendo las circunstancias específicas del caso analizado, no advirtieron que ese alegado "interés superior del niño" justificara la aplicación analógica de dichas normas.

En efecto, los camaristas entendieron que, tal como demostraban las constancias incorporadas al expediente, las menores no se encontraban desamparadas sino que, por el

³⁰ Artículo 465 bis C.P.P.N.

contrario, contaban con el resguardo afectivo de su madre, abuela y el resto del grupo familiar.

Destacaron que más allá de los problemas lógicos que trae aparejado el encarcelamiento de una persona, tanto para quien lo sufre como para su entorno más cercano, no fue advertido que las hijas del imputado estuvieran en una situación de abandono e inseguridad que habilitase a hacer excepción, en pos de garantizar los derechos superiores del niño, al régimen establecido en la normativa invocada.

En este sentido, tal como lo expresó esa Cámara en los Autos "Ramírez, Alejandra Zulma s/Rec. de casación" (sala IV, sentencia del 26 de agosto de 2013, Registro n° 1534/13), el derecho que asiste a los menores de crecer dentro del seno de una familia no debe ser interpretado en abstracto y de manera absoluta, debiendo ser evaluado en cada caso analizando sus particularidades.

Asimismo los jueces sostuvieron que la denegatoria de la prisión domiciliaria no fue dirigida en perjuicio de las menores ni del estándar internacional de resguardo del interés superior del niño, recordando lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva n° 17, donde aquel tribunal estableció que el principio del interés superior del niño estaba fundado en la dignidad de las personas, las características de los niños, la necesidad de su máximo desarrollo y el alcance de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Finalmente los magistrados consideraron que la instancia anterior había efectuado un análisis acabado de la situación presentada en la causa, advirtiendo que si bien la defensa resaltó los sufrimientos padecidos por la familia de Miño a causa de su detención, conforme la ley vigente los menores no se encontraban desprotegidos o abandonados.

2.2 Segundo fallo. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, "S., M. A. s/ rechazo de prisión domiciliaria", autos N° CCC 33981/2017/TO1/CNC2.

En fecha 20 de Marzo de 2018 la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Provincia de Buenos Aires) resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto en autos N° CCC33981/2017/TO1/CNC2, caratulada "S., M. A. s/ rechazo de prisión domiciliaria".

Cabe destacar que en este caso el encierro del imputado tenía el carácter de medida cautelar -prisión preventiva-, toda vez que el mismo no había sido condenado sino que se encontraba transitando el proceso.

La defensa de M. A. S. solicitó ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 25 de la Ciudad de Buenos Aires la morigeración de la prisión preventiva sufrida por el nombrado en razón de que el mismo se encontraba a cargo de sus hijos menores de edad (de 8, 9 y 13 años de edad), los que habían sido abandonados por su madre y quienes estaban al cuidado de su abuela paterna.

Ésta entendió que correspondía aplicar el inc. f del artículo 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660, a partir de una analogía *in bonam partem* en base al principio hermenéutico *pro homine*, destacando que la situación de encierro del imputado afectaba tanto a los niños como a su madre, quien se había visto obligada a encargarse del cuidado de los menores a partir de la ausencia de su hijo.

En relación a ello, la defensa invocó el interés superior de los niños, adjuntando un informe social confeccionado por la Defensoría General de la Nación, el cual detallaba que la abuela de los menores se hallaba frente a responsabilidades y tareas que excedían de sus posibilidades.

Asimismo se incorporó a la causa otro informe efectuado por la Sección Asistencia Social del Complejo Penitenciario Federal N° I, en cuyas conclusiones la Licenciada en Trabajo Social actuante señaló que la situación del interno no encuadraba en ninguna de las causales estipuladas en la normativa, toda vez que los hijos eran mayores de cinco años y que la situación no resultaba novedosa para la abuela de los niños, ya que había asumido su cuidado hacia cuatro años mientras el hijo se hallaba detenido.

