

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA

ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES

Director: Dr. Abel Fleming



TRABAJO FINAL

PRISIÓN DOMICILIARIA. SU TRATO EN LA JURISPRUDENCIA.
CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA SISTEMÁTICA A HACER LUGAR A
ESTA MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE LA PENA.

NOELIA EDITH BONETTO



PRISIÓN DOMICILIARIA

I-INTRODUCCIÓN

A los fines de la realización del presente trabajo se utilizará el método hipotético-deductivo propio de la investigación de carácter cualitativo descrito en una obra dedicada a la construcción del conocimiento científico. Para los autores de esta obra, el método hipotético deductivo parte de la formulación de una hipótesis, entendida esta como una suposición o una afirmación provisional que sirve como punto de partida de una investigación. Se habla entonces de una hipótesis de trabajo, en donde se expresa la intuición de quien realiza la investigación del fenómeno que está observando. La hipótesis es provisional porque el objetivo de la investigación es precisamente corroborar o refutar la hipótesis de acuerdo con la teoría, las observaciones y las experiencias que utilice el investigador.¹

Siguiendo a estos autores, este método reconoce los siguientes pasos:

- 1-Reunir información sobre algún suceso desconocido, inexplicado o nuevo; o reunir una información sobre algo que ya ha sido estudiado y que nos puede parecer que merezca una información más completa.
- 2-Formular hipótesis sobre esas observaciones.
- 3-Deducir una consecuencia a partir de esa hipótesis, buscando pruebas empíricas que pongan a prueba esa explicación o consecuencia.

II-ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

A fin de evitar la privación de libertad en establecimientos penitenciarios de aquellos grupos que merecen especial protección, y atendiendo a fines totalmente humanitarios es que en el año 2.008 se aprueba en el Congreso de

¹ BONILLA CASTRO, Elssy; HURTADO PIETRO, Jimena; JARAMILLO HERRERA, Christian, Coords. *La Investigación. Aproximaciones a la construcción del conocimiento científico*, 2009, 30-31.



la Nación la ley N° 26.472 que modifica la Ley de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad N° 24.660 y el Código Penal.

Es por fines humanitarios que se amplían los supuestos en los cuales se puede sustituir el encierro carcelario por el arresto domiciliario a fin de evitar la prisionización de personas que no se encuentren en condiciones de afrontar el encierro carcelario, como es el caso de las mujeres embarazadas, de las personas con discapacidad o enfermas, etc.

Así, la nueva redacción del art. 32 de la Ley 24.660 establece lo siguiente:

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

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

En virtud de la nueva normativa, los magistrados podrán disponer siempre que se den los supuestos previstos en la ley, la sustitución del encierro en prisión por el arresto domiciliario.

Conforme los fines que el legislador tuvo en mira al momento de sancionar la ley, la concesión del arresto domiciliario no debe ser interpretada como una facultad discrecional del Juez, sino como un derecho que tienen las personas en conflicto con la ley penal que se encuentren en los supuestos previstos por la ley.



Previo a adentrarnos en el tema que motiva la realización de este trabajo, es necesario indagar en la intención, en el espíritu que el legislador tuvo en miras al sancionar la ley ya que, a los fines de este trabajo, la letra de la norma resulta insuficiente.

Por ese motivo, es necesario indagar en las discusiones parlamentarias llevadas a cabo en el Congreso de la Nación que culminara con la sanción de la ley n° 26.472 a los efectos de dejar de manifiesto que el legislador no ha dado facultades discrecionales a los magistrados a la hora de resolver acerca de esta modalidad de ejecución de pena privativa de la libertad, que la discrecionalidad que se afirma no es tal.

2.1 Discusiones parlamentarias

Así, en las discusiones parlamentarias en la Cámara de Diputados, orden del día n° 1.261 quedó de manifiesto que las instituciones penitenciarias no resultan adecuadas para alojar a ciertos colectivos vulnerables².

Tomando nota de ello es que, en el marco de estas discusiones, el legislador tuvo la intención de aminorar en parte las consecuencias de la privación de la libertad de determinados colectivos vulnerables, en donde la prisión efectiva sea el último recurso.

En este entendimiento, conforme surge de estas discusiones, la prisión domiciliaria constituye una de las vías por las cuales el legislador ha receptado el principio de trato humanitario en la ejecución de la pena. Principio que en nuestro país tiene plena consagración normativa a tenor de lo dispuesto en el **artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional**; en el **artículo XXV de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre** que en su último párrafo dispone que *“todo individuo...tiene derecho también a un trato humano durante la privación de su libertad”*; en el **artículo 5.2 de la**

² Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, O.D. n°1261, 4. http://www.ub.edu/ospdh/ospdh_ant/pdf/arts%20areas/privacio/monitoreig/Discusi%C3%B3n%20arresto%20domiciliario.pdf (disponible en internet en fecha 13/09/17).



Convención Americana de Derechos Humanos referido al derecho a la integridad personal, *“Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*; en el **artículo 10.1 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos** según el cual *“Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Consagración normativa que también se encuentra presente en la **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes** que reconoce el derecho que emana de la dignidad inherente a la persona humana.³

Capítulo aparte merece la protección al superior interés del niño, tenido en cuenta también por el legislador como eje rector de la normativa, ya que el contacto con la madre⁴ en los primeros años de vida resulta fundamental para su desarrollo.

Pensando en ese superior interés, es que el legislador procuró mantener unidos a la madre con el niño. A tal fin, dos fueron las opciones legislativas, la primera y más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos está dada por la privación de la libertad de la madre y el niño; la segunda es disponer la prisión domiciliaria de la madre.

Evidentemente la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, solo para garantizarle un contacto con su madre. El legislador consideró que para estos supuestos existen medidas menos

³ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, O.D. n°1261, 8. http://www.ub.edu/ospdh/ospdh_ant/pdf/arts%20areas/privacio/monitoreig/Discusi%C3%B3n%20arresto%20domiciliario.pdf (disponible en internet en fecha 07/11/17).

⁴ Si bien las razones de la arbitrariedad en la limitación de la concesión de la prisión domiciliaria en los casos del artículo 32 inc. f) a hombres-padres exceden el objeto de este trabajo, vale la pena destacar la discriminación que existe a nivel normativo, ello en virtud de que debería sustituirse por analogía el inciso f) de la ley para resolver y hacer lugar a progenitores hombres que cumplan idéntico rol de cuidador respecto de sus hijos e hijas. Afortunadamente se cuenta con jurisprudencia al respecto, incluso en este trabajo.



restrictivas de la libertad para el niño, como la prisión domiciliaria garantizando el cumplimiento de la pena y el contacto madre e hijo.⁵

En este sentido, el **artículo 37 inc. b de la Convención de los Derechos del Niño** tiene dispuesto que *“Los Estados Partes velarán porque ...la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*.

Los principios de legalidad y judicialidad también estuvieron presentes en las discusiones parlamentarias de la Cámara de Diputados, en el entendimiento de que esta modalidad de ejecución debe ser dispuesta por la ley y controlada por un juez y que su implementación debe ser igualitaria.

De todo lo manifestado puede concluirse que el objetivo del legislador no tiene ambigüedades. Surge claramente que lo que el legislador tuvo en miras es posibilitar que sean las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad quienes críen a sus hijos menores de cinco años, pero no en los muros de la cárcel, ya que queda de manifiesto que la solución propuesta por la ley de ejecución de penas privativas de la libertad n° 24.660, en el sentido de que el niño se encuentre en situación de encierro resulta aberrante a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

No solo que resulta aberrante sino que además no se estaría dando cumplimiento a lo dispuesto por el **artículo 19.1** de la Convención precitada, el cual dispone textualmente que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*.

⁵ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, O.D. n°1261, 9. http://www.ub.edu/ospdh/ospdh_ant/pdf/arts%20areas/privacio/monitoreig/Discusi%C3%B3n%20arresto%20domiciliario.pdf (disponible en internet en fecha 07/11/17).



