

Punición & Maternidad

Acceso al arresto domiciliario

Punición & Maternidad

Acceso al arresto domiciliario

Defensoría General de la Nación

Punición y maternidad : acceso al arresto domiciliario. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Defensoría General de la Nación, 2015.

230 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-45543-4-5

1. Mujeres. 2. Derecho. 3. Arresto Domiciliario. I. Título.

CDD 347.05

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Defensora General de la Nación

Dra. Stella Maris Martínez

Comisión sobre Temáticas de Género

Co-titulares

Gabriel Ignacio Anitua, Patricia Azzi, Héctor Copello, Cecilia Mage y Patricia Tarraubella.

Contenidos

Alexis Álvarez, Raquel Asensio, Daniela Fagioli, Mariano Fernández Valle, Magalí Huñis, María de la Paz Herrera, Celeste Novelli, Valeria Picco

COORDINACIÓN EDITORIAL

Subsecretaría de Comunicación Institucional - Secretaría General de Política Institucional

2015 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Av. Callao 970 - CP 1023

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tirada: 500 ejemplares

ÍNDICE

Presentación	5
Capítulo I	15
ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD Y DE SUS HIJAS E HIJOS	15
1. El impacto del encarcelamiento en las mujeres embarazadas o madres de niñas y niños pequeños y en sus hijas e hijos	15
2. El derecho internacional de los derechos humanos en relación con las mujeres encarceladas.....	19
3. Medidas alternativas a la prisión a la luz de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad.....	23
4. Medidas alternativas a la prisión a la luz de los derechos humanos de las hijas e hijos de las mujeres privadas de libertad.....	35
5. Conclusiones	46
Capítulo II	47
REGULACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. LA SANCIÓN DE LA LEY N° 26.472	
1. Antecedentes de la ley N° 26.472	48
2. La ley N° 26.472 y sus modificaciones a la normativa penal	50
3. Críticas a la ley N° 26.472	53
4. La ley N° 26.472 y los estereotipos de género	61
5. El arresto domiciliario como modalidad alternativa al encierro carcelario..	65
6. Conclusiones	67
Capítulo III	69
OBSTÁCULOS PARA EL ACCESO AL ARRESTO DOMICILIARIO ORIGINADOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY	
1. Inflexibilidad e indeterminación de la ley	70
2. El arresto domiciliario y los riesgos procesales.....	77
3. Interpretaciones estereotipadas	86
4. Inexistencia de una situación de desamparo material o moral de las y los niños	95
5. Suspensión de la patria potestad	103

Capítulo IV.....	107
DIFICULTADES DE ACCESO AL ARRESTO DOMICILIARIO POR PROBLEMAS ESTRUCTURALES	
1. Vivienda inadecuada	109
2. Imposibilidad del grupo familiar para solventar los gastos de la persona detenida	121
3. Mujeres extranjeras y falta de arraigo	125
 Capítulo V.....	 133
OBSTÁCULOS EN EL TRANSCURSO DEL ARRESTO DOMICILIARIO ORIGINADOS EN LA FALTA DE RECURSOS MATERIALES, SOCIALES Y LEGALES	
1. La organización social de la cotidianeidad en el marco del arresto domiciliario	135
2. Intervenciones institucionales durante el arresto domiciliario	148
3. Conclusiones	151
 Conclusiones.....	 155
 Sumarios de Jurisprudencia	 163
Madres de niños/as menores de cinco años	163
Madres de niños/as mayores de cinco años.....	176
Mujeres embarazadas	183
Mujeres a cargo de personas con discapacidad.....	186
Mujeres extranjeras – expulsión anticipada.....	187
Arresto domiciliario a favor de personas trans	191
Arresto domiciliario a favor de varones con responsabilidades de cuidado ..	193
Procedencia para procesadas – riesgos procesales	197
Preeminencia del interés superior del niño frente a la potestad punitiva del estado.....	201
Vivienda ubicada en zona de riesgo o en condiciones precarias.....	205
Garantías procesales.....	207
 Bibliografía.....	 211

Presentación

En los últimos años, se observa un aumento sostenido del encarcelamiento, al tiempo que, en forma paradójica, se pone en evidencia con mayor fuerza la inadecuación de la respuesta penal como modo de resolver diversas formas de conflictividad social. En especial, se ha demostrado que el sistema penal castiga a los sectores más débiles y refuerza los factores de exclusión. Además, desde diversos organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil se han denunciado los malos tratos que reciben las personas detenidas, las altas tasas de reincidencia, las condiciones de sobrepoblación y hacinamiento penitenciario, y la violencia estructural del sistema. A pesar de ello, la solución generalizada para diferentes conflictos sigue siendo el encarcelamiento y, de hecho, parecería existir un consenso social, muchas veces respaldado por las agencias del Estado y por los medios de comunicación, respecto de que la prisión es la única respuesta posible al delito.

En el caso particular de las mujeres privadas de libertad, el sistema penal se ha distinguido históricamente por ignorar sus propias características y por proporcionarles un trato similar al de los hombres, desconociendo, de este modo, el impacto diferenciado que el encarcelamiento tiene en ellas. Este impacto es producto del papel que tradicionalmente se asigna y en el cual se desarrollan las mujeres en nuestras sociedades, caracterizado por la reproducción de los lazos familiares, la crianza de las niñas y niños, y el cuidado de otras personas. Este rol social hace que sufran en mayor medida los efectos del encierro, ya que este suele acarrear la falta de comunicación con sus seres queridos y el desmembramiento del grupo familiar. En el caso de las mujeres detenidas que son madres, la destrucción del vínculo materno-filial constituye una “pena” anticipada para aquellas que esperan su juicio detenidas de modo preventivo, y una forma de “punición” añadida para las condenadas; penalidad que las trasciende y alcanza a sus hijos e hijas.

Por otra parte, en los casos en que se les permite a las madres permanecer en prisión junto con sus hijas e hijos, no se consideran los efectos

que las condiciones carcelarias pueden tener sobre ellos y sobre el ejercicio de la maternidad. En particular, en las severas consecuencias que produce la prisión en el desarrollo de las aptitudes físicas, mentales y afectivas de niños y niñas, ni en que la cárcel constituye un espacio absolutamente inadecuado para su crianza, dadas sus condiciones de violencia estructural.

En adición, puede mencionarse que al maltrato que caracteriza al régimen carcelario, en el caso de las mujeres se suma también la violencia de género, que muchas veces se traduce en agresiones físicas y, otras tantas, en agresiones de carácter simbólico. El ejemplo paradigmático de este tipo de violencia específica hacia las mujeres se refleja en las requisas vejatorias a las que usualmente las internas son sometidas. Dichas prácticas se suelen trasladar a sus hijas e hijos cuando conviven con ellas en las cárceles o cuando las visitan.

Todas estas “penas” añadidas se acentúan en el caso de las detenidas extranjeras. Al igual que en otros países de la región, ellas representan un porcentaje importante de la población de mujeres en las cárceles argentinas. Debe sumarse, a las afectaciones típicas del encierro, la situación de desamparo en la que se encuentran, entre otras razones, por no contar con vínculos sociales o familiares en el país, por barreras lingüísticas o culturales, o por la falta de recursos. Por ello, constituyen un grupo especialmente vulnerable que está inmerso en un contexto que puede traducirse en prácticas discriminatorias. En el ámbito penitenciario, estas prácticas se plasman en la “doble condena”, es decir, en un plus punitivo impuesto por la condición de ser mujer y extranjera (cf. Ribas et ál. 2005; respecto de las mujeres extranjeras en las cárceles federales argentinas, véase Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS– et ál. 2011).

De este modo, si las características propias de los sistemas penitenciarios generan interrogantes en cuanto a su racionalidad, en el caso de las mujeres, la posibilidad de cuestionamientos se acentúa notoriamente. Desde una perspectiva político criminal, podría plantearse que existe una seria desproporción entre las penas que sufren las mujeres en el encierro carcelario y el daño producido por los delitos que se les atribuyen (CELS et ál. 2011, 205). Más aún si se considera que la mayor parte de la delincuencia femenina se vincula con delitos no violentos –en general por tráfico, contrabando o comercialización de drogas en pequeña escala¹–.

1 Cf. Comisión IDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/

La situación de las mujeres privadas de libertad y el fuerte impacto que ese encierro genera en su grupo familiar –en especial, en sus hijas e hijos– concitó la atención del derecho internacional de los derechos humanos en los últimos años. En diversos pronunciamientos e instrumentos, se señala la importancia de contemplar mecanismos alternativos a la privación de la libertad a fin de brindar mayor razonabilidad a las respuestas estatales para mujeres en conflicto con la ley penal. Esos avances internacionales proveen sólidos fundamentos para obtener medidas alternativas al encierro, tanto en su forma cautelar como punitiva. Sin embargo, la fuerte tendencia a la criminalización de los conflictos sociales dificulta tanto la previsión normativa de esta clase de respuestas, como la implementación de los escasos mecanismos disponibles en la legislación (tales como la excarcelación, penas en suspenso, tareas comunitarias, y el acceso a las formas morigeradas de ejecución de la pena privativa de libertad que prevén las distintas regulaciones de ejecución de la pena).

En lo que respecta al ordenamiento jurídico interno, el marco explicitado en los párrafos anteriores tuvo una consagración parcial en la ley N° 26.472, que amplió los supuestos en los que se puede solicitar la prisión domiciliaria. Dicha ley modificó el artículo 10 del Código Penal, los artículos 32, 33 y 35 de la ley N° 24.660 y el entonces artículo 502 del (Código Procesal Penal de la Nación²), y extendió los supuestos del arresto domiciliario a ciertos grupos considerados vulnerables y, sobre todo, a aquellos especialmente afectados por la dinámica carcelaria. En lo que aquí interesa, la ley habilitó a las y los jueces a disponer el arresto en el domicilio de las mujeres embarazadas o madres de niñas y niños menores de cinco años de edad, o a cargo de personas con discapacidad³.

Ser.L/V/II., Doc. 46/13, 30 de diciembre 2013, párr. 216; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, *Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres*, Naciones Unidas, A/68/340, Asamblea General, Sexagésimo sexto período de sesiones, 21 de agosto de 2013, párrs. 23-27; CELS et ál. 2011, 30-34; y Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justice and Internacional Human Rights Clinic et ál. 2013, 18-21.

² Texto modificado con anterioridad a la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por ley N° 27.063.

³ El arresto domiciliario, como modo de cumplimiento de la pena, fue originariamente previsto en nuestro país al promulgarse el Código Penal argentino (CP)–ley N° 11.179–. Allí se estipulaba que “[...] cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”. Al sancionarse la ley N° 24.660, se ampliaron las causales de concesión que establecía el artí-

Entre las razones invocadas para aprobar la reforma se hizo referencia al derecho a la vida y a la salud de las personas detenidas, y se manifestó que el ámbito carcelario no es el adecuado para quienes requieren especial atención y cuidado, como las mujeres embarazadas o con niñas o niños pequeños⁴. Por otra parte, se reconoció que la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes determina la necesidad de un régimen especial, para evitar que determinadas condiciones carcelarias infrinjan tal prohibición⁵. En paralelo, se mencionó que las pretensiones de castigo estatal deben ceder en determinadas circunstancias frente a derechos de mayor importancia, y que el principio de intrascendencia de la pena, aunado al interés superior del niño, demanda la búsqueda de soluciones alternativas a la cárcel⁶.

Pese a las razones invocadas para justificar la reforma legal, la ley N° 26.472 se limitó a introducir una modalidad de encierro en un espacio diferente a la prisión⁷, y no incluyó formas alternativas a la privación de la libertad –solución que hubiera resultado más acorde al diagnóstico esbozado y a los avances registrados en el derecho internacional de los derechos humanos⁸–. Aun así, la sanción de la ley constituyó un paso significativo, tanto en términos simbólicos (por cuanto implicó reconocer normativamente las diferentes experiencias y necesidades por razones de género), como en términos prácticos (pues facilitó el acceso de muje-

culo 10, CP al “[...] condenado mayor de 70 años y el que padezca una enfermedad incurable en período terminal”. A su vez, la ley N° 26.472 añadió cuatro supuestos a los existentes con anterioridad. La actual legislación hace referencia a personas enfermas en período terminal y además, a diferencia de la legislación anterior, incluye a quienes padezcan una dolencia que el encierro carcelario impida su recuperación o no pueda ser tratada adecuadamente.

4 Fundamentos de los proyectos de ley de la diputada Diana Conti (269-D.-2006) y de los Diputados Marcela V. Rodríguez y Emilio García Méndez (4.820-D.-2006), que la Comisión de Legislación Penal hizo suyos, cf. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2006, Orden del Día N° 1261, 6 de noviembre de 2006.

5 *Ibidem*.

6 Fundamentos de los proyectos de ley de la diputada Diana Conti (269-D.-2006), que la Comisión de Legislación Penal hizo suyos, cf. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2006, Orden del Día N° 1261, 6 de noviembre de 2006.

7 El arresto domiciliario puede ser solicitado por personas procesadas o condenadas (cf. artículos 10, Código Penal; 11 y 32, ley N° 24.660). A partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal por la ley N° 27.063, esta posibilidad también aparece contemplada en el código de forma como medida de coerción para asegurar fines procesales (cf. artículo 177, CPPN).

8 Véase apartado 2.1.

res embarazadas o madres de niñas o niños pequeños a un régimen de privación de la libertad menos lesivo).

A pesar de que la ley Nº 26.472 generó algunos cambios sustanciales en la forma en que las mujeres cumplen las penas, todavía subsisten serios obstáculos para el acceso efectivo al instituto de la prisión domiciliaria. Puede advertirse que muchas mujeres que cumplen los requisitos objetivos para acceder al régimen –ya sea por estar embarazadas o porque tienen niñas o niños pequeños o están a cargo de personas con discapacidad–, finalmente no obtienen la autorización judicial para cumplir la privación de la libertad en prisión domiciliaria.

Frente a las consecuencias desproporcionadas que genera el encarcelamiento de mujeres y la expresa previsión de una modalidad atenuada de encierro, desde la *Comisión sobre Temáticas de Género* de la Defensoría General de la Nación surgió la idea de indagar sobre las razones por las que muchas mujeres no acceden al arresto domiciliario cuando están en condiciones de hacerlo. Conforme fue sugerido aquí y será atendido con mayor precisión en el Capítulo I de este Informe, los efectos diferenciales que tiene la privación de libertad (en especial, la cárcel, pero también otras modalidades de encierro) en las mujeres y en su grupo familiar, así como los delitos que habitualmente se les imputan y la tendencia internacional en materia de tratamiento penal de estos casos, llevan a considerar como estrategia de defensa privilegiada de estas mujeres la solicitud y aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad (y no solo a la cárcel). En caso de que esa vía fracase, el arresto domiciliario es una forma menos lesiva para atravesar la privación de la libertad. El interés en evaluar las barreras de acceso al arresto domiciliario radica en que, al contar con una regulación expresa, recibió una mayor recepción y desarrollo jurisprudencial. El análisis de esas resoluciones permite develar los prejuicios y obstáculos que dificultan el acceso de las mujeres a medidas morigeradas o alternativas en general (y no solo al arresto domiciliario), así como los argumentos y condiciones que benefician su admisión judicial.

Para este estudio, se realizó una búsqueda de pronunciamientos judiciales de diferentes tribunales (federales y nacionales, de distintas instancias y fueros) con el objeto de contar con una visión general de la problemática. Así, se pudo observar que la sanción de la ley había allanado el acceso al arresto domiciliario en muchos casos, pero también se encontraron obstáculos originados en una hermenéutica judicial que restringe severamente sus alcances y efectos.

También se relevaron los estándares internacionales sobre los derechos de las mujeres privadas de libertad que cursen un embarazo o que tengan hijas o hijos menores de edad, con el fin de establecer los parámetros exigibles a los Estados frente a tales supuestos. Este análisis permitió evaluar el grado de recepción por parte de los tribunales de justicia locales de los principios internacionales de derechos humanos en la materia. Se consideró que este estudio era fundamental no solo por el rango constitucional de los tratados de derechos humanos aplicables, sino también por el valor que la Corte Suprema de Justicia de la Nación otorga a la jurisprudencia y a los pronunciamientos de sus organismos de aplicación y monitoreo⁹.

Al mismo tiempo se indagó sobre los antecedentes de la ley N° 26.472, se examinaron críticamente algunos de sus aspectos desde la perspectiva de la teoría legal feminista y se desarrollaron los principales lineamientos para una hermenéutica acorde con los estándares de derechos humanos.

A partir del análisis de la jurisprudencia nacional recopilada, y como un método de aproximación al fenómeno de la accesibilidad al arresto domiciliario, se elaboró una clasificación de los principales obstáculos que entorpecen o vedan el acceso de las mujeres al instituto. Las barreras para el acceso al arresto domiciliario podrían dividirse en tres instancias principales: barreras vinculadas con la solicitud –son aquellas que condicionan la procedencia del arresto por la interpretación de los supuestos y requisitos comprendidos en la norma–; barreras vinculadas con la concesión –son aquellas que condicionan la procedencia del arresto a ciertas circunstancias estructurales–; y barreras vinculadas con el efectivo cumplimiento –donde se evidencia la falta de recursos sociales, materiales y legales para cumplir con la restricción de libertad y alcanzar el fin de re-socialización de la pena–.

El examen efectuado fue de tipo cualitativo; es decir, las resoluciones evaluadas no son representativas del universo de casos en donde se tra-

⁹ Varios precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) han establecido que los pronunciamientos de los organismos internacionales son vinculantes o constituyen una pauta ineludible a la hora de interpretar los tratados de derechos humanos (cf. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, rta. 07/07/1992 –Fallos, 315:1492–; “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, rta. 07/04/1995 –Fallos, 318:514–; “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, rta. 24/08/2004 –Fallos, 327:3312–; “Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad”, rta. 14/06/2005 –Fallos, 328:2056–; entre otros).

mitan solicitudes de arresto domiciliario, ni tampoco aspiran a ofrecer un diagnóstico general de todas las situaciones. Hecha esa salvedad, cabe agregar que el criterio de selección estuvo orientado a detectar aquellas decisiones judiciales que evidenciaran regularidades en el accionar de la justicia penal y, paralelamente, a mostrar varios tipos de problemas existentes en el abordaje judicial.

La metodología de análisis consistió en la revisión de las resoluciones judiciales que se expidieron a favor o en contra de la concesión del arresto domiciliario en casos de mujeres embarazadas o madres de niñas o niños. También se incluyeron algunos supuestos en los que se otorgó la medida a varones que estaban a cargo del cuidado de sus hijas o hijos menores de edad. En ocasiones, se pudo acceder al expediente judicial, con las solicitudes de arresto presentadas por las y los defensoras/es, con los recursos planteados ante la denegatoria de los tribunales, así como también con informes de trabajadores sociales. Buena parte de este material fue recolectado, por un lado, a partir de las remisiones diarias de sentencias que realiza la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia y por el otro, gracias a la colaboración de las y los magistrados, funcionarios y empleados de este Ministerio Público de la Defensa. Asimismo, por medio de la Resolución DGN Nº 634/2010, se solicitó a todos los magistrados y magistradas del organismo que remitan a la Comisión sobre Temáticas de Género las resoluciones judiciales, favorables o desfavorables, recaídas en los pedidos de arresto domiciliario presentados a favor de mujeres embarazadas o con hijos menores de edad. Asimismo, integrantes del Poder Judicial también enviaron jurisprudencia sobre acceso al arresto domiciliario por motivos de embarazo o cuidado de niñas y niños; a todos ellos agradecemos su colaboración para la confección de este Informe.

Como enfoque transversal, la investigación fue ideada y enmarcada dentro de una perspectiva de género y de derechos humanos. La conjunción entre el enfoque de género y el de derechos humanos aporta razones y herramientas metodológicas para repensar a las instituciones, las relaciones sociales e interpersonales y la distribución de recursos y de poder desde un lugar eminentemente crítico. Esta asociación permite desmantelar la concepción “paternalista” y “neutral” del derecho, que invisibiliza las necesidades de las personas que no responden a la construcción jurídica hegemónica y androcéntrica del sujeto de derecho (Minow 1990, 10). Esta asociación, a su vez, ayuda a reflexionar sobre los modelos de justicia social por medio de la discusión de nociones de equidad, redis-

tribución y reconocimiento de identidades y necesidades particulares (cf. Fraser 2006). Finalmente, esta mirada resulta ineludible en tanto la articulación de políticas e instancias dirigidas a ampliar y mejorar el acceso a la justicia de las mujeres suele ser percibida como una concesión generosa y discrecional de quienes ejercen el poder de aplicar e interpretar la ley, y no como obligaciones cuyo incumplimiento podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado¹⁰.

El informe que aquí se presenta se compone de cinco capítulos, sus conclusiones, y un anexo que presenta sumarios de jurisprudencia favorable a la procedencia del arresto domiciliario.

En el primer capítulo del informe, se agrupan los estándares generales de derechos humanos aplicables a las mujeres privadas de libertad y a la protección del “interés superior” de sus hijos e hijas menores de edad, a la vez que se identifican los deberes estatales en la materia y se analiza la importancia que ha tenido la transversalización del enfoque de género en la normativa penitenciaria. Los avances internacionales que se presentan en este capítulo son enteramente aplicables a estrategias orientadas a obtener medidas alternativas a la privación de la libertad y, en forma subsidiaria, para sustentar las solicitudes de acceso al arresto en el hogar.

En el segundo capítulo, se estudian los antecedentes de la ley N° 26.472, las modificaciones que introdujo en la normativa penal, los objetivos perseguidos, y su vinculación con los avances en el ámbito internacional.

En el tercer capítulo, se reseñan una serie de obstáculos vinculados con interpretaciones judiciales que restringen la normativa desarrollada en los capítulos previos, tanto en el alcance otorgado a algunos términos de la ley, como a la exigencia de requisitos que no están previstos normativamente y que, muchas veces, traducen estereotipos de género en las interpretaciones judiciales.

En el cuarto capítulo, se indaga sobre dificultades estructurales para acceder al arresto domiciliario, tales como la inexistencia de una vivienda

10 CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 227.

adecuada o la imposibilidad de solventar los gastos de manutención en este régimen. Este capítulo se detiene en la manera en que los contextos socio-económicos adversos se integran al razonamiento judicial como criterio para obstaculizar la procedencia efectiva del arresto domiciliario.

En el quinto capítulo, se analizan dificultades en la ejecución y seguimiento de arrestos domiciliarios concedidos. A diferencia de los desarrollos previos, estas dificultades se tomaron de los aportes realizados por el *Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad* de la Defensoría General de la Nación, cuyas profesionales tienen contacto directo con las mujeres que solicitan o acceden al régimen de prisión domiciliaria. En este capítulo se abordan las principales dificultades que afrontan las mujeres una vez otorgada la detención domiciliaria, sea para sobrellevarla de forma adecuada o para acceder a niveles básicos de derechos, incluso comparables con aquellos “garantizados” intramuros.

El informe concluye con la presentación de algunas reflexiones en torno a los discursos y prácticas jurídicas que funcionan como barreras para acceder a la detención en el domicilio y que resultan contrarias a los estándares internacionales registrados en la investigación. Aquí se repasan, sintéticamente, las distintas categorías de obstáculos identificadas, tanto los que se relacionan con las interpretaciones legales, como aquellos vinculados con cuestiones estructurales y con deficientes procesos de ejecución y seguimiento del instituto.

Por último, en el anexo de jurisprudencia se incluyen sumarios que favorecen un acceso más amplio al arresto domiciliario. Aunque la gran mayoría de los antecedentes se refieren a mujeres embarazadas o madres de niñas o niños, también se incluyeron resoluciones que habilitaron la procedencia del arresto domiciliario a varones o a personas trans. Los argumentos empleados en estos pronunciamientos no siempre son compartidos, pero fueron incorporados porque pueden ser útiles para quienes se desempeñan en este campo.

Stella Maris Martínez

Capítulo I

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD Y DE SUS HIJAS E HIJOS

1. El impacto del encarcelamiento en las mujeres embarazadas o madres de niñas y niños pequeños y en sus hijas e hijos

Numerosos estudios desarrollados en el ámbito nacional e internacional dan cuenta de que el encarcelamiento tiene distintas implicancias para varones y mujeres por motivos de género. Se ha señalado que las prisiones se construyeron teniendo en cuenta las vivencias y necesidades de los hombres, que prestan escasa o nula atención a las cuestiones específicas de las mujeres, y que la falta de un enfoque de género puede tener consecuencias graves para las presas¹. Una de las diferencias centrales entre la privación de la libertad de hombres y la de mujeres es la forma en la que el encierro afecta a la familia, en particular, a las hijas y los hijos. Estas circunstancias responden a sociedades desiguales, en las que imperan patrones estereotipados de género, que reservan a las mujeres el rol de responsables primarias de la crianza de los niños y niñas.

El encarcelamiento de mujeres afecta a un número elevadísimo de niñas y niños en todo el mundo². La privación de libertad de cualquiera de sus progenitores impacta seriamente en la relación filial, pero los efectos que el encarcelamiento de una madre tiene en las familias son, en general, más devastadores que los que habitualmente se producen con el encarcelamiento de un padre³. Ellos alcanzan a todos los aspectos de la vida del niño o niña, desde dónde vivirá y cómo se desenvolverá en la escuela, hasta su relación

1 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párrs. 33 y 54.

2 *Ibidem*, párr. 55.

3 Representación Cuáquera ante Naciones Unidas, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los amigos*, Grupo del Proyecto Mujeres en la Cárcel, agosto 2007, p. 11.

con otros miembros de la familia y su lugar en la comunidad local⁴. Se ha señalado que muchas veces los niños y niñas tienen que mudarse de casa o de barrio, precisamente en esos momentos de estrés es cuando más se necesita de la escuela, los grupos de amistades y las redes de apoyo⁵.

La pérdida o deterioro de la relación con la progenitora, junto con las otras circunstancias reseñadas, acarrea graves consecuencias en su vida cotidiana. Generalmente, las hijas y los hijos de personas encarceladas son discriminados y estigmatizados, y sus cuidadores, maestros y otras personas suelen brindarles menor contención que a los niños cuyos padres no están en la cárcel⁶. Sufren traumas, miedos, vergüenza, culpa y, en muchos casos, comienzan a presentar problemas de salud física y psicológica, así como comportamientos regresivos y antisociales⁷. Están más expuestos a un riesgo de bajo rendimiento académico, de alcoholismo y toxicomanía, y de pérdida de autoestima, mientras que presentan mayores probabilidades de ser encarcelados durante su vida⁸. En adición, corren el peligro de ser separados del grupo familiar, e incluso pueden terminar institucionalizados (CELS et ál. 2011, 157; Cornell Law School et ál. 2014, 38).

La mayor afectación del grupo familiar que se produce con el encarcelamiento de la madre genera también perjuicios específicos en esas mujeres (Azaola 2007, 74) por la estigmatización, el alejamiento social y el sentimiento de vergüenza y culpa que les genera el encierro⁹. Por un lado, tienen un mayor reproche social que los varones, pues no han sabido comportarse de la manera que “se esperaba” (Naredo Molero 1999, 208; Almeda 2002, 252; Espinoza 2005, 23), ni asumieron el cuidado de sus hijos, ni cumplieron con las expectativas que existían hacia ellas en su calidad de madres. Además, el proceso de adaptación a la cárcel suele ser más costoso para ellas. La preocupación por sus hijas e hijos y la pérdida de la responsabilidad maternal son algunas de las causas que provocan una alta incidencia de problemas psicológicos, autolesiones y crisis de ansiedad entre las detenidas (Naredo Mole-

4 Ver *Ibíd.*, p. 13; Robertson, O 2007.

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

8 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, *óp. cit.*, párr. 79.

9 *Ibíd.*, párr. 74.

ro 1999, 209)¹⁰. Por otro lado, el contacto con sus familias y con sus hijas e hijos suele ser escaso por diversas razones, como los costos logísticos y económicos de las visitas, la mayor probabilidad de que la familia las rechace, las barreras administrativas o las dificultades y resistencias de quien/es está a cargo de sus hijas e hijos para llevarlos a las visitas¹¹. De tal manera, “[l]a frustración, la culpa y la impotencia de no poder estar con sus hijos e hijas y darles ‘lo mejor’ constituyen otro castigo, un doble cautiverio”¹².

La situación de las mujeres embarazadas genera una preocupación particular, ya que las cárceles son per se un lugar inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y atención especializada que ellas requieren, mientras que el alumbramiento en el encierro – por los niveles de ansiedad y estrés que genera– tiene directa incidencia en la salud física y emocional de los niños y niñas (Cufino y Martínez 2009; Townhead 2006, 7).

Los efectos de la detención (aun la preventiva) también suele impactar en las posibilidades de reinserción de las mujeres cuando recuperan la libertad, pues se reducen sus posibilidades para encontrar trabajo y vivienda y se profundizan los problemas económicos¹³. La Representación Cuáquera ante Naciones Unidas ha señalado:

Los efectos de incluso un período relativamente corto en prisión son por lo común devastadores para una mujer que no ha sido todavía juzgada, particularmente si es única cuidadora de sus hijos/as. Una mujer que habite en una vivienda no segura o rentada, por lo general la perderá. Si tiene un trabajo, casi con seguridad lo perderá. Luego, al salir de prisión, tendrá problemas para hallar una vivienda segura. Es común que una madre cuyos hijos han sido colocados en instituciones del gobierno o al cuidado de otra(s) persona(s) no pueda recuperar la custodia de ellos a menos que cuente con una vivienda y medios para mantener a los/as niños/as¹⁴.

10 Véase, asimismo, Townhead 2006, 6.

11 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párrs. 78-79.

12 Instituto Nacional de las Mujeres de México y PNUD, *Garantizando los derechos humanos de mujeres en reclusión*, agosto de 2006, p. 62.

13 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párrs. 73-74.

14 Bastick, M. y Townhead, L., *Mujeres en la cárcel: Comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*, Representación Cuáquera ante Naciones Unidas,

En el ámbito local, una investigación del Centro de Estudios Legales y Sociales, el Ministerio Público de la Defensa de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación, en la órbita del servicio penitenciario federal, constató los efectos devastadores que apareja la prisionización de mujeres embarazadas o que tienen hijas e hijos menores de edad. El informe mostró que su encarcelamiento suele producir el desmembramiento del grupo familiar y gravísimas consecuencias en sus hijas e hijos, tanto en lo afectivo y lo psicológico como en lo material. También evidenció que la separación de las niñas y niños (que en la mayoría de los casos es casi total), y los padecimientos que ellos atraviesan tras el encierro de la madre provocan un alto costo que hace que la adaptación y la vida en la cárcel resulten especialmente difíciles para esas mujeres. Esto genera un pluspunitivo que en general no es reconocido por la ley ni considerado por las y los operadores judiciales.

De acuerdo con el informe referido, las reclusas embarazadas o que conviven con sus hijas e hijos en el penal deben enfrentar mayores dificultades que el resto de la población detenida, pues los servicios previstos para esos grupos no satisfacen todas las necesidades que presentan por la condición particular de ser gestante, estar en período de lactancia, o por los deberes que demanda la atención y cuidado de sus hijas e hijos.

La publicación también reparó en el impacto que provoca el encarcelamiento de las mujeres en sus hijas e hijos, que alcanza no solo al vínculo materno-filial, sino que se proyecta en casi todos los aspectos de la vida de las niñas, niños y adolescentes. En el caso de quienes permanecen en la cárcel con sus madres, ese impacto es obvio, ya que padecen las mismas condiciones deficientes del encierro. Por su parte, frente a aquellos que perdieron la convivencia con sus madres, algunas de las consecuencias más reiteradas son el desmembramiento del grupo familiar; la pérdida de contacto con ellas y con sus hermanos, la peregrinación por distintos hogares y cuidadores, el incremento de la vulnerabilidad económica, el abandono de los estudios o dificultades de aprendizaje, situación de explotación laboral infantil, depresión, problemas de salud, institucionalización de niñas y niños, entre otros (CELS et ál. 2011, 151-189).

Como se analizará, las consecuencias que acarrea el encarcelamiento de mujeres embarazadas o madres de niñas y niños, detectadas en inves-

2008, pp. 121-122, disponible en <http://www.icpa.ca/tools/download/1018/WiP-CommentarySMRs200806-Spanish.pdf>, consultado el 15/01/2015.

tigaciones e informes internacionales y locales, pueden configurar graves violaciones a los derechos humanos de esas mujeres y de su grupo familiar.

2. El derecho internacional de los derechos humanos en relación con las mujeres encarceladas

La mayor visibilidad de la situación de las mujeres encarceladas dio lugar a un incipiente desarrollo de estándares, observaciones y recomendaciones en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que se originan en el reconocimiento del impacto diferencial que tiene la institución carcelaria por razones de género. Muchos de esos principios atienden a la situación particular de las mujeres que están embarazadas o que son madres y que, en su enorme mayoría, son las encargadas principales del cuidado de sus hijas e hijos.

Los instrumentos generales de protección de derechos humanos y los que se desarrollaron en particular para la protección de las personas privadas de libertad brindan un marco amplio y sólido de protección de las mujeres encarceladas y de sus hijas e hijos. Así, numerosos tratados internacionales reconocen, entre otros, los derechos a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la integridad, a una vida digna, a la protección de la familia, a la protección especial del embarazo y del interés superior de niñas, niños y adolescentes, la proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el principio de trascendencia mínima de la pena¹⁵.

Por su parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RTM)¹⁶, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas

15 Resultan especialmente importantes en el análisis de esta problemática la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes (y su Protocolo facultativo), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

16 ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus reso-

no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)¹⁷ y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios y Buenas Prácticas)¹⁸, aunque carecen de fuerza vinculante, ofrecen pautas de actuación útiles para evaluar el alcance de los deberes internacionales de los Estados comprometidos con el respeto mínimo que deben brindarles a las personas detenidas¹⁹.

Si bien estos instrumentos configuran un sólido marco de protección de los derechos humanos, la falta general de un enfoque de género en su interpretación y aplicación hizo que las vivencias y experiencias de las mujeres fueran ignoradas con frecuencia, lo que dio lugar a la elaboración de normas internacionales que las abordaron de forma explícita. Entre ellas, se destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), y su Protocolo Facultativo –en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos–, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) –en el sistema regional–. Esta última Convención incluso define a las mujeres privadas de libertad como un grupo especialmente vulnerable²⁰.

luciones 663C (XXIV), 31 de junio de 1957, y 2076 (LXII), 13 de mayo de 1977.

17 ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

18 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08, 131^o período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

19 Estos instrumentos internacionales de *soft law* han sido utilizados consistentemente por la Comisión y por la Corte Interamericana, como pauta de interpretación en la determinación del contenido y alcances de las disposiciones de la Convención Americana en casos de personas privadas de libertad; en particular las RTM, cuya relevancia y universalidad ha sido reconocida por ambos órganos (CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, óp cit., párr. 37). Por otra parte, específicamente respecto de Argentina, en el caso “Verbitsky” la CSJN ha dicho respecto de las RTM que si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados internacionales incorporados al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, por vía del artículo 18 de esta última norma, se han convertido en el estándar internacional aplicable a las personas privadas de la libertad (Fallos: 328:1146, del 03/05/2005, consid. 39). Resta por destacar que este criterio debe hacerse extensivo a las Reglas de Bangkok, las cuales se consideran un complemento de las RTM.

20 Artículo 9, Convención de Belém do Pará.

Asimismo, como respuesta al aumento general de la población carcelaria femenina y reconociendo que muchos establecimientos penitenciarios del mundo fueron concebidos principalmente para varones, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, en el año 2011, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)²¹.

Las Reglas de Bangkok complementan a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y a las Reglas de Tokio, y aclaran sus disposiciones a la luz de las circunstancias y necesidades particulares de las mujeres durante el encierro carcelario. Las Reglas de Bangkok traducen el consenso de los Estados sobre la necesidad de incorporar enfoques de género que den cuenta del impacto diferencial que tiene la cárcel en las reclusas.

Por último, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito elaboró un Manual para los Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres Encarceladas, que se ofrece como una herramienta de consulta y de capacitación que reúne las principales directrices de actuación en la materia²².

2.1 Diseño y aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad y a la prisión

Los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos identificados, y las observaciones, recomendaciones y jurisprudencia de los respectivos órganos de seguimiento resultan de especial importancia para delinear el alcance del derecho de las mujeres en conflicto con la ley penal a acceder a medidas alternativas al encierro carcelario así como de las obligaciones correlativas de las autoridades públicas. En este sentido, distintos actores y mecanismos internacionales recomiendan a los Estados diseñar medidas de coerción y de ejecución de la pena alternativas a la privación de libertad o, en su defecto, a la prisión. Algunas de estas iniciativas se dirigen a la población penitenciaria general, mientras que, en

21 ONU, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Resolución 65/229 aprobada por la Asamblea General, Sexagésimo quinto período de sesiones, 16 de marzo de 2011.