Por otra parte el Fiscal General dictaminó el rechazo del pedido de acceder a la prisión domiciliaria, en base a que la situación del imputado no se encontraba dentro de una de las hipótesis previstas por la ley 24.660.

Para fecha 21 de diciembre de 2017 el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 25 denegó el planteo, valorando los informes practicados durante el trámite de la incidencia y considerando que sería difícil para la madre del imputado ejercer el control de permanencia del nombrado en el domicilio fijado, lo cual acarrearía un riesgo para sí y para terceros, por lo cual no se adecuaría a las previsiones de los mencionados artículos.

Dicho tribunal sumó a los argumentos de su negativa que en el caso concreto tampoco resultaba viable que el imputado retomara su trabajo para poder contribuir a la economía de la familia, ya que en su declaración indagatoria el mismo había manifestado que se encontraba desocupado desde hacía seis meses aproximadamente. Finalmente valoró el escaso tiempo de detención del nombrado (desde el 6 de junio de 2017) y la necesidad de asegurar su sujeción al proceso.

Frente a esa decisión la defensa técnica de S. interpuso recurso de casación, afirmando que al negar el pedido de prisión domiciliaria el tribunal había interpretado erróneamente las disposiciones mencionadas e incurrido en arbitrariedad al fundamentar dicha negativa, viéndose afectadas previsiones de la Constitución Nacional, de la Convención Sobre los Derechos del Niño y del Código Procesal Penal de la Nación.

Además sostuvo que los argumentos expuestos por el tribunal no resultaban suficientes frente al planteo realizado ni cumplía con los requisitos previstos en el artículo 123 del C.P.P.N.

Para fecha 01 de marzo de 2018, la Sala I de la Cámara mencionada dio trámite al recurso planteado -artículo 465 bis del C.P.P.N.-. Durante la audiencia el Defensor Público a cargo de la Unidad de Actuación N° 2 ante esa Cámara mantuvo el recurso presentado y la titular de la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años de la D.G.N. recomendó se hiciera lugar al arresto domiciliario en resguardo de los derechos y garantías de jerarquía constitucional de los menores en cuestión.

Tras deliberar los camaristas resolvieron conceder la prisión domiciliaria al imputado. En primer lugar hicieron constar que recién en esa instancia había sido convocado el Defensor Oficial de Menores e Incapaces como operador jurídico idóneo y competente, quien al no resultar comprometido por intereses del imputado garantizaba los derechos de los niños a ser escuchados, ya que en la instancia anterior no había tenido intervención.

La Cámara entendió que ello revelaba el enfoque incorrecto realizado por el *a quo* en la resolución atacada, siendo que este último no había valorado que el fundamento invocado por la defensa para solicitar la prisión domiciliaria no tenía como beneficiario directo el imputado sino sus hijos menores de edad, en cuyo interés superior se había basado la petición. Los jueces destacaron que en la instancia anterior no se había dado un adecuado tratamiento al interés superior del niño en los términos del art. 3.1 de la Convención Sobre los Derechos del

Niño.

Tampoco concordaron con el argumento de la peligrosidad del imputado, considerando dicho fundamento como una suposición inconsistente y sin sustento en la causa. Advirtieron que el control que el Tribunal Oral pretendía hacer caer en cabeza de la abuela de los niños no era más que aquél correspondiente al Estado, el cual podría llevarse a cabo con un dispositivo de vigilancia electrónica.

Los miembros de la Cámara consideraron principalmente que el supuesto previsto en el inciso f del artículo 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660 (prisión domiciliaria para la madre de un hijo menor de cinco años de edad o discapacitado a su cargo) respondía a una necesidad de unidad familiar y al interés superior del niño, remarcando que la edad y el género previstos en el mencionado supuesto no pueden ser interpretados restrictivamente en perjuicio de los principios emanados de la mencionada Convención.