De la misma manera también se estaría desconociendo lo dispuesto por los artículos **24.1** y **24.2** de la misma convención, según el cual “*Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios*”. Asimismo, el **artículo 24.2** dispone que “*Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sea necesaria a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente*”.⁶

También es importante destacar que los niños y los incapaces se encuentran amparados por el principio de intrascendencia de la pena que implica que la misma debe ser personal y no trascender la persona del delincuente.

Se dijo también que la ausencia maternal durante la infancia puede generar problemas de orden psíquico que operan sobre la conducta de los niños que los puede llevar a niveles importantes de vulnerabilidad (drogas, violencia, marginalidad).

2.2 Alcance de la reforma de la ley 26.472

De la voluntad del legislador surge claramente que los principios que tuvieron en mira al sancionar esta ley son:

⁶ Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, O.D. n°1261, 18-19. http://www.ub.edu/ospdh/ospdh_ant/pdf/arts%20areas/privacio/monitoreig/Discusi%C3%B3n%20arresto%20domiciliario.pdf (disponible en internet en fecha 07/11/17).



1-La preservación del principio de trascendencia mínima de la pena:

Ostenta jerarquía constitucional la máxima según la cual la pena es personal, por lo que no puede trascender la persona del delincuente.

2-El contacto de la madre con su hijo, en los primeros años de su vida:

Ello se inspira en el derecho del niño, de jerarquía constitucional a que se proteja su superior interés. Derecho que se encuentra normativamente consagrado en el artículo 3 inc. c) de la ley 26.051 según la cual, el superior interés del niño, niña o adolescente consiste en la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías, debiéndose respetar el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

Tal como se puede desprender de la mera lectura de la discusión parlamentaria en la Cámara de Diputados de la Nación, el momento en el que el legislador hace alusión a la palabra “discrecional” es solo a los efectos de conceder una supervisión de la prisión a cargo del Patronato de Liberados o de un servicio social calificado ⁷.

III-MARCO SOCIOLOGICO Y CRIMINOLÓGICO

En palabras de Felipe Fucito, el fenómeno jurídico no se agota en la descripción de las normas jurídicas, y que la ciencia normativa del derecho no da más que descripciones de lo que debe ser, de ahí la importancia de la sociología del derecho, por no ser suficiente las soluciones teóricas a los posibles conflictos interpretativos o a los casos más previstos que se brinda desde lo normativo. También afirma este autor a modo ilustrativo y citando a Levy-Bruhl (1955:23), que un tratado de derecho no nos dice en general porque una fórmula legislativa toma un sentido, porque se aleja de la idea y

⁷Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, O.D. n°1261, 10. http://www.ub.edu/ospdh/ospdh_ant/pdf/arts%20areas/privacio/monitoreig/Discusi%C3%B3n%20arresto%20domiciliario.pdf (disponible en internet en fecha 07/11/17).



del pensamiento dominante de la época en que fue sancionada, para llegar a veces a invertir el sentido y decir lo contrario de la inicial interpretación.

Afirma también que las opiniones se modifican por la influencia de los restantes órdenes normativos internalizados realizados por los operadores jurídicos; si se trata de un juez, podría no prestar atención “al verdadero sentido de las palabras de la ley” ni a la opinión concordante del legislador expuesta expresamente, graficando esta afirmación con una situación que se repite en varias obras de derecho, en donde no se considera que las notas del codificador ni las exposiciones de motivos ni el debate legislativo son parte de la ley o del derecho.⁸

La única manera de corroborar el cumplimiento de la norma es en lo fáctico. En este tema en particular, de la elaboración jurisprudencial acerca de los casos en que procede (o no) la prisión domiciliaria y en especial con relación al superior interés del niño, se advierte que los argumentos sobre los que descansa la negativa no son más que valoraciones generales y postulaciones normativas sin atender al caso en concreto.

Conforme el criterio de Felipe Fucito, el punto de vista de la sociología jurídica interesa no solo en los momentos en que los rápidos cambios sociales producen una brecha entre el derecho y sociedad, sino también en aquellos donde existe un cierto ajuste entre esas normas establecidas y las conductas efectivamente realizadas por las personas a quienes se refiere. La intuición sobre la necesaria correlación entre derecho y realidad social ha existido desde antiguo.⁹

Con relación a este tema, en el caso **F.C. s/legajo de ejecución penal**,¹⁰ se advierte acertadamente-conforme sus términos- de una paradoja frecuente,

⁸ FUCITO Felipe, *Sociología del derecho: el orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Editorial Universidad, 1993, pág. 48-49. <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2016/09/Sociologia-Del-Derecho-Felipe-Fucito.pdf> (disponible en internet en fecha 14/12/17).

⁹ FUCITO, Felipe, *Concepción Sociológica del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1989.

¹⁰ CNCCyC, Sala I “F.C. s/ legajo de ejecución penal”, causa n° 55.611/14, reg. n°204/17.



en la que aparece políticamente correcto abogar por los derechos de los niños, así como formular reiteradas advocaciones a las autoridades estatales para que tomen una consideración primordial del superior interés del niño en todas las decisiones que le conciernan a estos, conforme al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero que, cuando llega el momento de discutir sobre la mejor decisión al mejor interés de los niños, quienes abogan y hacen advocaciones fallan en mostrar en cada caso en concreto que es lo más adecuado al mejor interés del niño.

Realizar un enfoque desde la criminología también es importante, ya que es lo que va a permitir realizar una revisión teórica cuyas conclusiones pueden determinar cambios institucionales o en la legislación, por más que no contribuya a aportar resoluciones de casos ni generar incumbencias.¹¹ Conforme Carlos Elbert, no se puede prescindir de la criminología porque es esta disciplina la que permite la profundización interpretativa de las ciencias penales desde enfoques no normativos, y por ende muy dinámicos, ligados a los procesos sociales en constantes cambios y crisis, por oposición a la estabilidad y rigidez de las estructuras legales que son mera formalización coyuntural de una selección de leyes. La criminología es la disciplina que permite tanto a los juristas como a los sociólogos, a los psicólogos la posibilidad de analizar de manera sistemática y crítica la realidad del control social, o específico del control penal.

Se trae esta disciplina a colación, y en específico a Carlos Elbert, en razón de que dedica uno de los capítulos de su libro al acceso al conocimiento, y dentro de tal capítulo habla de los prejuicios (tema que se tratará en los párrafos subsiguientes, por ser el punto de partida de las resoluciones de los magistrados), entendidos estos como influencias subjetivas, como juicios apriorísticos muy difundidos que no pueden ser comprobados pero que, pese

¹¹ ELBERT, Carlos Alberto, *Manual básico de criminología*, 1998, pág.13.
<https://yorchdocencia.files.wordpress.com/2015/04/elbert-carlos-alberto-manual-basico-de-criminologia.pdf> (disponible en internet en fecha 07/11/17).



a ello posibilitan la aceptación de una verdad aparente. Y ello es lo que ocurre con algunos magistrados a la hora de resolver los pedidos de prisión domiciliaria, quienes, y conforme lo diría Elbert, toman contacto durante años con la realidad mediante las tareas desempeñadas en tribunales, defensorías, cárceles, acumulando experiencias, pero sin dudas, y a juzgar por sus fallos, ese aprendizaje técnico -empírico social-, está plagado de prejuicios que suelen afectar seriamente sus capacidades de interpretación. Esto provoca que, de manera directa o indirecta, terminen por forzar conclusiones tendenciosas, que luego incidirán en las decisiones objetivas y legales con las que se sigue operando sobre la realidad.

Dice textualmente el autor precitado que *“cuando estos criterios se fijan repetitivamente y alcanzan cierto grado de elaboración y aceptación por la comunidad jurídica, pueden llegar a constituirse en una ideología útil para justificar situaciones en nombre de una presunta objetividad racional normativa o jurídica”*.