22 El Manual de Naciones Unidas puede descargarse en el siguiente enlace: http://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf.

los últimos años, se han elaborado recomendaciones dirigidas de modo específico a aliviar o evitar las afectaciones especiales de las mujeres encarceladas. Y también así, a proteger la integridad y el desarrollo de sus hijas e hijos, que suelen encontrarse bajo su cuidado.

Los Principios y Buenas Prácticas prevén, en términos generales, que los Estados deben adoptar medidas alternativas y sustitutivas a la privación de la libertad, e involucrar a la sociedad y la familia²³. Las Reglas de Tokio, por su parte, recomiendan la introducción de ese tipo de alternativas (por ejemplo, sanciones comunitarias, medidas reparatorias a la víctima, amonestaciones, vigilancia judicial, entre otras), tanto durante el proceso como durante la condena, sin discriminación por motivos de sexo²⁴.

En su último informe sobre el uso regional de la detención cautelar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó que los Estados deben prever medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva y de la sancionatoria o, en su defecto, el arresto en el domicilio²⁵. En particular, la CIDH destacó la necesidad de implementar medidas ajenas a la privación de la libertad en casos de mujeres con responsabilidades familiares:

[...] las autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. La Comisión ha observado, por ejemplo, que en los hechos un alto porcentaje de las mujeres privadas de libertad que tienen niños a su cargo han sido detenidas por delitos no violentos, como el microtráfico de drogas²⁶.

23 Principio II.4, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

24 ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), cit., párr. III.8.

25 CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, párrs. 222 y 224.

26 *Ibidem*, párr. 216.

Las Reglas de Bangkok también marcan la necesidad de elaborar medidas alternativas a la prisión preventiva y a la condena que sean concebidas de forma específica para las mujeres, considerando el historial de victimización que presentan muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado²⁷.

Los organismos especializados en la protección de la infancia se expidieron en idéntico sentido. Así, el Comité de Derechos del Niño señaló que es preciso considerar los posibles efectos que puede tener la privación de la libertad de los padres en sus hijas e hijos, y aplicar medidas opcionales a la privación de la libertad para abordarlos²⁸.

3. Medidas alternativas a la prisión a la luz de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad

La aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad –o, al menos, a la prisión– constituye una forma de evitar o minimizar las graves consecuencias que provoca el encierro carcelario de mujeres embarazadas o madres de niñas y niños, y la consecuente vulneración de sus derechos humanos. De este modo, se instituye como una opción que permite compatibilizar el interés social en la persecución de los delitos, y la vigencia de los derechos humanos de las personas en conflicto con la ley penal y de su grupo familiar.

En general, se suele reparar en la afectación que en estos casos se produce sobre los derechos de niñas y niños, a la luz del imperativo convencional de priorizar su interés superior en todas las decisiones que los involucren. Sin embargo, en aras de ese mandato –sin dudas, de innegable vigencia para casos como los que nos ocupan–, en ocasiones se invisibilizan las afectaciones a los derechos humanos que sufren las mujeres encarceladas.

En lo que sigue, se presentan algunos de los derechos reconocidos en numerosos tratados internacionales de derechos humanos que justifican la adopción de medidas alternativas a la cárcel para mujeres embarazadas o con responsabilidades de cuidado.

27 Título III. Reglas no privativas de la libertad, Reglas 57 a 66, Reglas de Bangkok.

28 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea un a consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN CRC/C/GC/14, Distr. General 29 de mayo de 2013, párr. 69.

3.1 Principio de no discriminación

Muchos tratados internacionales de derechos humanos consagran el principio de igualdad y no discriminación por motivos de género o sexo²⁹. En materia específica de personas privadas de libertad, las RTM enfatizan que no se deben hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera³⁰.

En ocasiones, el principio de no discriminación exige, según las circunstancias, que se dispongan tratos diferentes para asegurar la igualdad. Como sostiene el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW): “no es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado”³¹.

Por estos motivos, al analizar las razones de la existencia del arresto domiciliario u otras medidas opcionales a la privación de la libertad o a la prisión, es necesario tener presente que si bien la cárcel aqueja tanto a los varones como a las mujeres, su significación y ciertos aspectos genéricos de su estructura y funcionamiento determinan que unos y otras vivan el encierro en forma diferente, y que sus niveles de afectación personal y social sean disímiles. Esto tiene una serie de consecuencias a la luz del principio de igualdad real que es preciso considerar al momento de evaluar el instituto de la prisión domiciliaria.

En esta línea, los estándares de protección que aquí se presentan tienen como principal objetivo amortiguar las secuelas que la privación de libertad puede dejar en las mujeres y superar los viejos modelos de tratamiento penitenciario basados en normas de carácter pretendidamente neutral que tenían un resultado desigual por razones de género.

En el ámbito regional, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención

29 Artículos 1.1, CADH; 2.1, PIDCP; 2.2, PIDESC; 1, 2, 3 y 4, CEDAW.

30 Regla 6.1, Reglas de Tratamiento de los Reclusos.

31 Comité CEDAW, Recomendación General N° 25, *sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW referente a medidas especiales de carácter temporal*, 30° período de sesiones, 2004, párr. 8.

Americana, el Estado tiene un deber genérico de respeto y garantía de los derechos y libertades allí consagrados, sin discriminación, y se encuentra en posición de garante de las personas privadas de la libertad³². Por su parte, la Convención de Belém do Pará, en su artículo 9, establece que las mujeres privadas de libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en razón de su género, y que ello obliga al Estado a adoptar medidas específicas para protegerlas. La misma norma considera, además, otras categorías que refuerzan esa posición de vulnerabilidad, como la migración, el origen étnico o racial, la condición socio-económica, la edad, la discapacidad, el embarazo y la maternidad. En idéntico sentido lo expresan las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), que establecen pautas de actuación para los operadores y operadoras del sistema judicial³³ destinadas a facilitar el acceso a la justicia de sectores históricamente desaventajados.

La vulnerabilidad de las mujeres presas se manifiesta de diversas formas: en la fragilidad que se registra ante los cambios originados en el contexto sociocultural por la prisionización, en el desamparo institucional, y en el debilitamiento de las relaciones interpersonales y familiares (Busso 2001). Las Naciones Unidas han subrayado que, aun cuando se advierten considerables variaciones en la situación de las mujeres presas en los distintos países, las razones y la intensidad de su vulnerabilidad y de sus necesidades específicas se relacionan con factores comunes, tales como: las dificultades en el acceso a la justicia; su historial de victimización; las ne-

32 Según la Corte IDH: “Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna” (Corte IDH, *Caso Instituto de Reeduación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. No. 112, párr. 152 –citas omitidas–).

33 Las Reglas de Brasilia fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Acordada 5/2009. Al instalar la categoría de vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia reconocen de modo expreso que las barreras para el acceso a la justicia y el ejercicio de cualquier otro derecho no son de carácter individual sino social.

cesidades específicas en materia de salud como resultado de historias de vida marcadas por la violencia doméstica y sexual; el alto nivel de consumo y dependencia de las drogas o el alcohol; la angustia extrema que produce el encarcelamiento; el abuso sexual y la violencia en prisión; la alta probabilidad de tener responsabilidades de cuidado parentales; y la estigmatización, la victimización y el abandono por parte de sus familias³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) abordó la situación de las mujeres detenidas en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*³⁵. Allí afirmó que las condiciones de encierro adquieren una dimensión propia según el género, por lo cual, diversas situaciones que en apariencia son neutras, pueden, sin embargo, afectar a varones y mujeres en forma distinta. Este motivo exige el reconocimiento de las legítimas diferencias de cada persona y un trato basado en ellas³⁶. Por lo tanto, en la privación de la libertad, la discriminación contra las mujeres consiste en la ausencia o incorrecta evaluación, comprensión y atención de sus necesidades particulares.

En este orden, las Reglas de Bangkok exigen que se tenga en cuenta de qué manera inciden el contexto y las historias de vida de las mujeres al analizar la comisión de un delito, así como las graves consecuencias que tendrá el encarcelamiento no solo en sus vidas, sino también en las de las personas que se encuentran –con frecuencia– bajo su cuidado. De acuerdo con estas Reglas, esas circunstancias deben ser valoradas al momento de elaborar y aplicar mecanismos opcionales a la prisión.

Respecto del vínculo existente entre las mujeres privadas de libertad y su historial de victimización previa, las Reglas reconocen que “el número

34 Atabay, T., *Manual para Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres encarceladas*, UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), 2008, p. 5, disponible en http://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf, consultado en 15/01/2015.

35 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la utilización excesiva de la fuerza que resultó en la muerte de decenas de personas presas y de numerosas personas heridas en el marco de un operativo en el centro penitenciario Miguel Castro Castro. La Corte IDH hizo particular énfasis en las afectaciones que sufrieron las mujeres que se encontraban allí recluidas, varias de las cuales se encontraban embarazadas.

36 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No 160, párr. 223.

de reclusas que ha sido víctima de violencia en el hogar es desproporcionado” (Bloom 2003; Corston 2007; Rungay 2004; Fundación SURT 2005)³⁷, y señalan que al momento de elaborar medidas alternativas a la prisión, deberá prestarse especial atención al historial de victimización que suelen tener las mujeres³⁸.

Por su parte, las Reglas atienden en distintas oportunidades al rol de cuidado que pueden ejercer las mujeres en conflicto con la ley penal respecto de otras personas, y a la necesidad de considerar esa circunstancia a la hora de pensar en mecanismos alternativos a la prisión³⁹, evitar el alejamiento de su comunidad y grupo familiar⁴⁰, considerar atenuantes en casos de condenas⁴¹ y favorecer el acceso a la libertad condicional anticipada⁴². Dado que las mujeres son las principales encargadas del cuidado de sus hijas e hijos, las Reglas de Bangkok prevén consideraciones específicas para estos casos, que serán abordadas luego con más detalle.

En otro orden, es claro que las reclusas suelen padecer una marginalidad múltiple, donde el género y el estatus socioeconómico del que provienen son solo algunos de los factores que se acumulan a otras variables que incrementan su riesgo de ser discriminadas. Sobre este aspecto, las Reglas de Bangkok también advierten que las autoridades deben reconocer que las mujeres privadas de libertad de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura⁴³.

37 Regla 44, Reglas de Bangkok. El alto porcentaje de mujeres encarceladas que han sufrido violencia familiar y sexual es señalado por numerosos trabajos. Sobre el tema, véase asimismo, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párr. 5. En nuestro país, Beatriz Kalinsky subraya esta particularidad en una investigación desarrollada en la Unidad N° 16 de la ciudad de Neuquén. En su informe cita otros trabajos que indican la presencia de antecedentes de haber sufrido violencia en el caso de muchas de las mujeres detenidas (Kalinsky 2006, 185, y sus citas).

38 Regla 57, Reglas de Bangkok.

39 *Ibídem*.

40 *Ibídem*, Regla 58.

41 *Ibídem*, Regla 61.

42 *Ibídem*, Regla 63.

43 *Ibídem*, Reglas 54 y 55.

Dado que el encarcelamiento produce un impacto diferenciado por motivos de género, las Reglas de Bangkok constituyen una guía interpretativa central, en tanto reconocen que es preciso adoptar medidas especiales que atiendan a las necesidades propias de las mujeres detenidas⁴⁴, como forma de asegurar el acceso efectivo a sus derechos sin discriminación.

De tal modo, el tercer subtítulo de las Reglas de Bangkok (a partir de la Regla 57) presenta las medidas no privativas de la libertad, y allí se establece que los Estados “[...] deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y a la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes [...]”⁴⁵.

Esta directiva implica mucho más que el arresto en el domicilio, pues apunta a modalidades opcionales a la privación de la libertad, y hacia ese objetivo deberían dirigirse tanto las modificaciones legales como las estrategias de defensa. Aunque el arresto domiciliario no constituye un cese de la detención cautelar ni su suspensión, configura una alternativa para situaciones especiales en las que el encierro carcelario es sustituido por uno domiciliario. El arresto domiciliario es una respuesta que se ofrece frente a las afectaciones diferenciales que sufren las mujeres por motivos de género. De esta forma, se evita un tratamiento neutral en términos formales que, en los hechos, tiene consecuencias discriminatorias, si no se consideran las trayectorias y vivencias propias de las mujeres.

3.2. Principio de dignidad, de protección de la familia y proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Según el principio de dignidad, toda persona privada de libertad debe ser tratada humanamente y no debe ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁶.

De acuerdo con el desarrollo del DIDH, la tortura no solo se configura mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos

44 *Ibíd*em, Regla 1.

45 *Ibíd*em, Regla 57.

46 El principio de dignidad está consagrado en el artículo 10, PIDCP (“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”) y en el artículo 5.2 de la CADH (“Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”), entre otros.

que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral⁴⁷. En tal sentido, tanto la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura prevén esa posibilidad⁴⁸. De igual forma lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos al evaluar los alcances de la proscripción de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes contenida en el artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al considerar que “[l]a prohibición enunciada en el artículo 7 se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral”⁴⁹.

Si bien toda sanción penal implica un menoscabo o privación de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta ilícita, los daños y sufrimientos padecidos mientras se encuentran privadas de la libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando las condiciones de encierro produzcan un deterioro en su integridad física, psíquica y moral⁵⁰. De acuerdo con la Corte IDH, es responsabilidad del Estado que “la *manera* y el *método* de la privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”⁵¹. Estas consecuencias contrarían la finalidad de las penas privativas de la libertad, que consiste en “la reforma y la readaptación social de los condenados”⁵², y deben ser valoradas por las juezas y los jueces al momento de aplicar las penas⁵³.

La evaluación de un tratamiento determinado frente a la prohibición de aplicar penas crueles, inhumanas o degradantes exige un análisis es-

47 Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides v. Perú*. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 100.

48 Artículo 2, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y artículo 1, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

49 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 20, *Comentarios Generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, artículo 7- Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 173, 1992, párr. 5.

50 Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 101.

51 Corte IDH, *Caso Vera Vera v. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 22, párr. 42. Énfasis agregado.

52 Artículo 5.6, CADH.

53 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, óp. cit., párr. 314.

pecializado, que tome en cuenta las circunstancias de cada caso, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima y sus circunstancias personales⁵⁴.

Uno de los aspectos que ese análisis debe incluir es el impacto diferenciado que tiene la cárcel por motivos de género. En el *Caso del Penal Miguel Castro Castro* la Corte Interamericana reconoció que las mismas prácticas penitenciarias, aplicadas a mujeres y varones de igual manera, pueden tener consecuencias más gravosas en las mujeres por razones de maternidad. En particular, consideró que la incomunicación con los familiares, que también afectó a los varones, tuvo mayores consecuencias en el caso de las internas madres, a quienes la falta de contacto con sus hijas e hijos les provocó un sufrimiento psicológico adicional⁵⁵. La Corte IDH concluyó que en esas circunstancias se había violado la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵⁶.

Por ello, en los casos de reclusas con hijas o hijos menores de edad u otras personas a su cargo, es preciso considerar, entre otras cuestiones, el impacto del encierro carcelario en su integridad psíquica y moral, dadas las serias secuelas que suele acarrear la prisionización para ellas y para su grupo familiar. En tales condiciones, la pena carcelaria podría configurar un trato cruel e inhumano.

Esas consecuencias deben ser valoradas, además, a la luz del deber estatal de protección de la familia. Tanto el PIDCP como la Convención Americana disponen que la familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado⁵⁷, y que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada ni en la de su familia⁵⁸.

54 CIDH, *Caso Luis Lizardo Cabrera v. República Dominicana*, caso 10.832, Informe No. 35/96, 7 de abril de 1998, párr 83.

55 Corte IDH, *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, óp. cit., p. 330.

56 *Ibídem*, párr. 333.

57 Artículos 23.1, PIDCP y 17.1, CADH.

58 Artículos 17, PIDCP y 11.2, CADH.

Como fue señalado, la detención suele provocar secuelas devastadoras, ya que implican el desmembramiento del grupo familiar, la pérdida de contacto filial y gravísimas consecuencias en las mujeres encarceladas y en sus hijas e hijos menores de edad⁵⁹. El derecho a la protección de la vida familiar obliga a los Estados a considerar esos efectos, mientras que el principio de dignidad y la prohibición de la tortura y tratos crueles e inhumanos conllevan el deber estatal de evitar formas de privación de la libertad (como la prisión) que produzcan un nivel de sufrimiento que excedan el inherente a la detención⁶⁰.

En consecuencia, las autoridades judiciales deberían evaluar los efectos que provoca la detención en unidades penitenciarias en el caso de mujeres embarazadas o a cargo de hijas o hijos pequeños o de otras personas. Y, en su caso, determinar una modalidad de la pena o del encierro alternativa a la cárcel, a fin de no infringir la prohibición de tratos crueles e inhumanos y preservar el derecho a la vida familiar.

3.3 Protección especial durante el embarazo

Varios tratados internacionales de derechos humanos reconocen a las mujeres una *especial protección* por un período razonable, antes y después del alumbramiento⁶¹. A partir de esa obligación de protección especial, se han desarrollado abundantes estándares que buscan asegurar la integridad física, psíquica y moral de las mujeres embarazadas en conflicto con la ley penal y la excepcionalidad de su encarcelamiento.

Al respecto, la Corte Interamericana reconoció que las mujeres embarazadas que se encuentran en prisión representan un grupo especialmente vulnerable que debe ser protegido por el Estado⁶², y que, por su condición, las mismas situaciones que afectan al resto de la población carcelaria pueden implicar una afectación diferencial en sus derechos⁶³.

59 Véase *supra*, apartado 1 de este capítulo.

60 Corte IDH, *Caso Vera Vera v. Ecuador*, óp. cit., párr. 42.

61 Artículos 12.2, CEDAW; 10.2, PIDESC; 25.2, DUDH; y 7, DADDH.

62 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 97.

63 Véase Corte IDH, *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, óp. cit., párr. 290, 292, 298, 319, 331 y 332.

Asimismo, la Comisión Interamericana tramitó un caso vinculado con la procedencia del arresto domiciliario para mujeres embarazadas en la petición de *Karina Montenegro y otras (Ecuador)* en el año 2013, que finalmente se resolvió por medio de un acuerdo de solución amistosa. La petición se originó en la privación de la libertad en distintos centros de detención de cuatro mujeres gestantes, pese a que la legislación ecuatoriana prevé en esos supuestos la detención domiciliaria. En el acuerdo, que fue homologado por la Comisión a la luz de los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana, el Estado aceptó que la detención les generó un daño a su integridad física, psíquica y moral, y que constituyó una vulneración a la Convención Americana y al artículo 7 de la Convención de Belém Do Pará⁶⁴.

El Comité de Derechos Humanos también señaló que las mujeres encarceladas que cursen un embarazo deben ser tratadas humanamente y con respeto a su dignidad, sobre todo durante el alumbramiento y en el cuidado de sus hijos recién nacidos⁶⁵.

Las Reglas de Bangkok recogen esta especial preocupación y contienen exigencias específicas en la atención de las necesidades especiales de las mujeres gestantes, y establecen, entre otras cosas, que “se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas”⁶⁶.

Ante este panorama, en caso de no prosperar medidas que no sean restrictivas de la libertad, el arresto domiciliario se presenta como una alternativa al encierro carcelario que permite cumplir con el mandato internacional de brindar protección especial a la maternidad y a las mujeres durante el embarazo y, de tal manera, satisfacer sus derechos.

64 CIDH, *Informe No. 61/13 de Solución Amistosa*, Caso 12.631, “Karina Montenegro y otras (Ecuador)”, 16 de julio de 2013.

65 Comité de Derechos Humanos, *Observación General N°28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, 29 de marzo de 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

66 Regla 64, Reglas de Bangkok. Las Reglas de Bangkok reconocen de manera enfática los cuidados especiales que debe proveerse a las mujeres gestantes encarceladas, las que se encuentran en período de lactancia y las que conviven allí con sus hijos. Por este motivo prohíben la aplicación de ciertas sanciones sobre ellas tales como el aislamiento o la segregación disciplinaria (Regla 22) y de medios de coerción (Regla 24).

3.4 Derechos de las mujeres extranjeras o pertenecientes a grupos minoritarios

Las reclusas extranjeras constituyen un grupo que, por sus condiciones particulares (falta de lazos afectivos y familiares cercanos, posible desconocimiento del idioma y del funcionamiento de las instituciones, hostilidad social por su condición de migrante, etcétera), está expuesto a una mayor vulnerabilidad⁶⁷. Ello se debe a que la intersección entre sexismo y racismo exagera los problemas que comúnmente enfrentan las mujeres privadas de libertad y agrava las condiciones en las que viven el encierro. Por ello, la discriminación que sufren las extranjeras en el ámbito penitenciario da lugar a la llamada “doble condena”, es decir, a un plus punitivo impuesto por la condición de mujer y de extranjera (Ribas et ál. 2005).

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial dispone que, en función de las obligaciones estatales en materia de no discriminación, los Estados deben prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar la igualdad ante la ley de las personas, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en particular, en el tratamiento en los tribunales y demás órganos que administran justicia⁶⁸.

Hasta hace unos años, las estipulaciones internacionales relacionadas con el encarcelamiento no tomaban en cuenta de un modo específico la situación de aislamiento que padecen las mujeres extranjeras en prisión, ni el impacto que el encarcelamiento produce sobre sus hijas e hijos y su familia⁶⁹. Sin embargo, en los últimos tiempos, los órganos internacionales de protección de derechos humanos han comenzado a reconocer las dificultades que enfrentan y exigen a los Estados a que adopten medidas

67 Reglas 6 y 10, Reglas de Brasilia.

68 Artículo 2, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965. Incorporada con jerarquía constitucional a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional en 1994.

69 Así por ejemplo, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado entre el 26 de agosto y el 6 de septiembre de 1985, elaboró un anexo de recomendaciones sobre el trato a los reclusos y reclusas extranjeras; sin embargo este documento no contenía un conjunto de normas diferenciadas por género, es decir, elaboradas de acuerdo con las necesidades propias de varones y mujeres.

especiales de protección. En el Preámbulo de la Recomendación General N° 31, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD) instó a los Estados:

[...] a combatir todas las formas de discriminación en la administración y el funcionamiento de la justicia penal que puedan sufrir en todos los países del mundo las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos, en particular los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas) [...] así como los demás grupos vulnerables especialmente expuestos a la exclusión, la marginación y la falta de integración en la sociedad, y prestando especial atención a la situación *de las mujeres y los niños de los grupos mencionados, que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y su sexo o su edad*⁷⁰.

En este marco, el Comité criticó el uso excesivo de la detención cautelar y advirtió que la exigencia de cauciones monetarias, así como de otros requisitos para obtener la libertad durante el proceso, puede provocar resultados especialmente injustos para las mujeres extranjeras, quienes con frecuencia se hallan en situación de extrema precariedad económica⁷¹.

Asimismo, con relación al cumplimiento de las penas de encierro, el Comité estableció que los Estados deberían hacer todo lo posible para que las mujeres se beneficien del régimen especial de ejecución de la pena al que tienen derecho, en atención a las dificultades especiales con que se enfrentan las madres de niñas y niños pequeños y las mujeres que pertenecen a ciertas comunidades minoritarias, especialmente a pueblos originarios⁷².

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana advirtió sobre el particular riesgo enfrentado por diversos grupos de mujeres, como las

70 Comité CERD, Recomendación General N° 31, *Prevención de la Discriminación Racial en la Administración y el Funcionamiento del Sistema de Justicia Penal*, 17 de agosto de 2005, A/60/18, pp. 98 -108. Énfasis agregado.

71 Los Estados partes deberían velar porque “c) Los elementos de caución exigidos frecuentemente a los inculpados antes de iniciarse el proceso como condición para que permanezcan en libertad (domicilio fijo, trabajo declarado, lazos familiares estables) se consideren teniendo en cuenta la situación de precariedad a que puede dar lugar su pertenencia a esos grupos, en particular cuando se trata de mujeres y niños”. Comité CERD, Recomendación General N° 31, óp. cit., párr. 26.

72 *Ibidem*, párr. 41.

migrantes, las indígenas y las afro-descendientes, en el ejercicio de sus derechos humanos; riesgo que debe ser considerado por los Estados en la adopción de políticas, programas e intervenciones vinculadas con el acceso a la justicia y el funcionamiento del poder judicial. En ese sentido, la Comisión ha enfatizado:

[Las mujeres migrantes] sufren a su vez una intersección de formas de discriminación combinadas con su sexo y condición de migrantes, como su edad, nacionalidad, nivel educativo y económico, entre otros; dimensiones que deben ser examinadas por los Estados en el diseño de intervenciones con miras a mejor proteger sus derechos humanos en el ámbito de la justicia⁷³.

Las Reglas de Bangkok también se ocupan de las afecciones específicas que afrontan las mujeres extranjeras, y las pertenecientes a grupos minoritarios o a pueblos indígenas. En cuanto a las primeras, la Regla 53 señala que, cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijas o hijos en él y ellas así lo soliciten. Con relación a las segundas, la Regla 54 prevé la necesidad de contar con programas y servicios que atiendan a las diversas tradiciones religiosas y culturales de esas mujeres.

4. Medidas alternativas a la prisión a la luz de los derechos humanos de las hijas e hijos de las mujeres privadas de libertad

Muchos de los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos se ponen en riesgo cuando un progenitor es encarcelado. Los derechos de las niñas y niños a vivir y desarrollarse plenamente pueden obstaculizarse tanto si se los encarcela con la madre, para evitar la separación, como cuando se les impide todo contacto con ella. Por las asimetrías de género en los roles de cuidado, la detención de las madres impacta fuertemente en la vida diaria de sus hijas e hijos. Cuando ellas

73 CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 83, y CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párr. 308.

no poseen redes de contención que puedan asumir esos cuidados en su ausencia, es frecuente que los niños y las niñas sean institucionalizados.

Las normas internacionales, en particular la CDN y las Reglas de Bangkok, establecen estándares de actuación orientados a garantizar el interés superior de los niños y niñas cuyas madres se encuentran detenidas. El Comité de los Derechos del Niño también se ha preocupado por esta situación en diversos informes y recomendaciones. En el año 2011, el Comité dedicó su día de debate general al tema “Hijos e hijas de padres encarcelados”. Durante las discusiones, se reconoció que las y los niños pequeños son las primeras víctimas del encarcelamiento de sus padres, pese a que el artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño ordena a los Estados a “adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres [...]”. La vicepresidenta del Comité consideró que la falta de datos y métodos para comprender la amplitud de los problemas que enfrentan las hijas e hijos de padres presos demuestra que ellos constituyen un grupo olvidado, y que sus problemas rara vez se tienen en cuenta durante los procedimientos penales en los que, por el contrario, se pone énfasis en la determinación de la culpabilidad o de la inocencia individual y en la sanción de quienes infringen la ley⁷⁴. Con posterioridad, el mismo Comité se pronunció a favor de la aplicación de métodos alternativos a la prisión en los casos de personas con responsabilidades familiares⁷⁵.

En este tipo de situaciones puede verse vulnerado el principio de personalidad o intrascendencia de la pena en virtud de la afectación desproporcionada de una multiplicidad de derechos –indivisibles e interrelacionados– de los niños y niñas, tales como el derecho a la protección familiar; a la vida en condiciones dignas; a la integridad psíquica y corporal; al desarrollo; a ser oído, entre otros. Este principio prohíbe que, por medio de la sanción penal, se castigue en forma indirecta a quienes no hayan cometido un delito, ya que la pena debe restringirse solo a la persona condenada y no puede extenderse a otros sujetos⁷⁶.

74 Comité de los Derechos del Niño, *Day of General Discussion of children of incarcerated parents*, 2011. Puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/2011CRCDGDRreport.pdf>

75 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, óp. cit., párr. 69.

76 Consagrado en el artículo 5.3, CADH. También se lo denomina de trascendencia

Si bien hay acuerdo en que es inevitable que la condena que pesa sobre una persona sea también sufrida por la familia y otros allegados, existe un nivel tolerable, que se altera de forma sustancial en algunos casos concretos, en los que, sin duda, se vulnera este principio. Así ocurre respecto de los hijos e hijas de personas encarceladas, para quienes las consecuencias de crecer lejos de sus progenitores, de visitarlos en el ámbito de la cárcel y de ser “institucionalizados” pueden ser irreparables⁷⁷.

El nivel de afectación de los derechos de las y los hijos de las mujeres presas exige que las autoridades consideren penas alternativas al encierro carcelario, con el fin de no comprometer el principio de trascendencia mínima de la pena, el del interés superior del niño o niña y el deber de protección especial a la infancia. A continuación, se analizará la conveniencia de otorgar modalidades alternativas a la privación de la libertad o, cuando no sea posible, el arresto domiciliario, de acuerdo con los estándares internacionales vinculados con la protección de la infancia.

4.1. Principio del interés superior del niño o niña

El artículo 3 de la CDN determina: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. De manera acorde, el artículo 19 de la Convención Americana establece que los niños deben contar con medidas especiales para su protección, además de ser titulares de los derechos consagrados en el texto de ese instrumento⁷⁸.

mínima de la pena.

⁷⁷ Ver *supra*, apartado 1 de este Capítulo.

⁷⁸ Además de su vínculo estrecho con la CDN, el principio del interés superior es también una norma importante en otros instrumentos internacionales. En el artículo 5 (b) de la CEDAW se estipula que en la “...educación y desarrollo de sus hijos [...] el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos” y, a su vez, en el artículo 16 (d) se especifica que “...en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares [...] los intereses de los hijos serán la consideración primordial”. Por lo demás, aunque la frase no aparece en forma expresa en el PIDCP, ni en la Convención Americana, los órganos de aplicación de ambos tratados se han referido a este concepto en varias oportunidades. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana sostuvo reiteradamente, al interpretar el artículo 3 de la CDN, que aquella expresión implica que el desarrollo de los niños y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios

El principio del interés superior de niñas y niños configura una pauta rectora que debe orientar tanto la elaboración de las normas como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de las y los niños⁷⁹. Para la Corte IDH este principio obliga a que todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos tengan una consideración primordial hacia su interés superior⁸⁰. En sentido coincidente, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que la aplicación de este principio requiere la adopción de medidas activas por parte de los órganos gubernamentales en aquellos casos en los que sus derechos e intereses podrían verse afectados por cualquier política o decisión pública en concreto, como una medida administrativa o una decisión de los tribunales⁸¹.

El deber calificado de protección de las niñas y niños se refuerza respecto de quienes están en circunstancias que los vuelven particularmente vulnerables, como es el caso de aquellos separados de sus progenitores a causa de su prisionización, o que conviven con sus madres en un ambiente de riesgo, como una institución carcelaria.

El Comité de Derechos del Niño puntualizó sobre la situación de los hijos e hijas de mujeres en conflicto con la ley penal y sobre la necesidad de buscar alternativas a la prisión para asegurar su interés superior:

[...] cuando la acusada tenga la responsabilidad de atender a un hijo, se recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño y que ello se

rectores para la elaboración de normas y su aplicación. Véase Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, Serie A No. 17, 28 de agosto de 2002, párr. 56.; *Caso Mendoza y otros v. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No 260, párr. 142; *Caso Furlán y familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 126.

79 Corte IDH, OC 17/2002, óp. cit., párrs. 57 y 58.

80 *Ibidem*.

81 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, adoptada el 3 de octubre de 2003, párr. 12. Este principio constituye una pauta hermenéutica que se utiliza para apoyar, justificar o aclarar un determinado abordaje en las cuestiones que hacen a la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes, y para resolver conflictos en la exégesis y aplicación de leyes y prácticas no estipuladas en la Convención.

tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena⁸².

En sentido coincidente se pronunció en la Observación General N° 14:

Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados⁸³.

Por su parte, las Reglas de Bangkok se refieren de modo expreso sobre esta cuestión:

Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños⁸⁴.

En definitiva, el interés superior del niño y la niña obliga a las autoridades a analizar las consecuencias que puede tener para ellos el encarcelamiento de su progenitora y sopesarlas con el objetivo de la medida, de modo de valorar qué efectos pueden sufrir los niños y niñas frente a una determinación que impactará en el vínculo filial y en todos los aspectos de su vida.

4.2 Derecho de niñas y niños a crecer en el seno familiar

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños y niñas a vivir en familia y a ser cuidados por sus padres. En su prólogo, los Estados han afirmado que “la familia, como grupo

82 Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, párrafo 48. Véase también, Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Filipinas, CRC/C/15/Add.259, párrafos 53-54.

83 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, óp. cit., párr. 69.

84 Regla 64, Reglas de Bangkok.

fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. El artículo 8 del instrumento establece: “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”; mientras el artículo 9 dispone que los niños y niñas no deben ser separados de sus progenitores contra la voluntad de estos “salvo cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

En sentido coincidente, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador prevé: “Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre [...]”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconocen el derecho a la protección de la familia⁸⁵.

De acuerdo con la interpretación de la Corte Interamericana, la protección de la vida familiar exige al Estado no solo que se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño o niña, sino también que adopte medidas positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos⁸⁶. Esta obligación implica que el Estado “debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”⁸⁷.

La separación de niñas y niños de sus progenitores constituye una restricción grave al derecho a crecer en el seno de una familia, y es común que ocurra al inicio del encarcelamiento o una vez que los niños

85 Artículos 17, CADH y 23, PIDCP.

86 Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 218.

87 *Ibidem*.

han alcanzado una determinada edad⁸⁸. Como toda medida restrictiva de derechos, y de acuerdo con el artículo 30 de la Convención Americana así como con la jurisprudencia constante de la Corte IDH, debe estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo, y superar los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁸⁹. Estos exámenes deben aplicarse al supuesto concreto de separación de niños y niñas de su familia para determinar su legitimidad, en tanto esta constituye una de las interferencias estatales más intensas sobre el derecho a la protección familiar. En esos términos, para que no resulte desproporcionada, la medida debe cumplir con los siguientes recaudos: (a) estar justificada en el interés superior del niño, (b) ser excepcional, y (c) en lo posible, ser temporal. La Corte Interamericana se expidió en este sentido en varias oportunidades, al afirmar que “[...] el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso la separación debe ser excepcional y, en la medida de lo posible, temporal”⁹⁰.

Naturalmente, las razones invocadas para justificar la separación no pueden ser discriminatorias. Cualquier decisión estatal que disponga la separación de niñas y niños respecto de sus padres sobre la base de consideraciones subjetivas, estereotipadas o no probadas en forma debida desatiende el deber de priorizar el interés superior y queda impregnada de arbitrariedad⁹¹. Asimismo, una decisión de tal magnitud, en atención al deber de privilegiar al niño o niña, debe analizar las consecuencias positivas y negativas que acarrea y sopesarlas con el objetivo que persigue, de modo de valorar qué efectos puede sufrir el niño o niña frente a una determinación que lo obligue a alterar el vínculo con sus progenitores.

88 En Argentina, el límite de edad es cuatro años. Véase el Capítulo II de este informe.

89 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 273, y sus citas.

90 Corte IDH, Opinión consultiva OC 17/2002, óp. cit., párr. 77; *Caso Fornerón e Hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No 242, párr. 116; *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No 221, párr. 125, entre otros.

91 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 109.

Las decisiones que se adoptan respecto de las mujeres detenidas pueden tener un notable impacto en la unidad o en la separación de sus familias y, en consecuencia, en el ejercicio de este derecho por parte de las niñas y niños potencialmente afectados. Como fue indicado, el encarcelamiento de las madres suele derivar en la pérdida de todo contacto con ellas, y con frecuencia también produce el desmembramiento del grupo familiar (la pérdida de contacto entre hermanas, hermanos y otros familiares)⁹². Por este motivo, se busca garantizar que permanezcan con sus madres fuera de las prisiones mediante la concesión de medidas alternativas al encierro carcelario.

Como fue señalado, las Reglas de Bangkok contienen numerosas directrices orientadas a evitar que las mujeres en conflicto con la ley penal se separen de las personas que dependan de su cuidado⁹³. En particular, las Reglas disponen: “Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo”⁹⁴. De este modo, se preserva el interés superior del niño o niña y su derecho a crecer y desarrollarse en su ámbito familiar.

4.3 Derecho a la vida, a la integridad y al desarrollo integral de niñas y niños

La importancia del derecho de las niñas, niños y adolescentes a recibir cuidados y a estar en compañía de su familia está íntimamente relacionada con la protección de los derechos a la vida, la salud, la integridad y al desarrollo integral.

Diversos instrumentos internacionales reconocen el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la vida. Es evidente que se trata de un derecho fundamental, sin el que los demás derechos pierden todo significado. Pero el Estado no solo tiene la obligación de protegerla, es decir, de no privar arbitrariamente de la vida, sino que también tiene el deber de actuar para crear las condiciones que la garanticen un contexto de dignidad⁹⁵.

92 Ver *supra*, apartado 1 de este Capítulo.

93 Reglas 57, Reglas de Bangkok.

94 *Ibídem*, Regla 64.

95 Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) v. Guatemala*. Fondo.