Asimismo los camaristas expresaron que en la actualidad, a partir de los compromisos asumidos en los tratados incorporados a nuestra constitución y en base a las normas plasmadas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya no podía afirmarse que la crianza de los niños menores es exclusiva de la madre, circunstancia que preponderaba al momento de sancionarse la normativa en estudio.

Sostuvo que debía realizarse un razonamiento inverso cuando se invocaba el interés superior del niño, analizándose en el caso concreto si estaban resultando garantizados los derechos y obligaciones de los menores y con posterioridad revisar los supuestos legales previstos por el legislador.

Esa Cámara expresó que la instancia anterior no analizó qué era lo que resultaba mejor para los niños en cuyo beneficio se solicitaba el instituto, sino que se limitó a señalar que éstos se encontraban contenidos por su a abuela.

En coincidencia con lo sostenido por esa misma Cámara en el fallo "P., E. V. s/ prisión domiciliaria" del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires³¹, los jueces consideraron que debía ser concedido el instituto peticionado en virtud de garantizar el contacto diario y cotidiano de los niños con su padre, máxime cuando existía ausencia de la madre. En refuerzo de ello fue destacado el informe realizado por el Equipo

³¹ Sentencia de fecha 07/12/2010

Interdisciplinario presentado por la Defensoría Oficial.

Asimismo entendieron que en el caso concreto, frente al abandono de la madre padecido por los menores, M.A.S era quien debía ejercer la responsabilidad parental y llevar adelante la educación de los mismos, resultando la prisión domiciliaria una solución equitativa a los fines de cumplir y asegurar el derecho de esos niños a crecer en el seno de su familia.

Señalaron que, si bien el art. 32 de la ley 24.660 no contempla la procedencia del arresto domiciliario en el caso del padre, tanto la Convención Sobre los Derechos del Niño como la Convención de Viena obligan al Estado argentino a proteger el interés superior de los menores, no pudiendo utilizar disposiciones de derecho nacional para incumplir los compromisos internacionales, transformándose en obligación la aplicación analógica del mismo, la cual no podría aparecer como prohibida toda vez que no sólo no perjudica al imputado sino que la misma es en beneficio de sus hijos menores.

Otro punto estimado por los miembros de la Cámara de Casación, siempre resaltando que en el caso los menores no cuentan con la asistencia de su madre, son las previsiones de la C.D.N. en cuanto regula los efectos del encarcelamiento y la obligación de los Estados de asegurar que padres e hijos mantengan un contacto regular.

Por todo lo expuesto, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y correccional de la Capital Federal resolvió hacer lugar al recurso de casación y conceder la prisión domiciliaria a M.A.S.

2.3. Fundamentos de los fallos presentados

Como puede advertirse, en ambos precedentes jurisprudenciales fue analizada la existencia de constancias acreditadas de que los menores en cuestión, en cada uno de los casos, se encontraban en situación de abandono o desprotección, capaz de comprometer el Interés Superior del Niño.

Además, del análisis efectuado por las mencionadas Cámaras de Casación se desprende la idea de que la concesión del arresto domiciliario no tiene carácter automático, aun cuando se reúnan todos los requisitos objetivos de la norma, debiendo al momento de ser otorgada analizarse cada situación en concreto a los fines de cumplir con la normativa legal nacional e

internacional.

En los dos fallos los camaristas valoraron los diversos informes psicológicos y sociales aportados en el expediente, evaluando como punto fundamental, a los efectos de hacerse o no lugar a la aplicación del régimen de prisión domiciliaria, que dicho Interés Superior del Niño no hubiese sido afectado.

2.3.1. Primer fallo

De los argumentos expuestos en el primer fallo surge que las menores de edad, en cuyo interés superior había sido solicitada la aplicación analógica de la normativa que regula la prisión domiciliaria a la situación de su padre, mantenían en resguardo su interés y no se hallaban desamparadas.