También afirma que este tipo de situaciones son muy frecuentes en el ordenamiento jurídico y en particular en la interpretación que realizan los magistrados, interpretaciones propias que atribuyen a la “letra de la ley”.

IV-OBJETIVO

Este trabajo no tiene por objeto realizar un análisis de los diferentes criterios de interpretación o que lleva a los jueces a resolver de una manera y no de otra, o porque aplican criterios restrictivos y no amplios, etc., sino que este trabajo se propone explorar las consecuencias que provocan en la realidad sus resoluciones al aplicar un criterio restrictivo y proponer algunas posibles soluciones al respecto, a través del análisis de la jurisprudencia

En este sentido, Weber considera fundamental distinguir entre el análisis jurídico-dogmático y el sociológico. Distingue los conceptos de validez jurídica, por un lado, y validez empírica por otro. Esta distinción se basa en entender que ambas se encuentran en planos diferentes, ya que mientras la primera se



ubica en el plano del deber ser, la segunda hace lo propio en el plano fáctico, estando este último sustentado sobre hechos empíricamente comprobables.¹² La perspectiva que se adoptará en este trabajo estará orientada a la práctica social, ya que se refiere a la investigación que tiene una aplicación directa en la política o práctica social. En el sentido amplio se extiende a los estudios de investigación diseñados con el propósito de comprender los procesos sociales y mejorar la praxis social. El resultado final del estudio son las decisiones y recomendaciones para la acción principalmente, ya que este trabajo tiene en miras optimizar la práctica social mediante la adquisición de conocimientos prácticos.

V-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El planteamiento del problema que motiva la redacción de este trabajo surge de la negativa sistemática a otorgar esta modalidad de ejecución a personas con niños a cargo, por parte de los magistrados a raíz de la interpretación que jurisprudencialmente se realiza acerca del artículo 32 inc. f) de la ley 24.660 de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad.

Se presentan dos situaciones diferentes:

1-Casos en los cuales los magistrados afirman contar con facultades totalmente discrecionales a la hora de resolver acerca del pedido de prisión domiciliaria, realizando una interpretación restrictiva del artículo 32 inciso f) de la ley 24.660.

2-Casos en los cuales los magistrados adoptan un rol legislativo, pretendiendo actualizar discusiones al momento de resolver, discusiones que ya fueron dirimidas por el legislador en el Congreso de la Nación, por ser materia legislativa, al agregar supuestos no contemplados ni exigidos por la ley para no hacer lugar a los pedidos de prisión domiciliaria, como, por ejemplo, el

¹² ROMAN DIAZ, Miguel, “Weber desde la óptica de Norberto Bobbio: el concepto de validez empírica”, Revista Judicial, Costa Rica, N° 106, diciembre 2012.



estado de bienestar del niño (cuando estos están fuera del establecimiento carcelario), el hacinamiento, la naturaleza del delito cometido, etc.

Ambos planteamientos tienen en común el desconocimiento al superior interés del niño ya que no se interpreta la ley a la luz de la normativa internacional.

Fundamentalmente, la negativa sistemática a otorgar por parte de los magistrados esta modalidad de ejecución no solo que descansa en afirmaciones conjeturales o agregan requisitos que no se encuentran en la norma, sino que están cargados de prejuicios, entendidos estos como aquellos sentimientos desfavorables con respecto a un grupo de personas, sea anterior a una experiencia, sea sin tenerla en cuenta o generalizando sus resultados, prejuicios que reconocen como punto en común la hostilidad hacia ciertas personas sobre la base de la pertenencia a un grupo, al suponerse y no admitirse prueba en contrario, que la persona posee ineludiblemente las calidades desfavorables atribuidas (de un modo irracional) al grupo¹³.

Estos prejuicios, fundados en el presente trabajo traen como consecuencia que los fundamentos del juez o del tribunal no puedan sortear el test de razonabilidad impuesto por nuestro régimen republicano de gobierno.

VI-HIPÓTESIS

Este trabajo parte de la hipótesis de que la condición de vulnerabilidad de ciertos sectores de la población carcelaria influye en la negativa por parte de los jueces a negar que cumplan su condena bajo la modalidad de prisión domiciliaria. El motivo para no hacer lugar a la petición de prisión domiciliaria se basa en consideraciones que no se encuentran contempladas en la ley, como se expresara en el planteamiento del problema.

Ello así porque si se repara en los fundamentos esbozados por los magistrados para resolver diferentes casos, en muchas ocasiones puede advertirse que se

¹³ FUCITO FELIPE, *Sociología general. Conceptos básicos y Evolución histórica. Teoría sociológica e investigación. Sociedad y Cultura. Normatividad y Conducta*, 1999, pág. 197-198.



tratan de meras frases volcadas en términos generales, que tal como están redactadas, podrían perfectamente aplicarse a varios casos en simultáneo. Estos prejuicios, basados en la condición de vulnerabilidad (no buscado ni querido por los destinatarios de la norma) provoca que los magistrados a la hora de resolver adopten un criterio restrictivo, lo que trae aparejado el desconocimiento de la operatividad de los derechos del niño, y que se niegue esta modalidad de ejecución por motivos de pobreza.

CAPÍTULO II ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

I-PRIMERA CUESTIÓN DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el primer punto del planteamiento del problema quedó expresado que los magistrados afirman en sus fallos que el legislador le ha dado facultades totalmente discrecionales a la hora de resolver acerca del pedido de prisión domiciliaria, lo cual dista mucho de ser así. Ello porque no solo que no fue el objetivo que el legislador tuvo en miras, sino porque una interpretación literal de las “facultades discrecionales” podrían terminar desnaturalizando la letra misma de la ley y convertirla en una especie de gracia o de perdón, como los “actos del príncipe” corriéndola del ámbito del poder legislativo.

Vale destacar también que, conforme al informe realizado por UNICEF, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia señala que los resultados de una vasta gama de investigaciones en los campos de la antropología, la psicología del desarrollo, la medicina, la sociología y la educación ponen al descubierto la importancia fundamental que reviste el desarrollo en la primera infancia con respecto a la formación de la inteligencia, la personalidad y el comportamiento social. En ese sentido, si los niños y niñas de corta edad no



reciben en esos años formativos la atención y el cuidado que necesitan, las consecuencias son acumulativas y prolongadas¹⁴.

En virtud de ello, puede afirmarse que el espíritu del legislador descansa en que este quiso que el niño de una mujer privada de su libertad se críe junto a ella en los primeros años de su vida.

Si bien es cierto que la concesión de este derecho no es automática, ya que la primera parte del artículo 32 utiliza el verbo “podrá” y no “deberá”, también es cierto que cuando se encuentran dadas las condiciones favorables debe otorgarla o fundar su negativa en el caso en concreto.

El legislador no ha dado un cheque en blanco a los magistrados y mucho menos para que realicen interpretaciones desfavorables que no encuentran fundamento en el derecho. El legislador no ha dado un poder discrecional a los magistrados, ya que una exégesis de tal manera equivaldría a dejar vía libre a la arbitrariedad, por lo tanto, una vez verificados los requisitos para su procedencia o cuando se acrediten los extremos que hacen inviable el cumplimiento de la detención preventiva o de la pena en un establecimiento carcelario, debe otorgarla. Ello en virtud de que la prisión domiciliaria no debe ser concebida como un beneficio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del tribunal, sino como un derecho.

Una cosa es la mayor o menor libertad de apreciación en orden a la interpretación de cada caso en particular y otra cosa es el de un supuesto carácter facultativo del instituto que, pese a subsumirse la situación en la norma, permitiera al juez negar la alternativa. Esta última hipótesis constituye una arbitrariedad manifiesta y debe ser dejada de lado. Ello así porque la pauta etaria y la voluntad del legislador que querer que el niño se críe al lado de su madre los primeros años de su vida, es materia de política legislativa.