Por otra parte, la salud, tal como ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud⁹⁶, tiene una clara relación con el desarrollo y el futuro de las niñas y niños: su cuidado (en todas sus expresiones) hacen a las mejores posibilidades de su crecimiento saludable y sustentan su futuro personal y el desarrollo de sus aptitudes intelectuales y físicas. En consonancia, la salud física y el bienestar psicosocial de las niñas y niños son, en muchos aspectos, interdependientes, y pueden correr peligro en condiciones de vida adversas, descuido, trato negligente o abusivo, o espacios que brinden escasas oportunidades de realización personal –todas ellas, circunstancias que suelen rodear a las hijas e hijos de mujeres privadas de libertad–.

La separación de las hijas e hijos de sus madres a causa del encarcelamiento también puede constituir una afectación a su derecho a la integridad personal. En el caso *Castro Castro*, la Corte Interamericana estimó que la falta de comunicación y la restricción de visitas de las mujeres detenidas con sus allegados provocó, además de una afectación a sus derechos, una violación a la integridad psíquica de sus familiares⁹⁷. Con respecto a las hijas e hijos de esas mujeres, la Corte IDH agregó que “este tipo de medidas de incomunicación causó una particular afectación en los niños por la privación del contacto y relación con sus madres internas, y por ello presume dicho sufrimiento respecto de los hijos de las internas que tenían menos de 18 años de edad en la época de la incomunicación”⁹⁸. En el caso, la incomunicación había sido temporal como consecuencia de una sanción. Sin embargo, el principio es claramente trasladable a la situación de muchos niños y niñas que pierden todo contacto con sus madres o lo mantienen en forma muy esporádica por distintas dificultades (cfr. CELS et ál. 2011, 95-102 y 169-171) que, en los hechos, ocasionan el mismo menoscabo⁹⁹.

Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144.

96 “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York y firmada el 22 de julio de 1946.

97 Corte IDH, *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, óp. cit., párr. 340.

98 *Ibídem*, párr. 341.

99 Una investigación desarrollada en cárceles federales encontró que el 67% de las mujeres presas que son madres de menores de edad no recibió nunca visitas de sus hijas e hijos, un 11% respondió que recibe visitas de ellos cada 2 o 3 meses o con una frecuencia menor, y sólo el 22% contestó que son visitadas por sus hijas e hijos menores de edad al

En cuanto al derecho al desarrollo, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca su importancia durante la primera infancia al consagrar que “todos los niños tienen derecho a desarrollarse en la máxima medida posible” y que “los Estados reconocen su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. En la actualidad, existe acuerdo a la hora de considerar que el concepto de desarrollo humano puede ser definido como el proceso de ampliación de las posibilidades de elegir de los individuos, que permite expandir la gama de oportunidades abiertas a las personas para vivir una vida saludable, creativa y con los medios adecuados para desenvolverse en su entorno social¹⁰⁰.

En este marco, el derecho al desarrollo integral conlleva un proceso amplio de realización de los derechos de los niños y niñas al punto de permitirles crecer de manera saludable y protegida, libres de temores, y desarrollar su personalidad, talentos y capacidades mentales y físicas en todo su potencial. En esa línea, el Comité de los Derechos del Niño entendió que el término “desarrollo” debe interpretarse en sentido cualitativo, es decir, se debe considerar el crecimiento físico junto con el desarrollo emocional, cognitivo, social y cultural de los menores de edad¹⁰¹.

Como puede apreciarse, los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y al desarrollo están profundamente concatenados; cualquier interferencia en alguno de ellos deteriora el ejercicio de los otros. Esta vinculación cobra especial vigencia en los casos de niñas y niños que podrían ser separados de sus progenitores a causa del encierro carcelario, porque las evidencias registradas dan cuenta de la enorme afectación que ello les produce en todos los planos de la vida.

4.4 Derecho a ser oído

El derecho de los niños a ser oídos en los procesos penales en los que

menos una vez al mes (cf. CELS et ál. 2011, 169).

100 El Comité sobre Derechos del Niño observó que el derecho a desarrollarse debe definirse de manera similar al de “desarrollo humano” consagrado en el artículo 1º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986.

101 Comité de los Derechos del Niños, Observación General N° 5, óp. cit., párr. 12.

se decide el encarcelamiento de sus progenitores adquiere una importancia fundamental por las diversas afectaciones que generaría en sus vidas la decisión judicial, en especial, cuando se trata de la madre. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula:

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

En la Observación General N° 12, el Comité sobre los Derechos del Niño consideró que esta norma establece el deber del Estado de garantizar que los niños y niñas se manifiesten con libertad en todos los asuntos que los afecten personalmente, y que, además, su opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez¹⁰².

Para que el niño o niña pueda ejercer con eficacia este derecho, se le debe asegurar la información necesaria acerca de los motivos sobre los que debe expresar su opinión y sobre los efectos que esta tendrá en la decisión final¹⁰³. Además, debe ser informado acerca de la posibilidad de expresarse por medio de un representante, sobre las personas que estarán presentes, sobre cuándo, dónde y cómo se lo escuchará¹⁰⁴. Adicionalmente, el espacio donde se desarrolle este acto deberá ser amigable para

102 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, adoptada en el 51º período de sesiones, 20 de julio de 2009. En el mismo sentido ver la Directriz No. 7 de las *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños*. En forma complementaria, el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que en los procedimientos que impliquen la separación de un padre o una madre de su hijo/a se deberá dar la oportunidad de participar a todas las partes interesadas, incluyendo a sus padres, la familia extendida y otras personas en contacto directo con el niño o la niña o que sean relevantes en su vida, cfr. Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General N° 12, óp. cit., párr. 54.

103 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, óp. cit., párr. 41.

104 *Ibidem*.

los niños y niñas, lo más informal posible y deberá utilizarse un lenguaje acorde a su edad, madurez e instrucción¹⁰⁵.

El interés de los niños y niñas en ser oídos en los procesos en los que se determina el encarcelamiento de sus padres resulta evidente por las consecuencias directas que puede tener en sus vidas. Como fue señalado, el encarcelamiento de cualquier progenitor, pero en particular el de la madre, provoca una afectación desproporcionada en los derechos de quienes dependen de sus cuidados, de allí que la palabra de estos niños y niñas sea clave para determinar cuál es su interés superior.

5. Conclusiones

Distintos informes y diagnósticos revelan que las mujeres detenidas poseen en sus trayectorias de vida patrones comunes vinculados con un historial de victimización y con responsabilidades de cuidado de otras personas, que aconsejan la adopción de medidas no privativas de la libertad –o, cuando ello no sea posible, opcionales a la prisión–, a fin de evitar que se refuerce su vulnerabilidad o que la pena suponga un castigo adicional y desproporcionado.

En adición, las nefastas consecuencias que en general acarrea el encierro de mujeres en sus hijas e hijos obligan a los Estados a considerar de qué modo impactará en ellos la privación de la libertad –aun de forma preventiva–, y a evaluar medidas alternativas al encarcelamiento, cuando así lo imponga el interés superior de los niños y niñas.

Sobre esta base, se les fijan obligaciones específicas a los Estados para brindar un tratamiento penitenciario que tome en cuenta las necesidades y experiencias de las mujeres en conflicto con la ley penal y de las personas dependientes de su cuidado. Si los Estados no las respetan, pueden ser responsables por la vulneración de los derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a no ser sometidas a torturas y otros tratamientos crueles e inhumanos, y a la protección especial del embarazo y la familia; así como también pueden ser responsables de afectar los derechos de las niñas y niños, en tanto el encarcelamiento de sus madres de forma recurrente afecta su normal desarrollo e interés superior.

105 *Ibidem*, párrs. 34 y 42.

Capítulo II

REGULACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. LA SANCIÓN DE LA LEY N° 26.472

Los estándares internacionales referidos a la situación de mujeres privadas de libertad embarazadas o que son madres de niñas o niños pequeños se han introducido y reglamentado, parcialmente, en el ámbito nacional por medio de la sanción de la ley N° 26.472. La norma introdujo modificaciones en el Código Penal de la Nación, en el Código Procesal Penal de la Nación y en la Ley de Ejecución Penal (ley N° 24.660), que habilitan al juez a disponer el arresto domiciliario para las mujeres embarazadas, para las madres de niñas y niños hasta los cinco años de edad, o que tengan a cargo a personas con discapacidad.

La problemática de estas mujeres representa un desafío para la política criminal comparada, que ha llevado a que se adopten distintas iniciativas –todas ellas, incipientes– para darle una vía de solución¹. La respuesta prevista por la ley N° 26.472 representa una posibilidad dentro del abanico de alternativas existentes, que implica un avance positivo en la protección de los derechos de las mujeres, así como de las niñas y niños que se encuentran a su cuidado –aun cuando, lamentablemente, no incorporó medidas alternativas a la privación de la libertad–. Con independencia de las críticas que ha recibido, en lo esencial, constituye una herramienta útil para que las y los operadores judiciales adopten respuestas más sensibles a la problemática y a la especial vulnerabilidad de las mujeres en el espacio carcelario.

1 Respecto del problema del encarcelamiento de mujeres con hijos en el ámbito mundial, véase Representación Cuáquera ante la ONU y Penal Reform International, *Resumen informativo sobre las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de la Reclusas y Medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes ("Reglas de Bangkok")*, febrero del 2011, disponible en http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Briefing%20on%20Bangkok%20Rules.pdf, consultado el 4 de diciembre de 2014. Para un abordaje de la cuestión en Gran Bretaña y algunos países de Europa, véase Carlen y Worrall 2004, 63-66, en el ámbito nacional, véase CELS et ál. (2011) y en el internacional, Cornell Law School 2014.

A continuación, se analizarán los antecedentes de la ley N° 26.472, sus diferentes disposiciones, algunos problemas de técnica legislativa que presenta, las críticas que se le han realizado y se propondrá una hermenéutica de acuerdo con los estándares de derechos humanos para guiar su interpretación. Asimismo, se abordará la cuestión del ámbito de aplicación de la ley y, finalmente, se analizará cuál es su inserción dentro de los institutos jurídicos de ejecución de la pena.

1. Antecedentes de la ley N° 26.472

Antes de la sanción de la ley N° 26.472 ya existían algunas normas que contemplaban un régimen especial para mujeres embarazadas o madres de niñas o niños pequeños. Así, el artículo 495 del CPPN preveía la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad para una mujer embarazada o con un hijo o hija menor de seis meses al momento de la sentencia². Al mismo tiempo, la Ley de Ejecución Penal N° 24.660 autorizaba la permanencia de los niños y niñas en prisión hasta los cuatro años de edad³; mientras que el Código Penal habilitaba el arresto domiciliario para los casos de “mujeres honestas” cuando la pena no superara los seis meses de prisión⁴. Esta última disposición fue derogada con la entrada en vigencia de la ley N° 26.472.

2 Artículo 495: “La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1°) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2°) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente”. En tanto, el Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley N° 27.063, establece en su artículo 330 que: “La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el juez con funciones de ejecución en los siguientes casos: a. Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de DOCE (12) meses al momento de la sentencia; b. Cuando el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos. Cuando cesaren esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente, salvo que el juez disponga alguna forma distinta de ejecución de la condena conforme a la legislación vigente”. Así, el nuevo CPPN amplía el límite etario a doce meses e incorpora la posibilidad de que, una vez cumplido ese plazo, el juez disponga una medida distinta de ejecución de la condena.

3 El artículo 195 de la ley N° 24.660 establece: “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo del personal calificado”.

4 Para una crítica a lo que implicaba el concepto de “mujer honesta” y su inconstitucionalidad, véase Zaffaroni et ál. 2000, 909.

Esta ley fue el resultado de tres iniciativas legislativas propuestas, respectivamente, por la diputada Diana B. Conti; los diputados Marcela Rodríguez y Emilio García Méndez; y el Procurador Penitenciario de la Nación, Francisco Mugnolo. Las tres propuestas fueron unificadas en un proyecto único por la Comisión de Legislación Penal, que alcanzó media sanción en la Cámara de Diputados el 7 de noviembre de 2007. El 17 de diciembre de 2008 obtuvo la sanción definitiva en la Cámara de Senadores y, finalmente, la ley se promulgó el 12 de enero de 2009.

Entre los fundamentos del proyecto unificado se hacía referencia al derecho a la vida y al derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, y se manifestaba que el ámbito carcelario no era el adecuado para el alojamiento de personas que necesitan especial atención y cuidado, tales como las mujeres embarazadas o con niñas o niños pequeños a su cargo. Por otra parte, vinculado con los derechos mencionados, se reconocía que la proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes podría determinar la necesidad de un régimen especial para evitar que ciertas condiciones infringieran tal prohibición. Paralelamente, se mencionaba que las pretensiones de castigo representadas por el aparato de justicia penal debían ceder en algunas circunstancias frente a derechos de mayor importancia, y que el principio de intrascendencia de la pena, aunado al interés superior del niño y la debida protección de las personas con discapacidad, demandaban la búsqueda de soluciones alternativas a la prisionización⁵.

Además, en los fundamentos del proyecto⁶ se reconocía la emergencia en la que se encontraba el sistema penitenciario argentino, tanto por el hacinamiento como por los alarmantes niveles de violencia en las cárceles, que la máxima instancia jurisdiccional nacional había ordenado modificar de manera urgente en el trascendente caso “Verbitsky”⁷. De este modo, según el proyecto, era aconsejable que las mujeres embarazadas o madres de niñas o niños pequeños no se alojaran en las cárceles argentinas. Por otra parte, al consagrar la posibilidad de cumplir la pena con

5 Para los fundamentos del proyecto, véase Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias, 2006, Orden del día N°1261, Comisión de Legislación Penal, 6 de noviembre de 2006.

6 Fundamentos del proyecto de la Diputada Diana Conti, Expte. 269-D.-2006, que la Comisión de Legislación Penal hizo suyos, cf. *ibídem*.

7 CSJN, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, rta. 03/05/2005, *Fallos* 328:1146.

la modalidad del arresto domiciliario se decía que la reforma permitiría descomprimir parcialmente la densidad poblacional en las prisiones.

De este modo, distintos fundamentos habilitaban la creación de un régimen de arresto domiciliario para las mujeres embarazadas, con niñas o niños pequeños, o a cargo de personas con discapacidad. Por un lado, el reconocimiento de una afectación diferencial del régimen carcelario de privación de la libertad en el caso de las mujeres y, por otro lado, la necesidad de resguardar los derechos de las y los niños y garantizar su interés superior, como así también de proteger los derechos de las personas con discapacidad. Estos principios debían balancearse con las pretensiones punitivas del Estado que, ante estas circunstancias, debían ceder al menos parcialmente, y dar lugar a la creación de un régimen de cumplimiento morigerado de la pena. En adición, también se destacó el carácter utilitario del instituto, vinculado con la reducción de la tasa de personas encarceladas.

2. La ley N° 26.472 y sus modificaciones a la normativa penal

La ley N° 26.472 amplió los supuestos en los que se puede solicitar la sustitución del encarcelamiento en prisión por la detención domiciliaria. Para ello, se modificaron el artículo 10 del Código Penal de la Nación, los artículos 32, 33 y 35 de la ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena, y el artículo 502 del antiguo Código Procesal Penal de la Nación.

El artículo 10 del Código Penal quedó redactado de la siguiente forma: “[...] podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: [...] e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

De manera coincidente, fue modificado el artículo 32 de la Ley de Ejecución, que dispone que: “[...] el Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: [...] 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”⁸.

⁸ La ley también regula otros supuestos en los que procede el arresto domiciliario: 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

Por su parte, el artículo 33 de la misma ley estipula: “[...] el juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad”. En igual sentido, la ley N° 26.472 reformó el artículo 502 del Código Procesal Penal. Sin embargo, el nuevo CPPN, aprobado por ley N° 27.063, en su artículo 177 establece que el control del arresto domiciliario “[...] estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto”.

Finalmente, el artículo 35 de la Ley de Ejecución Penal, luego de su modificación, ha quedado redactado de la siguiente manera: “El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando: a) Se revocare la detención domiciliaria...”.

A partir de la reforma del artículo 10 del Código Penal, no quedan dudas acerca de que la procedencia del arresto domiciliario en los casos de mujeres embarazadas o a cargo de niñas y niños pequeños o de personas con discapacidad abarca, también, a las jurisdicciones locales.

Asimismo, si bien las reformas legales hacen referencia a la concesión del arresto domiciliario para la etapa de ejecución de la pena, esas previsiones se extienden a las procesadas mediante el artículo 11 de la Ley de Ejecución de la Pena, que dispone que sus previsiones son aplicables a las y los procesados, siempre que resulten en su beneficio y que no se afecte el principio de inocencia. De modo que las disposiciones reformadas por la ley N° 26.472 resultan plenamente aplicables para el caso de las mujeres que se encuentran detenidas o en prisión preventiva.

En este punto, las normas procesales conducen a igual conclusión. En cuanto al Código Procesal Penal aprobado por la ley N° 23.984 y sus modificatorias⁹, el artículo 314, ubicado en el capítulo relativo a la prisión

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.

9 Cuya vigencia se mantiene hasta tanto sea dictada la ley de implementación del nuevo Código Procesal Penal, cf. artículos 3 y 5, ley N° 27.063.

preventiva, establece: “El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder de acuerdo al Código Penal, el cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio”. A su vez, el nuevo Código Procesal Penal, aprobado por la ley N° 27.063, prevé explícitamente la posibilidad de otorgar el arresto en el domicilio como medida de coerción para neutralizar riesgos procesales¹⁰.

Esta conclusión es extensible también a las mujeres alojadas preventivamente en establecimientos penitenciarios provinciales. Más allá de que en algún momento se discutió si los alcances de la ley N° 24.660 regían solo en el ámbito federal, o si las provincias estaban obligadas por esta normativa (cf. Herbel 2006, 211); en el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aclaró la cuestión en el citado caso “Verbitsky”. Allí manifestó que la ley federal de ejecución penal representaba una “norma marco” que no obstaculizaba ni avanzaba sobre las legislaciones de ejecución provinciales, y que tan solo garantizaba ciertos derechos mínimos¹¹.

Existen varias razones para sostener que la normativa de ejecución penal federal debe actuar como marco mínimo regulatorio. En primer lugar, si bien las provincias conservan todas las facultades que no fueron expresamente delegadas al gobierno central, no puede obviarse que debe existir un parámetro mínimo. De lo contrario, las eventuales diferencias entre las distintas legislaciones podrían tornarse escandalosas y violentar el principio de igualdad¹². En segundo lugar, ello no quita que ciertas diferencias puedan ser admitidas, siempre y cuando respeten ese marco mínimo y garanticen los estándares superiores de protección, sobre todo

10 Artículo 177: “El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso, y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada de: [...] j. el arresto en el domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga [...]”. Dicha disposición indica que el arresto domiciliario es aplicable a las y los procesados como medida de coerción –previa a la prisión preventiva– para asegurar la comparecencia del imputado o imputada o evitar el entorpecimiento de la investigación.

11 CSJN, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, óp. cit.

12 Al respecto se ha dicho que son facultades legislativas que no pueden quedar reservadas a las provincias porque ello implicaría la violación del artículo 16, CN. Dos penas que se ejecutan de modo diferente, son diferentes, y el artículo 16, CN contiene un principio que requiere que un sujeto sea sancionado con la misma pena en igualdad de circunstancias, con independencia de en qué lugar del territorio nacional se encuentre (cf. Zaffaroni et ál 2001).

en función del principio *pro persona*, que establece la aplicación de la normativa más favorable. En tercer lugar, lo cierto es que más allá de que las provincias se reservan el poder no delegado al gobierno nacional, las leyes provinciales deben respetar y garantizar los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos.

En definitiva, la ley N° 26.472 debe ser reconocida como un avance a favor de la protección de los derechos de las mujeres detenidas y de sus hijas e hijos, incluso cuando un escrutinio más estricto de la normativa nos permita cuestionarla en algunos puntos, tema que será analizado en la próxima sección.

3. Críticas a la ley N° 26.472

Con las modificaciones introducidas, el derecho positivo argentino ha receptado parcialmente los estándares internacionales en la materia. En esa medida, ha demostrado una mayor sensibilidad en la temática y una vocación legislativa para solucionar el problema de las mujeres con hijas e hijos en prisión. Sin embargo, la reforma no elude algunas críticas.

Uno de los principales cuestionamientos es que parece conferir discrecionalidad al juez a la hora de otorgar el arresto domiciliario. En su redacción utiliza términos tales como “podrá disponer” o “podrán” en los artículos 32 de la Ley de Ejecución de la Pena y 10 del Código Penal, respectivamente. Sobre el punto, tanto la doctrina (Di Corleto y Monclús Masso 2009, 294) como la jurisprudencia¹³ han resaltado que la interpretación de estos términos no puede ser ejercida con absoluta discrecionalidad y, mucho menos, de manera arbitraria.

En primer lugar, tal como se reseñó en el Capítulo I, los estándares internacionales de derechos humanos obligan al Estado a proteger especialmente a las mujeres embarazadas, a niñas, niños y adolescentes, y a personas con discapacidad. Ello determina que la regulación legal deba ser interpretada en el marco de esta obligación de protección calificada que los tratados internacionales atribuyen a las mujeres y a la infancia, y de las obligaciones de los Estados de legislar y realizar acciones positivas en su favor, como así también de no vulnerar sus derechos.

¹³ Véase aquí el anexo de sumarios de sentencias favorables.

Según el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, las mujeres gestantes o madres en conflicto con la ley penal, en determinadas circunstancias, tienen derecho a formas morigeradas de privación de la libertad, no solo por la afectación diferencial que implica para ellas el encarcelamiento, sino también en función del interés de sus hijas e hijos.

En segundo lugar, parece razonable concluir, a la luz de esos estándares, que en ciertos casos el bienestar de mujeres, niñas y niños debe anteponerse a la pretensión punitiva del Estado, dados los efectos devastadores y desproporcionados que posee el encarcelamiento sobre esos grupos. En los términos del Capítulo I de este Informe, principios como el de dignidad (artículos 11, CADH; 1, DUDH y 10.1, PIDCP), el de interés superior del niño o niña (artículo 19, CADH), el de trascendencia mínima de la pena (artículo 5.3, CADH), así como la prohibición de trato cruel, inhumano o degradante (artículos 5, DUDH, 5.2, CADH, y 7 PIDCP) exigen interpretar la ley nacional en ese sentido¹⁴.

Asimismo, no es posible para las juezas y jueces adoptar medidas restrictivas de derechos de manera arbitraria, pues toda decisión judicial debe estar guiada por la racionalidad republicana que debe presidir los actos de gobierno¹⁵. Además, en la medida en que la ley N° 26.472 recoge derechos que poseen base constitucional e internacional, cualquier restricción a esa protección debe estar sujeta a un estricto control y realizarse a partir del respeto absoluto de los principios de legalidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y bien común.

Finalmente, una interpretación armónica con la normativa nacional especializada en materia de infancia conduce a igual conclusión. La ley N°

14 Una interpretación similar hizo la CSJN en el caso “Baldivieso”, en el que antepuso los derechos a la vida y a la salud a las pretensiones punitivas del Estado (cf. CSJN, “Baldivieso, Cesar Alejandro s/causa N°4733”, B.463 L.XL, rta. 20/04/2010). Por otra parte, respecto a los “principios” –como el de dignidad y el de interés superior del niño o niña–, son proposiciones que describen derechos cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre varios igualmente reconocidos. Los “principios” no solamente deben “inspirar” a las autoridades, sino que se les imponen, es decir, son obligatorios para ellas. En definitiva, los principios disponen limitaciones, obligaciones o prescripciones de carácter imperativo hacia las autoridades (cf. Dworkin 1989).

15 CSJN, “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”, I. 349. XXXIX, 29/09/2005, entre muchos otros.

26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, establece que, aun mediando imputación de un delito o condena penal, debe evitarse la separación de las progenitoras y progenitores de sus hijas e hijos, a menos que la convivencia sea imposible o que viole los derechos de las niñas y niños¹⁶. El juego armónico de los artículos 10 del Código Penal, 32 de la Ley de Ejecución de la Pena y 11 de la ley N° 26.061 lleva a concluir que la facultad otorgada a la magistratura para disponer el arresto domiciliario a favor de una mujer que tiene hijas o hijos pequeños se limita a constatar si se encuentran amenazados o violados los derechos de esos niños y niñas por la convivencia conjunta con su madre. De no existir tal amenaza ni acreditarse alguna otra imposibilidad, el juez *debe* otorgar el arresto domiciliario.

Otra de las críticas que podría formularse a la normativa es que solo prevé el arresto domiciliario para las madres de niñas y niños hasta los cinco años de edad¹⁷. El proyecto original presentado por la Comisión de Legislación Penal preveía un límite de cuatro años que fue modificado luego en consonancia con la legislación civil que otorgaba, como regla general, el cuidado de los hijos e hijas a las mujeres hasta los cinco años de edad¹⁸. Sin embargo, más allá de esta modificación positiva, es poco razonable estipular un límite –ya sean cuatro o cinco años–, cuando lo que fundamenta la previsión del arresto domiciliario en estos supuestos es la vulnerabilidad del niño o niña en razón de su edad, junto con la posible pérdida de vínculos con su madre y las consecuencias que ello aca-

16 El artículo 11 de la ley N° 26.061 dispone que los niños, niñas y adolescentes: “Tienen derecho a [...] crecer y desarrollarse en su familia de origen [...] aun cuando [...] pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley [...] Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

17 Sobre la interpretación de este requisito en la jurisprudencia, véase el Capítulo III.1.1. de esta obra.

18 El artículo 206 del antiguo Código Civil, vigente al momento de la sanción de la ley N° 26.472, establecía: “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. *Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre*, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores quedarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos” (énfasis agregado).

rrrearía. Hay que advertir que no existe una diferencia sustancial entre la desprotección y potencial pérdida de vínculos que podría sufrir un niño o niña menor de cinco años respecto de otro de más edad, dado que estas circunstancias no se vinculan necesaria ni únicamente con ese factor, sino con otros motivos, tales como la situación familiar, la económica, la condición de salud y la inserción social en las que se encuentran la madre y el niño o niña. Por consiguiente, la edad máxima establecida por el legislador no puede ser interpretada como un límite rígido, sino que debe ser entendida como una pauta orientadora, que tiene que ser exceptuada en los casos en que resulte necesario extender el plazo previsto para otorgar la detención domiciliaria¹⁹. Aun así, lo cierto es que hubiera sido mejor adoptar un límite de edad más amplio, tal como el que se prevé en las legislaciones de otros países, o incluso de otras jurisdicciones locales²⁰.

En otro orden, una crítica adicional que merece resaltarse es que la ley N° 26.472 ha restringido la posibilidad de que se conceda el arresto domiciliario a la madre de una persona con discapacidad²¹. No se comprende por qué solo ella podría solicitar el arresto domiciliario y no, por ejemplo, cualquier persona a cargo de alguien que transite esta experiencia vital. Si lo que se intenta aquí es proteger los derechos de las personas con discapacidad, mediante la continuidad del cuidado de la persona que lo venía realizando, una interpretación razonable de la norma debería conducir a extender el beneficio a toda persona que se encuentre en dicha situación. Por otra parte, la norma no estipula con claridad las circunstancias o patologías que quedarían abarcadas en el término “discapacidad”. Tampoco establece si ella debe estar verificada

19 Respecto de otras disposiciones existen interpretaciones similares. Así, por ejemplo, en “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo 1/08. Plenario N° 13, rta. 30/10/2008, la Cámara Nacional de Casación Penal manifestó que la pena en abstracto estipulada en el viejo artículo 316 CPPN debía tomarse como una mera presunción acerca de la existencia de peligros procesales a la hora de conceder o no una excarcelación. Por otra parte, debe destacarse que ya existe jurisprudencia que ha interpretado que el límite de los cinco años de edad estipulado en la ley N° 26.472 es de carácter orientador, y que no debe tomarse de manera rígida. Al respecto, véase el Capítulo III.1.1. y Anexo de jurisprudencia del presente informe.

20 El Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regula el arresto domiciliario en su artículo 32, y establece que todas las personas que tengan hijas o hijos menores de dieciocho (18) años a su exclusivo cargo pueden solicitar el arresto domiciliario.

21 Sobre la aplicación por parte de la jurisprudencia de esta cuestión, véase Capítulo III.1.2.

por la autoridad sanitaria²²; si, cuando se trata de afectaciones a las facultades mentales, debe ser declarada judicialmente o si basta con demostrar ciertas circunstancias materiales que permitan considerar a una persona dentro de este universo. Dada la redacción actual de la norma, la judicatura debe asumir su función interpretativa de la manera más amplia posible y otorgar, así, el arresto domiciliario en todos los casos en los que se pueda considerar que una persona requiere de los cuidados de otra, con independencia de si esa persona es su madre o no, y del carácter y alcances de la discapacidad. Esta hermenéutica está conminada, por un lado, a partir del principio *pro persona* (cf. Pinto 1997, 163 y ss.), que obliga a realizar la interpretación que mejor resguarde los derechos de los individuos y, por otro lado, por la legislación internacional, que prevé un deber de protección especial a las personas con discapacidad para que alcancen el máximo desarrollo de su personalidad²³.

La ley N° 26.472 también puede ser cuestionada por no ofrecer respuestas explícitas para una serie de circunstancias especiales. A modo de ejemplo, no propone soluciones a la problemática de las mujeres extranjeras embarazadas sin residencia previa en el país o que tienen hijas

22 La ley N° 22.431 en su artículo 3º determina que el Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado y emitirá, en su caso el Certificado Único de Discapacidad, el cual acredita la discapacidad en todo el territorio nacional.

23 Así, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) dispone en su artículo 18: “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a) ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b) proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c) incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; d) estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena”. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad también instan a los Estados a adoptar todas aquellas medidas que permitan a las personas con discapacidad alcanzar el máximo desarrollo de su capacidad.

o hijos menores de edad que se encuentran en el exterior²⁴. La falta de respuesta para estas situaciones no es un problema menor, pues, en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, aproximadamente el 40% de las mujeres detenidas son extranjeras²⁵, y el 76% de ellas no residía en la Argentina al momento de ser detenidas²⁶.

Respecto de las mujeres extranjeras embarazadas o detenidas con sus hijas o hijos, al no tener domicilio, ni arraigo o vínculos sólidos en el país, puede resultarles extremadamente difícil obtener el arresto domiciliario. Esta situación podría tornarse discriminatoria para ellas, con lo que hubiera sido deseable que la ley N° 26.472 regulara cómo proceder en estos casos. Resulta evidente que las mujeres extranjeras también tienen derecho a obtener un arresto en un espacio que no sea la prisión. Incluso, debe aceptarse que la situación de estas mujeres es más acuciante que en el corriente de los casos, dado que, a las consecuencias usuales del encierro, debe sumarse el desamparo en el que se encuentran al no contar con familiares en el país²⁷. Por ello, ante la ausencia de previsiones legislativas, las juezas y jueces deben aplicar una hermenéutica amplia y, según los fines de la ley N° 26.472 –reducir la afectación diferencial que la prisión genera respecto a las mujeres embarazadas y garantizar el interés superior del niño o niña–, que permita no solo que las mujeres extranjeras puedan cumplir su arresto en un espacio distinto a la prisión, sino también crear soluciones y respuestas judiciales ad hoc en este tipo de casos²⁸. Estas soluciones son compatibles con las Reglas de Brasilia, que imponen al Poder Judicial contemplar especialmente las condiciones de vulnerabilidad de los justiciables a fin de evitar decisiones que entrañen cualquier tipo de discriminación. En sintonía con estos objetivos, para que la protección judicial sea brindada en condiciones de igualdad para las personas en si-

24 Respecto de las posibilidades de acceder al arresto domiciliario de las mujeres extranjeras, véase Capítulo IV.3.

25 Censo Penitenciario de Mujeres realizado en el 2013 por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP).

26 Observatorio de Cárcenes Federales, “Prisión e Inmigración, población extranjera detenida en cárceles federales. Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación Nro. 7”, Procuración Penitenciaria de la Nación, Buenos Aires, 2014, pp. 83-84.

27 Para profundizar en la situación de mayor vulnerabilidad de las mujeres extranjeras embarazadas o madres de niñas y niños pequeños, cf. CELS et ál. 2011, 151-189.

28 Tal como se analizará en el Capítulo IV.3 y en el Anexo de jurisprudencia, algunos juzgados concedieron la expulsión anticipada en forma previa al cumplimiento de la mitad de la pena.

tuación de vulnerabilidad, la jurisprudencia internacional ha reconocido que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”, en tanto “la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”²⁹.

Por otra parte, existe un grupo amplio de mujeres extranjeras con hijos e hijas menores de cinco años en sus países de origen, en absoluto desamparo. Ante estas situaciones, también hubiera sido deseable que la ley N° 26.472 previera algún tipo de solución, como la posibilidad de que la niña o niño en situación de desamparo ingresara a la Argentina para que su madre pueda hacerse cargo de su cuidado, o bien que la madre regrese a su país de origen (Di Corleto y Monclús Masso 2009, 295). Dada la ausencia de regulación para estos supuestos, desde la magistratura también se deben intentar respuestas que permitan preservar los derechos de las mujeres y sus hijas e hijos, para evitar que el trato se torne discriminatorio. Para ambos casos, es decir, para la situación de mujeres extranjeras embarazadas o para aquellas cuyos hijas o hijos se encuentran en el exterior, desde la doctrina se ha propuesto una solución interesante, que podría ayudar a revertir esta problemática (Alderete Lobo 2012, 257 y ss.). En atención a la posibilidad de expulsión del país que establece la ley N° 25.871 para las y los extranjeros condenados que han cumplido la mitad de la pena impuesta, se ha propuesto que las mujeres extranjeras que califiquen para acceder al arresto domiciliario, pero que no pueden hacerlo por su falta de arraigo o vínculos fuertes con el entorno, puedan retornar a su país de origen de manera inmediata, resignando la aplicación de una pena de encierro. Así se privilegia la posibilidad de que el vínculo entre la madre y su niña o niño se desarrolle por fuera del ámbito carcelario (Alderete Lobo 2012, 276).

Esta postura, que ha obtenido alguna acogida en los tribunales³⁰, tie-

29 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 121; y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC 16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 115.

30 Si bien no se trataba de un caso de una mujer con hijos, sino de una mujer con una enfermedad terminal, el juez de ejecución del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3 resolvió la expulsión anticipada, sin observar el plazo legal previsto, fundamentando

ne fundamentos de peso en las previsiones estipuladas en las Reglas de Bangkok –que recomiendan el retorno de las mujeres a sus países³¹–, y también en la renuncia que parece haber efectuado el Estado argentino al relegar la aplicación de penas a sus intereses de control migratorio³². Parece poco razonable, desde una perspectiva político-criminal, sostener la aplicación de una sanción penal si luego, a la mitad del cumplimiento de la condena impuesta, se privilegiará la expulsión de la persona³³. En ese sentido, hay buenos motivos para posibilitar el anticipo del retorno y relegar desde el principio la sanción punitiva; más aún para el caso de las mujeres extrajeras con hijas o hijos, donde se encuentran en juego derechos de primer orden.

Finalmente, otro supuesto que no ha sido regulado por la ley N° 26.472, cuya problemática resulta en algunos aspectos similar a la anterior, es el de aquellas mujeres que no cuentan con un domicilio o con un domicilio “adecuado” (según la visión judicial), en donde cumplir con su detención.

su posición en el principio *pro homine* y en razones humanitarias (cf. Tribunal Oral en lo Penal Económico N°3, Leg. 21 “Higuero Pizarro, María Teresa s/ Ejecución de la pena”, rta. 14/05/2010). En un caso más reciente, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a un recurso de casación interpuesto por la defensa de una mujer extranjera y madre que se encontraba cumpliendo su condena a una penitenciaría argentina y que había solicitado su expulsión anticipada en razón de que sus hijos vivían en el extranjero y ante la ausencia de cuidadores, serían próximamente institucionalizados. En esta causa, los jueces de Casación revocaron la decisión que denegaba la expulsión anticipada toda vez que no se había tenido en cuenta el interés superior de los niños y el derecho de estos a ser criados por sus progenitores. El Tribunal ordenó que se dictara una nueva resolución, previa constatación del vínculo entre la mujer y los niños y su inminente institucionalización (cf. Cámara Federal de Casación Penal, sala II, causa n° 15.153, “Havrova, Irina s/ recurso de casación”, rta. 11/12/2012; en sentido similar véase: Cámara Federal de Casación Penal, sala I, causa n° 15.793, “Villacruz Castillo, María Rowena s/ recurso de casación”, rta. 19/06/2013 y Cámara Federal de Casación Penal, sala II, causa n° 16.643, “González Artilles, Elizabeth s/ recurso de casación, rta. 28/06/2013).

31 Reglas 53, 57, 58, 63, Reglas de Bangkok.

32 Esta renuncia puede deducirse del hecho de que el Estado, a partir del cumplimiento de la mitad de la condena, habilita la opción de la expulsión y deja en segundo plano sus pretensiones punitivas a instancias de una política de selección migratoria (cf. Alderete Lobo 2012, 276).