Más allá de las consecuencias lógicas que implica, tanto para la persona encarcelada como para su entorno familiar, la privación de libertad, en el caso concreto la Cámara apreció que las menores no se encontraban en una situación de abandono que ameritara efectuar una excepción en miras de garantizar sus derechos superiores.

Destaca la idea de que el derecho de los niños de crecer junto a sus padres no resulta absoluta, sino que debe ser evaluado en cada caso particular. Es imprescindible realizar un estudio que permita distinguir las diferentes circunstancias y determinar si la denegatoria del instituto solicitado por la defensa implica un perjuicio a los menores o a la normativa internacional que resguarda el interés superior de los mismos.

Este análisis fue efectuado por los camaristas en la sentencia desarrollada al sostener que, tal como surgía de las constancias de la causa, en el caso concreto no existían derechos vulnerados de las hijas menores de edad del imputado, toda vez que las mismas se encontraban al cuidado de su madre y otros familiares, quienes les otorgaban la contención afectiva y material necesaria.

La jurisprudencia que viene aplicándose en relación a la interpretación y aplicación del principio que regula los derechos del niño se basa en la dignidad misma del ser humano, en las características propias del niño y en la obligación de incentivar el desarrollo de sus potencialidades al más alto nivel y en la naturaleza y alcances de la Convención Sobre los

Derechos de los Niños.

En consecuencia el Interés Superior del Niño debe servir de orientación a la hora de tomar una decisión y no aplicarse automáticamente a todos los casos. Y, si bien la normativa no prevé el supuesto de la prisión domiciliaria para el padre que en reemplazo de la madre - por cualquier causa- cumple idéntico rol de cuidador principal de los hijos menores de edad, lo cierto es que el concederse el instituto en esos casos “puede constituir un deber moral susceptible de ser atendido, amparado en las necesidades de un menor”³².

En relación a lo expuesto resultan importante las precisiones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya Opinión Consultiva n° 17/2002 afirmó que el principio del interés superior del niño es el principio regulador del que se debe partir a los fines de asegurar todos los derechos observados en la Convención y es el criterio que deben seguir el Estado y la Sociedad frente a la protección de las garantías pertenecientes a los menores de edad.

En el fallo analizado los miembros de la Casación valoraron que el mentado interés no había sido vulnerado dado las condiciones en las que se encontraban las hijas del imputado, quienes estaban a cargo de su madre, viéndose materializado el espíritu de la norma que busca el interés superior del menor.

2.3.2. Segundo fallo

Durante el análisis de este último fallo surge la importancia que los camaristas otorgan a la participación del Ministerio Público como operador jurídico idóneo en el supuesto en que es solicitada la prisión domiciliaria por el padre en beneficio del interés superior de sus hijos, ya que al garantizar los intereses del niño éste se mantiene al margen de los eventuales intereses del imputado y se enfoca específicamente en lo que resulte conveniente para el niño.

Otro punto significativo que tuvieron en cuenta los jueces de casación fue entender que el supuesto contemplado en el inciso f del artículo 32 de la ley 24.660 o 10 del C.P. resulta una presunción que admite prueba en contrario y responde siempre a al interés superior del niño

³² “CFed.Cas.Pen., sala II, reg. N° 1841.15.2, “García Camila Belén s/Recurso de casación”, c. N° CCC50000844/2009/TO1/3, rta. (12/11/2015)

y la unión familiar. Es en base a esta razón que los magistrados advirtieron que el género y la edad previstos en tal precepto no pueden ser interpretados y aplicados en perjuicio de esos intereses, los que surgen además de la Convención Sobre los Derechos del Niño, normativa que goza en nuestro ordenamiento de jerarquía constitucional.

Los camaristas estimaron que debía concederse al interno la posibilidad de cumplir su pena bajo la modalidad de la prisión domiciliaria basándose en una aplicación analógica, entendida en favor de la persona, de las previsiones contenidas en la normativa descripta. Además recalcaron que dicha normativa, valorada siempre en beneficio de los menores de edad, deberá ser considerada junto con las disposiciones de jerarquía constitucional.