¹⁴ Unicef para cada niño *¿Por qué es tan importante el desarrollo del niño en la primera infancia?* www.unicef.org/spanish/earlychildhood/index_40748.html (disponible en internet en fecha 13/11/2017).



En este sentido, como bien lo expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*existiendo facultad de legislar en el Congreso, corresponde a este apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiese obrado el cuerpo legislativo al Poder Judicial, que no tiene misión sino para pronunciarse de conformidad a lo establecido por la ley, y aún en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es injusta*” (Fallo, 68:627). Ha de recordarse, asimismo, que las leyes han de ser estimadas, en principio, como constitucionales, salvo en casos muy excepcionales, porque “*la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerado como última ratio del orden jurídico*” (Fallos, 200:180; 247:387; 249:59)¹⁵ .

Si bien es cierto que la ley que prevé el arresto domiciliario está llena de imprecisiones, ello no impide que se realice una interpretación amplia de la misma. De esa manera, una interpretación más extensiva permitiría que las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal junto con sus hijos menores de edad puedan preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana. Siempre que se den los supuestos previstos en la ley, la concesión de la prisión domiciliaria debería ser la regla.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, en el **caso Marasco**¹⁶ en donde se afirmó que la voluntad del legislador fue establecer un marco normativo respetuoso de la tutela especial de los niños, adecuando este instituto a las pautas fijadas en numerosos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, conforme al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, gozan de rango constitucional.

También se trajo a colación en ese mismo fallo que las decisiones arbitrarias dejan por completo de lado la preservación de los niños, desvirtuando el

¹⁵ CFSS, Sala 3 “Orellano Hugo Nicolás c/Anses s/Reajustes varios”, causa n° 110279/2009.

¹⁶ CFCP, Sala II, “Marasco, Clarisa Noemí s/recurso de casación”, causa n°16.452, 17/07/2013 (jueza Dra. A. Ledesma, por su voto).



sentido de la norma y vaciándola de contenido. Que una correcta interpretación de la normativa no puede llevar a que la facultad del juez sea ejercida con absoluta discrecionalidad, y de manera arbitraria, toda vez que, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad y seguridad jurídica constituyen un pilar fundamental, que garantiza a los ciudadanos el derecho a que las leyes sean aplicadas según criterios objetivos y previsibles.

Entendida así la normativa, y conforme se desprende de este fallo, el mantenimiento del vínculo materno-filial constituye un bien jurídico de primer orden, frente al cual la potestad punitiva del estado pasa a segundo término. La interpretación amplia de la norma es acorde con las normas y los estándares internacionales y sugiere que la separación de los progenitores con sus hijas debe responder de manera exclusiva a la necesidad de garantizar el superior interés del niño y no a motivos de interés general o social.

Siguiendo esa misma línea jurisprudencial, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en la causa **“Núñez Romero, Lorena Beatriz s/Recurso de Casación”** hizo lugar al pedido de prisión domiciliaria fundándose en el superior interés del niño (aun cuando este superó la edad de cinco años) realizando una interpretación amplia de las normas en juego, teniendo en cuenta también que desde la óptica de los fines de la reinserción de la pena se presenta como conveniente en el caso la convivencia de la madre con sus hijos¹⁷.

En el mismo entendimiento, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, en la causa **“F.C.s/Legajo de Ejecución Penal. Expte. N° 55611/14. Reg. 204/17** hizo lugar al recurso de casación a favor de una madre de tres niños, entre ellos una niña de un año quien vivía con ella en el establecimiento penitenciario, y terminó por anular la sentencia porque se consideró que no hubo una adecuada representación de los derechos del niño.

¹⁷ CNCP, Sala IV. “Núñez Romero, Lorena Beatriz s/Recurso de Casación”. Causa 14.564. Reg. n° 213.12.4



Concluyeron los magistrados que si bien era cierto sostener que no era automática la aplicación del artículo 32 inc. f) de la ley 24.660 por la sola constatación de sus elementos objetivos, ello debía ser interpretado conforme su finalidad, toda vez que, si se trata de la ejecución de la pena del condenado, se puede conceder la ejecución domiciliaria si ésta es fácticamente practicable, posible y no frustra o pone en riesgo de frustración la ejecución de la pena. En la instancia anterior no se había dado razón alguna por la cual era impracticable en el caso en concreto el beneficio solicitado. Para así resolver, la Cámara invocó el principio hermenéutico pro homine.

Vale la pena tener presente que el principio pro homine obliga a realizar la interpretación que mejor resguarde los derechos de los individuos. Por respeto a este principio, todo límite o restricción debe ser restringido y afectar derechos de menor jerarquía, la Corte Interamericana, conforme lo explica Mónica Pinto en su artículo acerca del alcance del principio pro homine, ha explicitado el alcance de este principio en relación con las restricciones de los derechos humanos, expresando que *“entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.”*¹⁸

El Juzgado Federal de Orán, Salta¹⁹, en el **“Incidente de detención domiciliaria de L.D.R.”**, también utilizó el criterio amplio al momento conceder la prisión domiciliaria, en el entendimiento de que no debe ser concebida como un beneficio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del tribunal, sino que los magistrados están obligados a otorgarla cuando se verifiquen los requisitos para su procedencia.

¹⁸ PINTO Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/594/CL_PintoM_PrincipioProHomine_1997.pdf?sequence=1 (disponible en internet en fecha 07/11/17).

¹⁹ Juzgado Federal de Orán, “Incidente de detención domiciliaria de L.R.D.”, causa n°1.115/01/10, rta. 20/10/10.



Con la misma interpretación la Procuración Penitenciaria de la Nación también consideró que al momento de decidir acerca de la procedencia o no del arresto domiciliario, debe primar un criterio amplio, al expresar que la prisión domiciliaria no debe ser concebida como un beneficio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del tribunal, sino que, los magistrados están obligados a otorgarlo cuando se verifican los requisitos para su procedencia o se acreditan los extremos que hacen inviable el cumplimiento de la detención preventiva o de la pena en un establecimiento carcelario.

A raíz de los destinatarios tenidos en cuenta al momento de sancionar la norma, la interpretación que realicen los operadores judiciales no puede ser realizada de manera restrictiva y con absoluta discrecionalidad, porque ello equivale a no dar cumplimiento a los estándares internacionales de derechos humanos que obliga al Estado a protegerlos. Es por ello que la interpretación que realicen los magistrados debería ser acorde a esa obligación de protección calificada que los tratados internacionales atribuyen a las mujeres, a la infancia.

Por lo tanto, cualquier restricción a esa protección debe estar sujeta a un estricto control, observando los principios de legalidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y bien común.

Por lo manifestado, puede afirmarse que lejos de contar con facultades discrecionales, la facultad otorgada a la magistratura para disponer el arresto domiciliario a favor de una mujer que tiene hijos pequeños se limita a constatar si se encuentran amenazados o violados los derechos de esos niños por la convivencia conjunta con su madre. De no existir tal amenaza ni acreditarse alguna otra imposibilidad, el juez debe otorgar el arresto domiciliario.

II-SEGUNDA CUESTIÓN DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La segunda cuestión a la que se hiciera referencia en el planteamiento del problema se vincula al “*rol legislativo*” que adoptan los magistrados al



momento de resolver, al pronunciarse sobre situaciones que ya fueron dirimidas por el legislador al momento de sancionar la ley, por ser de naturaleza legislativa.

Entre esas situaciones se destacan el bienestar de los niños (entendido esto como la ausencia de abandono moral y/o material), el hacinamiento y la naturaleza del delito cometido, entre otras.