33 De hecho, tal como lo señala Alderete Lobo, podría cuestionarse constitucionalmente la aplicación de la primera mitad de la pena antes de la expulsión, dado que solo podría fundarse en fines retributivos o preventivos generales, situación que nuestro programa constitucional no acepta en la etapa ejecutiva de la sentencia (Alderete Lobo 2012, 276).

En esos casos, también resulta difícil para las mujeres acceder al arresto domiciliario, lo que podría configurar un trato discriminatorio por motivos sociales o económicos³⁴.

4. La ley N° 26.472 y los estereotipos de género

Las críticas que pueden formularse a la ley N° 26.472 por reforzar ciertos estereotipos de género que recaen sobre las mujeres merecen un comentario aparte. Una de las principales formas de discriminación y trato desigual que sufren las mujeres se produce por la aplicación de estereotipos de género³⁵. Los estereotipos de género son construcciones sociales y culturales sobre las personas a partir de sus distintas condiciones físicas, sociales o culturales³⁶. A través de su aplicación se atribuyen características o roles sociales específicos a ambos sexos por la sola razón de su pertenencia a uno de estos grupos (Cook y Cusack 2010, 9).

Los prejuicios de género no siempre resultan discriminatorios. Por ejemplo, a veces son generalizaciones descriptivas que ayudan a procesar la complejidad social del mundo. Sin embargo, pueden resultar discriminatorios cuando se los utiliza como base para realizar distinciones que colocan en una posición de desventaja a un grupo de personas. Si bien afectan tanto a hombres como a mujeres, suelen tener un efecto mayor sobre estas últimas. Los estereotipos perjudican a las mujeres cuando les asignan roles subordinados en la sociedad, y devalúan sus atributos y características (Cook y Cusack 2010, 1).

Existe normativa internacional que aboga por la eliminación de los estereotipos de género en las leyes y en las prácticas estatales. Así, tanto el artículo 5.a de la CEDAW como el artículo 8.b de la Convención de Belém do Pará exigen modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar los prejuicios y las prácticas con-

34 Para un análisis de las dificultades de acceso al arresto domiciliario por restricciones sociales y económicas, véase el punto IV.1 y IV.2.

35 CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007, párr. 150.

36 CEJIL - The International Reproductive and Sexual Health Law Programme, University of Toronto, Faculty of Law, *Amicus curiae en el caso Campo Algodonero: Claudia Ivette Gonzalez, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez en contra de los Estados Unidos Mexicanos*, 3 de diciembre de 2008, p. 2.

suetudinarias, y de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Ahora bien, lo cierto es que los estereotipos de género son difíciles de erradicar. Muchos de ellos son reproducidos y perpetuados en las leyes, en las prácticas de gobierno y en las sentencias judiciales³⁷. Se ha sostenido que algunos estereotipos, como el de las mujeres en el rol de responsables principales de la crianza de las hijas e hijos y del cuidado de otras personas, son sumamente persistentes (Cook y Cusack 2010, 2).

Si bien las normas incorporadas mediante la sanción de la ley N° 26.472 sitúan en una posición más favorable a las madres encarceladas, no puede soslayarse que solo habilitan la concesión del arresto domiciliario en su función reproductora, en su rol de madre o de encargada del cuidado de otras personas. Aunque esta circunstancia responde a datos de la realidad social –que indican que las mujeres continúan siendo las principales responsables de la crianza de niñas y niños y del cuidado de terceros–, lo cierto es que el trato legal diferenciado también refuerza los estereotipos que asignan a las mujeres un rol preponderante en la esfera doméstica. De esta manera, el arresto domiciliario concebido únicamente para mujeres y en estas condiciones, si bien a corto plazo implica una medida que mejora su posición, también podría representar una norma que perpetúa prejuicios de género³⁸.

Es claro que buena parte de la afectación diferencial que sufren las mujeres en su encarcelamiento es consecuencia de la asunción e interiorización de roles estereotipados. Las mujeres sufren por no poder cumplir cabalmente con su rol de madres –según los parámetros sociales– desde la cárcel, y ello significa para ellas un padecimiento extra en el cumplimiento de la pena. La actual formulación de la ley, en aras de reconocer y

37 Para un recuento de cómo los estereotipos de género se reproducen en leyes, prácticas estatales y sentencias judiciales, véase Cook y Cusack 2010; y Ministerio Público de la Defensa 2012, 83-111.

38 Hay que destacar, de todos modos, que el derecho en general está estructurado con un sesgo discriminatorio para las mujeres. En este sentido, existen innumerables instituciones jurídicas aparte del arresto domiciliario que reproducen y fomentan estereotipos de género. Entre otras, el régimen de licencias laborales –donde las mujeres aparecen como principales encargadas del cuidado de las y los hijos–, ciertos delitos sexuales, etc. (respecto de la orientación sesgada del derecho, cf. Olsen 2009, 481 y ss.).

abordar esa afectación diferencial que las mujeres sufren, refuerza y reproduce de modo paradójico los estereotipos que, precisamente, generan esa afectación diferencial.

La dificultad para el abordaje de este tipo de casos reside en que la necesidad de erradicar esos estereotipos convive con la obligación de atender a las necesidades específicas que presentan las mujeres encarceladas. Así, es preciso tanto eliminar visiones esencialistas y estereotipadas sobre la función materna, como tomar en consideración las vivencias propias de las mujeres que, en los hechos, continúan asumiendo mayores responsabilidades de cuidado. El desafío consiste en evitar el riesgo de ser funcionales a roles que mantienen una asignación tradicional de funciones por razones de género, sin caer en un discurso que sea en apariencia equitativo e igualador, pero que invisibilice el rol central que ocupan las mujeres en el cuidado de las niñas y niños y, de esta forma, se perpetúe la situación actual que produce una sobre-vulneración de sus derechos (CELS et ál. 2011, 152-153).

La tensión que se genera entre la necesidad de reconocer el impacto diferenciado por motivos de género y la obligación de erradicar los estereotipos que atribuyen roles prefijados a varones y mujeres no es nueva, y ha sido abordada por la Corte Interamericana. En el caso *Artavia Murillo*, la Corte IDH evaluó de qué modo los estereotipos de género identificados –por ejemplo, los vinculados con la maternidad y con la paternidad– afectaron de modo diferencial a varones y mujeres. Si bien para el Tribunal Interamericano “estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos”, los reconoció y visibilizó para precisar el impacto desigual de la prohibición de los tratamientos de fertilización asistida en Costa Rica³⁹, que habían afectado desproporcionadamente a las mujeres.

En el caso del arresto domiciliario, si bien es posible justificar los costos involuntarios que la ley N° 26.472 conlleva, también es posible trascender la paradoja y la tensión que presenta con una interpretación que extienda la aplicación del instituto a aquellos varones que tengan a sus hijos e hijas a cargo. De tal manera, se evitaría que la norma refuerce el

39 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párrs. 294 y 302.

estereotipo de las mujeres como responsables del cuidado familiar, a la vez que se reconocerían y ampararían los derechos de hombres y mujeres a criar a sus hijas e hijos fuera del ámbito carcelario. La igualación en estos casos no implicaría un perjuicio, una restricción o disminución en los derechos de las mujeres; por el contrario, constituiría una estrategia superadora en la medida que equipararía a hombres y mujeres con hijos e hijas en cuanto a sus responsabilidades parentales⁴⁰.

Al margen de la mencionada propuesta, lo cierto es que la generalización del arresto domiciliario en los casos estudiados, al menos en el mediano plazo, seguirá beneficiando en mayor medida a las mujeres, en tanto la distribución estereotipada de los roles de crianza y cuidado son, como se dijo, persistentes y difíciles de erradicar. Mientras sean ellas quienes continúen ocupándose de modo principal del cuidado de niñas, niños y otras personas con necesidades especiales, los principios de derechos humanos que deberían gobernar la solución de estos casos (tales como el de protección de la familia, la dignidad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el de trascendencia mínima de la pena, la protección especial al embarazo y la maternidad, el interés superior del niño o niña, entre otros) operarán principalmente en favor de las mujeres, en tanto estos adquieren sentido en la realidad con la que interactúan. Sin embargo, la generalización formal del acceso al instituto podría mejorar el abordaje de aquellos casos que no encuentran correlato en los estereotipos sociales y, de tal manera, colaboraría con su desarticulación. Si bien sería convenient-

40 Vale comentar aquí un caso en el que el padre de tres niños menores de cinco años solicitó el cumplimiento de su detención de modo domiciliario para poder cuidar de ellos y de su pareja, quien estaba en estado puerperal. La petición fue denegada y el caso llegó a conocimiento de la Cámara Federal de Casación Penal. El juez Cabral postuló una interpretación extensiva del artículo 32 inciso f de la ley N° 24.660, al decir que si bien la ley no prevé de forma expresa el acceso al arresto domiciliario del padre para el cuidado de sus hijos/as, esa omisión no es infranqueable para el juez, quien debe realizar un test de razonabilidad de tal norma, en el caso concreto, bajo los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación *pro persona*, mínima intervención penal, fin resocializador de la pena y prohibición de trascendencia de ésta a terceros. Además, expresó que la concesión o denegación del arresto domiciliario debe fundarse, entre otras cuestiones, en informes que permitan profundizar sobre la situación real de la concubina del interno y sobre el bienestar psicofísico de los niños frente a la ausencia del padre del seno familiar. La Cámara hizo lugar al recurso de casación y ordenó al Tribunal Oral Criminal interviniente que dictara un nuevo pronunciamiento de acuerdo a los parámetros señalados (cf. Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15656, "Rossi, Maximiliano s/ recurso de casación", rta. 22/06/2012).

te que para ello se reformulen de una manera genéricamente neutra las disposiciones de la ley N° 26.472, esto no impide que pueda llegarse a la misma conclusión por medio de la interpretación judicial.

5. El arresto domiciliario como modalidad alternativa al encierro carcelario

El arresto domiciliario constituye una forma alternativa de ejecutar la pena privativa de la libertad. El capítulo II, sección tercera de la ley N° 24.660, incluye al arresto domiciliario con la denominación de “Alternativas para situaciones especiales”, en donde también se incorporan diversas figuras que permiten reemplazar el encierro carcelario por medidas menos restrictivas de la libertad.

Tal como ha sostenido la doctrina argentina, es necesario advertir que:

[...] salvo el caso de la utilización de estas medidas para el reemplazo de las penas privativas de la libertad menores a seis meses, no se trata de verdaderas penas alternativas, esto es de medidas diferentes al encierro que se deciden al momento de imposición de la condena, sino de alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas (Salt y Rivera Beiras 2005, 255).

De este modo, la legislación local resulta más adecuada que, por ejemplo, las Reglas de Tokio, que incluyen al arresto domiciliario entre las medidas “no privativas de la libertad”⁴¹. Materialmente el arresto domiciliario constituye una sanción privativa de la libertad cuya ejecución, en todo caso, se concreta en un espacio distinto a la prisión. La prisión domiciliaria representa, así, una forma alternativa al cumplimiento de la condena en prisión, pero en modo alguno constituye la posibilidad de aplicar una sanción distinta a la privación de la libertad.

Esta discusión resulta trascendente, ya que la ubicación del arresto domiciliario en una u otra categoría tiene implicancias respecto del alcance de la obligación del Estado con los sujetos sometidos a la medida. En este sentido, la mayor sujeción de las personas privadas de la libertad a las facultades de control estatal, unida a la restricción de su libertad ambulatoria, genera en ellas un estado de vulnerabilidad adicional, que se

41 Regla 8.2., inciso k), Reglas de Tokio.

traduce en obligaciones del Estado más calificadas en cuanto al respeto y la garantía de sus derechos. En estos casos, el Estado deberá actuar positivamente para garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas encarceladas no sujetas a restricciones derivadas de la medida privativa de la libertad⁴².

Esta obligación positiva es consecuencia de la relación especial de sujeción de las detenidas y detenidos frente al Estado, y del hecho de que las condiciones que se les imponen a las personas privadas de libertad les impiden satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas que posibilitan llevar una vida digna⁴³.

Los organismos internacionales han definido a la privación de la libertad como:

[...] cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria⁴⁴.

Es evidente que esta formulación amplia abarca el caso del arresto domiciliario, que constituye una privación de la libertad ambulatoria en un espacio distinto a la prisión. Por otra parte, hay que advertir que, entre distintos estándares de protección, siempre debe tomarse el más beneficioso para quien se encuentra recluido por aplicación del principio *pro persona*. De tal manera, sin perjuicio de la caracterización empleada por las Reglas de Tokio, el arresto domiciliario deberá considerarse como una medida privativa de la libertad.

42 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*, óp. cit., párr. 151, 152 y 153, entre otros.

43 *Ibidem*.

44 CIDH, "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas". Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008; Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 8, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales*, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147, 1982.

En consecuencia, para el caso del arresto domiciliario, resultan plenamente trasladables los estándares de las personas privadas de libertad, y las obligaciones estatales positivas para garantizar todos los derechos básicos que sean afectados por la pérdida de la libertad ambulatoria, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, entre otros.

6. Conclusiones

En líneas generales, la sanción de la ley N° 26.472 constituyó un avance en el reconocimiento y la protección de los derechos de las mujeres embarazadas y madres encarceladas, y de las niñas y niños que se encuentran a su cuidado. Esta normativa fue pionera en Latinoamérica, y sitúa a la Argentina entre los países más progresistas en cuanto al tratamiento penal de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos menores de edad.

Sin perjuicio de ello, se han destacado distintas falencias en su técnica legislativa que ponen en peligro el efectivo respeto a los derechos que le dan fundamento. También se ha llamado la atención sobre su potencialidad para reforzar estereotipos de género que afectan a las mujeres. Para enfrentar estas dificultades, se han propuesto distintos argumentos interpretativos, que permiten armonizar las disposiciones legales con los estándares internacionales. Sin embargo, como veremos en los capítulos subsiguientes, la actual hermenéutica judicial se encuentra todavía lejos de los estándares deseados y, consecuentemente, lejos de garantizar la protección que la ley N° 26.472 está llamada a brindar.

Capítulo III

OBSTÁCULOS PARA EL ACCESO AL ARRESTO DOMICILIARIO ORIGINADOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La inaccesibilidad al arresto domiciliario está determinada por diversos obstáculos, muchos de ellos se originan en condiciones propias de la legislación y de la interpretación judicial y, en esa medida, constituyen barreras de origen normativo e institucional.

En este capítulo, se observarán aquellos impedimentos vinculados con la interpretación judicial de los presupuestos que la ley prevé para la concesión del arresto domiciliario. A tal fin, se analizará la forma en que tanto la indeterminación como la inflexibilidad de algunos términos de la ley pueden socavar las posibilidades de cumplir la detención cautelar o la pena privativa de libertad en un domicilio o lugar ajeno a una institución carcelaria.

También se incluyen en este título aquellas barreras generadas por la exigencia de recaudos no previstos en la ley. En este grupo de casos, se encuentran interpretaciones judiciales que no solo restringen los conceptos legales, sino que, lisa y llanamente, deniegan la procedencia del arresto domiciliario por no acreditar extremos que no están contemplados normativamente.

Estos y otros obstáculos se traducen en el avasallamiento de los derechos fundamentales de las mujeres encarceladas y reflejan la comprensión del arresto domiciliario como una facultad discrecional del juzgador, y no como un derecho que poseen las mujeres presas. Por lo demás, dejan al descubierto que el fundamento de las decisiones judiciales, a menudo, no se encuentra ni en las normas internas, ni en estándares internacionales aplicables al caso concreto, sino “en una premisa mayor inarticulada”, es decir, en una opción valorativa de las y los jueces, fruto de sus ideas o prejuicios, que no se expresa en las sentencias, pese a constituir el verdadero fundamento sobre el que se toma la decisión (Abramovich 1999, 63).

1. Inflexibilidad e indeterminación de la ley

Las normas que regulan la concesión del arresto domiciliario a mujeres embarazadas o madres de niñas y niños contienen tanto límites precisos como indefiniciones semánticas y sintácticas que, en ocasiones, son aplicadas por la judicatura de forma tal que restringe el acceso a este modo morigerado de privación de la libertad.

Como ya fue señalado, el artículo 32 de la ley N° 24.660 (según la modificación de la ley N° 26.472) estipula que el juez “podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: [...] f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”. Esta redacción genera distintas dificultades.

Por una parte, la norma es *inflexible* al estatuir un tope etario para la concesión del arresto domiciliario, que muchas veces puede resultar arbitrario al dejar fuera de su ámbito de aplicación a situaciones fácticas que merecerían ser consideradas. También lo es en tanto restringe la posibilidad de solicitar el arresto domiciliario a aquellas madres de personas con discapacidad a su cargo, en lugar de permitir esta opción a toda persona que se encuentre en tal supuesto. Por otra parte, la *indeterminación* de la ley se materializa en la falta de precisión de algunos aspectos de la norma, tales como el requerimiento de “discapacidad” o el significado de los alcances de “estar a cargo”.

En los casos analizados en este informe, se han encontrado interpretaciones sumamente restrictivas de estos aspectos de la ley, cuyo efecto inmediato es reducir drásticamente su ámbito de aplicación y el rango de personas que pueden ser beneficiadas por ella. Allí, con frecuencia se omite considerar la normativa internacional y los pronunciamientos de los organismos de aplicación, aun cuando representan una pauta obligatoria para la hermenéutica judicial. No obstante, estos casos coexisten con otros que han enfrentado los desafíos interpretativos de una forma más razonable y acorde con los estándares internacionales. A continuación, se hace un repaso de todos ellos.

1.1. El límite etario

Como ya fue señalado, el límite legal de cinco años se presenta como una restricción arbitraria, dado que uno de los principales fundamentos

del arresto domiciliario es la vulnerabilidad de las niñas y niños, junto con la potencial pérdida de vínculos con su madre y las consecuencias que ello puede traer aparejado. Hay que advertir que no existe una diferencia sustancial entre la desprotección y potencial pérdida de vínculos que podría sufrir un niño o niña menor de cinco años ante el encarcelamiento de su madre, respecto de otros de más edad.

Por consiguiente, una interpretación razonable debería llevar a que el límite de edad establecido no impida que se conceda el arresto domiciliario a una mujer cuando su hija o hijo supere los cinco años. Si se quiere ser consecuente con los fundamentos y objetivos de la ley, la edad máxima establecida por el legislador no debería ser interpretada como un límite rígido, sino, más bien, como una pauta orientadora o como una presunción de acuerdo a la cual corresponde la detención en el domicilio si se acreditan los extremos previstos en la ley. En este sentido, se consideró que:

Una correcta exégesis de la normativa permite concluir que las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos menores de edad, tienen derecho a que se conceda el arresto domiciliario con el fin de preservar su vínculo materno filial y su vida cotidiana. Cuando se den los supuestos previstos en la ley, la concesión de la medida debe constituir la regla¹.

La interpretación amplia que se sugiere es acorde con las normas y los estándares internacionales establecidos por los organismos de protección de derechos humanos. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1, estipula que se entiende por niño “a todo ser humano menor a los dieciocho años de edad”; hasta entonces, se encuentran protegidos por la especial consideración que el Estado debe tener a su respecto. Por otra parte, tal como se analizó en el capítulo I, son muchas las recomendaciones y decisiones de organismos de derechos humanos que obligan a respetar los derechos de las niñas y los niños y de las mujeres encarceladas que se encuentran en juego frente a la situación de encierro.

Conforme a esa normativa de rango constitucional, la separación de un progenitor de sus hijas e hijos debe responder de modo exclusivo a la necesidad de garantizar el interés superior del niño², y no a motivos de

1 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “Marasco, Clarisa Noemí s/recurso de casación”, Causa N° 16.452, rta. 17/07/2013 (jueza Dra. A. Ledesma, por su voto).

2 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC

interés general o social³. Este principio está consagrado en nuestra legislación, que establece que los niños y niñas: “Tienen derecho a [...] crecer y desarrollarse en su familia de origen [...] aun cuando [...] pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley”⁴. Es decir, aun en caso de existir proceso o condena penal, la manda legal dispone que las niñas y los niños deben crecer con sus padres en el ámbito familiar; a menos que sea necesaria la separación para garantizar sus derechos.

Numerosos tribunales se han pronunciado a favor de una aplicación amplia de la ley, pues consideraron que una interpretación que niegue el acceso al arresto domiciliario sobre la base de que las niñas o niños han superado la edad de cinco años puede vulnerar normas de mayor jerarquía normativa.

Así, la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico entendió que una interpretación que deniegue el acceso al arresto domiciliario a mujeres con hijos mayores de cinco años resultaría “rigurosamente literal” y contraria a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁵.

17/2002, 28 de agosto de 2002, párr. 77.

3 Cf. artículo 3, Convención sobre los Derechos del Niño, y artículo 3 *in fine*, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, N° 26.061. En este sentido, durante la discusión en la Cámara de Diputados la Diputada Marcela Rodríguez se refirió a la inclusión de los nuevos supuestos de prisión domiciliaria y explicó: “Esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (cfr. Cámara de Diputados de la Nación, versión taquigráfica, sesión del día 7 de noviembre de 2007, disponible en <http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/versiones/index.html>, página visitada el 13/01/2005).

4 Artículo 11, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, N° 26.061.

5 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, Causa N° 9515, “Incidente de solicitud de prisión preventiva de Helena Opoku Jhontson”, rta. 03/03/2009. En sentido similar, ver: Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, Incidente N° 244/08-I-01, “B., M.A. s/ prisión domiciliaria”, rta. 09/10/2009 y Juzgado Federal de Rawson, Chubut, Expte. 278 f.68 año 2009, “Dra. Mirta Seniow de Gando solicita detención domiciliaria de M.I.M.”, rta. 01/09/2009.

Asimismo, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal –en adelante, CFCP– sostuvo que “[...] la edad de la niña no obsta la concesión de la prisión domiciliaria en los casos en que su interés de jerarquía constitucional se encuentre comprometido [...]”⁶. En la misma dirección, la Sala I de la CFCP sostuvo que “[...] el interés superior del niño es un concepto flexible que debe ser redefinido en cada caso puntual atendiendo a sus particularidades específicas”⁷.

La CFCP también se pronunció en un supuesto en el que se concedió el arresto domiciliario a la madre de un niño menor de cinco años, pero se dispuso que ella tenía que reingresar a la prisión cuando alcanzara esa edad. La Sala II de la CFCP rechazó esa interpretación, pues entendió que el límite legal de los cinco años de edad debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse *ex ante* en forma automática para todos los casos, porque un menor de edad puede requerir del cuidado y protección de su madre pasado dicho límite etario⁸.

En el caso “C.P.R”, la Sala III de la Cámara Federal de La Plata también concedió el régimen de la prisión domiciliaria a la madre de una niña mayor a cinco años y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 10.f del Código Penal y 32.f de la ley N° 24.660. La Cámara expresó que cualquier desconocimiento o restricción en la legislación de derecho interno sobre la protección superior del niño carece de toda operatividad para desplazar los efectos de normas internacionales con jerarquía superior a las leyes (de conformidad con el art. 75 inc. 22, CN). En el caso en concreto, el tribunal explicó que la hija de C.P.R. tenía once años de edad y, por lo tanto, gozaba de todos los derechos comprendidos en el bloque de constitucionalidad. Agregó que el límite de cinco años de edad no es infranqueable y que debe realizarse un test de razonabilidad en cada caso concreto, que tenga en cuenta los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación de las normas *pro persona* y *pro libertate*, proporcionalidad de la medida coercitiva y prohibición de trascendencia de esta a

6 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.346, “Castillo, María Victoria s/ recurso de casación”, rta. 03/05/2013. Se reitera idéntica interpretación en el fallo “Aguirre, Mirta Gabriela”, Causa N° CCC15214/2013/T02/1/CFC1, rta. 02/07/14.

7 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15.965, “Sánchez, Sandra Beatriz s/ recurso de casación”, rta. 22/08/2012.

8 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.452, “Marasco, Clarisa Noemí s/ recurso de casación”, rta. 17/07/2013.

terceros. En consecuencia, concluyó que “[n]o puede admitirse mediante una aplicación rigorista de la ley el desamparo de los menores”⁹.

Desde esta perspectiva, el rechazo de las solicitudes de arresto domiciliario por el solo hecho de que la niña o niño ha cumplido los cinco años de edad se torna irrazonable y violatorio de los derechos comprometidos en el caso, máxime cuando se dejan de lado circunstancias de hecho relevantes y se opta por una interpretación y aplicación mecánica de la ley, que deja de lado el rol de custodio de derechos del poder judicial¹⁰.

1.2. El requisito de discapacidad

La ley N° 26.472 tampoco ha definido correctamente los alcances del arresto domiciliario en el caso de las detenidas que se encuentran a cargo de personas con discapacidad. Por un lado, no resulta razonable establecer esta posibilidad únicamente para las madres de las personas con discapacidad, y no extender este supuesto a otros individuos. En ese sentido, no es posible explicar por qué solo podría gozar del arresto domiciliario la madre de una persona con discapacidad, y no cualquier otra persona que esté a cargo de su cuidado, en tanto lo que se intenta aquí es proteger los derechos de las personas con discapacidad y priorizar su cuidado.

Por otro lado, la norma tampoco estipula con claridad las circunstancias o patologías que quedarían abarcadas bajo el término “discapacidad”. No se especifica si ella debe estar verificada por la autoridad sanitaria en los términos de la Ley de Protección Integral de Discapitados¹¹, o si –en el caso de afectaciones a las facultades mentales– debe ser declarada judicialmente, o si basta con que ciertas circunstancias materiales conviertan a la persona en dependiente de cuidados especiales. Entendemos que esta

9 Cámara Federal de La Plata, Sala III, Causa N° 1406/2012/5, “Costa Ponce Rodríguez s/ recurso de casación”, rta. 22/10/2013.

10 A modo de ejemplo, en el caso “M.N.G. s/arresto domiciliario” se rechazó la solicitud de arresto domiciliario pese a que los cinco hijos de la imputada se encontraban bajo su exclusivo cargo, pues el padre de los niños había fallecido (Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1, Causa N° 1735, rta. 17/02/2010).

11 El artículo 3 de la ley N° 22.431 instaura el Certificado Único de Discapacidad, el cual debe ser emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, quien debe constatar la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado.

última propuesta es la interpretación más razonable por la aplicación del principio *pro persona*. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define “discapacidad” como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social¹².

La indeterminación de la norma en este punto puede generar exclusiones arbitrarias. Esta circunstancia se puede apreciar, por ejemplo, en el caso “T, G. o R., M.”¹³, en el que se solicitó el arresto domiciliario porque la imputada era madre de dos hijos que padecían patologías graves que requerían cuidados especiales, pero el pedido fue rechazado por considerar que la solicitud no encuadraba estrictamente en la hipótesis prevista en el artículo 32, inciso f), de la ley N° 24.770, ya que las enfermedades no podían ser consideradas como una discapacidad. Así también ocurrió en el caso “N.L.D.”¹⁴, donde el juez entendió que un niño con una discapacidad motriz parcial no quedaba abarcado bajo las previsiones del inciso “f” del artículo 32 de la ley N° 24.660, pese a que la ley no determina ningún número o porcentaje mínimo de “discapacidad” para la concesión de la prisión domiciliaria.

En sentido contrario, desde una perspectiva más respetuosa del principio de legalidad, en el caso “A., M.” se concedió la prisión domiciliaria a M. A. porque su madre padecía problemas psiquiátricos. La solicitud se había fundamentado en el principio de trascendencia mínima de la pena dado que la ausencia de M. A. impactaba de forma negativa en la salud de su madre como una extensión de la pena, mientras que su presencia hacía efectivo el pleno ejercicio del derecho a la salud. En este caso, la CFCP, lejos de exigir un nivel de discapacidad determinado, consideró que “[...] lo que la norma contenida en la Ley N° 24.660 pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre”¹⁵.

12 Artículo 1.1.

13 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, Causa N° 1839, “T, G. o R., M.”, rta. 09/12/2010.

14 Juzgado Correccional N° 13, Causa N° 24082, “N.L.D. s/hurto en grado de tentativa”, rta. 06/01/2010.

15 Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 15.026, “Aguilera, Maximiliano s/ recurso de casación”, rta. 01/08/2011.

En definitiva, las juezas y jueces deberían interpretar las disposiciones referidas al acceso al arresto domiciliario para el cuidado de personas con discapacidad de la manera más amplia posible¹⁶, con independencia de que esta sea su madre o no, del carácter de la discapacidad, y de si la detenida se encuentra a cargo en forma exclusiva o compartida de aquella. Además, este supuesto debería abarcar a aquellos hombres que se encuentren a cargo de personas con discapacidad, pues no se advierten razones para negar el arresto en estos supuestos, de lo contrario, se podría configurar un trato no justificado, que refuerza una visión estereotipada de los atributos y roles de género¹⁷.

1.3. La exigencia legal de encontrarse a cargo

Al mismo tiempo, la ley tampoco es precisa cuando exige que la persona que solicita el arresto se encuentre “a cargo” de sus hijos e hijas o de la persona con discapacidad. No se define qué significa estar “a cargo” de una persona, ni tampoco si se puede estar “a cargo” en forma compartida, o si, por el contrario, solo puede estarse “a cargo” de forma exclusiva. Al igual que en el supuesto anterior, la indeterminación de la norma deja un margen de discrecionalidad judicial, donde se pueden generar exclusiones arbitrarias.

A modo de ejemplo, en el caso “H.M.”¹⁸ se rechazó la solicitud de arresto domiciliario de una madre, porque los niños convivían con su padre. Para el tribunal, esta circunstancia bastaba para acreditar que la madre no se encontraba “a cargo” de ellos. Esta exclusión no surge de la normativa legal, sino de la interpretación judicial que se hace de ella, según la cual quien se encuentra “a cargo” de una persona que requiere cuidados, siempre asume su rol de forma exclusiva.

Este tipo de interpretaciones, que restringe de modo injustificado e irrazonable los márgenes del instituto del arresto domiciliario, contraría varios principios de rango constitucional y convencional que indican una

16 Dada la ausencia de una definición del concepto de “discapacidad” en la normativa local, los jueces deberían recurrir a la normativa internacional en el punto.

17 Respecto de cómo una legislación que privilegia a las mujeres como principales encargadas del cuidado de otros puede generar un trato estereotipado a su respecto, véase Capítulo II.4. de este informe.

18 Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, Causa N° H-1/10, “H.M. s/solicitud de prisión domiciliaria”, rta. 09/08/2010.

interpretación amplia de la ley. Así, el principio *pro persona* obliga a realizar la interpretación que mejor resguarde los derechos de los individuos, el principio de legalidad impide exigir requisitos no previstos en la ley para restringir el acceso a derechos, y las normas internacionales instan a brindar una protección especial a las niñas y niños y a las personas con discapacidad, dada su condición de vulnerabilidad, para que alcancen el máximo desarrollo de su personalidad¹⁹.

En síntesis, la técnica legislativa de la ley N° 26.472 podría mejorarse con el objeto de evitar que la inflexibilidad de los topes etarios fijados o la indeterminación en cuanto a quienes son los sujetos abarcados por ella pueda conducir a decisiones restrictivas que choquen con su espíritu y objeto. No obstante los estándares internacionales determinan una hermenéutica amplia, que protege a la infancia y a las personas con discapacidad y, en el caso, mejora las posibilidades de quienes están a su cargo de acceder al arresto domiciliario.

2. El arresto domiciliario y los riesgos procesales

Otro importante obstáculo que enfrentan las mujeres para acceder al arresto domiciliario es la valoración judicial de requisitos no previstos por la ley N° 26.472. En este sentido, muchos pedidos de prisión domiciliaria suelen ser rechazados por los tribunales a causa de la existencia de peligros procesales o por las características del delito imputado.

El estudio de resoluciones judiciales permitió constatar que constituye una práctica extendida entre los tribunales nacionales el uso de argumentos referidos a la gravedad del hecho, el monto de la pena en expectativa, el riesgo de fuga, la extensión del daño causado, los medios empleados para su comisión o la imposibilidad de ejecución condicional de la pena,

19 Así, la Convención sobre Derechos del Niño, en su artículo 23, dispone: “2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales [...]”; el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) dice en su artículo 18: “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”; y la Declaración de los Derechos de las Personas con Retraso Mental, la Declaración de los derechos de los Impedidos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, todas ellas de Naciones Unidas, también instan a los Estados a adoptar todas aquellas medidas que permitan a las personas con discapacidad alcanzar el máximo desarrollo de su capacidad.

con el propósito de rechazar el arresto domiciliario de las mujeres que califican para acceder a esa modalidad morigerada²⁰.

Uno de los rasgos distintivos que caracteriza a gran parte de estas resoluciones es la falta de fundamentación o la fundamentación aparente en la toma de decisiones. Cuando la prisión domiciliaria para una mujer que se encuentra en prisión preventiva es rechazada, la denegatoria opera como una pena anticipada; mientras que cuando no se hace lugar al arresto domiciliario solicitado a favor de una mujer condenada, la denegatoria funciona como un mecanismo que agrava la condena. Pena anticipada y agravación de la condena configuran dos caras de una misma moneda: se considera a la prisión domiciliaria como un beneficio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del juez y no como un derecho de la persona privada de libertad.

La ley N° 26.472, además de ampliar el catálogo de supuestos comprendidos para el acceso al arresto domiciliario, vino a reforzar su procedencia en casos de personas detenidas de forma preventiva. Antes de la reforma introducida por la ley N° 26.472, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad establecía, en su artículo 33, que podían acceder a la prisión domiciliaria los condenados que tuvieran setenta años o padecieran una enfermedad incurable en período terminal. Sin embargo, muchos tribunales, por medio de una interpretación armónica de los artículos 10 del Código Penal y 11 de la ley N° 24.660, se inclinaron por hacer extensivo el beneficio a las personas procesadas, sobre las que no había recaído todavía una sentencia condenatoria²¹. Como se adelantó en

20 Véanse, entre otros, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Causa N° 15.006, "L.T. o M.C. s/arresto domiciliario", rta. 15/06/2010; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa N° 11.438, "R., L. s/recurso de casación", rta. 05/05/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, Causa N° 1839, "T., G. o R.M.", rta. 09/12/2010; Tribunal Oral en lo Criminal N° 8, Causa N° 3045, "V., G.O. s/arresto domiciliario", rta. 02/02/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, Causa N° 433, "G., D.A.", rta. 07/12/2011; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 22.246, "Z., J.B. s/recurso de casación", rta. 04/11/2009; Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, Causa N° 90.322-A, "A.V. s/excarcelación o solicitud de arresto domiciliario en subsidio", rta. 26/04/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, Causa N° 37.118, "G., G.E. s/arresto domiciliario", rta. 08/07/2009.

21 El artículo 11 de la ley N° 24.660 declara que sus disposiciones son aplicables a quienes están procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de ino-

el Capítulo II, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley de Ejecución de la Pena, las disposiciones referidas a las condenadas y condenados serán de aplicación a quienes se encuentren privados de libertad de forma preventiva, siempre que esto implique un mayor beneficio. Asimismo, la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación también se expidió en este sentido, al prever el arresto domiciliario entre las medidas coercitivas orientadas a asegurar fines procesales²².

En cualquier caso, los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de presunción de inocencia contribuyen decididamente a instituir esta visión. A la luz de esos principios, sería incongruente sostener que el ordenamiento jurídico prevé el otorgamiento de la prisión domiciliaria a personas que han sido condenadas, y la prohíbe a quienes solo están acusadas de la participación en un delito. Cabe remarcar, además, que el arresto domiciliario no constituye un cese de la detención cautelar ni su suspensión, sino una medida para situaciones especiales en las que el encierro carcelario es sustituido por uno domiciliario. En definitiva, se trata de una modalidad atenuada de privación de libertad, pero que siempre implica una restricción de la libertad personal y de otros derechos fundamentales.

En el sentido propugnado, en el caso “L.D.R.” el Juzgado Federal de Orán, provincia de Salta, resolvió conceder la prisión domiciliaria tras argumentar:

Si bien la prisión domiciliaria es una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad, también puede operar como medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en reemplazo de la prisión preventiva. 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 procedencia²³.

cencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. La equivalencia que efectúa la norma entre las personas procesadas y condenadas solo puede ser ponderada en el sentido de que los derechos y garantías que proclama para quienes han sido condenados/as resultan extensivos a quienes son alojados en centros penitenciarios sin haber recibido una condena en virtud de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de presunción de inocencia.