A estos argumentos los jueces suman el contenido de las disposiciones del Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén el cuidado de los hijos menores de edad en cabeza de ambos progenitores, dejando atrás la antigua costumbre social de que debía ser la madre la persona encargada de la educación de los niños.

Quedó determinado que frente a un caso como el desarrollado -prisión domiciliaria solicitada por el padre de un menor de edad que no cuenta con la presencia y contención de su madre- lo primero que debe analizarse es si se encuentran garantizados los derechos del niño, referidos al contacto diario y cotidiano con uno de sus padres, y luego ubicar si el caso se adecúa o no a alguno de los supuestos legales previstos por el legislador.

Asimismo, se destaca la obligación que tienen todos los operadores jurídicos al momento de brindar una respuesta jurisdiccional de resolver, en cada caso particular, conforme lo mejor y más conveniente para el desarrollo integral del menor, priorizando en todo momento el principio del interés superior del niño.

En este mismo orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que los jueces deben dictar "(...) las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia³³.

³³ C.S.J.N., "García Méndez, Emilio y otra", Fallos 331:2691 (2008)

3. Disposiciones orientadoras emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al interés superior del niño.

Frente a una situación como la expuesta, en la que el principal argumento resulta el bienestar del menor de edad, los tribunales de nuestro país utilizan como pautas orientadoras al momento de resolver el caso ciertas precisiones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien utiliza con frecuencia el concepto del interés superior del niño.

Como fue expuesto con anterioridad la Corte Interamericana hizo referencia por primera vez al interés superior del niño en la sentencia del 28 de agosto de 2002, en cuya opinión consultiva n° 17/2002 sostuvo que ese principio regulaba los derechos de los menores desde la perspectiva de la dignidad humana y las características propias de los mismos, priorizando el desarrollo máximo de sus potencialidades y el alcance de lo dispuesto en la Convención Sobre los Derechos del Niño³⁴.

Para fecha 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación ciertas normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, a los fines de determinar ciertos límites y medidas en relación a los niños, además de formular criterios generales válidos sobre la persona menor de edad.

Por otra parte, este tribunal en la sentencia del día 27 de abril de 2012, en el marco del caso "Fornerón e Hija vs. Argentina", expresó como elemento fundamental en la vida de una familia el respeto de la convivencia entre padres e hijos, detallando que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia" y que dicha separación tiene carácter excepcional y preferentemente debe ser temporaria.

Asimismo resalta que frente a cualquier decisión que se tome referida a los menores de edad lo principal que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño, debiendo ajustarse a las disposiciones que rigen los derechos del menor.

La Corte reiteró que este principio regulador de la normativa referida a los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los

³⁴ Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17 (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño del 28 de agosto de 2002)

menores y en la necesidad de aportar al desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

4. Conclusiones parciales

Numerosos tribunales coinciden en que principios constitucionales como lo es el del interés superior del niño, cuyo concepto también fue determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen pautas orientadoras para extender el análisis de la prisión domiciliaria al supuesto del padre que cumple con las condiciones prescriptas en la ley.

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia entiende que el derecho de los niños, niñas y adolescentes de crecer dentro del seno de una familia no debe ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que habrá de ser evaluado en cada caso concreto, analizando sus características particulares y la conveniencia respecto al bienestar del menor.

De lo expuesto respecto de ambos antecedentes jurisprudenciales cuyos contenidos fueron desarrollados precedentemente, puede destacarse que el punto de partida para evaluar la concesión del arresto domiciliario cuando se encuentran involucrados menores de edad resulta el interés superior del niño, debiendo privilegiar su situación de amparo a los efectos de lograr su mejor y más sano desarrollo integral.