Situaciones cuya existencia o ausencia, -previa acreditación- terminan por condicionar la concesión o no del arresto domiciliario. Requisitos previos que sin dudas son violatorios del principio de legalidad, el cual debería ser la línea rectora sin que se puedan inventar requisitos para la procedencia del arresto que la ley y los tratados no exigen. Por lo tanto, la reforma a la ley solo debería permitir mejorar las expectativas de las detenidas de acceder al arresto no siendo posible una interpretación en clave de restricción de derechos.

En esta misma línea de análisis se entiende que la presencia de situaciones sociales insatisfactorias, como la vivienda o cuestiones vinculadas a la salud, entre otras, no debiera impedir la concesión del arresto domiciliario.²⁰

En definitiva, en este segundo punto del planteamiento del problema, se termina por no hacer lugar a los pedidos de arresto domiciliario por no haberse acreditado extremos que no se encuentran contemplados normativamente.

2.1 Bienestar de los niños. Ausencia de abandono o desamparo

Respecto al bienestar de los niños como motivo para denegar el pedido de prisión domiciliaria, los magistrados ordenan realizar informes a los efectos de constatar de que manera el niño lleva adelante su cotidianidad, si hay alguna tercera persona que cuide de él, moral y materialmente. Estos informes no solo que dan cuenta de la situación antes mencionada, sino que además suelen incluir “consejos” acerca de cómo ese niño podría afrontar su día a día sin la presencia de su o sus progenitores; y en caso de que se haya advertido

²⁰ Procuración Penitenciaria de la Nación, La situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas, Buenos Aires, Informe 2012, Buenos Aires, 2013. Pág. 406



alguna carencia, no faltan las sugerencias para que estas puedan ser suplidas de alguna manera.

Es común que los informes que ordenan realizar los magistrados previos a resolver pretendan terminar organizando la vida familiar del interno, pero sin el interno. Los profesionales a cargo de su confección se limitan a hacer un relato de la vida familiar que llevan los niños con los terceros que quedaron a su cuidado. En ciertas ocasiones, hasta se llega a poner de manifiesto que el vínculo materno filial se mantiene a través de las visitas carcelarias, como si hubiera punto de comparación con la presencia cotidiana del progenitor en los primeros años de vida de los niños y niñas.

Respecto de este punto en particular, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, en la causa **“M.C.P s/ incidente de prisión domiciliaria”**²¹ que rechazó un pedido de prisión domiciliaria, se basó fundamentalmente en el bienestar de los niños, ya que de los fundamentos se desprende que los niños entablaron una buena relación y un vínculo con el abuelo, pese a no haber tenido contacto con él, previo a la convivencia y que él se ocupó de ellos.

Para así resolver, el Tribunal destacó el compromiso asumido por el abuelo en el cuidado de los niños, por haberse ocupado “material y moralmente”, que se mostró con precisión e involucrado en su desempeño y rol, con dedicación para incluir a sus nietos al hogar, y preocupado por conocer sus costumbres y actividades.

De la misma manera, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, **“Orillo, María Gabriela s/Recurso de Casación”**²², resolvió denegar el pedido de prisión domiciliaria a una madre de dos niños menores de cinco años en virtud de que el domicilio propuesto para vivir se encuentra en una zona peligrosa para los niños, quienes no se encuentran en situación de desamparo o de

²¹ CNCCyC, Sala II, “M.C.P s/ incidente de prisión domicilia”, causa n° 51212/14

²² CNCP, Sala III “Orillo, María Gabriela s/Recurso de Casación” causa n° 15.657, Resolución del 03/05/2012. Reg. n° 582/12



inseguridad material o moral, ni se presume que podrían llegar a modificar su conducta a raíz de su presencia pues ni siquiera había sido efectiva en tal sentido, cuando estuvo en condiciones de actuar su maternidad.

En otro caso similar, la Cámara Federal de Casación Penal Sala I en la causa **“Carpio, Graciana Lorena s/recurso de casación”**²³, resolvió declarar inadmisibile el recurso interpuesto por la defensa contra la resolución que no hizo lugar al arresto domiciliario de la encauzada toda vez que en el presente caso no se observan ninguno de los requisitos previstos por la ley 24.660, ya que el menor no se encuentra en una situación de abandono ni de extrema vulnerabilidad que justifique conceder el beneficio solicitado.

En el mismo sentido, el Juzgado Federal N° 1 de Salta, resolvió en la causa **“Andrada, Armanda Beatriz s/prisión domiciliaria”**²⁴ denegar el pedido de prisión domiciliaria a raíz de que los niños hijos de la imputada, no se encuentran en situación de abandono ni de desamparo, ya que permanecen al cuidado de sus abuelos, entendienddo que los intereses de los niños están siendo resguardados, tanto en su faz moral como material y cuentan, además con contención familiar.

En ninguno de los fallos precitados en los párrafos anteriores, se advierte que los magistrados hagan siquiera referencia al impacto positivo o negativo que podría tener el retorno de la progenitora al hogar a fin de que crezcan junto a ella, procurando así satisfacer su superior interés. Por el contrario, los magistrados adoptan un rol legislativo debido a que la ley 26.742 que reformó a la ley 24.660 no contempla ninguna exigencia al estado en el que deben encontrarse los niños a fin de que sus madres puedan acceder al derecho de la prisión domiciliaria.

²³ CFCP, Sala I “Carpio, Graciana Lorena s/ Recurso de Casación” causa n°7399, Resolución del 12/05/16. Reg. n° 789/16.1

²⁴ CFSalta, “Andrada, Armanda Beatriz s/prisión domiciliaria”, causa n°11341/2015/5, Resolución del 22/04/2016.



No surge del texto de la ley ni se evidencian en sus fundamentos que la procedencia o no del arresto domiciliario deba quedar supeditada a la comprobación de una situación de desamparo material o moral sobre los hijos e hijas de las mujeres privadas de la libertad.

Ello es así porque el legislador, lo que quiso y tuvo en mente al momento de sancionar esta ley, es adecuar la normativa nacional a los estándares internacionales que reconocen que el contacto con la madre durante los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños y niñas.

2.2 Gravedad de los hechos:

Respecto a la gravedad de los hechos como causal para denegar los pedidos de prisión domiciliaria, también se advierten en el caso Andrada que fuera citado anteriormente, que los magistrados expresaron que no pueden perderse de vista la gravedad de los hechos por los que fue procesada la imputada (transporte de más de 13 kilos de droga, delito previsto en el artículo 5 inc. c) de la ley 23.737) a lo que se añade una amenaza de pena considerable, lo cual influye indefectiblemente incrementando la presunción de que, bajo el tipo de régimen cautelar que se solicita, intente evadirse el accionar de la justicia o entorpecer el arribo de la causa a juicio, al analizar su situación procesal que hasta el momento es grave.

2.3 Falta de vivienda. Hacinamiento:

En relación con el hacinamiento como causal para rechazar los pedidos de prisión domiciliaria, al igual que en los casos anteriores se tratan de requisitos elaborados por la jurisprudencia, ya que no se encuentran en la norma. No son más que elaboraciones que solo logran discriminar a los sectores vulnerabilizados por razones de pobreza, creando una situación de inequidad y desigualdad, tornando a este colectivo aún más vulnerable.

Son muy frecuentes los casos en los cuales los magistrados rechazan pedidos de prisión domiciliaria cuando la vivienda propuesta por los internos no se



ajusta a las pretensiones (siempre subjetivas) de los jueces. Para así fallar, parten de la falsa premisa de que el Estado solamente tiene obligación de garantizar los derechos sociales, económicos y culturales mientras la privación de la libertad se lleve a cabo intramuros y no extra muro.