22 Artículo 177, CPPN, texto aprobado por ley N° 27.063.

23 Juzgado Federal de Orán, Salta, Causa N° 1.115/01/10; “Incidente de detención domiciliaria de L.D.R”, rta. 20/10/10.

En sentido coincidente, en el caso “J.A.D.M.” el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4 le otorgó la prisión domiciliaria a una mujer de nacionalidad dominicana y madre de dos hijos menores de cinco años, pues consideró que la aplicación de la normativa vigente no se vincula con el monto de la pena impuesta ni con la naturaleza del delito que hubiese cometido²⁴. Por su parte, la Sala I de la CFCP hizo lugar al planteo de la defensa de C., L.S., a quien se le había denegado la detención domiciliaria en atención al *quantum* de la pena y la gravedad del delito. Para la Sala:

Actúa como norma rectora en la materia bajo análisis el principio de prioridad del interés superior del niño que es una garantía constitucionalmente tutelada que establece un ámbito de protección de los derechos del menor por representar un interés mucho más elevado que el derecho del propio imputado. Esta consideración rectora constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias. En el caso ha quedado en evidencia que los hijos menores de la condenada se encuentran en situación de riesgo por lo que corresponde hacer prevalecer por sobre las razones de cautela de su progenitora los derechos fundamentales de los niños y conceder la prisión domiciliaria solicitada²⁵.

En los últimos dos casos reseñados, si bien las solicitantes no se encontraban en prisión preventiva, se afirmó que el interés superior del niño debía prevalecer por sobre el *quantum* de la pena o la gravedad del delito. El mismo principio debe aplicarse, entonces, para aquellas detenidas bajo el régimen de prisión preventiva.

Sin embargo, el análisis de otros casos revela que, lejos de ser interpretada como un sucedáneo morigerado de la prisión preventiva, la detención domiciliaria es considerada por las operadoras y operadores judiciales como si fuese una excarcelación u otra solución liberatoria. Los expedientes evaluados muestran que los tribunales con frecuencia niegan la concesión del arresto domiciliario mediante consideraciones referidas a la existencia de riesgos procesales²⁶. Esta posición equipara la prisión

24 Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, Causa N° 34.340/2010, “J.A.D.M”, rta. el 21/01/2014.

25 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 16833, “Calisaya, Landriel Silvana s/rec. de casación”, registro N° 20818.1, rta. el 11/04/2013.

26 Cf. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Causa N° 15.006, “L.T. o M.C. s/arresto domiciliario”, rta. 15/06/2010; Tribunal Oral en lo Criminal N° 8, Causa N°

domiciliaria con la libertad, y olvida que el examen de un posible arresto domiciliario de quien se encuentra con prisión preventiva presupone, precisamente, la improcedencia de la excarcelación, pues, si ella fuera viable, esta es la solución que se impone en virtud del principio de inocencia y del derecho a permanecer en libertad mientras se sustancia el proceso. En consecuencia, no es una solución válida en nuestro ordenamiento jurídico resolver la procedencia de la prisión en el domicilio utilizando los mismos parámetros considerados para denegar una excarcelación.

Como se adelantó, el nuevo Código Procesal Penal –aprobado por la ley N° 27.063– despeja cualquier duda que pudiera subsistir al respecto, pues prevé, de modo expreso, el arresto en el domicilio como una de las medidas coercitivas que pueden adoptarse durante la tramitación de las causas penales para evitar los riesgos procesales²⁷. El artículo 177 contiene varios aciertos, entre ellos, la imposición de la prisión preventiva como *ultima ratio* y solo a pedido del Ministerio Público Fiscal o de la parte querrelante, quienes para requerirla deberán fundamentar que el resto de las medidas son insuficientes para asegurar la comparecencia del imputado o para evitar el entorpecimiento de la investigación. Por lo tanto, a partir de la sanción del nuevo Código de procedimientos penales, no existen dudas acerca de la improcedencia de argumentos vinculados con los riesgos procesales para denegar el arresto domiciliario.

Por otra parte, la Corte IDH y la CIDH han ratificado que no puede imponerse la prisión preventiva sobre la base exclusiva de criterios

3045, “V., G.O. s/arresto domiciliario”, rta. 02/02/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, Causa N° 433, “G., D.A.”, rta. 07/12/2011; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 22.246, “Z., J.B. s/recurso de casación”, rta. 04/11/2009; Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, Causa N° 90.322-A, “A.V. s/excarcelación o solicitud de arresto domiciliario en subsidio”, rta. 26/04/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, Causa N° 37.118, “G., G.E. s/arresto domiciliario”, rta. 08/07/2009, entre otros.

27 El artículo 177 dispone: “Medidas de coerción. El representante del Ministerio Público Fiscal o el querrelante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: [...] j. el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; k. la prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto”.

tales como el tipo penal imputado, la alarma social, las características personales, la pena en expectativa y su relación con la gravedad de la conducta o la mera existencia de elementos que involucren a la persona imputada con el hecho investigado²⁸. Si esas circunstancias no pueden ser consideradas para decidir sobre la procedencia de la detención cautelar, mucho menos pueden serlo para evaluar la posibilidad de que se cumpla en entornos domiciliarios.

La utilización de criterios sustantivistas enmascarados bajo criterios procesales suelen estar presentes cuando los tribunales fundan la improcedencia del arresto domiciliario en el tipo de delito atribuido, la imposibilidad de ejecución condicional de la pena o la repercusión social del hecho, entre otros factores. También, cuando los tribunales rechazan los pedidos porque existen otras causas en trámite, declaraciones de rebeldía, la concesión de excarcelaciones o arrestos domiciliarios previos o porque valoran negativamente el comportamiento de la imputada durante el proceso (INECIP 2012, 13). Esto es lo que sucede en los casos “V.G.O.”²⁹, “Z.J.B.”³⁰ y “G.G.E.”³¹, en los cuales se apela a algunos de estos criterios como meras enunciaciones que, en sí mismas, parecerían indicar un mayor grado de peligrosidad procesal.

Con frecuencia, los tribunales no solo aplican criterios ajenos a la cuestión para rechazar los pedidos de arresto domiciliario, como puede ser la presencia de riesgos procesales, sino que tampoco explicitan por qué la detención en el domicilio no es suficiente para asegurar los fines del proceso.

28 Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, N° 279; *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69, y *Caso J. v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 141, párr. 159. En sentido similar se expidió la CIDH, *Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso c/ Uruguay*, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párr. 84 y 141, y en el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, óp. cit., párr. 137. A nivel nacional, la CSJN se expidió en el mismo sentido con respecto al reproche social de ciertas conductas y a la gravedad de los hechos como fundamento para restringir la libertad (cf. CSJN, *Fallos* 321:3630 y 327:954).

29 Tribunal Oral en lo Criminal N° 8, Causa N° 3045, rta. 02/02/2010.

30 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 22.246, rta. 04/11/2009.

31 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, Causa N° 37.118, rta. 08/07/2009.

En el caso “F, A.M.”³², la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que debe analizarse si el cambio en la situación de detención –la prisión domiciliaria–, que a todas luces se ofrecía como más beneficiosa para la vida diaria y el desarrollo de su hijo de un año de edad, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se vio sometida la imputada y, sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria. Si bien creemos que el estándar que fijó la CSJN en el caso citado no debe celebrarse, porque admite una valoración sobre los riesgos procesales al momento de resolver una solicitud de prisión domiciliaria, cabe citarlo porque exige a los magistrados demostrar por qué la detención en el domicilio no aseguraría los fines del proceso.

Algunas resoluciones contienen alusiones abstractas y dogmáticas, casi siempre referidas al mayor grado de “autodeterminación” que acarrea la implementación de esta modalidad de ejecución de la prisión preventiva y al peligro potencial que ello implica para averiguar la verdad material.

Lo expresado implica un grave apartamiento de las normas y principios internacionales que, por un lado, establecen la excepcionalidad de la aplicación de medidas cautelares restrictivas de la libertad ambulatoria³³ y, en segundo lugar, refieren la necesidad de que, en caso de mujeres embarazadas o madres de niñas o niños, se prioricen mecanismos alternativos al encierro carcelario³⁴.

32 CSJN, “Fernández, Ana María s/ c. 17.156”, F. 67. XLIX, rta. 18/06/2013.

33 Cabe recordar que el artículo 9 del PIDCP dispone que “[...] todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales [...] nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias [...]”. Al mismo tiempo establece que “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general [...]”. La principal consecuencia que deriva de la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo consiste en restringir su aplicación a casos en los que no exista posibilidad alguna de garantizar los fines del proceso de otra manera (cf. Bovino y Bigliani 2008, 36). En este sentido, el Comité de Derechos Humanos observó que “no se debe equiparar el concepto de arbitrariedad con el de contrario a la ley sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad” (cf. Comité de Derechos Humanos, *A. c. Australia*. Comunicación No. 560/1993, PR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997, párr. 92). De tal forma, el Comité declaró que la detención preventiva podría considerarse arbitraria si no está justificada en todas las circunstancias del caso, esto es, si no se decreta con base en un análisis individual y en vista de todos los medios menos invasivos para alcanzar el objetivo antes de que sea admisible la detención (cf. Comité de Derechos Humanos, *Shafiq c. Australia*. Comunicación No. 1324/2004, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004, 13 de noviembre de 2006).

34 Reglas 53, 57, 58 y 63, Reglas de Bangkok.

Las medidas que deba arbitrar el Estado para asegurar los fines del proceso –como asignar una custodia en el domicilio o asegurar un efectivo control migratorio– no debe recaer en la persona imputada de un delito. Incluso, se ha sostenido:

[...] el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Además, es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. [...] Además si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de libertad [...] (Binder 1993, 199).

Por otra parte, existen numerosos mecanismos disponibles para neutralizar posibles riesgos procesales durante el cumplimiento del arresto en el domicilio. Así, se podría ordenar la colocación de dispositivos de monitoreo electrónico, la instalación de cámaras o sensores en espacios no invasivos, la realización de visitas, llamadas o videoconferencias en forma periódica, la recepción de testimonios y pruebas, y toda otra medida ajustada a un debido control del cumplimiento del arresto domiciliario³⁵.

En consecuencia, es necesario que los tribunales brinden una justificación que exponga en forma concreta y acabada las razones que, en el caso, autorizan a prescindir de un mecanismo menos lesivo de los derechos fundamentales de las mujeres, en especial de quienes han sido expresamente beneficiadas por la ley N^o 26.472.

En los argumentos utilizados para denegar el arresto domiciliario, también se observa la concurrencia de criterios peligrosistas vinculados con la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos.

35 Véase el artículo 2 del Proyecto de ley de los diputados Gil Lavedra, Martínez, Albrieu y Recalde, sobre “Ejecución de la pena privativa de la libertad –modificación de los artículos 33 y 34 de prisión domiciliaria”, N^o de expediente 0993-D-2012, Trámite Parlamentario 011 (16/03/12). Allí se prevé que el juez pueda disponer de tales medidas de control del modo menos intrusivo posible.

En el caso “A.V.”³⁶, se rechazó la solicitud de arresto domiciliario de una mujer que tenía dos hijos tras argumentar, entre otras cosas, la necesidad de proteger a la sociedad de futuros delitos. Esta forma de resolver encubre una manera de hacer política criminal, mediante la utilización de nociones referidas a la prevención social del delito, que desvirtúa la naturaleza cautelar de las medidas de coerción al convertirlas en una verdadera pena anticipada³⁷.

Finalmente, el uso de razonamientos jurídicos que son, directa o indirectamente, discriminatorios por motivos de género y clase constituye otro obstáculo para el acceso de las mujeres al arresto domiciliario. Un rasgo común de las decisiones judiciales sobre medidas cautelares es que aparentan basarse en indicadores de riesgos neutrales para ambos géneros, pero que, en la práctica, tienden a impactar de manera negativa y desproporcionada sobre las mujeres.

Estos problemas ya han sido señalados por organismos internacionales de derechos humanos, que han advertido sobre la necesidad de evaluar el resultado discriminatorio que pueden tener, en algunos grupos, ciertas normas o prácticas que, en apariencia, son neutrales. El Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó a los Estados apreciar las garantías generalmente exigidas a las imputadas e imputados como condición para conservar su libertad mientras esperan el juicio, a la luz de la situación de precariedad provocada por su pertenencia a grupos desaventajados, en particular, en el caso de las mujeres y los menores de edad³⁸. En igual sentido se expidió la Comisión Internacional de Juristas, al señalar que la detención preventiva:

[...] puede tener un efecto significativamente más grave en las mujeres porque ellas son, en promedio, más pobres que los hombres. De hecho, las

36 Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, Causa N° 90.322-A, rta. 26/04/2010.

37 La CIDH ha señalado sobre este tema que “[...] la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada” (cf. CIDH, caso *Peirano Basso v. Uruguay*, Informe 86/09, óp. cit., párr. 70). Por otra parte, el art. 9.3 del PIDCP prevé expresamente que la prisión preventiva no debe ser la regla general.

38 Comité - CERD, Recomendación General N° 31, *Prevención de la Discriminación Racial en la Administración y Funcionamiento del Sistema Penal de Justicia*, A/60/18, 17 de agosto de 2005, párr. 25.

mujeres con frecuencia tienen dificultades económicas para poder recibir posibilidad de fianza, prestar garantía o recibir libertad, no tienen acceso a asesoría legal y desconocen la posibilidad de la fianza³⁹.

Por ejemplo, entre los indicadores que evidencian una mayor probabilidad de comparecencia ante los tribunales se encuentran el contar con una vivienda estable y apropiada, una familia constituida y medios de vida lícitos. Como resultado, quienes reúnen esos requisitos, o están en condiciones de pagar una fianza como garantía de que comparecerán a juicio, son consideradas por los tribunales como personas con arraigo. Sin embargo, esos recaudos son más difíciles de obtener para las mujeres, por motivos de género. Para la gran mayoría de mujeres criminalizadas que no poseen una vivienda propia o rentada a su nombre, que son desempleadas crónicas o poseen trayectorias de vida ligadas a la marginalidad y la violencia, cumplir con estos requisitos se vuelve muy difícil. Al ser evaluadas con estos indicadores, las mujeres pueden aparecer como sujetos proclives a eludir el accionar de la justicia y, por ello, se las mantiene detenidas antes y durante el juicio⁴⁰.

En síntesis, en ocasiones los pedidos de arresto domiciliario son rechazados haciendo alusión a requisitos que no solo no son exigidos legalmente, sino que su inclusión es contraria a los principios generales que regulan la imposición de medidas de coerción en el proceso penal.

3. Interpretaciones estereotipadas

En ocasiones las solicitudes de arresto domiciliario son rechazadas por concepciones estereotipadas acerca del comportamiento que se espera de una “buena madre”. Según estos prejuicios, las mujeres que se presentan en conflicto con la ley penal han sido desaprensivas con respecto al futuro de sus hijas e hijos, implican un “factor de riesgo”, tienen una “personalidad” perjudicial, o significan un “peligro moral” para ellos.

Existen dos elementos comunes en esta clase de razonamiento que

39 Comisión Internacional de Juristas, *Human rights of women in conflict with the criminal justice system: submission to the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, 2004, p. 11, citado por Bastick, M. y Townhead, L. 2008, 120.

40 En el título siguiente se ahondará en la utilización de argumentos vinculados con las características personales para denegar el derecho a la prisión domiciliaria.

son especialmente discriminatorios para las mujeres. En primer lugar, el estereotipo de la “mala madre”⁴¹, que suele afectar a las mujeres en conflicto con la ley penal. En segundo lugar, la utilización de criterios “peligrosistas”, de dudosa constitucionalidad.

3.1. El concepto de la mala madre

Existe un prejuicio común, asentado socialmente, según el cual las mujeres encarceladas son malas madres. Este prejuicio, por lo general, se ve reforzado por medio de prácticas judiciales y penitenciarias. Así, algunas investigaciones demuestran cómo decisiones jurisdiccionales, fundadas en preconcepciones de género, valoran negativamente la forma en que las mujeres encarceladas ejercen la maternidad, y muestran que ciertas prácticas penitenciarias sirven para reforzar la imagen de las detenidas como malas madres⁴².

En varias de las sentencias judiciales relevadas en este estudio, es posible advertir la manera en la que las juezas y jueces construyen la ecuación “madre que delinque = mala madre” (CELS et ál. 2011, 165-166). Por lo general, los magistrados suelen hacer fuertes asociaciones, o un vínculo casi inmediato, entre los delitos que cometieron las mujeres y su idoneidad para ejercer la maternidad. El razonamiento judicial vendría a señalar que si las mujeres cometieron delitos, dicha circunstancia, por sí sola y *a priori* –es decir, sin ningún tipo de prueba que lo sustente–, indicaría que las madres representan una mala influencia para sus hijas e hijos. Esto es notorio, en especial, en aquellas resoluciones que hacen hincapié en que las mujeres incurrieron en conductas sancionadas con

41 Para este estereotipo y cómo influye en el caso de las mujeres detenidas, véase CELS et ál. 2011, 165 y ss.

42 Con respecto a lo primero, es común que tras su detención, se asesore a las madres para dar en adopción a sus hijos o hijas. Ello se basa en la creencia de que las mujeres que delinquen no ejercen correctamente su rol materno. Con respecto a lo segundo, es usual que el servicio penitenciario incentive la imagen de la detenida como mala madre, como cuando le aplica sanciones que impiden las visitas o contacto con sus hijos; o también, cuando en casos de enfermedad o internación, no se les permite a las madres hacerles visitas, a pesar de que los reglamentos carcelarios estipulan este derecho. De esta manera, a partir de diferentes obstáculos, se dificulta el rol materno y se coloca en “falta” a las mujeres ante sus hijas e hijos. Todo ello refuerza la imagen de que estas mujeres no son idóneas para hacerse cargo de los niños, ya sea porque no mantienen un contacto seguido con ellos o porque no los asisten cuando están enfermos (CELS et ál. 2011, 167).

prisión pese a tener hijas o hijos (lo que demostraría, a su criterio, el desinterés por su suerte), o que constituyen un “peligro moral” para ellos.

Algunas investigaciones han señalado que cuando las mujeres cometen delitos son percibidas por las agencias de seguridad y por los propios tribunales como “niñas malas”, es decir, como mujeres que se han alejado de la imagen (estereotipada) del “deber ser” femenino (Madriz 2001, 49) y, por ello, obtienen un mayor reproche social que los varones. En otras palabras, “no han sabido comportarse de la manera que se esperaba” (Naredo Molero 1999, 208; Almeda 2002, 252; Espinoza 2005, 23). En el caso de las mujeres en conflicto con la ley penal que son madres, este prejuicio se intensifica, pues las operadoras y operadores de justicia perciben la situación como una ruptura de la imagen idílica de la “madre dedicada”, representación última del amor y el cuidado auténtico y desinteresado (Igareda 2009, 159 y ss.).

Por ejemplo, en el caso “G., N.” se requirió el arresto domiciliario de una mujer que era madre de una niña con síndrome de Down y se señaló la situación de notorio abandono físico y psíquico en que se encontraba la niña, lo que se agravaba por la falta de contacto con su madre. El juzgado interviniente rechazó el pedido, pues consideró que la personalidad de la solicitante no se condecía con las exigencias propias que demanda el vínculo materno filial⁴³.

Con una perspectiva similar, se negó el arresto domiciliario a una mujer que estaba embarazada y era madre de dos niños menores de cinco años, pues se consideró que al verse implicada en una causa de drogas, su conducta “no es de las ejemplares que una madre podría dar a sus hijos”⁴⁴.

En otro caso, la Sala III de la CFCP evaluó la procedencia del arresto domiciliario a favor de una mujer que tenía dos hijos que habían quedado a cargo de la abuela materna. La mujer invocó que su madre no podía seguir cuidando de ellos, pues estaba enferma y también tenía a su cargo a un hijo (hermano de la solicitante) que tenía discapacidad. El pedido fue rechazado, pues se consideró que los niños no se encontraban en situa-

43 Juzgado Federal N° 2 de Tucumán, Causa N° 831, “G., N. s/inf. Ley 23.737”, rta. 09/06/2009.

44 Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín, “Vera, Silvina Alejandra”, rta. 19/06/2009.

ción de desamparo⁴⁵; pero además, la Sala agregó que “son los niños los que sufren las carencias afectivas y materiales de modo que esa preocupación debe ser evaluada por quienes son tentados a delinquir de antemano no después como pretexto”⁴⁶.

En estos razonamientos es fácil observar cómo influyen los prejuicios de las operadoras y operadores jurídicos, ya que, de los delitos imputados o cometidos por las mujeres (salvo aquellos dirigidos contra sus hijas o hijos), no resulta sencillo derivar su aptitud como madres.

El tipo de argumentación que aquí se critica presenta varias deficiencias. En primer lugar, en los casos en los que las mujeres están detenidas de modo preventivo no se puede tener por acreditada su responsabilidad penal ni derivar consecuencias sustantivas de los hechos investigados. Rechazar el arresto domiciliario por valorar negativamente conductas que están en etapa de indagación implica una violación a la presunción de inocencia.

En segundo término, la procedencia del arresto domiciliario a mujeres embarazadas o que son madres de niñas y niños pequeños está prevista para mujeres sobre las que recayó condena –sin perjuicio de ser, también, aplicable al caso de las procesadas–. Por tanto, mal puede rechazarse la procedencia del arresto domiciliario porque la mujer ya tenía hijos cuando tuvo algún tipo de participación en un delito. En esta línea, en el caso “G.V.R.”⁴⁷, la Sala II de la CFCP hizo lugar al pedido de arresto domiciliario que antes había sido rechazado, entre otros argumentos, porque la solicitante ya tenía un hijo al momento de cometer la conducta imputada. El juez Slokar expresó: “El argumento que se refiere a que cuando G.V.R cometió el ilícito ya poseía hijos, por sí solo, luce dogmático en tanto, de ser así, no existiría el instituto del ámbito domiciliario que –precisamente– está previsto para casos de personas condenadas con hijo o hijos cuyas edades no superen los cinco años de edad”.

Por último, las consideraciones acerca del modo en que las mujeres deberían ejercer su maternidad cuando no se afecten los derechos de las

45 Sobre la exigencia de que se configure una situación de desamparo, véase Capítulo III.4.

46 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 12.799, “A.M.M. s/ recurso de casación”, rta. 29/12/2010.

47 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 502/13, “Gutiérrez, Verónica s/ recurso de casación”, rta. 06/12/2013.

niñas y niños no encuentran asidero en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, parecen responder a un modelo de Estado de tipo perfeccionista y al deseo de ciertas operadoras y operadores jurídicos de imponer sus propias valoraciones morales por sobre los estándares de derechos humanos aplicables al caso.

Como ya se dijo en este trabajo, una de las principales formas de discriminación y trato desigual que sufren las mujeres se produce por la aplicación de estereotipos de género⁴⁸, que constituyen construcciones sociales y culturales sobre las mujeres a partir de sus diferencias físicas, sociales o culturales respecto de los hombres⁴⁹.

En el caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH definió el estereotipo de género como “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”⁵⁰. Para la Corte IDH, la situación de subordinación de las mujeres se vincula con prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, “condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial”⁵¹.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen pautas claras sobre la importancia de erradicar los prejuicios de género en las prácticas institucionales. En especial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer destacan el deber de los Estados de eliminar patrones de comportamientos estereotipados por motivos de género y prácticas discriminatorias basadas en ideas de superioridad o inferioridad de los sexos⁵².

48 CIDH, *Acceso a la justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas*, óp. cit., párr. 150.

49 CEJIL - The International Reproductive and Sexual Health Law Programme, University of Toronto, Faculty of Law, óp. cit., p. 2.

50 Corte IDH, *Caso González y otras* (“Campo Algodonero”). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

51 *Ibídem*.

52 Cf. artículos 5 y 6, CEDAW, y artículo 6.b), Convención de Belém do Pará.

En consecuencia, cuando la judicatura rechaza una solicitud de arresto domiciliario en función de estereotipos de género, se produce una discriminación prohibida que, en muchos casos, constituye, a su vez, una forma de violencia institucional.

3.2. La peligrosidad de las mujeres en conflicto con la ley penal

El otro criterio que suele aparecer en las sentencias analizadas es el concepto de “peligrosidad”. Así, las resoluciones muestran pronósticos de peligrosidad de las madres sobre la base de pericias psicológicas o sociales, en función del delito cometido, del lugar donde encontraron los estupefacientes, o de ciertas actitudes demostradas previamente por ellas –por ejemplo, con quién se relacionaban sus hijas e hijos–. Estas circunstancias, por sí solas, demostrarían –a criterio de algunos tribunales– el peligro moral o material que implica la presencia de la madre en el hogar⁵³.

Consideraciones como las señaladas se aplicaron en el caso “T.N.B.”⁵⁴. Allí, la defensa solicitó la concesión del arresto domiciliario a favor de T.N.B. a raíz del grave estado de salud de la detenida y de la situación de desamparo de sus cinco hijos menores de edad, quienes se encontraban conviviendo con distintos parientes. La Cámara Federal de San Martín denegó la petición por el peligro material y moral que representaba para los niños convivir con su madre. Para proceder así, la Cámara evaluó que en el domicilio de T.N.B. se habían secuestrado estupefacientes que, según el tribunal, estaban al alcance de los niños, y que en dicha vivienda se había ejecutado la conducta delictiva. Por lo tanto, reunir a los niños con su madre podía constituir un factor de riesgo⁵⁵.

El concepto de peligrosidad, que tuvo una fuerte influencia a partir de su formulación por el positivismo criminológico, es rechazado actualmente en forma casi unánime por la doctrina penal. Sin embargo, a pesar

53 Véanse, entre otros, los casos Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, Causa N° 5177, “T.N.B. s/incidente de arresto domiciliario”, rta. 11/08/2011; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa N° 14.078, “O.O. s/recurso de casación”, rta. 09/08/2011; Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A, Causa N° 397/09, “S.A., s/detención domiciliaria”, rta. 08/04/2010.

54 Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, Causa N° 5177, rta. 11/08/2009.

55 Además, se fundamentó la denegatoria en que los niños eran mayores a los cinco años de edad.

de que ni la jurisprudencia ni la doctrina parecen adscribir ya a sus postulados, no puede negarse que durante años ha tenido una importante influencia en la formación de las operadoras y operadores judiciales (Caimari 2004) y, muchas veces, esto se trasluce si no explícita, implícitamente en sus formas de razonamiento.

Cuando se adopta la perspectiva de la peligrosidad de la agente o el agente, el delito pasa de ser simplemente la conducta o acción de una persona, a ser un síntoma o signo de su personalidad (Zaffaroni 2002, 317). Lo decisivo ya no es tanto lo que la persona hace, sino aquello que, a partir de ese síntoma, sería capaz de hacer: la perspectiva dominante es la del futuro.

Para calificar a un individuo como “peligroso” y actuar sobre él, conceptualmente, no hace falta que haya realizado acción alguna. La injerencia no se determina por la “gravedad del hecho”, sino por las características del acusado. De allí que, comúnmente, se diga que un derecho penal “peligrosista” es un derecho penal “de autor”, que puede ser considerado la contracara de un derecho penal “democrático”, que es un derecho penal “de acto” (Ziffer 2007, 1).

En general, todo razonamiento peligrosista consiste en un pronóstico subjetivo que el juzgador realiza a partir de las características propias de la persona. Es decir, se juzga a la persona y no a su conducta, con la intención de neutralizar futuras acciones que no se han cometido y que, a ciencia cierta, no se sabe si se cometerán. Es por ello que este concepto violenta garantías constitucionales y estándares de derechos humanos. En primer lugar, el concepto de peligrosidad es contrario al principio de legalidad penal, en tanto se sanciona a una persona no por un acto cometido en el pasado y prohibido por el legislador penal, sino por actos futuros e indeterminados. En segundo lugar, se violenta el derecho de defensa, dado que al tratarse de acciones no cometidas por la persona, no existe posibilidad alguna de defensa efectiva. Finalmente, dado que se sanciona sobre la base de la personalidad, se violenta el principio de culpabilidad por el acto cometido.

Por estas razones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fermín Ramírez v. Guatemala*, rechazó vehementemente la utilización de criterios peligrosistas. La Corte remarcó que el concepto de peligrosidad constituía una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal, que se asienta sobre las características personales del agente y sustituye el derecho penal de acto, propio del sistema penal de una sociedad de-

mocrática, por el derecho penal de autor, abriendo, así, las puertas al autoritarismo⁵⁶. Puso también de resalto que el concepto de “peligrosidad” sanciona al individuo no a partir de lo que ha hecho, sino de lo que es, y que, por ello, constituye un retorno al pasado, “absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”⁵⁷. En consecuencia, determinó que “la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”⁵⁸.

Cuando las juezas y jueces rechazan una solicitud de arresto domiciliario mediante un razonamiento peligrosista, técnicamente no aplican una sanción penal; sin embargo, no caben dudas de que agravan materialmente la forma en que se ejecuta el encierro. Cuando se deniega el arresto domiciliario bajo estas consideraciones, la mujer no solo se ve impedida de retomar el contacto diario con sus hijas e hijos, sino que tampoco puede acceder a una forma de privación de la libertad que es evidentemente menos severa que la cárcel.

Además, para el caso de las mujeres que solicitan el arresto domiciliario y están cumpliendo una pena –no así en el caso de las que están detenidas bajo una medida cautelar– una denegatoria al arresto domiciliario por argumentos peligrosistas puede constituir una vulneración al principio *ne bis in idem*. Es decir, el delito inicial por el cual se condenó a la mujer estaría siendo utilizado para denegarle la posibilidad de acceder al arresto domiciliario, y con ello se estaría efectuando una doble persecución por el mismo hecho por el cual se la condenó.

Lo dicho hasta aquí no significa que la magistratura no pueda tomar en cuenta el interés superior del niño y niña a la hora de conceder o rechazar una solicitud de arresto domiciliario. Por el contrario, los organismos internacionales han definido precisamente en qué casos, bajo qué circunstancias y con qué criterios válidos, sería posible restringir el derecho de los padres a tener contacto con sus hijas e hijos.

56 Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio del 2005. Serie C No. 126, párr. 94.

57 *Ibídem*, párr. 95.

58 *Ibídem*, párr. 96.

Así, la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, en donde se discutía si resultaba legítima la separación de los niños de una madre por su orientación sexual, señaló:

[...] la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia⁵⁹.

Además, la Corte Interamericana observó que si bien el interés superior del niño o niña es, en abstracto, un fin legítimo, su mera referencia sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podría conllevar la conducta de un padre o madre sobre sus hijas e hijos no es suficiente. Agregó, al respecto, que “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”⁶⁰. Es por ello que la Corte indicó que “es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo”⁶¹. En conclusión, para estos casos, la Corte IDH 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 niños⁶².

59 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109.

60 *Ibidem*, párr. 111.

61 *Ibidem*, párr.125.

62 *Ibidem*, párr. 141. Con una perspectiva similar, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que las ponderaciones con relación a la conveniencia o no de separar a un niño de sus padres, debe basarse en hechos concretos y demostrables. Así, por ejemplo, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos criticó la fal-

Trasladado a la materia que es objeto de este informe, los estándares internacionales indican que se deben observar las características particulares de cada caso y el modo concreto en el que tanto el encarcelamiento como la detención domiciliaria impactan en las hijas e hijos de las mujeres privadas de libertad. Todas estas ponderaciones deberán sustentarse en hechos concretos, en pruebas colectadas en el expediente, y no en estereotipos de género o en pronósticos peligrosistas. En el primer supuesto, se estaría discriminando a las mujeres (y, por extensión, a sus hijos e hijas), y ejerciendo una forma de violencia institucional contra ellas, vedada por los estándares de derecho humanos. En el segundo supuesto, la aplicación de criterios peligrosistas vulneraría garantías básicas, tales como el principio de legalidad, el derecho de defensa, el principio de culpabilidad por el acto, y eventualmente, el principio *ne bis in idem*.

4. Inexistencia de una situación de desamparo material o moral de las y los niños

En un gran número de sentencias analizadas, se evaluaron las condiciones de vida de las niñas y niños mientras sus madres estaban encarceladas teniendo en cuenta si contaban con el cuidado de otros familiares; si iban a la escuela; si cumplían con los tratamientos o los controles médicos, en caso de tener algún problema de salud; y si vivían en condiciones materiales y afectivas adecuadas. En varias causas, se rechazó la solicitud de arresto domiciliario por entender que la situación de los hijos e hijas no era de abandono y desamparo total, sin considerar si el retorno a la convivencia con sus madres podría repercutir positivamente en su desarrollo y, de tal forma, satisfacer su interés superior. Esta concepción reafirma la idea de que la separación entre unas y otros es una consecuencia normal de la pena y que, si las circunstancias de los niños y niñas son aceptables desde el punto de vista material y emocional, corresponde mantener el encarcelamiento de sus madres.

ta de prueba concreta y directa que demostrara el impacto que las creencias religiosas tenían en la crianza y en la vida diaria de los menores de edad, por lo que consideró que el tribunal interno había fallado en abstracto y por consideraciones generales, sin establecer una relación entre las condiciones de vida de los niños y de la madre (cf. TEDH, *Caso Palau-Martínez v. Francia*, (Nº 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004, párrs. 42 y 43).

Por ejemplo, en el caso “A.M.M.”⁶³, la peticionaria de la prisión domiciliaria informó que era madre de dos niños menores de edad (pero mayores al límite fijado en la ley) y destacó que si bien sus hijos se encontraban a cargo de su abuela materna, esta presentaba un cuadro de hipertensión y espondiloartrosis cervical que le dificultaba el cuidado de los niños. A su vez, indicó que su hermano –que convivía con el grupo familiar– sufría una discapacidad mental por secuela tóxico-adictiva, epilepsia y síndrome de wernicke korsac y, por ende, también se hallaba bajo la asistencia de la madre de la condenada. El Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 denegó el pedido de arresto domiciliario por considerar que sus hijos, además de traspasar el límite etario fijado por la ley N°26.472, no se encontraban en una situación de desamparo. Con criterio similar, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.M.M., y confirmó la decisión, pues consideró que los niños no se encontraban en una situación de abandono o de extrema vulnerabilidad.

En el caso “C.S.”⁶⁴, la mayoría de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó un recurso interpuesto por la hija de una mujer detenida a quien le habían denegado la solicitud para cumplir la detención en su domicilio. El recurso fue presentado en representación de una niña de once años con un estado de salud comprometido, que habría empeorado desde el encierro de su madre. Los magistrados señalaron que la niña se encontraba contenida materialmente, gracias a un plan social y a la ayuda económica prestada por la abuela paterna; y afectivamente, por los cuidados que le brindaba su hermana mayor y, por consiguiente, no se hallaba en una situación de abandono ni de extrema vulnerabilidad⁶⁵.

63 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 12.799, rta. 29/12/2010

64 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa N° 12.923, rta. 02/11/2010.

65 En cambio, en sentido crítico se expresó la jueza disidente, Ángela Ledesma, para quien “[...] los informes obrantes a fs. 25/30 dan cuenta de la situación de desamparo que padece la menor. Es así que ambos padres se encuentran detenidos, razón por la cual vive con su hermana de 19 años en un inmueble ubicado en el barrio de La Boca. Por otro lado, ambas deben subsistir con el subsidio que el Gobierno de la Ciudad le otorga a su madre y el aporte que su abuela paterna les hace llegar. Asimismo según surge de los certificados y estudios médicos, la menor padece de sobrepeso y a partir de la detención de S. presentó dos episodios sintomáticos a consecuencia de los cuales se detectó una arritmia cardíaca y una diabetes inminente”. Por otra parte, la magistrada evaluó que la imputada era “[...] el único referente adulto de sus hijas manteniendo un lazo afectivo, claramente diferenciado y preferido, y un vínculo estrecho y cariñoso. Por tal motivo su re-inclusión en el grupo fa-

En tanto, en el caso “M.N.G.”⁶⁶ se solicitó el arresto domiciliario a favor de una mujer que tenía cinco hijos menores de edad. Los niños habían pasado a estar bajo el cuidado de los padres “de crianza” de la mujer, pues su pareja y padre de los niños más pequeños había fallecido mientras ella estaba detenida. Además, tenía una hija pequeña que se encontraba gravemente enferma y padecía de un severo cuadro de tuberculosis que motivó su internación durante más de un mes y medio, lo que dio lugar a un estricto control médico y farmacológico de su salud. Pese a la gravedad de la situación familiar y de salud, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 concluyó que no procedía el arresto domiciliario, pues no se verificaba la concurrencia de una falta de cuidado, ni una situación de riesgo o peligro alguno para los menores de edad que los dejara en situación de desamparo.

En sentido similar, en el caso “Y.R.P.”⁶⁷ también se analizó la situación del hijo de una mujer encarcelada con relación a su cuidado y atención en función de una desgraciada cadena de acontecimientos familiares. La defensa de Y.R.P. solicitó su arresto domiciliario porque tenía un hijo de cuatro años de edad. En su última presentación, informó que, durante su encierro, el padre del niño falleció a raíz de un accidente de tránsito, que su madre padecía cáncer y que el abuelo paterno (que había quedado a cargo de su hijo) sufría una fuerte depresión. El Tribunal rechazó el pedido por entender, entre otras cosas, que pese a la difícil situación en que se hallaba el abuelo del niño por la pérdida de uno de sus hijos, este no se había despreocupado de la atención de su nieto y, por tanto, no se configuraba un supuesto de abandono material o moral del niño con entidad suficiente como para conferir el arresto domiciliario requerido⁶⁸.