CONCLUSIONES FINALES

Durante el desarrollo del presente trabajo se entendió que el instituto del arresto domiciliario está diseñado para la protección de las personas más vulnerables del sistema. Como modalidad de ejecución de la pena de prisión o de una medida cautelar -prisión preventiva-, según se trate respectivamente de una persona condenada o procesada, constituye una alternativa de cumplimiento de las mismas dentro de un domicilio fijado al efecto.

Ésta procede en las hipótesis reguladas por la norma, pero en ciertas situaciones particulares, puede ser concedida mediante la interpretación extensiva de principios amparados constitucionalmente, como los principios de humanidad e interés superior del niño.

En base a la reforma constitucional de 1994 que incorporó y otorgó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos por vía del artículo 75 inc. 22, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, fue sancionada la Ley Nacional 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, la cual incluyó casos novedosos que atenuaban el encierro carcelario, fundándose en razones humanitarias y de protección de los derechos del niño.

Con posterioridad, y en armonía con el avance del Derecho de los derechos humanos, apareció la ley 26.472 introduciendo modificaciones al régimen vigente hasta ese momento, mediante las cuales amplió el número de supuestos que daban lugar al arresto domiciliario, entre los que incluyó el caso de la madre de un hijo menor de cinco años o de un discapacitado. Sin embargo dicha norma siguió dejando fuera de su amparo ciertas situaciones que por su naturaleza requerían de tal morigeración, como el caso del padre con hijos menores de edad a su cargo, cuando es el principal y único cuidador de los menores.

Frente a esa deficiencia de la ley la jurisprudencia se vio obligada a buscar respuestas basándose en una interpretación amplia y extensiva de los preceptos reguladores del instituto, en virtud del principio *pro homine*, incluyendo los casos que se encontraban fuera de la letra de la ley y en los que se veían afectados gravemente los valores, derechos y garantías de las personas, en particular de los niños y niñas.

Como se vio a lo largo del trabajo, no existe fundamento válido para excluir este supuesto del régimen de la prisión domiciliaria, máxime cuando se considera que la aplicación analógica *in bonam partem* -en favor del condenado o imputado- de los

preceptos reguladores del instituto bajo análisis (hipótesis previstas en el inc. f. del art. 32) resulta una obligación constitucional que debe ser afrontada al resolver cada caso en particular por los operados jurídicos, en equilibrio con el resto del ordenamiento jurídico tendiente a la protección de los niños y la familia, valorando las consecuencias que produciría dicha interpretación de las normas sobre los menores afectados.

Se puede afirmar que el principio del interés superior del niño resulta el principal fundamento en el que se apoyan los diferentes tribunales al momento de decidir la concesión o no de la prisión domiciliaria en el supuesto analizado durante el trabajo.

Los jueces de todas las instancias consideran a este interés superior como una norma rectora a la hora de decidir la solicitud de esa medida en la que se encuentra inmerso el bienestar del menor, ya que la misma resulta una garantía constitucionalmente tutelada, sobreponiendo el beneficio del niño por sobre el propio interés del interno.

Además, con el desarrollo de los antecedentes judiciales efectuado en el tercer capítulo, quedó comprobado que a la hora de resolver los jueces entienden que el derecho de los niños, niñas y adolescentes de crecer dentro del seno de una familia deberá ser evaluado en cada caso concreto, analizando sus características particulares y la conveniencia respecto al bienestar del menor, otorgando considerable importancia a los informes que puedan aportar ciertos organismos respecto a la real situación en que se encuentran esos menores.