Así, el Juzgado de Instrucción N° 28 de Capital Federal rechazó el pedido de arresto domiciliario presentado por una madre de una niña de dos años y medio con quien vivía hasta su detención. A fin de negarle el pedido de prisión domiciliaria, el juzgado entre otros motivos argumentó que el domicilio propuesto por la parte, en donde residiría la interna, estaba ubicado en un asentamiento de emergencia y, según surgía de los informes, constituía un lugar de máxima peligrosidad, lo que imposibilitaba constatar sus características²⁵

En otra causa de similares características, respecto de la situación que motiva el pedido de prisión domiciliaria, es decir, una madre con hijos pequeños, el tribunal a cargo denegó el pedido de prisión domiciliaria solicitado porque el informe socio ambiental arrojó como resultado que la vivienda en donde se llevaría a cabo la modalidad de ejecución solicitada, no cumplía con las condiciones mínimas de habitabilidad, al respecto, también se puso de manifiesto que la vivienda era precaria, que la construcción era deficiente y el espacio era reducido en relación a la cantidad de habitantes que residían allí.

En virtud de ello, el Tribunal consideró que, si bien estaban dados los requerimientos legales exigidos para obtener el arresto domiciliario, ya que era madre de un niño menor de cinco años, por el análisis completo de la situación, no era aconsejable hacer lugar al pedido de prisión domiciliaria solicitado por la interna.²⁶

Resulta inadmisibles que el Estado pueda alegar su propia falencia como causal para negarle un derecho al justiciable del que resulta acreedor, por

²⁵ Juzgado de Instrucción N° 28, “V.G. s/ Prisión Domiciliaria” causa n° 28.134/10, rta. 07/09/2010

²⁶ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°1, “G.I. s/Prisión Domiciliaria” causa n° 6.845/2010 (B-12630/2010) rta. 15/06/2010)



encuadrar su situación dentro de los supuestos previstos por la ley de ejecución de penas privativas de la libertad, agravando el daño de quien ya se encuentra en una situación de vulnerabilidad (mal llamados sectores vulnerables²⁷).

La negación de la prisión domiciliaria por la ubicación geográfica de la vivienda, su estado edilicio o el riesgo de la zona para que ingresen allí autoridades estatales implica, por un lado, una aplicación desigual de la norma (que tiene como efecto un trato discriminatorio) y, por otro lado, una inversión en las obligaciones del Estado sobre los sectores vulnerabilizados. Es el Estado quien debe asegurar el derecho a una vivienda adecuada, como así también arbitrar todas las medidas adecuadas a fin de evitar cualquier trato que tenga un impacto discriminatorio.

En este sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II²⁸ hizo lugar a un pedido de prisión domiciliaria por considerar que la ineficacia del Estado para superar las limitaciones del acceso al arresto domiciliario de una persona condenada que solicita su prisión domiciliaria no puede perjudicarla a ella ni a su hijo, ya que no deben hacerse cargo de la imposibilidad de las dependencias estatales de ejercer un control sobre quienes viven en una “zona de riesgo”.

La presencia de situaciones sociales insatisfactorias no debe impedir la concesión de arresto domiciliario. El cumplimiento de los derechos sociales y económicos es una responsabilidad del Estado, responsabilidad fijada en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, por lo tanto, los jueces deberían emplazar a las autoridades a que se cumplan esos derechos al momento de conceder el arresto domiciliario.

²⁷ Mal llamados “sectores vulnerables” porque ningún ser humano o grupo poblacional es vulnerable por naturaleza. Son las condiciones y factores de exclusión o discriminación los que hacen que muchas personas y grupo de personas vivan en situación de vulnerabilidad y bajo disfrute de los derechos humanos. Debido a ello es que el término adecuado es “sectores vulnerabilizados” o personas en situación de vulnerabilidad”

²⁸ CNCP, Sala II, “Álvarez Contreras, Flor de María s/Recurso de Casación” causa n°684/2013, rta. 20/09/2013.



La Corte Interamericana estableció que la pobreza por sí sola no puede ser causal de separación de los niños con sus padres, además de ser totalmente ilegítimo que una situación fáctica como la ausencia de vivienda, producto del desconocimiento de un derecho básico y de primer orden que el Estado se comprometió a garantizar, se utilice como argumento para restringir otro derecho.

III- IMPACTO DE LA NEGATIVA SISTEMÁTICA EN LOS NIÑOS Y NIÑAS

Los fallos que se analizaron en este trabajo no hacen más que confirmar la hipótesis que se planteara en primer momento, respecto de que es la condición de vulnerabilidad de ciertos sectores de la población carcelaria lo que influye en la negativa por parte de los jueces a negar los pedidos de prisión domiciliaria, negativa que descansan en argumentos que no pueden encontrar fundamento en el derecho, simplemente porque no se encuentran regulados normativamente, por tratarse de una elaboración jurisprudencial, para la cual es necesario arrogarse facultades que la Constitución Nacional no ha dado, por ser exclusivamente facultades reservadas al Congreso de la Nación.

Esta elaboración jurisprudencial trae aparejadas consecuencias totalmente nefastas en los niños ya que, en definitiva, los magistrados están decidiendo la manera en cómo el niño o la niña llevará adelante los primeros años de su vida.

Todos los fundamentos de los distintos juzgados realizan una interpretación del artículo 32 inc. f) que resulta incompatible con lo señalado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que en ningunas de las resoluciones que se ha analizado se advierte un esfuerzo argumentativo por parte de nuestros jueces a fin de definir de manera específica y concreta la relación de causalidad, entre la conducta del progenitor y el supuesto impacto en el desarrollo del niño.

La interpretación de forma restrictiva por parte de los magistrados no puede sortear el test de razonabilidad impuesto por nuestro régimen de gobierno, por



impactar contra lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, ya que, con el criterio restrictivo, no pueden acceder a la prisión domiciliaria las madres cuyos hijos se encuentren escolarizados y residan con algún familiar o aquellas cuyos hijos convivan con ellas en los establecimientos penitenciarios.

Queda claro que la mera referencia al superior interés del niño, sin probar los riesgos que podría conllevar la conducta de un padre o de una madre sobre sus hijos no es suficiente, así como tampoco lo es una resolución que se encuentre fundada en presunciones estereotipadas en razones de género.

En este sentido la Corte consideró que el test para evaluar la permanencia de las niñas y niños junto con sus padres no puede consistir en un análisis especulativo, sino que debe constituir un test estricto, sustentado en daños precisos y específicos sufridos por los niños²⁹

En esta inteligencia, los informes sociales realizados por el Servicio de Psicología del Poder Judicial de la ciudad de Salta no deberían contener alternativas o consejos para los integrantes del grupo familiar, a los efectos de que puedan sobrellevar el encierro de quien solicita esta modalidad de ejecución. Así, en la causa “**Choque I. sobre Prisión Domiciliaria**”³⁰”, causa en la que la interna solicitaba acceder al beneficio de la prisión domiciliaria en virtud de que es ella quien se encontraba a cargo de sus nietos al momento de su detención, al morir su hija, madre de los niños, el informe social ordenado por el magistrado, en lugar de informar acerca de estos niños, se limitó a esbozar puras conjeturas que no solo carecen de razonabilidad, sino que además resultan totalmente impertinentes a la luz del superior interés del

²⁹ Defensoría General de la Nación: *Punición y Maternidad: acceso al arresto domiciliario*- 1era edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2015, pág. 94
www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43025.pdf (disponible en internet el 12/10/17)

³⁰ Juzgado de Ejecución N° 1, Salta, “Choque, I. sobre Prisión Domiciliaria” causa n° 10341-2/15



niño. Así, en este caso, el profesional a cargo de su confección refirió que del resultado del informe social se desprende que no surge que los menores necesiten del cuidado de la interna, y que el vínculo materno filial podrían llevarse a cabo perfectamente en el penal.