En ninguno de los casos relatados se evaluó si la presencia materna en el hogar implicaría una mejor situación para sus hijas e hijos, y si cumpliría de forma más satisfactoria su interés superior.

miliar redundaría en un beneficio para el desarrollo psicoemocional y la salud de ambas”.

66 Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1, Causa N° 1.735, rta. 17/02/2010.

67 Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, Causa N° 3303, rta. 17/05/2011.

68 Criterios similares a los expuestos se encuentran también en Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, Causa N° 1562-1590, “C.B.V. s/ley 23.737”, rta. 29/06/2010; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, Causa N° 08/08, “L.M.A.”, rta. 11/12/2009; entre otros.

En caso de niñas y niños lactantes, el rechazo del arresto domiciliario por falta de una situación de desamparo se torna aún más irracional. Así, desde la perspectiva que aquí se critica, se equipara dogmáticamente el vínculo materno-filial con otros vínculos familiares o institucionales, que si bien pueden brindar protección a las niñas y niños, por lo general, no lo harán de la misma manera que la madre en período de lactancia. El vínculo privilegiado entre una madre y su hija o hijo recién nacidos no es susceptible de ser suplido por otro tipo de relación sin afectar la calidad de vida del niño o niña⁶⁹.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el caso “F, A.M.”⁷⁰, en el que se había rechazado el arresto domiciliario de la madre biológica de un bebé lactante por considerar, entre otras cosas, que el niño tenía “otra madre a cuyo cuidado puede permanecer”⁷¹. Para la Corte Suprema, la resolución recurrida era arbitraria, pues se habían ignorado fundamentos conducentes que estaban íntimamente vinculados con la resolución del caso⁷². Entre otras cosas, criticó la resolución recurrida pues se había limitado a analizar si el bienestar del niño se veía o no afectado por el encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó el arresto domiciliario, sin valorar de modo adecuado que –a su criterio– la detención domiciliaria se ofrecía como más beneficiosa para la vida diaria y el desarrollo del niño⁷³.

69 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 17.156, “Fernandez, Ana María s/ recurso de casación”, Reg. 1184/13, rta. 12/07/14. En el caso, la jueza Ángela Ledesma destacó que la relación vital entre la madre y el niño en los primeros meses de vida era de especial importancia. En el caso de un niño que pudiera tener contención familiar fuera de la prisión en la que se encuentra detenida su madre, a fin de establecer la procedencia de la prisión domiciliaria debe tenerse especialmente en cuenta si la persona que lo solicita es la madre biológica que lo amamanta.

70 CSJN, “Fernández, Ana María s/ causa nro. 17.156”, Exptes. F. 67. XLIX y F. 74. XLIX, rta. 18/06/2013.

71 Cámara Federal de Casación Penal, Sala de ferias, Causa N° 33/12, “Fernández, Ana María s/ rec. de casación”, Registro N° 35, rta.10/01/2013 (Dres. Catucci, Riggi y Ledesma –en disidencia–).

72 CSJN, “Fernández, Ana María s/ causa nro. 17.156”, óp. cit., consid. 6.

73 *Ibidem*, consid. 5. Manifestó al respecto la Corte Suprema que el *a quo* “[...] se ha limitado a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad de arresto domiciliario. Mas incausadamente se omitió el análisis del caso, desde otra óptica no menos trascendente, cual es la de determinar si el

Por su parte, tanto la Procuradora General de la Nación como la Sala III de la CFCP, que dictó una nueva resolución en el caso, reconocieron que el interés superior del niño debía ser una pauta orientadora que no podía ser ignorada⁷⁴. Para la Procuradora General de la Nación, este principio significaba que el niño no debía interrumpir la lactancia materna y debía permanecer con sus madres en un entorno no carcelario:

Crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños. Máxime, en casos como el de estas actuaciones, en que el contacto permanente con la madre se convierte en condición necesaria para que B.F.A. pueda acceder a la lactancia materna protegida en diversos instrumentos internacionales (artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que protegen la maternidad). Esta, por otra parte, es la regla que surge del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada, la que debe ser interpretada a luz de las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas [...] ⁷⁵.

Como puede apreciarse en los casos descriptos, cuando los hijos e hijas de madres encarceladas están a cargo de terceros y ellas solicitan la

cambio pretendido en la situación de detención de F., que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada, y sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria”.

74 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 17.156, “Fernández, Ana María s/ recurso de casación”, Reg. 1184/13, rta. 12/07/2013.

75 Dictamen de la Procuradora General de la Nación, en F.74 XLIX “Fernández Ana María s/ causa n° 17516” del 29/05/2013. Asimismo, respecto de la posibilidad de que el niño/a permanezca en prisión, en la misma causa la Procuradora General de la Nación consideró que “[...] los jueces deben actuar con especial prudencia ya que la decisión de rechazar el arresto domiciliario puede acarrear el alojamiento del niño en una prisión. Esta alternativa puede servir en casos excepcionales para evitar la disolución del vínculo materno filial, pero no puede dejar de observarse que, además de los derechos señalados, lesiona el derecho a la libertad personal, a la integridad personal de las niñas y los niños y el principio de intrascendencia de las penas según el cual la sanción privativa de la libertad no puede trascender de la persona condenada penalmente (artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

concesión de la prisión domiciliaria para poder asumir su cuidado, los tribunales se oponen, en ocasiones, por considerar que no concurren ciertos extremos relacionados con situaciones de abandono moral o material, extremos que no son exigidos por el ordenamiento jurídico vigente para la procedencia del arresto en el domicilio.

Circunscribir la concesión del instituto a una madre solo en caso de que se verifique una situación de “desamparo” o “inseguridad material” de sus hijos e hijas menores de edad restringe injustificada y exageradamente el ámbito de aplicación de la ley y, en la práctica, diluye toda su efectividad como instrumento de tutela de los derechos de la infancia, en especial, en supuestos como los referidos. No es común que un niño o niña quede virtualmente sin protección o amparo de nadie. A falta de algún familiar surgirá, entonces, la protección directa del Estado por medio de la institucionalización, con lo que la concesión del arresto domiciliario a madres de niñas y niños pequeños –bajo esta interpretación sesgada que criticamos– se torna muy improbable en cualquier caso.

Las investigaciones comparadas sobre maternidad, cárcel y discrecionalidad judicial muestran que tanto las decisiones que imponen penas de prisión como las que restringen la concesión de medidas cautelares menos lesivas tienden a evaluar la situación fáctica en la que se encuentran los hijos e hijas de las mujeres en prisión de una forma sesgada y ritualista, como si ellos fuesen terceros cuyas necesidades pueden ser ignoradas o fácilmente satisfechas con la mera presencia de un cuidador alternativo. Dichos estudios, además, explican que la evaluación del “contexto familiar” de las niñas, niños y adolescentes con frecuencia es desplazado por una larga lista de otras circunstancias potencialmente relevantes, aunque no definitorias, como la posibilidad de que estos visiten con periodicidad a sus madres, la estabilidad económica de los cuidadores e, incluso, la declaración de impacto a la víctima del delito (cf. Boudin 2011, 94; Gertner 2002; Bernstein 2005)⁷⁶.

⁷⁶ Bernstein aborda la temática desde una perspectiva periodística, no académica; sin embargo, por medio de múltiples entrevistas, el autor ilustra las dolorosas experiencias que atraviesan los hijos e hijas de padres o madres encarceladas y critica el impacto que poseen las políticas estatales –criminales y sociales– que conllevan a un “futuro deteriorado” de niñas, niños y adolescentes, signado por la discriminación social y la precariedad de los lazos familiares.

La ley N° 26.472 no establece ninguna exigencia referida al estado en que deben encontrarse las niñas y niños para que sus madres puedan acceder a la detención domiciliaria y, por tanto, la práctica que aquí criticamos resulta violatoria del principio de legalidad. Ni el texto de la ley, ni sus fundamentos evidencian que la procedencia del arresto domiciliario debe quedar supeditada a la comprobación de una situación de desamparo material o moral sobre los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad. Y ello se debe a que la normativa respondió al fin expreso de adecuar el régimen de la prisión domiciliaria a los estándares que reconocen que el contacto con la madre durante los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los menores de edad.

Por otra parte, este razonamiento desconoce que, en muchos casos, la prisión domiciliaria constituye una alternativa punitiva que acarrea menos aflicción para los niños, niñas y adolescentes y para sus madres privadas de su libertad, en consonancia con el principio de intrascendencia (o mínima transcendencia) de la pena y la prohibición de trato cruel o inhumano. Al supeditar la procedencia del arresto domiciliario a la existencia de motivos humanitarios, los jueces olvidan que los tratados internacionales y la legislación nacional reconocen el derecho de los niños y niñas a no ser separados de sus padres mientras sea posible, salvo que la separación sea decidida para proteger mejor sus derechos⁷⁷.

Por ello, para decidir a favor de la concesión del arresto domiciliario de la madre, lo relevante es ponderar si la ruptura del vínculo materno-filial produce un impacto negativo en la salud –física y psíquica– del niño o niña. No resulta correcto justificar el rechazo de la medida porque los efectos nocivos de la separación podrían, eventualmente, resultar atemperados mediante la contención que pueda aportar otro integrante del entorno familiar. Es decir, si la ruptura del vínculo materno-filial afecta al niño o niña, debe disponerse una medida alternativa que evite el ingreso de la madre a un establecimiento penitenciario (v. gr. el arresto domiciliario), pues es la solución que mejor protege sus derechos.

⁷⁷ Como fue analizado en el Capítulo I, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño declara la obligación de los Estados de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. La ley N° 26.061 recoge de forma expresa este principio en su artículo 11.

En este sentido, la Corte Suprema ha considerado que el interés superior del niño “proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos”⁷⁸.

El principio del interés superior de niñas y niños constituye un criterio rector para la elaboración de las normas y para su aplicación en todos los órdenes relativos a su vida⁷⁹. De acuerdo con este principio, cuando exista un conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros⁸⁰. Para la Corte IDH, este principio obliga a que todas las medidas concernientes a los niños o niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tengan una consideración primordial hacia su interés superior⁸¹.

Con referencia precisa a la situación de los hijos e hijas de personas en conflicto con la ley penal, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en la Observación General N° 14 expresó: “Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”⁸².

Por lo dicho, exigir que los niños y niñas se encuentren en situación de total vulnerabilidad o abandono para conceder el arresto domiciliario carece de asidero legal. Ello vulnera el principio de legalidad y desatiende el principio del interés superior de los niños y niñas, en franca contradicción con la normativa convencional y legal, de acuerdo con la forma en que esta ha sido interpretada por las máximas instancias de aplicación.

78 CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174”, *Fallos*: 328:4343, rta. 07/12/2005. En sentido similar, CSJN, “García Mendez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ c° 7537”, *Fallos* 331:2961, rta. 02/12/08.

79 Corte IDH, OC 17/2002, *óp. cit.*, párr. 57 y 58.

80 Cf. ley N° 26.061, artículo 3 *in fine*.

81 Corte IDH, OC 17/2002, *óp. cit.*, párr. 58

82 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *óp. cit.*, párr 69.

5. Suspensión de la patria potestad

Además de las penas de prisión, multa e inhabilitación, la legislación nacional establece ciertas consecuencias adicionales que restringen los derechos de las personas privadas de libertad. El artículo 12 del Código Penal de la Nación prevé que la reclusión y prisión por más de tres años implica, además de la inhabilitación absoluta, la suspensión de la patria potestad mientras dure la condena⁸³. Esta restricción de derechos, todavía dominante en la jurisprudencia, ha sido motivo de controversia en la doctrina, donde el debate se divide entre quienes entienden que dichos efectos no son más que meras consecuencias de la pena privativa de la libertad y quienes ven en ellas el carácter de una pena accesoria (Zaffaroni et ál. 2002, 985-987).

La suspensión de la patria potestad (o del ejercicio de la responsabilidad parental, de acuerdo a la terminología del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) aplicada a mujeres condenadas a penas que superen los tres años opera, en ocasiones, para restringir el acceso al arresto domiciliario. Es ilustrativo el caso “S.M.G.”. Frente a la petición de S.M.G. el Tribunal consideró que su situación encuadraba en el artículo 10, inciso f) del Código Penal, ya que tenía siete hijos y las dos más pequeñas tenían menos de cinco años. Sin embargo, se le negó el arresto domiciliario porque “el artículo 12 del Código Penal establece que la prisión por más de tres años importa la privación de la patria potestad”. Para la Sala, la suspensión de la patria potestad le hizo perder legitimación procesal para efectuar un planteo en el que se invoque la protección de sus hijos e hijas y no la consideró habilitada, en consecuencia, para acceder a la jurisdicción⁸⁴.

83 El artículo 309 del antiguo Código Civil establecía: “El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los artículos 15 a 21 de la Ley N° 14.394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1° y 2°, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal. Podrá suspenderse el ejercicio de la autoridad en caso de que los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo a las circunstancias del caso” (énfasis agregado). El actual Código Civil, aprobado por ley N° 26.944, en el artículo 702 prevé idéntica solución, pero en vez de remitirse al artículo 12 del Código Penal, incorpora el supuesto en la misma norma en los siguientes términos: “El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: [...] b. el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años [...]”.

84 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 12.921, rta. 16/06/2011.

En sentido similar se pronunció la Sala IV de la CNCP⁸⁵, en un recurso contra la decisión que negó el arresto domiciliario a una mujer que tenía dos hijas menores de edad. En el caso, se invocó que el encarcelamiento de M.A.P. afectó gravemente el crecimiento de sus hijas y suscitó una situación de desamparo familiar, que se veía agravado porque la abuela de las niñas poseía una discapacidad, y por ello, requería de la ayuda de una de las hijas de la imputada, quien se encontraba desbordada por la situación. La Sala IV rechazó el recurso pues valoró que el Código Penal establece que la prisión por más de tres años lleva como consecuencia la suspensión de la patria potestad mientras dure la pena⁸⁶.

En contraposición, otra corriente jurisprudencial considera que la norma en cuestión es inconstitucional. En este sentido se ha expedido, con otra integración, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, que consideró que el artículo 12 del Código Penal debe ser analizado a la luz del interés superior del niño o niña. Concluyó que la suspensión de la patria potestad dispuesta por esa norma:

[...] conlleva a un innecesario agravamiento de la pena impuesta por resultar indigna, inhumana y degradante. [...] impedir a una persona privada de su libertad por más de tres años de su derecho de decidir acerca de la crianza de sus hijos, resulta contrario al tratamiento humanitario y al respeto a la dignidad humana que deben observarse durante la ejecución de la pena [...]. La norma en examen, tampoco resulta compatible con el deber que incumbe a los padres respecto de sus hijos menores y es por ello que, el Estado debe proporcionar los medios para que los progenitores puedan cumplir con dicha responsabilidad legal a fin de otorgar a los menores un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social [...]⁸⁷.

Además de los problemas referidos, cuando el artículo 12 del Código Penal es invocado para restringir el acceso al arresto domiciliario, se

85 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 9696, "M.A.P. s/ recurso de casación", rta. 22/11/2010.

86 Sin embargo, como se verá, la mayoría de la actual integración de la Sala IV declaró la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal (cf. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa N° 871/2013, "Ramírez, Juan Ramón s/ recurso de casación", rta. 06/11/2014, votos de los Dres. Gemignani y Hornos, el Dr. Riggi votó en disidencia).

87 *Ibidem*.

presentan otros cuestionamientos. Rechazar la detención domiciliaria en los casos de mujeres que han sido suspendidas en el ejercicio de la patria potestad en virtud del artículo 12 del Código Penal implica restringir su concesión únicamente a las mujeres procesadas o a quienes fueron condenadas a una pena de prisión menor a tres años. Limitar la procedencia del arresto domiciliario solo a las mujeres procesadas significa desconocer el texto expreso de los artículos 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución de la Pena que, claramente, incluye a aquellas que recibieron una condena. Por otro lado, las penas privativas de la libertad inferiores a los tres años, en general, no son de ejecución efectiva; en consecuencia, considerar que el arresto domiciliario solo procede en esos casos también vaciaría de contenido a las normas referidas.

Desde esta óptica, el argumento procesal referido a la pérdida de legitimación procesal para formular un planteo que afecta, de modo directo, a la madre y a sus hijos e hijas se presenta como un rigorismo formal que atenta contra un adecuado acceso a la justicia de poblaciones históricamente vulneradas, y vacía de sentido las reformas introducidas por la ley N° 26.472.

Capítulo IV

DIFICULTADES DE ACCESO AL ARRESTO DOMICILIARIO POR PROBLEMAS ESTRUCTURALES

En el Capítulo anterior, se señalaron una serie de problemas vinculados con la interpretación de los supuestos que prevé la ley y con las consecuencias que tiene en la aplicación de la prisión domiciliaria. En el presente, se partirá de un análisis distinto –o más avanzado en la cronología de la fundamentación judicial–, en el cual la discusión en torno a si la persona encuadra en alguno de los supuestos previstos por la norma ya ha sido superada. En esta etapa, no se cuestiona si la persona tiene derecho a acceder a la prisión domiciliaria, pero entran en juego obstáculos materiales o estructurales que finalmente operan como requisitos para su concesión, y dan lugar, así, a un trato desigualitario y discriminatorio.

En los casos que se analizarán aquí existen problemáticas estructurales que impiden que determinados grupos de mujeres, particularmente vulnerables, puedan acceder al arresto domiciliario. En distintas resoluciones judiciales, se advierte que la ausencia de una vivienda en condiciones adecuadas, la falta de recursos de familiares o amistades que permitan solventar los gastos de la detenida, o la condición de extranjera suelen convertirse en impedimentos para obtener el arresto domiciliario.

Las resoluciones judiciales que se presentan resultan paradigmáticas respecto del modo en el que la judicatura utiliza la vulnerabilidad social y económica de las detenidas para denegar el acceso a una modalidad de detención morigerada. Mientras que la mayor vulnerabilidad de las personas detenidas debería exigir medidas positivas para garantizar su acceso efectivo al arresto domiciliario en condiciones de igualdad, cierta hermenéutica judicial transita el camino inverso.

Sin perjuicio de la conveniencia de una reforma legislativa que otorgue mayor claridad en este punto, las obligaciones internacionales asumidas por

el Estado argentino en materia de derechos económicos, sociales y culturales, junto con la especial obligación de garantía que tiene el Estado respecto de las personas detenidas, resultan suficiente fundamento para que los tribunales garanticen sus derechos y adopten todos los medios necesarios –incluso medidas sociales y asistenciales, por intermedio de los organismos que correspondan– para asegurar la viabilidad del arresto domiciliario.

Por otra parte, hay que advertir que las consideraciones de los tribunales sobre problemáticas estructurales que obstaculizan el acceso al arresto domiciliario vulneran el principio de legalidad, porque solicitan requisitos no exigidos por la ley. En este sentido, el artículo 10 del Código Penal y el artículo 32 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24.660 en ningún momento exigen que la persona posea una vivienda que reúna determinadas condiciones, que su grupo familiar pueda solventar sus gastos o que, para el caso de las extranjeras, tengan “arraigo” en el país.

Estas son pautas elaboradas jurisprudencialmente que la ley no exige. En todo caso, las carencias materiales representan dificultades que se deberían considerar a la hora de conceder el arresto domiciliario, pero con el fin de que pueda ejecutarse en condiciones dignas, y no para restringir su acceso¹.

La exigencia de recaudos adicionales para habilitar el acceso al arresto domiciliario deriva en una aplicación discriminatoria de la ley por razones de pobreza o de nacionalidad, lo que está vedado por nuestra Constitución Nacional y por numerosos tratados internacionales de derechos humanos, muchos de ellos con rango constitucional. Criterios como estos crean una situación de fuerte inequidad, en la que las únicas personas habilitadas para acceder al arresto domiciliario serían aquellas con un determinado nivel económico, suficiente para disponer de una vivienda que resulte adecuada según los criterios de los tribunales, o para solventar los gastos que implica la detención. Según este razonamiento judicial, el

1 En el caso “Smith, Tina Marie s/ inf. Ley 22.415”, el Juzgado Penal Económico N° 3, Secretaría N° 6, con fecha 24 de octubre de 2014 concedió el arresto domiciliario a favor de una mujer extranjera, sin residencia previa en el país y sin vínculos familiares y sociales, que padecía problemas de salud, aunque su concreción quedó supeditada al aporte del domicilio en el cual cumpliría la medida. Este caso es un buen ejemplo de que las solicitudes no deberían denegarse por la falta de un domicilio, aunque también cabe señalar que el juzgado podría haber tenido una actitud más proactiva y haber tomado medidas para obtener un domicilio adecuado a las necesidades de la solicitante.

Estado solo es garante de los derechos sociales, económicos y culturales mientras la detención sea intramuros –carcelaria–, mientras que aquellas detenciones extramuros –en el domicilio– lo excederían.

En lo que sigue se analizarán estos casos. Más allá de las particularidades de cada uno, en todos se observa la presencia de las variables de la vulnerabilidad, la afectación del principio de legalidad y la discriminación.

1. Vivienda inadecuada

En la mayoría de las decisiones que se reseñarán, las solicitudes de arresto domiciliario fueron rechazadas, entre otros motivos –o bien, exclusivamente–, por las condiciones precarias de las viviendas en las que se cumpliría la detención domiciliaria. Los juzgados y tribunales intervinientes entendieron que las condiciones de habitabilidad de los domicilios no cumplían con los recaudos mínimos para que una madre críe allí a sus hijas e hijos, ya sea por cuestiones edilicias, de hacinamiento, o por encontrarse en “zonas de riesgo”.

A modo de ejemplo, en el caso “G.I.”² se solicitó el arresto domiciliario de una madre de un niño de dos años y ocho meses que, hasta la fecha de su detención, se encontraba a su cargo. El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 decidió no hacer lugar a la solicitud porque, según surgía del informe socio-ambiental, la vivienda en la que se practicaría el arresto no cumplía con las condiciones mínimas de habitabilidad. Se dijo que la vivienda era precaria, la construcción era deficiente y el espacio era reducido para la cantidad de habitantes. En esas circunstancias, consideró que, si bien G.I. cumplía con los requerimientos legales para obtener el arresto –era madre de un niño menor de cinco años de edad–, lo estipulado en el artículo 32 de la ley N° 24.660 no era de aplicación automática y permitía un margen de apreciación judicial. Para el juzgado, el “análisis completo de la situación” no hacía aconsejable hacer lugar al pedido de detención domiciliaria.

Por su parte, en el caso “V.G.”³, el Juzgado de Instrucción N° 28 de Capital Federal rechazó el pedido de arresto domiciliario presentado por

2 Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Causa N° 6.845/2010 (B-12630/2010), rta. 15/06/2010.

3 Juzgado de Instrucción N° 28, Causa N° 28.134/10, rta. 07/09/2010.

V.G., madre de una niña de dos años y medio, con quien vivía hasta su detención. Al momento de presentarse el pedido, la niña se encontraba a cargo de su abuela, que tenía dificultades para brindarle los cuidados mínimos. El juzgado argumentó, entre otras cuestiones relacionadas con los peligros procesales, que el domicilio donde se proponía cumplir con la modalidad de detención estaba ubicado en un asentamiento de emergencia y, según surgía de los informes, constituía un lugar de máxima peligrosidad, lo que imposibilitaba constatar sus características. Entonces el Juzgado entendió que V.G. no podía cumplir su detención en una vivienda que, dada su ubicación riesgosa, no podía ser vigilada ni por el Patronato de Liberados ni por las fuerzas de seguridad.

En tanto, en el caso “D.L.B.”⁴, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 de la Capital Federal resolvió rechazar la solicitud de arresto domiciliario presentada a favor de D.L.B., que estaba embarazada cuando se declaró el estado de emergencia sanitaria a raíz del avance del virus conocido como “Gripe A”. En dichas condiciones, la defensa de D.L.B. alegó que debía concederse el arresto domiciliario dado que las mujeres embarazadas constituían un grupo de alto riesgo. El Tribunal Oral fundamentó su decisión de rechazo, entre otras cuestiones, porque la vivienda en la que se cumpliría el arresto carecía de las condiciones necesarias. En la resolución se resaltó “el desorden y/o condiciones de higiene casi ausentes, en el área habitacional”, y que se observaban “grietas que deja[ba]n al descubierto caños que se presume [podían] ser conexiones de electricidad y llaves de luz sin protección plástica”.

Este tipo de valoraciones conlleva la exclusión del acceso al arresto domiciliario a quienes pertenecen a grupos desaventajados económica y socialmente, pues son quienes habitan viviendas con tales características. De este modo, se configura un trato discriminatorio por motivos de pobreza.

La falla del Estado para asegurar una vivienda digna y las dificultades que invocan los juzgados y tribunales para ejercer el control de la detención domiciliaria en zonas consideradas de riesgo no deben generarles mayores daños a quienes ya están en una situación de vulnerabilidad. En este sentido se pronunció la Sala II de la CFCP. En ese caso, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 le denegó la solicitud de prisión domiciliaria a una mujer que cursaba un embarazo avanzado, entre otras razones, debido a que la vivienda en la que cumpliría el arresto estaba en una zona de difi-

4 Tribunal Oral en lo Criminal N° 19, Causa N° 3.008, rta. 22/09/2009.

cil acceso para la dependencia estatal encargada de supervisar la prisión domiciliaria. La resolución fue recurrida y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió revocarla y conceder la prisión domiciliaria. En sus fundamentos, consideró que la ineficacia del Estado para superar las limitaciones de acceso al domicilio 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”⁵.

Lo resuelto por la Sala II de la CFCP refleja una buena práctica, que recoge el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley. Este último fallo reconoce que 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 el otro, una inversión de las obligaciones del Estado sobre los grupos más vulnerables. Es el Estado el que debe asegurar el derecho a una vivienda adecuada, como así también arbitrar todas las medidas necesarias a fin de evitar cualquier trato que tenga un impacto discriminatorio.

En tal sentido, los órganos internacionales de protección de derechos humanos han señalado, en forma reiterada, que el derecho a la igualdad abarca no solo la igualdad formal, sino también la igualdad real de todas las personas ante la ley⁶. Este alcance significa:

[...] que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para reconocer y garantizar la igualdad efectiva de todas las personas ante la ley; de abstenerse de introducir en su marco jurídico normas que sean discriminatorias para ciertos grupos, sea en su texto o en la práctica; y de combatir las prácticas discriminatorias⁷.

5 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 684/2013, “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación”, rta. 20/09/2013.

6 Guillermo Treacy explica que, sobre la base de los tratados internacionales de derechos humanos elevados a rango constitucional, “puede postularse el paso desde un concepto formal de igualdad a un concepto material, entendida como la necesidad de que el Estado adopte medidas tendientes a remover los obstáculos que impidan de hecho la igualdad”. Agrega que ello obliga a tomar en cuenta los condicionantes que impiden un efectivo goce de los derechos (Treacy 2011, 184).

7 CIDH, *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros v. Estados Unidos*, Informe N° 80/11, Caso

La Corte Interamericana ha señalado que el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁸. En sentido coincidente, la Comisión Interamericana ha subrayado que deben examinarse las leyes y las políticas para asegurar que cumplan con los principios de igualdad y no discriminación; un análisis que debe evaluar su posible efecto discriminatorio, aun cuando su formulación o redacción parezca neutral o se aplique sin distinciones textuales⁹. De acuerdo con esta lectura, el principio de no discriminación precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma sean considerados en términos de su impacto respecto del grupo, incluso cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado¹⁰. De este modo, se privilegia el efecto o resultado discriminatorio por sobre la intención de discriminar.

Está claro que si la judicatura rechaza una solicitud de arresto domiciliario porque la persona no dispone de una vivienda adecuada, se produce una aplicación desigual del instituto del arresto domiciliario que deriva en un resultado discriminatorio, dado que no podrán acceder a él quienes no alcancen cierto piso de recursos económicos. Ese trato diferenciado basado en la utilización de criterios de diferenciación específicamente prohibidos (también denominados “categorías sospechosas”) se considera, a priori, ilegítimo. Así, se valoran como especialmente sospechosas aquellas categorías incluidas en los listados de los tratados internacionales de derechos humanos, entre las que figura la posición económica o social (cf. artículos 1.1, CADH; 2.1, PIDCP; 2.1, DUDH; 2.2, PIDESC; 3, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Protocolo de San Salvador”–).

Una de las consecuencias de esa presunción de ilegitimidad –además de la inversión de la carga justificatoria y probatoria– es la exigencia de

Nº 12.626, del 21 de julio de 2011, párr. 109, y sus citas.

8 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*, óp. cit.

9 CIDH, *Caso Jessica Lenahan*, óp. cit., párr. 109; y CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, óp. cit., párr. 90.

10 CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, óp. cit., párr. 77 y 96.

un test estricto –en lugar de uno de mera razonabilidad– para superarla. De acuerdo con este “test”, para que la diferenciación sea considerada válida: (a) el fin perseguido debe ser no solo legítimo, sino imperioso; (b) el medio debe ser necesario (no puede ser reemplazado por otro alternativo menos lesivo); y (c) el juicio de proporcionalidad debe demostrar que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores¹¹.

Desde esta perspectiva, la negativa a conceder el arresto domiciliario por la posición económica o social de la solicitante no supera los elementos de ese test calificado, pues no constituye una vía necesaria ni resulta proporcionada frente al fin perseguido. El rechazo al pedido de detención domiciliaria suele devenir en la separación de la madre respecto de sus hijas o hijos, o en la permanencia de niños y niñas en la cárcel. Cualquiera de esas opciones también implica un desmedro en el interés superior del niño o niña, ya que se afecta su derecho a ser criado por sus progenitores en un ámbito no carcelario. Por ello, el fin razonable y legítimo que podría invocarse en estos casos, como asegurar el interés superior del niño o niña, debería garantizarse mediante otras medidas, y no con el rechazo del arresto domiciliario.

Por otra parte, no se repara en el hecho de que tanto las mujeres a quienes se les deniegan los pedidos como sus hijas e hijos probablemente habitaban esas viviendas – u otras de características similares– y que, muy probablemente al recuperar su libertad, regresen a esos hogares. De tal modo, medidas denegatorias como las adoptadas por distintos juzgados y tribunales en nada contribuyen a mejorar las condiciones de habitabilidad que cuestionan en sus razonamientos, ni a garantizar el derecho de las niñas y niños a una vivienda adecuada. Por el contrario, decisiones de ese tipo incrementan el grado de vulnerabilidad de aquellos grupos cuyos derechos se pretende proteger.

Si al corroborar la existencia del domicilio ofrecido para el cumplimiento del arresto domiciliario se advierte que presenta condiciones de habitabilidad que pueden impactar negativamente en el desarrollo de los niños y niñas o en la solicitante, corresponde que se articulen los mecanismos necesarios para garantizar los derechos sociales y económicos involucrados (en estos casos, en particular, el derecho a una vivienda adecuada).

11 Sobre la aplicación de la doctrina de clasificación sospechosa y la caracterización del test de escrutinio estricto, véase Treacy 2011, 208 y ss. y Maurino 2007, 313.

La prisión o arresto domiciliario es una modalidad privativa de la libertad en un ámbito ajeno al carcelario y un derecho que adquiere la persona que se encuentra en alguno de los supuestos que prevén los artículos 10 del Código Penal y 32 de la ley N° 24.660. Por lo tanto, si el Estado tiene la obligación de mantener las cárceles *sanas y limpias*, conforme lo previsto en el artículo 18 de la CN, y de garantizar el derecho a una vivienda digna, no se advierte por qué motivo esas obligaciones cederían en los casos de personas con detención domiciliaria. Correspondería, entonces, que los tribunales, en su deber de controlar que se respeten los derechos y garantías constitucionales y convencionales reconocidos a las personas condenadas, presas o sometidas a medidas de seguridad, antes de rechazar una prisión domiciliaria por los motivos analizados en el presente Capítulo, arbitren las medidas necesarias a fin de sortear los obstáculos materiales que se presenten en cada caso.

Cuando se rechazan las solicitudes de arresto domiciliario porque las viviendas no cumplen con los requisitos mínimos de habitabilidad o con los recaudos indispensables para criar a un niño o niña, por un lado, se depara un trato discriminatorio por motivos de pobreza y, por otro, se omite que tal situación es producto, en la mayoría de los casos, del incumplimiento de las obligaciones que el Estado ha asumido en relación con el derecho a gozar de una vivienda adecuada.

De este modo, la carencia de una vivienda de este tipo no debería ser utilizada como pretexto para negar el acceso al arresto domiciliario, sino como un elemento a tener en cuenta para garantizar que se ejecute en condiciones mínimas de dignidad.

En tal sentido, la Corte Interamericana estableció que la pobreza no puede ser, por sí sola, la causa de la separación de los niños y niñas de sus padres, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención, sino que debe considerarse un indicio de la necesidad de tomar medidas para apoyar a la familia¹². Igual criterio mantienen las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, que señalan:

La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían ser nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño

12 Corte IDH, OC 17/02, párr. 76.

en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado¹³.

Por eso, cuando se deniega el arresto en un espacio distinto a la prisión por estas consideraciones, existe un triple desconocimiento de los derechos de las madres con hijas o hijos: en primer lugar, se viola el principio que veda la discriminación por la posición económica o el origen social; además, se vulnera su derecho a ejercer la maternidad en un espacio distinto al carcelario, y por último, se afecta su derecho a acceder a una vivienda adecuada.

El derecho a una vivienda digna o adecuada se encuentra garantizado en la Constitución Nacional y en los pactos internacionales de derechos humanos. El artículo 14 *bis* de la CN establece: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: [...] el acceso a una vivienda digna”. A partir de la Reforma de 1994, con la introducción del artículo 75 inciso 22, esta norma se complementó con una serie de tratados internacionales que fortalecieron el derecho a una vivienda adecuada.

El más relevante de estos tratados es el PIDESC que, en su artículo 11, primer párrafo, dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado de vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”.

Otros tratados internacionales de derechos humanos también contienen previsiones respecto del derecho a la vivienda adecuada, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14), la Convención de los Derechos del Niño (artículo 27), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26, que remite a las normas sociales de la Carta de la OEA).

13 Directriz N° 15 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 2009.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), organismo internacional de fiscalización del PIDESC, fijó los principios generales de las obligaciones que asumen los Estados cuando suscriben el Pacto. Los Estados están obligados, al menos, a proteger el umbral mínimo de los derechos, es decir, los niveles esenciales cuya inobservancia los vaciaría de sentido. Por ello, se encuentran conminados a actuar en forma inmediata y a adoptar todas las medidas adecuadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para satisfacer los derechos en cuestión, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tienen necesidades más urgentes¹⁴.

Específicamente, las Observaciones Generales N° 4 y N° 7 del Comité DESC definieron qué se entiende por “vivienda adecuada” y establecieron los contenidos mínimos de tal derecho. En primer lugar, el Comité sostuvo que el derecho a la vivienda adecuada: “no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”¹⁵.

En segundo lugar, el contenido mínimo del derecho a la vivienda adecuada abarca, en lo que aquí interesa: 1) *la seguridad jurídica de la tenencia*: que garantiza, cualquiera sea el tipo de tenencia, que todas las personas gocen de cierta protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas; 2) *habitabilidad*: que establece que la vivienda ofrezca un espacio adecuado a sus ocupantes y los proteja del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros peligros para la salud, riesgos estructurales y posibles enfermedades; 3) *disponibilidad de servicios*: que implica que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deban tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, agua potable, energía para la cocina, calefacción y alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, almacenamiento de alimentos, eliminación de desechos, drenaje y servicios de emergencia; 4) *asequibilidad*: que garantiza la vivienda para todas las personas, pero con mayor consideración hacia los grupos más desprotegidos; 5) *lugar*: que implica que la vivienda se encuentre en un

14 Comité DESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 5° período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1990.

15 Comité DESC, Observación General N°4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, 6° período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1991, párr. 7.

lugar que permita el acceso a centros de empleo, servicios de atención de salud, guarderías, escuelas y otros servicios sociales, y que se encuentre alejada de fuentes de contaminación; 7) *gastos soportables*: que obliga a que los gastos que entrañe una vivienda digna no sean tales que comprometan la satisfacción de otras necesidades básicas; 8) *protección contra desalojos*: que prohíbe que los desalojos provoquen que haya personas que se queden sin vivienda, y exige que, cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, se adopten todas las medidas necesarias para que se proporcione otra vivienda¹⁶.

Se ha dejado en claro, también, que el derecho a una vivienda adecuada supone importantes conexiones con otros derechos humanos y principios, como la prohibición de la discriminación, el derecho a un juicio justo y al debido proceso, el derecho a la privacidad y vida familiar, la protección de la propiedad, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y el derecho al agua, entre otros. De este modo, por la interdependencia que existe entre el derecho a la vivienda adecuada con otros derechos, cuando se lo vulnera, se corre el riesgo serio de violentar también un conjunto de otros derechos de máxima importancia (cf. Courtis 2009, 193)¹⁷.