Por lo tanto el estudio y análisis de la jurisprudencia nacional e internacional, permite sostener que los órganos judiciales argentinos han avanzado con la interpretación y aplicación del interés superior del niño, el cual, conforme lo manifiesta la doctrina, actúa como parámetro superior y punto de partida para extender el régimen de la prisión domiciliaria a los supuestos no contemplados en el mismo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- Antonini, M. A., Avaca, D. J., Birreci, N. C., Bloch, I., Caporale, C., Corbo, P., Culotta, J. M., Diedrich, M. A., Divito, M. A., Diz, I. C., Fernández, A. V., Friele, G. E., Fusco, L., Garello, M., Iellin, D., Iarte, I. F., Manzanares, F., Marum, E., Morosi, G. E. H., Otranto, G., Pérez, A. L., Pérez, J., Subías, J., Viera, M. A. y Vismara, S. (2005). *Código Penal Comentado y Anotado- Parte General*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Becerra, S., Camaño, A. E., Dias, L. A., Donnes, A. y Oliver, A. (2015). La aplicación de prisión domiciliaria en casos de padres con niños menores de cinco años a su cargo. *Revista electrónica Pensamiento Penal*, (91). Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/sol-becerra>.
- Bertora, C., Bruera, M. y Lazzaneo J.I. (2014). Prisión domiciliaria, su función como pena alternativa y la implicancia del interés superior del niño en ella. *Revista electrónica Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39697>
- Bidart Campos, G. J. (1994). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Cesano, J. D y Perano, J. (2005). *El Derecho de Ejecución Penal: un análisis del ordenamiento jurídico de la provincia de Córdoba*. Córdoba, Argentina: Alveroni.
- Cesano, J. D. (2005). *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba, Argentina: Alveroni.
- Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista Justicia y derechos del niño, Unicef*, (1),48.
- Claría Olmedo, J. A. (2004). *Derecho Procesal Penal "Tomo III"*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Coussirat, J. y Peñaloza, F. (2013). *Código Procesal Penal Comentado de la*

Provincia de Mendoza. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

- D'albora, F. J. (2012). *Código Procesal Penal Anotado, Comentado y Concordado.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- D'Alessio, A.J. (2009). *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado.* Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- De La Rúa, J. (1997). *Código Penal Argentino.* Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Donna, E. A. (2005). *Excarcelación.* Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Edwards, C. E. (2007). *Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.* Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2001). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Freedman, D. (2010). Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales. *Revista de derecho Penal y Procesal Penal, (10)*, 1919.
- Laje Anaya, J. (1997). *Notas a la Ley Penitenciaria Nacional N°24.460.* Córdoba, Argentina: Advocatus.
- La Rosa, M. (2007). *Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado.* Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- La Rosa, M. R. (2006). *Exención de prisión y excarcelamiento.* Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Macagno, M. E. (2009). *El interés superior del niño en el proceso penal de adultos.* Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Navarro G. R. y Daray R. R. (2013). *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial.* Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Pinto, M. (1997). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. La aplicación de los tratados de derechos*

humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.

- Pinto, M. (2009). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14),317-358.
- Vélez Mariconde, A. (1951). “Prisión preventiva y excarcelación”, J.A. 1991- IV-101.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Manual de Derecho Penal- Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

1. Legislación

n

Internacional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- Convención Universal de los Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Nacional

- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de Mendoza.
- Código de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad de la Provincia de

Mendoza.

- Constitución Nacional.
- Decreto 1.058/97 de ejecución de la pena privativa de la libertad.
- Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad 24.660 (BO 16/07/1996) y modificatorias: ley n°26.472 (BO 20/01/2009), n°27.375 (BO28/07/2017).
- Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes 26.061 (BO 26/10/2005).