En esa misma línea de pensamiento, en el **incidente de prisión domiciliaria presentado por el interno G.P.**, padre de dos niños de seis y dos años de edad³¹, la Sala II del Tribunal de Juicio de la ciudad de Salta resolvió no hacer lugar a la petición de prisión domiciliaria presentada por el interno, a pesar de que en el informe surge el estado de vulnerabilidad en la que se encuentran tanto los niños como su madre, y la recomendación incluso para la progenitora de que acuda a proveerse de subsidios, pero, al igual que en el caso anterior, nada dice respecto del superior interés del niño a los efectos de negar la petición, que conforme la norma, constituye el eje rector que debe guiar a los magistrados en el caso en concreto.

IV- PAUTAS A TENER EN CUENTA:

A los efectos de que el artículo 32 inc. f de la ley 24.660 no se convierta en letra muerta, en este trabajo se sugiere seguir como mínimo tres pautas:

1- Revisar la calidad y pertinencia de los informes del Servicio de Psicología ordenados por los magistrados:

Sería muy positivo si el magistrado a la hora de ordenar un informe ambiental o social a raíz de un pedido de prisión domiciliaria en virtud del artículo 32 inc. f) de la ley 24.660, fijara pautas específicas acerca de los cuales deberían versar los mismos. Si el pedido encuentra su fundamento en el superior interés del niño, sería conveniente que el informe contenga información relevante acerca de si la presencia o no del progenitor en la vida cotidiana del niño satisface o no su superior interés, evaluando a tal fin el impacto que

³¹ Tribunal de Juicio, Sala II, “Incidente de Prisión Domiciliaria presentada por Dr. García Castiella Pedro Oscar a favor de J.C.G.P.” causa 17.964.



causaría la presencia del progenitor en el niño, en fin, si la presencia del progenitor es beneficiosa para los niños.

No puede tolerarse lo que sucede en la actualidad respecto del contenido de estos informes, en donde lejos de contemplar el superior interés del niño como eje rector, solo se limitan a buscar alternativas acerca de la conducta que debieran adoptar los integrantes del grupo familiar a los efectos de soportar la ausencia del interno en la vida familiar.

Es irracional que se permita que los informes sociales contengan información que no fue requerida, o consejos acerca de cómo satisfacer el superior interés del niño sin la presencia del progenitor o progenitora, aludiendo a que el vínculo paterno filial puede llevarse a cabo en el penal, en los horarios ordinarios de visita, o que los niños se encuentran a cargo de terceras personas, que no se encuentran en estado de abandono, como si el vínculo aludido pudiera ser reemplazado por otro tipo de relación sin afectar el modo de vida de los niños. Además, es evidente que el superior interés del niño no se satisface por el solo contacto del niño con su progenitor, se satisface cuando ese contacto se efectiviza en un contexto de forma tal que favorezca su íntegro desarrollo personal.

2-Dar intervención al Ministerio de Incapaces:

A fin de dar cumplimiento al artículo 12.2 de la Convención Americana de los Derechos del Niño, según el cual el niño debe tener la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, es de suma importancia que estos cuenten con un representante propio en este tipo de casos, teniendo en cuenta la importancia que la presencia de los progenitores tiene en la vida de sus hijos. La intervención del Asesor de Incapaces resulta fundamental a los efectos de que pueda dictaminar lo que considere más adecuado a la protección del superior interés de esos niños, y terminar con el absurdo de que los operadores judiciales aludan al superior



interés del niño por ser lo políticamente correcto y en términos generales, tan generales que incluso podrían aplicarse en simultáneo a varios casos parecidos, pero que a la hora de resolver, están muy lejos de realizar una valoración sobre el interés en concreto de los niños. En uno de los fallos que se analizó, más precisamente el caso Choque, el Asesor de Incapaces a pesar de habersele corrido vista, devolvió las actuaciones sin pronunciarse al respecto.

Es contrario a la protección al superior interés del niño que justamente, su representante legal omita o no se le dé la participación que debiera tener en los pedidos de arresto domiciliario cuando estos encuentren su fundamento en el inc. f) del artículo 32 de la ley de ejecución de penas privativas de la libertad. Al niño seguramente no le daría lo mismo crecer con sus progenitores al lado o no, al Estado tampoco le puede dar lo mismo.

No en vano el informe final para la Comisión sobre los Determinantes Sociales de la Salud de la Organización Mundial de la Salud afirma que cuanto más estimulante sea el ambiente primario, más conexiones positivas se forman en el cerebro y mejor es el progreso del niño o niña en todos los aspectos³². Razones como estas justifican que el legislador haya sancionado de una forma y no de otra, en plena concordancia con los fines humanitarios y el principio pro homine.

No puede justificarse que el juez en su despacho tome una decisión que sin dudas tendrá consecuencias en la vida de los niños y su desarrollo posterior, sin siquiera oír a su representante. Menos cuando el niño y por un motivo del cual es totalmente ajeno, de un día para el otro se encuentra en una situación de vulnerabilidad al verse privado de su núcleo familiar directo, incluso de su vivienda, en los casos en que los niños son privados de su libertad junto a sus madres.

³² AROCENA, Gustavo A.; CESANO, José D. “La Prisión Domiciliaria”. Colección Instituciones de derecho penitenciario. Volumen 1, pág. 102.



3-Límites a la mal llamada “discreción” a la hora de resolver a fin de evitar fallos contradictorios:

Es alarmante el nivel de contradicción que se observa en los magistrados al momento de resolver sobre la procedencia o no de esta modalidad de ejecución. Lo más alarmante es que el factor determinante que sella la suerte del otorgamiento o no de la prisión domiciliaria suele ser la situación de pobreza del interno.

El exceso de discrecionalidad en la manera de administrar superó todo límite de razonabilidad en dos casos que tomaron estado público en la ciudad de Salta. Uno de ellos fue el rechazo al pedido de prisión domiciliaria solicitado por la progenitora de una niña nacida en contexto de encierro que padecía microcefalia congénita que falleciera tiempo después, dentro de la Unidad Carcelaria de Mujeres, mientras que en otro caso, y con criterios claramente diferentes acerca de lo que consideran o entienden como protección al superior interés del niño, el magistrado decidió hacer lugar a un pedido de prisión domiciliaria a favor de un hombre acusado de abuso sexual en perjuicio de una niña, a llevarse a cabo en un domicilio habitado por niños. Situación que resulta de mínima llamativa, si se tiene en cuenta que a diferencia de los casos que se ha visto en este trabajo, uno de los motivos por los cuales no se hace lugar a los pedidos de prisión domiciliaria es justamente, por el domicilio propuesto, en algunas ocasiones porque el domicilio se encuentra en barrios marginados, y en otras la negativa se encuentra basada pura y exclusivamente en consideraciones que tienen que ver más con la futurología, como aquellos casos en los que quien solicita el arresto domiciliario se encuentre penando por microtráfico, consideran que al volver al mismo domicilio seguirán vendiendo estupefacientes.

Esta sola contradicción, que por sí sola ya debería avergonzar a la justicia (aunque haya muchas más y aun suponiendo que fuere la única vez que sucedió en nuestra ciudad) amerita a que los jueces fijen pautas para que sus sentencias no caigan en irritantes contradicciones.



La niña que falleció en el penal en el mes de enero de 2015 padecía desde su nacimiento microcefalia congénita y una malformación cerebral. Ni bien el caso tomó estado público a través de un portal digital de la ciudad de Salta,³³ el entonces director del establecimiento penitenciario de la Unidad Carcelaria N°4, César Rodríguez realizó declaraciones públicas a los efectos solamente de aclarar que la muerte de la niña se debía a su enfermedad, enfermedad que nació con ella en contexto de encierro, naturalizando el hecho de que esa niña, en el caso de no haber fallecido, pasaría en el penal sus primeros años de vida. Claramente un establecimiento penitenciario no es un lugar óptimo para el desarrollo de un niño, menos lo es si este niño padece una enfermedad ya que requiere cuidados especiales. Fueron dos cosas las que las autoridades se encargaron de aclarar, la primera que la muerte fue producto de la enfermedad de la niña, y la segunda que el establecimiento penitenciario se encontraba en condiciones óptimas de higiene. No se brindó en ningún momento una explicación acerca de porque motivo la niña se encontraba viviendo en un establecimiento penitenciario, cuando tiene toda una normativa que la ampara, por el contrario, fue una de las primeras cosas que dejó claro cuando el entonces director afirmó *“que la niña nació en un contexto de encierro”*.