Por lo demás, como correctamente ha considerado la doctrina, si bien la legislación actual no brinda formas de garantía comparables para los derechos económicos, sociales y culturales e igual de eficaces y sencillas que las previstas para los derechos civiles y políticos, no implica que las vulneraciones de esos derechos deban dejarse sin amparo (cf. Pisarello 2007, 111 y ss.). Se ha dicho que cuando los derechos económicos, sociales y culturales carecen de protección legal por un vacío legislativo respecto de las cláusulas programáticas que los efectivizan, la magistratura, con estricta sujeción a la Constitución y a los pactos de derechos humanos, se debe erigir en garante de dichos derechos (cf. Ferrajoli 2006, 917-918). La carencia de instrumentos de protección idóneos no debe confundirse con su falta de operatividad. Actualmente, una buena parte de la doctrina

16 *Ibidem*, párr. 8.

17 Véase también el Informe del Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001 (que subraya la necesidad de una concepción holística del derecho a la vivienda, y su interdependencia e indivisibilidad con relación a otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

y la jurisprudencia entienden que mientras no existan previsiones legislativas adecuadas, se impone a las magistradas y magistrados el deber de evitar que los derechos económicos, sociales y culturales sean desatendidos, y la obligación de garantizar su efectividad (cf. Abramovich y Courtis 2002, 37-47 y 117-132; Abramovich y Courtis 2006, 121 y ss.; Pisarello 2003, 157-178. Para un recuento jurisprudencial, véase Tedeschi 2008).

Sobre este punto, la CSJN ha señalado, en el marco de un planteo sobre el derecho a la vivienda, que los derechos económicos, sociales y culturales “no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”¹⁸. Además, agregó que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, que el llamado a reglamentarlos tiene el objetivo de darles el contenido que aquella les asigna, y que se debe “garantizar” el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados, ya que “garantizar” significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”¹⁹.

El Máximo Tribunal consideró que la operatividad tenía un carácter derivado en la medida, que implicaba obligaciones de hacer por parte del Estado²⁰. Entendió que, si bien implicaba, en principio, que su implementación requería de una ley o reglamentación, y que no le correspondía a la jurisdicción definir qué planes concretos se debían desarrollar para garantizar el derecho; estas obligaciones estatales estaban sujetas al control de razonabilidad judicial, lo que, en el campo de las reglas normativas, significa que existe una “garantía mínima” del derecho a la vivienda, que constituye una frontera para la discrecionalidad de los poderes públicos²¹.

Es posible advertir, entonces, una clara contradicción entre el mandato constitucional que garantiza el derecho a una vivienda adecuada y aquellas resoluciones que deciden rechazar una solicitud de arresto domiciliario a causa de la precariedad o inadecuación del domicilio ofrecido. El

18 CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Q. 64. XLVI, considerando 10 del voto de la mayoría.

19 *Ibíd.*

20 *Ibíd.*

21 *Ibíd.*, consid. 12 del voto de la mayoría.

Estado debería cumplir, al menos, según los parámetros delineados por la Corte Suprema y con el “contenido mínimo” del derecho a la vivienda; de allí que no resulta razonable que restrinja o afecte otros derechos –en estos casos, la posibilidad de que una mujer embarazada o a cargo de sus hijas o hijos acceda al arresto domiciliario– amparándose, precisamente, en condiciones de vivienda que son producto de la omisión estatal.

De este modo, si las juezas y jueces consideran que los domicilios brindados para el arresto no reúnen las condiciones mínimas de habitabilidad, deberían instar a los poderes públicos a que cumplan con las obligaciones que han asumido en materia de vivienda adecuada. Este tipo de situaciones pone al descubierto la necesidad de que se implementen políticas públicas para garantizar el acceso al arresto domiciliario a todas las personas que califican para ello, sin distinciones arbitrarias que resulten en la discriminación de ciertos grupos. En particular, tanto en este como en otra clase de supuestos, la falta de un domicilio que reúna ciertas condiciones por motivos de pobreza da cuenta de la necesidad de habilitar espacios distintos al carcelario, implementar subsidios u otro tipo de iniciativas que permitan conjugar todos los derechos e intereses en cuestión.

En particular, la Corte Interamericana advirtió que la obligación de los Estados de adoptar acciones positivas para asegurar la vigencia de los derechos de la niñez debe cumplirse otorgando preeminencia a la protección y asistencia a la familia, incluso por medio de medidas de carácter económico y social, de modo que pueda cumplir cabalmente con sus responsabilidades. En tal sentido, afirmó que:

[...] se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. [...] Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar²².

22 Corte IDH, OC 17/02, óp. cit., párr. 88 y punto resolutivo 8. En un sentido similar, ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 17, *Comentarios generales adop-*

Si bien estas medidas pueden implicar gastos adicionales para el Estado, lo cierto es que en el marco del encierro carcelario estos desembolsos también existen y son cuantiosos²³. El derecho a contar con una protección judicial sin discriminación exige que se reconozcan y resuelvan los factores de desigualdad de los justiciables, y que se adopten las medidas de compensación necesarias para reducir o eliminar las barreras que atentan contra una defensa eficaz de sus derechos²⁴.

En síntesis, hay sólidos argumentos para sostener que los tribunales no pueden rechazar una solicitud de arresto domiciliario porque el o la solicitante no cuenta con una vivienda adecuada.

Por un lado, una interpretación de estas características genera un acceso inequitativo a este instituto, y provoca que las personas económicamente más vulnerables queden fuera de él. Esto implica, en los hechos, una aplicación discriminatoria de la norma, en tanto los criterios de distinción que se utilizan en las resoluciones aquí comentadas no resultan válidos.

Por otro lado, resulta 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. Sería adjudicar a las detenidas y detenidos los incumplimientos del propio Estado.

Finalmente, cualquier interpretación que exija elementos no requeridos en la ley para la concesión del arresto domiciliario (como poseer una vivienda adecuada) vulnera el principio de legalidad.

tados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165, 1989, párr. 3, cit. por CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54/13, 17 octubre 2013.

23 En 2009, el Servicio Penitenciario Federal destinaba mensualmente alrededor de \$ 6.329 para cada detenido, y si se consideraban todos los pagos, el gasto mensual por detenido ascendía a \$9.239. Aunque no existen cifras específicas para el caso de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos detenidas en prisión, no resulta difícil pensar que su atención exige gastos adicionales al del común de los detenidos (cf. Unidos por la Justicia, "Informe: análisis comparativo SPF-SPB", en <http://www.unidosjusticia.org.ar/archivo/prensa/Analisis%20Comparativo%20SPF-SPB-Final.pdf>. Consultado por última vez el 27 de junio de 2012.

24 Cf. Corte IDH, OC 18/03, óp. cit., párr. 121; y OC 16/99, óp. cit., párr. 115.

2. Imposibilidad del grupo familiar para solventar los gastos de la persona detenida

La falta de ingresos del grupo familiar para solventar los gastos de la persona detenida es otro de los argumentos utilizados para rechazar los pedidos de arresto domiciliario. Por lo general, dado que se trata de personas de bajos recursos, este argumento se esgrime junto con el de la inadecuación o precariedad de la vivienda ofrecida para cumplir el arresto domiciliario.

Por citar un ejemplo, en el caso “M. G.”²⁵, el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1 de la Capital Federal rechazó el pedido de arresto domiciliario de la imputada a pesar de que era madre de dos niños menores de cinco años de edad. Fundó su postura en que los niños estaban a cargo de su tía y de un hermano mayor, y que por ello no estaban en una situación de desamparo. Además, destacó que la vivienda en la que se ofrecía cumplir el arresto domiciliario era precaria y que los ingresos del grupo conviviente eran magros e inestables. De este modo, sumar una persona más al hacinamiento del grupo podía perjudicar a los niños.

Los argumentos del apartado anterior, respecto de que las juezas y jueces no pueden tomar decisiones que se tornen discriminatorias para los grupos más vulnerables apoyadas en motivos sociales o económicos, resultan plenamente aplicables aquí también.

La desigualdad en el acceso al instituto debería bastar para que las juezas y los jueces no rechacen solicitudes de arresto domiciliario por la ausencia de medios económicos del grupo familiar, y para que adopten medidas positivas que permitan que estas personas accedan al arresto domiciliario en las mismas condiciones que aquellos que sí poseen recursos, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos referidos.

En este punto, los organismos de derechos humanos han sido determinantes al exigir que, en el marco de un proceso judicial, se garantice el acceso a la justicia sin discriminación y en condiciones de igualdad, y obligan a los Estados a tomar medidas especiales que contribuyan a eliminar los obstáculos que surgen por condiciones materiales adversas.

25 Tribunal Oral en lo Penal Económico N°1, Causa N°1.717, rta. 29/04/2009.

Al respecto, la Corte Interamericana sostuvo:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real *obliga a adoptar medidas de compensación* que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas²⁶.

Desde la magistratura se deberían adoptar, entonces, todas las medidas necesarias para garantizar que las y los solicitantes puedan gozar del arresto sin dificultades. Si fuera necesario, incluso debería ordenar que se realicen medidas asistenciales o sociales por medio de los órganos competentes para solventar sus gastos afuera de prisión.

Por otra parte, si bien la prisión domiciliaria es una forma morigerada de ejecución de la pena, no por eso deja de ser una medida privativa de la libertad (Salt y Ribera Beiras 2005, 255). Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han dicho en reiteradas oportunidades que el Estado *tiene un especial deber de garantía* respecto de las personas privadas de su libertad, *más allá de la modalidad por la cual esta se ejecute*, y la obligación consecuente de *actuar positivamente* para garantizar los derechos fundamentales de los reclusos²⁷. Entonces, es indistinto si la persona se encuentra en la cárcel o en detención domiciliaria; en cualquier caso, el Estado tiene la obligación de garantizar la satisfacción de sus derechos fundamentales²⁸.

26 Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión consultiva OC 16/99, 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16 (énfasis agregado).

27 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*, óp. cit., párr. 151, 152 y 153, entre otros.

28 CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, óp. cit.

Por ello, siempre que el Estado decida mantener una medida privativa de la libertad, cualquiera sea la modalidad, tiene el deber de garantizar aquellos derechos que la persona detenida no puede satisfacer a causa de las restricciones a su libertad ambulatoria. Resulta indiferente que una persona se encuentre en prisión domiciliaria o encarcelada, los deberes que se le imponen al Estado no varían, dado que en ambos casos se encontraría bajo la sujeción estatal. No es posible rechazar pedidos de detención domiciliaria con el pretexto de que el entorno de las peticionarias no cuenta con los recursos necesarios, porque las autoridades públicas tienen la obligación de solventar los costos de la detención. Esto no implica una novedad dado que el Estado costea a diario los gastos de alimentación, salud e higiene de las personas encarceladas, entre otros. No debería, entonces, desentenderse de esas necesidades y obligaciones frente a quienes se encuentran en arresto domiciliario.

Sobre el tema, puede mencionarse la solución amistosa arribada en el caso *Karina Montenegro y otras v. Ecuador* y aprobada por la CIDH. Allí las partes consideraron que para que las mujeres embarazadas y adultas mayores puedan gozar del derecho al arresto domiciliario, las áreas correspondientes debían gestionar los recursos de personal, transporte y alimentación dotados por el Estado “para que las mujeres de escasos recursos también puedan acceder a esta garantía sin que les sean solicitados recursos económicos”²⁹.

En el ámbito interno, el Ministerio de Desarrollo Social de la provincia de Santa Fe dispuso: “Reconocer asistencia económica a las mujeres imputadas o condenadas por un delito y que en razón de tener hijos de corta edad bajo su cuidado, estar embarazadas o con problemas de salud, se encuentran en prisión domiciliaria”³⁰, con detalle de las mujeres alcanzadas por la medida. Esta resolución se presenta como un ejemplo de una buena práctica tendiente a asegurar el acceso a medidas morigeradas de la privación de la libertad sin discriminación por razones económicas.

En adición, se puede resaltar que existe una incipiente jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos que sugiere que la po-

29 CIDH, Caso *Karina Montenegro y otras v. Ecuador*, Solución Amistosa, Caso 12.631, Informe N° 61/13, del 16 de julio de 2013.

30 Resolución del Ministerio de Desarrollo Social N° 1111/2011, provincia de Santa Fe, del 7 de diciembre de 2011.

breza implica una vulneración a los derechos humanos, ya sea en forma directa o indirecta, por medio de la vulneración de otros derechos (cf. Dulitzky 2008)³¹. A la luz de esa jurisprudencia, no sería difícil entender que el rechazo del arresto domiciliario por la precariedad de los ingresos del grupo familiar –o, en otros términos, con base en la situación de pobreza de los solicitantes– podría contradecir los estándares de derechos humanos en la materia.

En su Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador, la CIDH señaló que “la pobreza inhibe la capacidad de las personas para gozar de sus derechos humanos”, y resaltó que los Estados deben proteger “los derechos de los grupos vulnerables y marginados dentro de la sociedad, como aquéllos desventajados por los efectos de la pobreza”. La Comisión agregó que “los principios generales de no discriminación e igualdad” requieren la “adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades”, y asegurar “que las políticas que adopte no representen una carga desproporcionada sobre los sectores marginados y más vulnerables de la sociedad, en particular aquéllos que se encuentran en situación más desventajosa debido a la pobreza”³².

Por otra parte, la Comisión señaló:

[...] la pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por el uso apropiado de tales recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos³³.

31 Véase, asimismo, IIDH, *Pobreza y derecho humanos: hacia la definición de parámetros conceptuales desde la doctrina y acciones del sistema interamericano*, San José, IIDH, 2010.

32 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, del 24 abril 1997, Capítulo II.B.

33 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, del 9 de

De este modo, resulta claro que los Estados tienen que proteger los derechos de las personas en condiciones de desventaja. Por tanto, la ausencia de recursos económicos no podría esgrimirse como circunstancia relevante a la hora de restringir el arresto domiciliario, ya que ello implicaría no solo omitir las “medidas para superar las desigualdades”, sino también agravar la posición de desventaja original de quienes piden el acceso a tal derecho.

Por último, al igual que cuando se exigen ciertas condiciones a la vivienda ofrecida para cumplir con el arresto domiciliario, el contar con un grupo familiar con suficientes recursos como requisito para la concesión del arresto domiciliario no está regulado legalmente. Por ello, cualquier resolución que deniegue su concesión con este pretexto violentaría el principio de legalidad.

En suma, existen varias razones para sostener que el Estado no puede rechazar las solicitudes de arresto domiciliario con fundamento en la ausencia de recursos del grupo familiar de la persona detenida. En primer lugar, porque sitúa en una posición desigual a las personas con dificultades económicas, lo cual resulta discriminatorio; en segundo término, porque con independencia de cómo se ejecute la pena privativa de la libertad, el Estado tiene la obligación de garantizar las necesidades básicas de la persona detenida; en tercer lugar, porque resultaría contrario a las obligaciones asumidas por el Estado en materia de lucha contra la pobreza; y, finalmente, porque se violentaría el principio de legalidad.

3. Mujeres extranjeras y falta de arraigo

En varios resolutorios judiciales se ha detectado que a las mujeres extranjeras se les suele denegar el derecho a cumplir la condena o la prisión preventiva bajo el régimen de prisión domiciliaria porque no cuentan con un domicilio, ni referentes sociales o indicios de arraigo. En la Argentina, al igual que en otros países de la región, las extranjeras representan el 41% de la población de mujeres privadas de libertad³⁴. La gran mayoría

marzo de 2001, Capítulo V, párr. 17.

34 Cf. Censo Penitenciario de Mujeres realizado en el 2013 por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP).

(76%) no residía en la Argentina antes de ser detenida³⁵. El 67% de las mujeres extranjeras detenidas tiene hijas e hijos menores de edad, el 60% nunca recibió visitas de familiares o allegados y tienen serias dificultades para comunicarse telefónicamente con ellos³⁶.

Para la mayoría de mujeres extranjeras con hijos e hijas menores de cinco años, que ellos permanezcan en la cárcel no es una opción, sino una circunstancia inevitable (Alderete Lobo 2012, 263). Las mayores dificultades para el otorgamiento del arresto domiciliario radican en la falta de un domicilio para ofrecer como alternativa al encierro carcelario y la falta de arraigo, situación que genera una presunción de peligro de fuga³⁷. Aun en aquellos casos en los que se proponga un domicilio, las extranjeras embarazadas o con hijas e hijos menores de edad que cumplen prisión preventiva difícilmente acceden a esa modalidad morigerada³⁸.

Por ejemplo, en el caso “D.M.A.G.”³⁹ la Sala B de la Cámara Nacional en lo Penal Económico decidió confirmar la resolución del juzgado de primera instancia por la que se rechazó la solicitud de arresto domiciliario. La imputada era de nacionalidad dominicana, tenía dos hijos menores de cinco años de edad y, al momento de ser detenida, vivía con ellos en un hotel. Sus familiares y su marido se encontraban en el exterior. La defensa oficial solicitó el arresto domiciliario porque D.M.A.G. era la única persona a cargo de sus hijos, y señaló que su encarcelamiento tenía efectos nocivos sobre ellos, dado que la prisión no representaba un ambiente adecuado para su crianza.

La Cámara argumentó que D.M.A.G. no tenía “arraigo” en el país, y entendió que esta noción era “integradora de diversos factores, como son la

35 Observatorio de Cárceles Federales, “Prisión e Inmigración, población extranjera detenida en cárceles federales...”, óp. cit., pp. 83-84.

36 *Ibidem*.

37 Sobre el rechazo del arresto domiciliario por consideraciones vinculadas a los requisitos de la excarcelación, véase Capítulo III.2.

38 Dicha práctica judicial genera que, ante la imposibilidad de acceder a la prisión domiciliaria, resulte más conveniente para la mujer –mediante la firma de un juicio abreviado– prestar su conformidad sobre la existencia del hecho y su participación para obtener una pronta condena que le permita ser expulsada del país al cumplir la mitad de la condena –cf. artículo 64, Ley de Migraciones N° 25.871–. Así, al revés de toda lógica, la condición de condenada resulta más beneficiosa que la de procesada.

39 Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala “B”, Causa N° 62.575, rta. 26/01/2012.

permanencia en un territorio o un lugar determinado, y la existencia de lazos afectivos, sociales y laborales en el mismo”. Agregó, a partir de esta noción, que sería posible obtener “un parámetro objetivo, a partir del cual se p[odía] estimar el sacrificio emocional que significaría, para un individuo, darse a la fuga para eludir la acción de la justicia”. En función de ello, la Cámara concluyó que como D.M.A.G. carecía de domicilio fijo y empleo estable y dado que sus familiares vivían en el exterior, no tenía el arraigo requerido para suponer que no eludiría el accionar de la justicia.

Según los tribunales nacionales, el principal obstáculo para que las mujeres extranjeras obtengan el arresto domiciliario es su carencia de “arraigo”, situación que se observa con claridad en el ejemplo mencionado. Esta noción, que constituye una elaboración jurisprudencial, implica que la persona no solo debe tener un domicilio en el país, sino también una determinada permanencia en él, contar con lazos afectivos o sociales locales y con una ocupación laboral fija. En ese caso, se le podrá conceder el arresto domiciliario; de lo contrario, se considerará que existe una presunción de que la persona se fugará.

Todos esos requisitos, además de que se refieren a valoraciones propias de la incidencia de excarcelación –que, huelga decirlo, supone la libertad y no la detención–, resultan de imposible cumplimiento para una gran parte de las mujeres extranjeras detenidas. Como se señaló, la mayoría de ellas no residía en el país al momento de su detención, o bien, en el caso contrario, carecían de un domicilio establecido, lazos afectivos o una ocupación laboral fija (Di Corleto y Monclús Masso 2009, 295).

En definitiva, la exigencia de “arraigo” para ellas vulnera sus derechos y los estándares internacionales en la materia. En primer lugar, se puede sostener que violenta el principio de legalidad, dado que nuestra legislación solo exige cumplir con alguno de los requisitos estipulados en el artículo 10 del Código Penal o del artículo 32 de la Ley N° 24.660 para otorgar el arresto domiciliario. En rigor, no existe una norma que exija a los tribunales determinar la existencia de “arraigo”⁴⁰ a la hora de aplicar medidas alternativas al encierro carcelario. Si la existencia de arraigo no es un requisito para el acceso a la libertad condicional –entre otros ins-

40 Al respecto, se advierte que entre los requisitos previstos para acceder al régimen de salidas transitorias, libertad asistida y libertad condicional, el “arraigo” no fue previsto por el legislador, cf. artículos 17 y 54 de la ley N° 24.660 y 13 del Código Penal.

titutos-, menos podría admitirse dicha exigencia para acceder a un régimen que implica la privación de la libertad, como la prisión domiciliaria.

En segundo lugar, la exigencia del “arraigo” hace que las mujeres extranjeras, a diferencia de sus pares nacionales, no puedan gozar del arresto domiciliario. La situación no solo resulta desigual, sino que, en la medida en que se establecen pautas que a priori resultan imposibles de cumplir para las mujeres extranjeras sin residencia previa en el país, violenta el principio de no discriminación.

Por último, cabe resaltar que el argumento de la falta de “arraigo” está vinculado al de peligro de fuga, que configura uno de los riesgos procesales que habilita el dictado de una detención cautelar. En consecuencia, el peligro de fuga no puede ser una razón valedera para negar el acceso al arresto domiciliario, pues si aquel no existiera, correspondería la libertad de la detenida. Como fue señalado en capítulos anteriores, tanto el artículo 11 de la ley N° 24.660, como el Código Procesal Penal aprobado por ley N° 23.984, y el aprobado por la ley N° 27.063, prevén la procedencia del arresto domiciliario en casos de personas detenidas preventivamente⁴¹. En consecuencia, una interpretación integral y armónica del ordenamiento jurídico no deja dudas acerca de la improcedencia de ese tipo de valoraciones.

Las mujeres extranjeras constituyen un grupo especialmente vulnerable; ellas sufren una situación de mayor desamparo por sus rasgos particulares, que puede traducirse en prácticas discriminatorias. En el ámbito penitenciario, estas prácticas se plasman en lo que se conoce como una “doble condena”, es decir, en un plus punitivo impuesto por la condición de ser mujer y extranjera.

Por esta razón, los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han intentado que los Estados no adopten prácticas punitivas discriminatorias hacia las extranjeras y extranjeros. Así, desde las Naciones Unidas se han impartido directrices que exigen a los Estados que los reclusos y las reclusas extranjeras tengan el mismo trato que los nacionales dentro de los centros penitenciarios; como así también que puedan

41 Véase artículo 314, CPPN aprobado por ley N° 23.984 y sus modificatorias; y artículo 177, inc. j), nuevo CPPN, aprobado por ley N° 27.063. Como fue referido, la entrada en vigencia del nuevo CPPN depende de la sanción de una ley de implementación, que al momento de la elaboración de este informe no fue dictada (cf. artículos 3 y 5, ley N° 27.063).

ser elegibles para las medidas alternativas al encarcelamiento, las salidas temporales y otras salidas autorizadas de la cárcel, de acuerdo con los mismos principios que se aplican a los reclusos y reclusas nacionales⁴².

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha instado a los Estados a combatir todas las formas de discriminación que puedan sufrir las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos en la administración y el funcionamiento de la justicia penal; en particular, los extranjeros y, en términos más específicos, las mujeres y los niños, que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y por su sexo o edad⁴³. Puntualmente, el Comité criticó el uso excesivo de la detención cautelar y advirtió que exigir cauciones monetarias, así como otros requisitos para obtener la libertad durante el proceso (domicilio fijo, trabajo declarado, lazos familiares estables) puede provocar resultados injustos para las mujeres extranjeras que, a menudo, se hallan en situación de extrema precariedad económica⁴⁴. Asimismo, con relación al cumplimiento de las penas de encierro, el Comité estableció que los Estados deberían hacer todo lo posible para que las extranjeras con hijas e hijos se beneficien del régimen especial de ejecución de la pena, teniendo en cuenta las dificultades especiales con las que se enfrentan⁴⁵.

Resulta evidente que las mujeres extranjeras con hijas o hijos, al igual que las nacionales, tienen derecho a acceder al arresto en un espacio distinto a la prisión. Incluso, debe aceptarse que la situación de estas mujeres resulta más acuciante que la del resto de la población penitenciaria, dado que además de las afectaciones que suele ocasionar el encierro, debe sumarse el desamparo en la que se encuentran, entre otras cosas, porque no cuentan con vínculos sociales o familiares en el país, por las barreras lingüísticas o culturales, por la falta de recursos, etcétera⁴⁶.

42 Naciones Unidas, *VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, 96ª sesión plenaria, 29 de noviembre de 1985.

43 Comité CEDR, Observación General N° 31, *Prevención de la Discriminación Racial en la Administración y el Funcionamiento del Sistema de Justicia Penal*, 17 de agosto de 2005, A/60/18, párrs. 98-108.

44 *Ibidem*, párr. 26.

45 *Ibidem*, párr. 41.

46 Respecto a la situación de mayor vulnerabilidad de las mujeres extranjeras embarazadas, véase CELS et ál. 2011, 173.

En realidad, muchas de las razones por las que la magistratura decide no conceder el arresto domiciliario a las extranjeras (ausencia de lazos afectivos o familiares, carencia de domicilio estable y de recursos, o una ocupación laboral fija) son indicadores de una mayor vulnerabilidad y no, como se sostiene, de un mayor riesgo de fuga.

De este modo, existen varias razones por las que el Estado debe dar una respuesta distinta a la que brinda actualmente a las extranjeras que solicitan el arresto domiciliario. Al igual que en los otros casos estudiados en este capítulo (ausencia de una vivienda adecuada o ausencia de recursos), en los casos de grupos en situación de vulnerabilidad, los tribunales deben tomar una actitud proactiva para garantizar los derechos de las personas que solicitan el arresto domiciliario⁴⁷.

Ante las dificultades advertidas para garantizar el acceso al arresto domiciliario a extranjeras sin residencia previa en el país, algunos defensores y defensoras comenzaron a requerir la expulsión anticipada, sin esperar que se cumpla la mitad de la condena.

La ley N° 25.874 considera la posibilidad de que las extranjeras y los extranjeros condenados que han cumplido la mitad de la pena impuesta sean expulsados del país⁴⁸. Sobre la base de esta norma se ha propuesto, en el caso de las mujeres extranjeras que estén dentro de los supuestos del arresto domiciliario y que no puedan obtenerlo por carecer de domicilio o recursos suficientes, que se habilite el retorno a su país antes del requisito temporal que prevé el artículo 64 de la ley N° 25.871.

En defensa de esta postura, se ha indicado que si el interés final del Estado es reintegrar a la persona a su país de origen y prohibirle el ingreso a nuestro territorio, la mitad de la pena que se requiere para ser expulsada solo podría motivarse en fines retributivos o preventivos generales, contrarios a nuestro programa constitucional (Alderete Lobo 2012, 276).

Comparten esta postura las previsiones de las Reglas de Bangkok, que

47 Véase, en los títulos anteriores, lo dicho en torno a la aplicación del principio de no discriminación y la utilización de las categorías sospechosas.

48 Artículo 64, ley N° 25.871. La norma remite al plazo establecido en el artículo 17 inciso I de la ley N° 24.660, que prevé ese lapso de tiempo para acceder al régimen de salidas transitorias.

en estas circunstancias⁴⁹ recomiendan el retorno de las mujeres a sus países; y la renuncia que parece haber efectuado el Estado argentino al relegar la aplicación de penas a sus intereses de control migratorio. Desde este enfoque, parece poco razonable, desde una perspectiva político-criminal, sostener la aplicación de una sanción penal si luego, a la mitad del cumplimiento de la condena, se privilegiará la expulsión de la persona del país (Alderete Lobo 2012, 276). Por último, también se justifica la procedencia de la expulsión anticipada en virtud de que se encuentran en juego los derechos de niñas y niños y debe primar su interés superior (Alderete Lobo 2012, 267-269).

La posibilidad de ser expulsada con anterioridad al cumplimiento de la mitad de la condena tuvo acogida favorable en la jurisprudencia. Así, la Sala II de la CFCP resolvió el caso “H., I.”⁵⁰, en el cual se había solicitado la expulsión anticipada de I.H., que tenía dos hijos de 2 y 7 años que vivían en la República de Letonia e iban a ser institucionalizados, pues el padre de los niños también se encontraba privado de la libertad. La Sala II analizó la normativa constitucional aplicable al caso y consideró que la ley N° 25.871 debía ser armonizada con las normas internacionales que protegen los derechos de los niños y niñas⁵¹. En consecuencia, determinó que se debía hacer lugar a lo que pedía la defensa porque su rechazo afectó el interés superior del niño desde una interpretación restringida al cumplimiento de los presupuestos legales, que conculcaba derechos fundamentales en predominio de una normativa de mayor jerarquía⁵².

Con criterio similar, el voto mayoritario de la Sala I de la misma Cámara, en el caso “V.C.M.R.”⁵³, anuló la resolución del tribunal que rechazó la

49 Reglas 53, 57, 58, 63, Reglas de Bangkok.

50 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.153, “Havrova, Irina s/ recurso de casación”, rta. 11/12/12. En sentido similar, se pronunció la misma sala en la Causa N° 16.643, “González Artiles, Elizabeth s/recurso de casación”, reg. N° 849/13, rta. 28/06/13.

51 Artículos 3, 7, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; considerando 61 de la OC 17 de la Corte IDH en cuanto afirma que “[...] es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”.

52 En el caso se resolvió hacer lugar al recurso de casación y anular la resolución porque no se facilitó la intervención previa de la defensa para postular su criterio en orden a las cuestiones alegadas por el representante del Ministerio Público Fiscal.

53 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15.793, “Villaruz Castillo, María

expulsión anticipada. V.C.M.R. tenía un hijo menor de edad en Filipinas que había quedado al cuidado de su hermana, que tenía dificultades para hacerse cargo del niño por su situación económica y porque no tenía la guarda legal. El padre del niño no tenía relación alguna con él. La Sala I entendió que correspondía hacer lugar a la expulsión anticipada solicitada por V.C.M.R., a fin de que pudiera cuidar a su hijo y evitar que sea institucionalizado. Para resolver de este modo tuvo en cuenta “la situación de sujeto de derecho pleno en términos convencionales, constitucionales y legales, la situación de especialidad, vulnerabilidad, necesidades específicas”, y la necesidad de atender siempre al interés superior del niño.

En definitiva, siempre que el Estado decida mantener privada de la libertad a una persona, está especialmente obligado a garantizar sus derechos y, con ello, a adoptar las medidas positivas que resulten necesarias. Incluso, los tribunales deben velar para que se adopten medidas asistenciales o sociales por medio de los órganos competentes, que permitan a la mujeres extranjeras con hijas o hijos (que no tengan domicilio, ocupación laboral o recursos para sustentarse) acceder al arresto domiciliario. Este tipo de análisis debe comprender la particular problemática que atraviesan las mujeres extranjeras encarceladas que están embarazadas o con sus hijos e hijas en la prisión, y que no tienen domicilio ni arraigo en el país, a causa de los obstáculos adicionales que encuentran para acceder a sus derechos.

Rowena”, reg. N° 21.272, rta. 19/06/13.

Capítulo V

OBSTÁCULOS EN EL TRANSCURSO DEL ARRESTO DOMICILIARIO ORIGINADOS EN LA FALTA DE RECURSOS MATERIALES, SOCIALES Y LEGALES

Como se observará en este Capítulo, las dificultades que deben afrontar las mujeres que aspiran a cumplir con la detención en su hogar no cesan con la concesión del arresto domiciliario. A diferencia de los capítulos anteriores, en los que se analizaron distintos problemas de orden jurídico; aquí se describirá la situación de las mujeres que han accedido al arresto domiciliario, pero que enfrentan numerosas dificultades debido a sus escasos recursos para organizar sus vidas y las de su grupo familiar.

Los problemas que se enunciarán no surgen de la interpretación de la normativa legal ni del estudio de sentencias, sino del relato de las mujeres que transcurren –o han transcurrido– la detención en el domicilio. En particular, se mencionarán los obstáculos que se presentan mientras intentan cumplir con las reglas establecidas por el órgano judicial –la permanencia en el domicilio– y, al mismo tiempo, obtener un trabajo remunerado, continuar con su formación educativa, acceder a programas sociales, mantener la vivienda en condiciones dignas y, desde ya, cumplir con las exigencias del cuidado diario de sus hijas e hijos.

La información de este estudio surge de distintos registros que se han obtenido en el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, entre enero de 2009 –momento en que se sancionó la ley N^o 26.472– y el cuarto trimestre del año 2012¹. Se han tomado datos que surgen de

¹ Esta muestra no es representativa de todo el colectivo de madres en detención domiciliaria, dado que el universo de estudio se seleccionó en función de las limitaciones que plantea el abordaje territorial del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación. El área

la asistencia que se brinda desde este ámbito a las mujeres que cuentan con defensa pública y se hallan con detención domiciliaria, y de los informes sociales confeccionados para acompañar las solicitudes de acceso a esta medida². Asimismo, a fin de recabar datos más específicos en función de los objetivos de este trabajo, se realizaron entrevistas en profundidad a cinco mujeres que tienen hijas e hijos pequeños y se encontraban –al momento de la entrevista– privadas de libertad en su domicilio. Además, se mantuvieron entrevistas con profesionales del Programa Niños con Madres en Cárceles, dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), y también con integrantes de la Asociación Civil Yo No Fui³.

El capítulo está dividido en tres partes. En la primera sección, se describirán los recursos con que cuentan estas mujeres para llevar a cabo las tareas directas e indirectas de cuidado de sus hijas e hijos, y se destacarán las particulares condiciones que la restricción de su libertad ambulatoria les impone al momento de obtener dichos recursos. También se considerará lo relativo a las condiciones habitacionales, teniendo en cuenta la especial importancia que adquiere el domicilio, en tanto sede de su detención. En la segunda sección, se describirán las diversas intervenciones institucionales –del sistema penal y de otras agencias estatales y organismos no gubernamentales– que se desarrollan en el transcurso de la detención domiciliaria, vinculadas con las necesidades cotidianas de estas mujeres y de sus hijos e hijas a cargo. Por último, se propondrán algunas reflexiones que permitan precisar los desafíos aún pendientes en torno de la implementación de este instituto y la adecuada cobertura de los derechos fundamentales de sus titulares.

de asistencia abarca principalmente a la Ciudad de Buenos Aires y zonas aledañas del Conurbano bonaerense.

2 Se tomaron quince informes sociales confeccionados entre enero de 2010 y diciembre de 2012, y toda la información recolectada a partir del acompañamiento posterior a esas mismas mujeres.

3 Yo No Fui es una organización social que trabaja en proyectos artísticos y productivos en las cárceles de Ezeiza, también con mujeres que han recuperado su libertad y con aquellas que se encuentran en arresto domiciliario. Ver www.yonofui.org.ar. Las entrevistas referidas se mantuvieron en el marco de un programa de capacitación en diversos oficios al que acuden mujeres con detención domiciliaria.

1. La organización social de la cotidianeidad en el marco del arresto domiciliario

“Todo bien, todo bonito, me dieron el arresto domiciliario, pero ¿qué hacemos si no tengo para comer?”

La afirmación que da título a este apartado pertenece a una mujer, que llamaremos Marcela. Ella es madre de dos niños y llevaba tres meses de arresto domiciliario cuando lo afirmó, luego de dos años de encierro carcelario en un establecimiento del Servicio Penitenciario Federal Argentino⁴. Desde que se encontraba en su casa, solo había recibido visitas mensuales de una trabajadora social, cuya función se restringía al control del cumplimiento de la medida de detención domiciliaria. Esa era toda la asistencia estatal prevista.

Ella y sus hijos se encontraban en una situación de extrema pobreza. Como sucede con la mayoría de las personas que constituyen el objetivo del sistema penal, su caso no era excepcional. Sin embargo, la situación se agravaba por la prohibición de salir de su casa, tanto para obtener un trabajo como para procurar su acceso a programas sociales. En la cárcel, Marcela contaba con un trabajo remunerado y con un salario equivalente a alrededor de dos tercios del salario mínimo vital y móvil, que le permitía hacer aportes económicos mensuales para la manutención de sus hijos –que habían quedado al cuidado de su hermana–. Ese trabajo había sido el primer empleo registrado de toda su historia laboral. Nunca antes había accedido a derechos laborales ni a la seguridad social.

Su expresión, como se verá a continuación, resulta representativa de lo que sucede con la mayor parte de las mujeres que transitan su vida cotidiana bajo esta modalidad de detención, dada la carencia de políticas públicas en materia de derechos económicos, sociales y culturales que contemplen las particularidades de la población privada de libertad en sus domicilios.

⁴ La frase fue pronunciada en el marco de una jornada de debate organizada por la Asociación Civil Yo No Fui y la Defensoría General de la Nación, realizada el 27/10/09 en el Centro Cultural Ricardo Rojas, a diez meses de la sanción de la ley N° 26.472, para visibilizar las dificultades que afrontan los grupos familiares en la particular situación que implica la prisión domiciliaria y para reclamar la implementación de políticas públicas específicas que protejan sus derechos vulnerados.