2. Jurisprudencia

Nacional

- CFed.Ap.Mza., Sala B, "Incidente de Prisión Domiciliaria de Orozco Campos, Humberto Arnaldo p/ Infracción Ley 23737 (Art. 5 inc. "c", Art. 5 inc. "a" y tenencia por consumo personal" causa 29005(2016).
- CFedCP., Sala I. "Calisaya, Landriel Silvana s/recurso de casación", causa16.833 (2013).
- CFedCP, sala I, "Miño, Luis Santiago s/Recurso de casación", Autos CCC52053/2011/TO1/1/CFC3.
- CFed.Ap.Mza., Sala B, "Incidente de prisión domiciliaria de Tejada Nieva, Bibiana Verónica por infracción Ley 23.737 "art. 5 inc. c" causa 13629 (2014).
- CFedCP., Sala I, "Gómez Jensen, Silvia Gabriela s/ recurso de casación ", causa 698 (2015)
- CFedCP., Sala II, "Teomanópulos, Liliana", causa 9458(2009).
- CFedCP., Sala II, "Chusgo Miranda, Nelly s/ recurso de casación", causa 3243 (2017).
- CFedCP., Sala II, "Castillo, María Victoria s/ recurso de casación", causa 16.346 (2013).
- CFedCP., Sala IV, "Aguilera, Maximiliano", causa 15.026(2011).
- CFedCP., Sala IV, "Martínez Escobar, Gustavo Raúl", causa 16.036(2012).
- CFed. Paraná., " Quiroga, Griselda Mabel", La Ley online(2008).
- CNCas. Penal., sala VI, " Lovecchio, Nicolás", causa 5645(1997).
- CNCas. Penal., Sala III, "Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de casación", causa 7280 (2006).
- CNCas. Penal., Sala III, "Herrera, Mara Daniela", La Ley Online(2008).

- CNCas. Penal., Sala IV, “Yergo Morante, Ramiro s/ recurso de casación”. Causa 1288 (2013).
- CNCP. Sala III. “Rodríguez, Víctor Daniel s/ Recurso de Casación”, causa 13.856 (2011).
- C.N.C.P., "A., A. T. s/ Rec. de casación", L.L.2006-E-788.
- CNACrim. y Corr., ”Ortiz Galeano, Claudia Elizabeth s/excarcelación ”, causa 155 (2009).
- C.N.A.Crim. Corr. Fed "Estrada Mansilla, Mariana Romina s/ prisión domiciliaria", causa 33.772(2008).
- C.N.C.Crim.Co., Sala I, "S., M. A. s/ rechazo de prisión domiciliaria", autos N° CCC 33981/2017/TO1/CNC2.
- C.N.C.Crim.Co-CF, Sala I., "Scopa, Marcelo Adrián s/rechazo de prisión domiciliaria", causa 33981(2017).
- C.S.J.N., “Arriola, Sebastián y Otros”, Fallo 332:1963 (2009), consid.23.
- C.S.J.N., "Estrada Mansilla, Mariana Romina s/ prisión domiciliaria", (2008).
- C.S.J.N., "García Méndez, Emilio y otra", Fallos 331:2691(2008).
- C.S.J.N., "Kot", Fallos 241:291 (1958).
- C.S.J.N., "S., C. s/ Adopción", Fallos: 328:2870(2005).
- C.S.J.N., "V.S. v. D.A.M.", Fallos 324:975(2001).
- TOCF N° 2., “Edgardo Víctor Pérez s/ Arresto domiciliario”, Del 07/12/2010. *Revista pensamiento penal*. Recuperado el 09/05/2018 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos27792.pdf>.
- T.O.C.F N°5, "Incidente de prisión domiciliaria de Ana María Balor" causa 1957, (2014).
- TSJC., Sala Penal, “Pastor” n° 71,23/08/2000
- TSJ de Córdoba., ""Wassan, Gabriela Mirta. Cpo. de ejecución de pena privativa de libertad. Recurso de casación", expediente SAC 1757643(2015).

Extranjera

- Corte IDH., Sentencia Fornerón e hijo vs. Argentina.(2012).
- Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 17 (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño del 28 de agosto de2002).
- Corte IDH., "Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C

No. 100, Párrafo134.

- Corte IDH "Mendoza vs Argentina" de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, Párrafo142.
- Corte IDH "Masacres de Río Negro vs. Guatemala", sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, Párrafo120.
- Corte IDH "Atala Rifo y Niñas vs, Chile". sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo108.