Los fundamentos para no hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada por su progenitora mal pueden descansar en el hecho de que la unidad penitenciaria la niña tuviera garantizado el derecho a su salud, ya que el Estado tiene la obligación de garantizárselo de igual manera no solo mientras la niña se encuentre privada de su libertad, sino también extra muro. Lejos de la letra de la ley y de lo que en realidad debiera ser, y con mucho acierto,

³³ “Desmienten la muerte de una niña por hantavirus en el Penal de Villa Las Rosas”, 25/01/15, Portal digital de noticias Informatosalta, <http://informatosalta.com.ar/noticia/93976/desmienten-la-muerte-de-una-nina-por-hantavirus-en-el-penal-de-villas-las-rosas> (disponible en internet el 20/05/16)



Elías Neuman afirma en una de sus obras³⁴ que los sistemas penales que dicen tutelar de modo prioritario la vida humana y pretenden dar esa imagen al cuerpo social, en realidad la subestiman y son causantes de múltiples muertes evitables, en las cuales se advierte que la falta de elementales sentimientos éticos desemboca en un ferocísimo abuso de poder institucional. Es evidente que el hecho de que una persona acusada de abuso sexual hacia niños haya recibido prisión domiciliaria en un domicilio donde hay niños y que una madre haya tenido que soportar la muerte de su hija nacida en contexto de encierro, no solo denota la falta de criterio a la hora de aplicar la “discrecionalidad” sino también la falta de previsibilidad y seguridad jurídica que hay en torno a este tema en particular, al presentarse estas situaciones que a simple vista representan un trato preferencial desde las estructuras del poder, donde se van formando preconceptos.

³⁴ NEUMAN, Elías; “*El abuso del poder en Argentina y en otros países latinoamericanos*”, 1994, pág. 164.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

AROCENA, Gustavo A.; CESANO, José D. “La Prisión Domiciliaria”. Colección Instituciones de derecho penitenciario. Volumen 1.

BONILLA CASTRO, Elssy; HURTADO PIETRO, Jimena; JARAMILLO HERRERA, Christian, Coords. *La Investigación. Aproximaciones a la construcción del conocimiento científico*, 2009, 30-31.

ELBERT, Carlos Alberto, *Manual básico de criminología*, 1998, pág.13.
<https://yorchdocencia.files.wordpress.com/2015/04/elbert-carlos-alberto-manual-basico-de-criminologia.pdf>

FUCITO, Felipe, *Concepción Sociológica del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1989.

FUCITO Felipe, *Sociología del derecho: el orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Editorial Universidad, 1993, pág. 48-49.
<http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2016/09/Sociologia-Del-Derecho-Felipe-Fucito.pdf>

FUCITO FELIPE, *Sociología general. Conceptos básicos y Evolución histórica. Teoría sociológica e investigación. Sociedad y Cultura. Normatividad y Conducta*, 1999, pág. 197-198.

NEUMAN, Elías; “*El abuso del poder en Argentina y en otros países latinoamericanos*”,1994, pág. 164.



REVISTAS

Defensoría General de la Nación: Punición y Maternidad: acceso al arresto domiciliario- 1era edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2015.

www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43025.pdf

ROMAN DIAZ, Miguel, “Weber desde la óptica de Norberto Bobbio: el concepto de validez empírica”, Revista Judicial, Costa Rica, N° 106, diciembre 2012.

PINTO Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”.

http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/594/CL_PintoM_PrincipioProHomine_1997.pdf?sequence=1

FALLOS

CNCCyC, Sala I “F.C. s/ legajo de ejecución penal”, causa n° 55.611/14, reg. n°204/17.

CF Seguridad Social, Sala 3 “Orellano Hugo Nicolás c/Anses s/Reajustes varios”, causa n° 110279/2009.

CFCP, Sala II, “Marasco, Clarisa Noemí s/recurso de casación”, causa n°16.452, 17/07/2013.

CNCP, Sala IV. “Núñez Romero, Lorena Beatriz s/Recurso de Casación”. Causa 14.564. Reg. n° 213.12.4.

CNCCyC, Sala II, “M.C.P s/ incidente de prisión domicilia”, causa n° 51212/14.

CNCP, Sala III “Orillo, María Gabriela s/Recurso de Casación” causa n°15.657, Resolución del 03/05/2012. Reg. n° 582/12.

CFCP, Sala I “Carpio, Graciana Lorena s/ Recurso de Casación” causa n°7399, Resolución del 12/05/16. Reg. n° 789/16.1.

CFSalta, “Andrada, Armanda Beatriz s/prisión domiciliaria”, causa n°11341/2015/5, Resolución del 22/04/2016.

ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES



Juzgado de Instrucción N° 28, “V.G. s/ Prisión Domiciliaria” causa n° 28.134/10, rta. 07/09/2010.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°1, “G.I. s/Prisión Domiciliaria” causa n° 6.845/2010 (B-12630/2010) rta. 15/06/2010).

CNCP, Sala II, “Álvarez Contreras, Flor de María s/Recurso de Casación” causa n°684/2013, rta. 20/09/2013.

Juzgado de Ejecución N° 1, Salta, “Choque, I. sobre Prisión Domiciliaria” causa n° 10341-2/15

Tribunal de Juicio, Sala II, “Incidente de Prisión Domiciliaria presentada por Dr. García Castiella Pedro Oscar a favor de J.C.G.P.” causa 17.964.

DOCUMENTOS EN INTERNET

Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias 2006, O.D. n°1261.
http://www.ub.edu/ospdh/ospdh_ant/pdf/arts%20areas/privacio/monitor eig/Discusi%C3%B3n%20arresto%20domiciliario.pdf

Unicef para cada niño *¿Por qué es tan importante el desarrollo del niño en la primera infancia?*

www.unicef.org/spanish/earlychildhood/index_40748.html

Procuración Penitenciaria de la Nación, La situación de los derechos humanos en las cárceles federales argentinas, Buenos Aires, Informe 2012, Buenos Aires, 2013.

“Desmienten la muerte de una niña por hantavirus en el Penal de Villa Las Rosas”, 25/01/15, Portal digital de noticias Informatesalta, <http://informatesalta.com.ar/noticia/93976/desmienten-la-muerte-de-una-nina-por-hantavirus-en-el-penal-de-villas-las-rosas>



INDICE

INICIO	1
CAPITULO I	2
PRIMERA PARTE: DIMENSIÓN EPISTEMOLÓGICA	2
PRISIÓN DOMICILIARIA	2
I-Introducción.....	2
II-Estado actual de la cuestión.....	3
2.1.Discusiones parlamentarias.....	4
2.2. Alcance de la reforma de la ley 26.472.....	8
III-Marco Sociológico y criminológico.....	8
IV-Objetivo.....	11
V-Planteamiento del problema.....	12
VI-Hipótesis.....	14
CAPITULO II	14
SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	14
I-Primera cuestión del planteamiento del problema.....	15
II-Segunda cuestión del planteamiento del problema.....	20
2.1. Bienestar de los niños. Ausencia de abandono o desamparo.....	21
2.2. Gravedad de los hechos.....	24
2.3.Falta de vivienda. Hacinamiento.....	24

ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES



III-Impacto de la negativa sistemática en los niños y niñas.....	27
IV-Pautas a tener en cuenta.....	29
V-Referencias bibliográficas.....	36
VI-Índice.....	39