Caracterización general del grupo estudiado

A continuación, se vuelcan algunos datos respecto de las mujeres que constituyen el grupo estudiado en el presente capítulo⁵:

1. El 63% estaba privada de libertad en forma preventiva.
2. La edad promedio era de 31 años, y tenían, también en promedio, cuatro hijos/as cada una.
3. El 24% completó el nivel secundario de su escolaridad. Ninguna había cursado estudios universitarios o terciarios.
4. El 48% no había tenido experiencia en el mercado de trabajo al momento de ser detenidas; habían desempeñado tareas domésticas y de cuidado de sus hijos e hijas. Las restantes habían trabajado “fuera de la casa” en empleos caracterizados por la informalidad e inestabilidad, mayormente en el servicio doméstico, cuidado de adultos mayores y niños/as, o bien en talleres de costura o fábricas. Solo el 3% había desempeñado actividades laborales asociadas a mejores condiciones de empleo.
5. El 90% declaró que había realizado trabajos remunerados en la unidad carcelaria y que destinaban la mayor parte de esos ingresos a la manutención de sus hijos e hijas. Para la mayoría, ese empleo constituía su primera incursión en el trabajo registrado.
6. El 85% manifestó ser la principal proveedora de infraestructura, sostén y cuidado en sus familias, mientras que en el 15% restante tal función es desempeñada por sus madres, es decir, las abuelas maternas de los niños y niñas.
7. Todas, aun las que tuvieron alguna inserción en el mercado laboral, declararon que los cuidados de sus hijos e hijas habían estado a su cargo, así como el trabajo doméstico. En algunos casos, compartían la responsabilidad con sus madres –las abuelas de los niños y niñas– u otras mujeres de la familia.

5 Constituido por las quince mujeres a quienes se entrevistó para la confección de informes, más las cinco a quienes se entrevistó en profundidad.

8. La ausencia de los padres del ámbito familiar se debe a distintas circunstancias; en el 80% de los casos han interrumpido la vinculación con sus hijos e hijas, incumpliendo, además, con sus responsabilidades parentales. En algunos casos, esos padres se encuentran privados de libertad en establecimientos carcelarios, con lo que sus posibilidades de participar en el cuidado de sus hijos e hijas están limitadas al eventual aporte económico que puedan realizar si desarrollan alguna actividad remunerada en la prisión.

9. El 100% de las mujeres pertenece a grupos familiares con ingresos insuficientes para cubrir las necesidades básicas de todos sus miembros.

10. El 50% vive en la ciudad de Buenos Aires, la mayoría en villas de emergencia de la zona sur de la ciudad⁶; el 40% en el conurbano bonaerense y el 10% restante en instituciones de albergue no gubernamentales localizadas en la zona sur de la ciudad de Buenos Aires.

11. Todas residen en condiciones de hacinamiento y en áreas urbanas con deficiente acceso a servicios básicos de infraestructura colectiva (redes cloacales, agua corriente, transporte urbano, etcétera).

En conclusión, aun con diferencias, se observa la presencia de un colectivo que conforma un universo particularmente vulnerable.

Recursos y accesibilidad durante la detención domiciliaria

Tal como señala Elisabeth Jelin, “la dinámica de las familias refleja al tiempo que construye las diferencias de clase social” (Jelin 2010). En el caso de estas mujeres, su dinámica familiar está condicionada por la situación de pobreza que atraviesan y por las restricciones que les impone el arresto domiciliario, que afectan de manera específica la forma en que acceden y articulan los diversos recursos para la reproducción de sus unidades familiares.

⁶ Según un estudio realizado por la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el CELS “La zona sur de la ciudad —donde la proporción de niños, niñas y adolescentes es mayor—, es también donde se radica de manera privilegiada la pobreza. Esta zona ha sido largamente caracterizada por la falta de infraestructura que posibilite el acceso a servicios básicos para el desarrollo de una vida digna y por la depreciación de las condiciones habitacionales que prevalecen en ellas”. Cf. *Infantilización del déficit habitacional: una temática invisible*, p. 6. Consultado: 17 de diciembre de 2014, disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/infantilizacion_del_deficit.pdf.

Los recursos necesarios para desarrollar las actividades cotidianas en un hogar son humanos y materiales; incluyen desde insumos básicos como alimentos, elementos de higiene y limpieza hasta servicios sociales varios –educación, infraestructura urbana, salud, etcétera– y el trabajo no remunerado que se despliega en la producción doméstica.

Para ello, todo el grupo familiar entabla diferentes modalidades de intercambio con otras instituciones para su supervivencia. Ahora bien, la circunstancia de que la mujer que ejerce los cuidados intergeneracionales tenga su libertad restringida conlleva la necesidad de mediaciones constantes que permitan tales contactos e intercambios, ya que las tareas fuera de su hogar requieren –cuanto menos– una autorización judicial, cuya emisión demanda una serie de gestiones en las que usualmente intervienen sus familiares o allegados, así como también varios operadores y operadoras del sistema de administración de justicia.

Cabe señalar que los órganos jurisdiccionales exigen que la solicitante de la detención domiciliaria designe a una persona allegada que cumplirá el rol de “garante”, de quien se espera que asuma las responsabilidades que no podrá sostener la mujer a causa de la restricción a la libertad ambulatoria. Este referente “garantizaría” la posibilidad de abrir las vías adecuadas y efectivas de acceso a los diversos recursos necesarios para el normal desenvolvimiento de la vida cotidiana de las mujeres detenidas y de sus hijas e hijos. Sin embargo, este mecanismo resulta insuficiente para efectivizar el acceso adecuado a recursos esenciales, pues, tal como sucede con otras dimensiones de la organización social de estas familias –previstas en forma tácita o expresa en las formulaciones del expediente penal– su vida cotidiana dista mucho del modelo cultural de la “familia nuclear ideal” que impera aún en el imaginario de las instituciones.

A continuación, se mencionarán los obstáculos que encuentran estas mujeres cuando pretenden ingresar al sistema laboral, educativo y de salud, como así también para ejercer el cuidado de sus hijos e hijas. Se ordenará su clasificación en función del ámbito del que proceden; así, se considerarán los que surgen del trabajo remunerado; de las transferencias monetarias vinculadas con programas sociales, y de los servicios de educación y salud.

Obstáculos para acceder a un trabajo remunerado

El 90% de las mujeres en arresto domiciliario no tiene una actividad

laboral remunerada; solo el 10% de las entrevistadas desempeña tareas en su domicilio, aunque sin continuidad y con magros ingresos. Estas últimas consisten en trabajos manuales –como ensamblado de artesanías y costura– que obtienen en la medida en que conservan vínculos con pequeños talleres textiles debido a su inserción laboral previa a la detención.

En este sentido, debe considerarse que para la enorme mayoría de estas mujeres el empleo en la cárcel constituyó su primera experiencia laboral formal que, por otra parte, consiste generalmente –en las unidades penitenciarias federales– en actividades que brindan escasa o nula capacitación para el trabajo. De tal forma, con una trayectoria laboral pobre o nula se espera que logren el acceso a empleos en su domicilio, con las limitaciones que además les impone la situación de privación de libertad.

En el 80% de los casos el principal ingreso de las unidades familiares proviene de empleos de alguno de los integrantes de su familia, sea conviviente o no⁷. Todas las mujeres entrevistadas coincidieron a la hora de enfatizar las dificultades que tienen para conseguir trabajos en su hogar y la imposibilidad de cumplir con las “recomendaciones” que reciben de los diversos operadores y operadoras del sistema de administración de justicia. Según refieren, es habitual que les indiquen que, para mejorar su situación económica y asumir “responsablemente” el rol materno, “arbitren medios” para ello. Una de las entrevistadas refería a la situación en estos términos: “vino la asistente social ayer y me dijo que me tengo que conseguir un trabajo porque dice que estoy ‘quedada’ acá todo el día, que no tengo proyectos... pero es que no sé cómo hacer... y me dijo que les diga a mis hermanas que avisen a los vecinos que estoy buscando trabajo en mi casa... que algo va a aparecer”.

Varias mujeres esperaban continuar en sus domicilios las tareas que desarrollaban en el penal. Suponían que existían mecanismos de articulación vigentes a cargo de las instancias que administran el trabajo remunerado dentro de las cárceles, con programas específicos para quienes cumplen

7 Este aporte puede implicar la transferencia directa de dinero o bienes, como mercadería y otros insumos para uso cotidiano. Ocasionalmente, también la red vecinal proporciona algún recurso no monetario. Dichos aportes no son regulares ni suficientes para el sustento familiar, ya que también los integrantes de la red socio-familiar y comunitaria con quienes se relacionan tienen ingresos irregulares e inestables en tanto pertenecen a estratos socioeconómicos desventajados.

detención domiciliaria. En este punto, vale destacar que meses después de la sanción de la ley N° 26.472, en algunas resoluciones judiciales que concedían el arresto domiciliario, se le ordenaba al Servicio Penitenciario Federal (SPF) que arbitrara los medios para garantizar que continuasen en sus hogares con el trabajo remunerado que realizaban en el penal. Sin embargo, al consultar desde la Defensoría General de la Nación a los referentes de las áreas laborales de distintas unidades carcelarias y de la Dirección Nacional del SPF, manifestaron que ese circuito no estaba previsto y que encontraban distintos impedimentos fácticos para su concreción, como por ejemplo, la carencia de personal y medios de transporte para la logística que implicaría, sobre todo por las distancias geográficas que debían cubrir.

Dado que las mujeres continúan privadas de la libertad y el Estado mantiene, en consecuencia, un rol de garante calificado, es preciso que se destinen los recursos económicos y humanos necesarios para asegurar la continuidad de las tareas laborales que realizaban las mujeres en la prisión (recursos que, además, no serán demasiados, si se tiene en cuenta que se trata de una población escasa de mujeres que cumplen el arresto en sus domicilios).

En los casos en los que las mujeres obtienen la posibilidad de un empleo fuera de sus hogares, los permisos judiciales para acudir al trabajo constituyen una forma de fortalecer el carácter resocializador de la pena privativa de la libertad. De este modo se expidió el Juzgado de Ejecución Penal del Tribunal Oral Federal de La Pampa, que autorizó a una mujer que cumplía arresto domiciliario a salir de su domicilio para concurrir a trabajar. Para resolver, subrayó que la ley N° 24.660 tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, y, para ello, “qué mejor que la nombrada participe en este emprendimiento productivo y pueda generarse ingresos para ayudar a su familia y así paliar en parte su angustiante situación”⁸.

Obstáculos para acceder a Programas Sociales

Con respecto a la accesibilidad a programas sociales, se puede señalar que la mayoría de estas familias accede a los denominados Programas de

⁸ Juzgado de Ejecución Penal del Tribunal Oral Federal de La Pampa, “Lucero, Saturnina Delinda s/prisión domiciliaria”, rta. 14/05/2009. En sentido similar, Tribunal Criminal N° 1, Necochea, “M. R. Néstor Horacio s/morigeración de la prisión preventiva”, rta. 29/06/2007.

Transferencias Condicionadas (PTC)⁹, tales como la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (en adelante, AUH), la que percibe casi la totalidad de las entrevistadas –con excepción de aquellas que son extranjeras y no tienen regularizada su situación migratoria¹⁰–; y otros programas sociales municipales o provinciales¹¹.

En relación con aquellas mujeres que son titulares de una pensión no contributiva, ya sea por discapacidad o por ser madre de siete o más hijos, cabe señalar que la ley N° 23.746 y el decreto N° 2.360/90, que es la normativa vigente para asignar estas prestaciones, restringe en forma expresa el acceso a quienes “se encuentren detenidas, a disposición de la justicia”. Las mujeres privadas de libertad en establecimientos penitenciarios o en sus domicilios, sean procesadas o condenadas, quedan excluidas de estas transferencias, lo que configura una grave vulneración de derechos, tanto para ellas como para sus hijos e hijas.

Sin perjuicio de los requisitos que cada uno de los programas establece, el principal problema para acceder a los derechos de la seguridad social reside en que la mayoría de las gestiones que se deben realizar para obtenerlos o sostenerlos son de carácter personal.

Si se toma como ejemplo la AUH, el acceso a su titularidad no es au-

9 Los PTC tienen origen en nuestro país como consecuencia de la crisis del año 2001, cuando el Estado los utilizó como medida de intervención social. En ellos se asigna, principalmente, a las mujeres de grupos familiares con niños, una transferencia dineraria a condición de certificar las condiciones de salud y educación de ellos.

10 El decreto N° 1602/09 del Poder Ejecutivo Nacional, que aprobó a fines de 2009 la Asignación Universal por Hijo, establece, entre otros requisitos, que para acceder a esta política social el niño sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente con residencia legal en el país no inferior a tres años previos a la solicitud y acreditar la identidad del beneficiario y del niño mediante el Documento Nacional de Identidad. La redacción del decreto no es clara y no establece con precisión si la exigencia de tres años de residencia es respecto de los padres o de las y los niños. En la práctica la restricción se impone cuando ambos o alguno de los progenitores carece del requisito.

11 Tales como el programa “Ciudadanía Porteña”, para aquellos que residen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; el “Plan más Vida”, implementado por el Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la provincia de Buenos Aires; y el “Programa de Responsabilidad Social Compartida Envión”, gestionado en forma conjunta por el Gobierno Nacional, el Gobierno de la provincia de Buenos Aires y los municipios del Conurbano bonaerense, destinado a jóvenes que están cursando la escolaridad formal con riesgo de deserción en función de su vulnerabilidad social.

tomático. Las mujeres deben solicitar una autorización judicial para presentarse ante la ANSES, lo que, a su vez, demanda que informen a la defensoría interviniente, especifiquen lugar y horarios de atención de las oficinas públicas, expliquen el motivo de la salida del domicilio, y esperen a que se efectivice la autorización. Asimismo, una vez obtenida la asignación, deberá acreditar que sus hijas e hijos reciben controles médicos regulares y sostienen su escolaridad, lo cual, en los contextos urbanos en los que estas mujeres habitan, agrega un mayor nivel de complejidad. Si las condiciones impuestas no se cumplen, se puede trabar el acceso e, inclusive, se puede perder en forma definitiva la prestación.

A fin de afrontar todas estas necesidades, las mujeres deben desarrollar estrategias para conciliar la privación de la libertad y los trabajos de cuidado de sus hijas e hijos con la gestión de trámites personales fuera del domicilio. Es claro que en este marco adquieren un papel relevante las redes informales de apoyo y reciprocidad, basadas en vínculos de parentesco o afinidad y solidaridad. De todas formas, aun cuando existan posibilidades de obtener colaboración, es importante tener en cuenta que estas redes tienen una capacidad de sostén limitado en función de sus propias necesidades y condiciones de vida. Al respecto, la “garante” de una de las mujeres entrevistadas comentaba:

[...] me dicen en la defensoría que L. ya no puede pedir más permisos, que ya le dieron autorización para ir al hospital y que hace poco fue a sacar el documento... entonces que yo tengo que ir a ANSES y explicarles que ella está con arresto domiciliario... pero yo no puedo llevar a sus hijos y a los míos a la escuela y además convencer a los de ANSES que me tienen que tomar el trámite a mí... y encima faltar a mi trabajo... Si hubiera sabido que esto era así, ni me ocupaba [...].

Como se dijo en el apartado anterior, el Estado mantiene un rol de garante calificado respecto de las mujeres privadas de libertad en sus domicilios. Entonces, con el fin de derribar los obstáculos para acceder a los programas sociales es necesario, por un lado, que las decisiones judiciales que otorgan el arresto domiciliario contemplen la concesión de los permisos necesarios para efectivizar la titularidad y continuidad de las prestaciones y, por otro lado, que las autoridades encargadas de gestionar estos programas contemplen las dificultades adicionales que enfrentan estas mujeres y diseñen mecanismos que faciliten su acceso a la seguridad social.

Exigencia de autorizaciones judiciales para acceder a servicios de salud

En cuanto a la atención de la salud, el total de las entrevistadas acude a efectores de salud pública y a centros de atención primaria locales para atender, principalmente, la salud de sus hijos e hijas. Su propia atención sanitaria aparece en un segundo plano y solo cuando la salud de ellos tiene una cobertura básica efectiva.

Las consultas en estos centros sanitarios se realizan si tienen que ver con trastornos ocasionales y en la medida en que las mujeres cuenten con redes informales de apoyo en sus familias o vecinos, que puedan realizar tanto las gestiones previas a la consulta como el pedido de turnos y acompañar luego a los niños y niñas.

Existen importantes dificultades para acceder a una atención sanitaria adecuada en el sistema público, en particular, en la provincia de Buenos Aires, las que se agravan en el caso de las mujeres en arresto domiciliario. La distancia de los centros de atención, la falta de equipamiento adecuado que las obliga a transitar por diferentes efectores para realizar estudios y consultas con especialistas, la escasa oferta horaria y los requerimientos administrativos y burocráticos para concretar las prestaciones son, entre otros, factores que complejizan el acceso a la salud de estas mujeres y sus hijos e hijas¹².

Por otro lado, la particular situación que tanto las mujeres como sus hijos e hijas han atravesado durante su encierro carcelario, y atraviesan luego durante la detención domiciliaria, imprime marcas en su subjetividad que pueden requerir un abordaje psicológico o psiquiátrico específico. Aquí deben señalarse los numerosos obstáculos que existen para el acceso a tratamientos en los servicios de salud mental de los hospitales y los centros públicos de salud, porque en esta área se complejizan todas las dificultades ya indicadas para los servicios generales de asistencia

12 Puede señalarse en este sentido lo que sucede con los turnos que deben gestionarse presencialmente, que, por otra parte, tienen una espera que va de los 30 a los 90 días – tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en el conurbano bonaerense– para efectivizar la consulta. Si bien existen turnos para atención inmediata, se habilita una cantidad de consultas ambulatorias muy limitada cada mañana, que siempre es notoriamente inferior a la demanda. De manera excepcional, las mujeres consiguen turnos telefónicos, pero la administración pública hospitalaria no cuenta con mecanismos institucionales formales para otorgarlos por esa vía.

médica. Sucede lo mismo en relación con los abordajes sobre el consumo problemático de sustancias psicoactivas.

En todas las situaciones relevadas surge, en forma palmaria, que se multiplican las dificultades para obtener el permiso de los juzgados cuando existe la necesidad de sostener un tratamiento continuo con visitas a profesionales diversos o prácticas de cierta complejidad. Algunas de las mujeres entrevistadas que tienen niños con afecciones crónicas –por ejemplo, discapacidades neurológicas– señalaron que solo cuando dispusieron de “permisos abiertos” pudieron sostener con regularidad los tratamientos indicados. Así, se advierten algunos cambios que se han ido suscitando a partir de la experiencia transitada y en las propuestas formuladas por las operadoras y operadores judiciales, interlocutores directos de estas mujeres. En los meses posteriores a la sanción de la ley N° 26.472, era habitual que se requiriera pedir un permiso para cada salida destinada a la atención de salud, lo cual implicaba una gestión que podía demorar no menos de diez días hasta que se concretaba. Después, en especial en aquellos casos que requerían consultas frecuentes e imprevistas por su cronicidad y complejidad, algunos tribunales optaron por autorizar a las mujeres a realizar esas consultas con el solo requisito de presentar luego un certificado del profesional interviniente que acreditara la necesidad de la consulta. De todas formas, hay que señalar que algunas autoridades judiciales continúan aplicando criterios muy restrictivos en este sentido.

A modo de ejemplo, se pueden mencionar aquellos casos en que jueces y juezas ordenan que integrantes de fuerzas de seguridad acompañen a las mujeres –y, eventualmente, a sus hijas e hijos– a las consultas que deban realizar. Este tipo de conducta no solo resulta preocupante por el carácter estigmatizante que conlleva para la madre y los niños y niñas, sino también porque la posibilidad de que tal consulta se efectivice queda supeditada a la disponibilidad de móviles y efectivos de las fuerzas de seguridad encomendados al “operativo”. El sesgo estigmatizante de este tipo de prácticas se refleja en el relato de una de las entrevistadas:

[...] yo había avisado que necesitaba ir a la ginecóloga hacía dos meses y un día aparecieron en la puerta de casa dos autos y un montón de policías... de esos que se visten de negro... me parece que eran del grupo GEOF... me dijeron que me iban a acompañar al hospital. Cuando llegué rodeada de policías, la gente me miraba como a una terrorista... por suerte mi hijo estaba en el jardín y no vio nada [...].

A fin de evitar tales situaciones, en muchas ocasiones las mujeres deciden no atender su salud. Frente a estos dilemas, la práctica de autorizar el acceso a los centros de salud con el único requisito de certificar la necesidad de la consulta se presenta como más razonable y respetuosa de los derechos en juego.

Interrupción de la formación educativa de las mujeres y limitaciones para acompañar el proceso educativo de sus hijas e hijos

Para un alto porcentaje de las entrevistadas resulta significativo que cumplir el arresto en el domicilio implicó la interrupción de sus estudios formales. Paradójicamente, muchas de ellas comentaron que el ámbito carcelario les resultó propicio para sostener la educación básica que habían abandonado siendo muy jóvenes, para dedicarse al trabajo reproductivo y al cuidado de sus hijas e hijos. En el marco del arresto domiciliario encuentran dificultades para retomar sus estudios, pues ello requeriría obtener permisos judiciales que consideran improbables, y por la demanda de tiempo y trabajo que les insume el cuidado de sus hijos.

Esta situación da cuenta de la necesidad de profundizar en la implementación de la ley N° 26.695 (capítulo VIII de la ley N° 24.660) y exigir el cumplimiento de las obligaciones estatales destinadas a garantizar el acceso de la población reclusa a la educación en todos sus niveles y modalidades. Así, se advierte que existe una subutilización de las herramientas que brindan los artículos 140, 141 y 142 de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena como mecanismos de reparación o restitución de derechos, en especial, para las privadas de libertad en sus domicilios.

La ley N° 26.695 dispuso, en forma expresa, que está prohibido restringir el acceso a la educación sobre la base de la modalidad de encierro –como, por ejemplo, el arresto en el hogar–¹³. En consecuencia, los tribunales están obligados por la normativa a conceder los permisos para iniciar o continuar los estudios a las mujeres que cumplen la de-

13 El artículo 135 de la ley N° 24.660 (según la reforma introducida por la ley N° 26.695) dispone: “El acceso a la educación en todos sus niveles y modalidades no admitirá limitación alguna fundada en motivos discriminatorios, ni en la situación procesal de los internos, el tipo de establecimiento de detención, la modalidad de encierro, el nivel de seguridad, el grado de avance en la progresividad del régimen penitenciario, las calificaciones de conducta o concepto, ni en ninguna otra circunstancia que implique una restricción injustificada del derecho a la educación”.

tención domiciliaria, y una resolución contraria violaría su derecho de acceso a la educación. Si se trata de personas condenadas, esa negativa aparejará un perjuicio adicional, pues impediría, además, el acceso al mecanismo reductor del encierro –el estímulo educativo, regulado en el artículo 141, ley N° 24.660–.

En cuanto a la educación de sus hijos e hijas, el traslado a los centros educativos es uno de los principales obstáculos que aparece para sostener la escolaridad. La mayoría de las mujeres entrevistadas coincidió en que este es un tema de difícil resolución y que condiciona la asistencia regular a clases. Debido a la prohibición de salida de su domicilio, deben contar con algún familiar o allegado que acompañe a sus hijas e hijos a la escuela, o ellos deben ir solos, ya que, además, la disponibilidad de transporte escolar es insuficiente¹⁴.

La posibilidad de contar con algún familiar o allegado para que acompañe a los niños a la escuela resulta una alternativa difícil de mantener en el tiempo. En general, quienes asumen esa tarea son otras mujeres, para las que agregar otra obligación diaria a las propias de su trabajo –reproductivo y, eventualmente, en el mercado laboral– implica una sobrecarga difícil de sostener. En otros casos, son las hermanas y hermanos mayores quienes deben acompañar a las más pequeñas y pequeños a la escuela, lo que implica una sobre exigencia para aquellos, que deben asumir responsabilidades que no siempre están en condiciones de cumplir. Los obstáculos que se registran para el traslado de niñas y niños a las escuelas condicionan fuertemente las posibilidades de asistencia a los centros de educación. A modo de ejemplo, una de las mujeres entrevistadas comentó que debió suspender por varios meses la asistencia de su hijo al jardín de infantes por no contar con alguien que lo acompañara a diario.

Frente a los obstáculos mencionados, es preciso generar políticas públicas orientadas a garantizar su escolaridad y que atiendan a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran tanto esos niños y niñas como sus madres. Por su parte, los juzgados deberían autorizar a las

14 El total de las mujeres entrevistadas envía a sus hijos e hijas a colegios públicos. La educación básica obligatoria se extiende desde el nivel inicial –desde los cuatro años en todo el territorio nacional, a partir de la sanción de la ley N° 27.045– hasta la secundaria, sin embargo, hay una limitada cobertura de establecimientos de doble jornada y la gestión privada es notoriamente mayor a la pública.

madres a acompañar a sus hijas e hijos a los establecimientos escolares cuando carecen de otras alternativas, en virtud de la obligación estatal de asegurar el derecho de niñas y niños a la educación, sin discriminación basada en la condición de sus padres¹⁵.

Otra cuestión relevante para las mujeres es la participación en algunas actividades vinculadas con la vida escolar de sus hijos e hijas, tales como las “reuniones de padres”, los actos escolares o la firma de boletines, entre otros. Estas actividades son exigencias propias de la rutina escolar y demandan la presencia de los padres, madres o adultos responsables, y su ausencia resulta un factor discriminatorio para los niños y niñas. Las mujeres con hijas e hijos pequeños comentaron la dificultad que representa para ellos atravesar esas instancias sin el acompañamiento de su madre; ausencias que interpretan como desamor o falta de interés.

Las actividades escolares imponen una asistencia frecuente que puede intensificarse en determinados momentos del calendario escolar o en aquellos casos en los que las y los docentes adviertan la necesidad de transmitir a los adultos responsables cuestiones relativas al desempeño escolar de sus hijos e hijas¹⁶. Tanto en la percepción de las propias mujeres como de las operadoras y operadores de justicia, la participación presencial en las actividades escolares no reviste la misma importancia que en otros servicios vinculados con el cuidado infantil. Así, cabe señalar que no es frecuente que en la escuela se conozca la situación de arresto domiciliario, ya que pocas mujeres la comunican al personal docente. Evalúan que el estigma resultante de que tal situación se haga pública puede generar discriminación que afecta la rutina escolar de los niños y niñas. Sin embargo, se advierte que cuando las escuelas están al tanto de la situación de la madre, los equipos docentes han reaccionado positivamente, han cooperado y flexibilizado ciertas pautas que involucran a los grupos familiares. Aun así, las mujeres que comunicaron a los establecimientos educativos que están viviendo en detención domiciliaria expresaron que sus hijas e hijos se sienten avergonzados y discriminados.

15 Cf. artículo 2.1, CDN.

16 Si bien podría ser materia de discusión, esta imperiosa demanda de presencia de las y los adultos cuidadores en las escuelas persiste en algunos establecimientos, ya que existe un escaso margen para generar modalidades de comunicación alternativas que incluyan a la diversidad de escenarios familiares posibles.

Las operadoras y operadores judiciales suelen obviar contingencias como las mencionadas, pasando por alto la obligación estatal de adoptar medidas de compensación a favor de las personas en situación de vulnerabilidad para asegurar un adecuado acceso a la justicia¹⁷.

2. Intervenciones institucionales durante el arresto domiciliario

Es necesario tener en cuenta que muchas de las mujeres acceden al arresto domiciliario luego de haber pasado algún tiempo alojadas en unidades penitenciarias. En general, el acceso a esta forma de detención no sucede a partir de su primera solicitud, sino luego de diferentes apelaciones judiciales, de manera que son varias las mujeres que retoman la crianza de sus hijos e hijas después de períodos prolongados de encierro carcelario.

Como es sabido, en el ámbito carcelario todos los aspectos de la vida cotidiana están sometidos al régimen “correcional”; en un mismo espacio físico se accede –aunque con enormes deficiencias y luego de gestiones sumamente formalistas– a instancias educativas, laborales, servicios médicos, entre otros.

Durante el arresto domiciliario, cada instancia del devenir diario, en la medida que implique una salida “extramuros”, continúa dependiendo de autorizaciones, órdenes o indicaciones de la autoridad, encarnada en múltiples operadores y operadoras.

Las mujeres entrevistadas resaltaron, en forma unánime, la importancia que adquirió la intervención de diversos actores institucionales para el acceso a bienes y servicios indispensables para garantizar el desarrollo de la vida familiar y, en particular, el cuidado de sus hijas e hijos.

El conjunto de agentes que intervienen es diverso y depende de la jurisdicción en que esté radicado el expediente penal; pero, en principio, las mujeres deberían tener como interlocutores al personal del juzgado o tribunal, a quienes ejerzan su defensa y a profesionales que hacen el control de la medida¹⁸.

17 Cf. Corte IDH, OC 16/99, óp. cit., párr. 115.

18 Por otra parte, en el área metropolitana es habitual que accedan a servicios adicionales, como el que brindan programas o comisiones de la Defensoría General de la Nación,

A continuación, se esbozarán consideraciones respecto de la intervención de algunos de estos organismos. Se comenzará por aquellos que funcionan en el ámbito del sistema de administración de justicia, se continuará con los que dependen de la administración, y se finalizará con las organizaciones sociales no gubernamentales.

Intervenciones desde el Poder Judicial y el Ministerio Público

Las mujeres que encontraron fluidez y buena recepción en sus defensorías o en las autoridades judiciales respecto de pedidos vinculados con necesidades cotidianas, así como con las y los profesionales que ejercen el control y seguimiento sobre el cumplimiento de la medida, tuvieron mejores posibilidades de acceder a servicios de forma oportuna. Si bien ello no modificó sus escenarios, signados por la carencia de recursos materiales, fue señalado como un factor simbólico relevante. En cambio, quienes percibieron que los pedidos generaban malestar en sus receptores optaron por “no molestar... porque es como que se enojan cada vez que pido un permiso, por eso prefiero aguantarme... no ir a mi ginecólogo mientras pueda aguantar... a ver si me mandan de nuevo a la cárcel y pierdo de nuevo a mis hijos”.

Muchas mujeres manifestaron sentirse más desprotegidas en su domicilio que en la unidad penitenciaria de la que provienen. Así lo describió una de ellas:

Cuando me dolía la cabeza, me acercaba a enfermería y tenía una aspirina a mi disposición, ahora estoy acá, encerrada con los chicos y no tengo quien vaya hasta la farmacia de la esquina a comprármela, y ni hablar de otras cuestiones más complicadas... como seguir estudiando o trabajar, que ni me animo a mencionar porque la asistente social me dijo que no abuse de la paciencia del tribunal.

Existe, en este aspecto, una diversidad de criterios para habilitar los permisos y para establecer las condiciones en las que la mujer puede salir de los límites de su domicilio; estos criterios están librados a parámetros inciertos y velados de las operadoras y operadores del sistema de administración de justicia. La arbitrariedad puede dar lugar a situaciones

el Programa de Atención a Niñas y Niños con Mamás en Situación de Detención –de la Secretaría Nacional de Niñez y Familia– y la Asociación Civil y Cultural Yo No Fui.

por completo irracionales: una de las mujeres, durante la entrevista que mantuvimos en su domicilio, mencionó lo difícil que le resultaba decirle a su hija de tres años que no podía salir al patio de su casa a jugar al sol cuando la niña se lo pedía. Luego de que le explicamos que la restricción de libertad regía solo para el ámbito exterior a su vivienda, comentó que la trabajadora social que la visitaba todos los meses le había señalado expresamente que tenía prohibido salir al patio por el riesgo de que la vieran los vecinos.

A su vez, varias mujeres en arresto domiciliario que solicitaron permiso al juzgado para realizar cursos de capacitación en la sede de la organización social y comunitaria Yo No Fui obtuvieron resultados diferentes: algunas de ellas fueron autorizadas a concurrir por sus propios medios; otras, solo en la medida en que fueran escoltadas por personal de fuerzas de seguridad, y una perdió la posibilidad de participar en dichos talleres porque el juez consideró que no había disponibilidad de Gendarmería para realizar los traslados. Pero, paradójicamente, en la mayor parte de los casos en los que se cursaron esos pedidos, las mujeres nunca recibieron respuesta, pese a los reiterados reclamos presentados desde la organización y la Defensoría General de la Nación, con lo que perdieron la posibilidad de acceder a la capacitación laboral.

Intervenciones desde el Poder Ejecutivo y organizaciones sociales

El “Programa de Atención a Niñas y Niños con Mamás en Situación de Detención”, que funciona en la órbita de la Dirección Nacional de Protección y Promoción de Derechos de la SENNAF, brinda asistencia a las hijas e hijos de mujeres privadas de libertad, tanto en la prisión como en su domicilio, y constituye un recurso fundamental para la población que nos ocupa.

Entre otras tareas, el personal del Programa, conformado por un equipo interdisciplinario de trabajadoras sociales y psicólogas, concurre a las viviendas para evaluar la situación de los niños y niñas; realiza enlaces con efectores de salud y educación cuando es necesario; se comunica con los organismos judiciales a fin de transmitir sus diagnósticos cuando surgen problemáticas particulares que exigen que se autorice a las progenitoras a salir de su domicilio; y gestionan el acceso de las mujeres especialmente vulnerables a subsidios económicos¹⁹.

19 Este Programa tiene por destinatarios, además, a niños y niñas de hasta cuatro años

El equipo del Programa sostiene, además, una estrategia de gestión asociada con el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y con la Asociación Civil Yo No Fui por medio del “Programa de Becas de Capacitación para Mujeres con Arresto Domiciliario”, que implica, aparte de la formación laboral específica, el acceso a una suma dineraria por un lapso determinado.

El programa se desarrolló durante 2012 con una población de doce mujeres en prisión domiciliaria, y se priorizó a aquellas que eran el sostén económico de sus familias. En septiembre de 2013, se inició un nuevo período anual con capacitación en diseño textil, encuadernación artesanal, serigrafía y periodismo. El número de destinatarias fue también de doce mujeres, la mitad pertenecía al grupo anterior, de manera que solo hubo cupo para incorporar a seis nuevas integrantes. Durante 2014, se repitió la experiencia, con alrededor de veinte becas. Vale aclarar que el cupo total de becas tiene por destinatarias no solo a mujeres con arresto domiciliario, sino también a quienes están en el período de salidas transitorias o libertad condicional. Por esta razón, las primeras constituyen un grupo muy reducido, que está lejos de abarcar al total de las que se hallan cumpliendo esta medida alternativa.

El objetivo de esta iniciativa es que las mujeres incorporen los conocimientos y la práctica necesarios para el libre y efectivo ejercicio del oficio que desarrollen. Por otra parte, las operadoras de la SENNAF realizan un acompañamiento que puede implicar estrategias de fortalecimiento de vínculos.

En el futuro, está previsto incluir a sus familiares en los talleres, a fin de incentivar los proyectos familiares autogestivos como forma de generación de ingresos. A su vez, en las sedes de capacitación existe un ámbito destinado al cuidado de los niños y niñas, con equipamiento y personal especializado.

3. Conclusiones

Así planteado el escenario, si se consideran las trayectorias vitales de las mujeres en conflicto con la ley penal, la trascendencia de la pena sobre ter-

que conviven con sus madres en la Unidad 31 y también a aquellos que, cumplidos los cuatro años –edad límite de permanencia en los establecimientos federales–, deben insertarse en otro ámbito mientras dure la detención de su madre. De tal forma, sus objetivos exceden aquellos que se mencionan, vinculados estrictamente con los niños y niñas cuyas madres están cumpliendo prisión domiciliaria.

ceros que dependen de ellas y la irracionalidad de la cárcel como modalidad punitiva hegemónica, sin dudas, la ampliación del régimen de arresto domiciliario, promovida por la ley N° 26.472, resulta una vía adecuada para favorecer la cobertura de los derechos fundamentales de grupos vulnerables.

Sin embargo, esta vía será efectiva en la medida en que se les garanticen a las mujeres los medios y los recursos necesarios para su subsistencia en un marco de autonomía mínima. Solo así los objetivos de resocialización de la pena, de protección de la familia y de garantizar el interés superior de los niños y niñas pueden ser entendidos como algo más que una formulación de principios.

Ello representa un reto muy significativo, pues en los sectores populares, aun si no tuvieran las restricciones que les impone el sistema penal, las trayectorias laborales femeninas son muy precarias por el solo hecho de estar a cargo de hogares monoparentales. Al ser las principales encargadas del cuidado de sus hijos e hijas y del trabajo doméstico no remunerado, la participación de las mujeres en el mercado de empleo suele ser informal e intermitente, pues está sumamente condicionada al ciclo de vida familiar.

A partir de las experiencias relatadas por las entrevistadas, surge con claridad que las tareas de cuidado directo e indirecto de sus hijas e hijos dependen no solamente de los recursos propios de la familia, sino, sobre todo, de la disponibilidad de bienes y servicios existentes a partir del diseño de políticas públicas vinculadas al cuidado infantil y, en estos casos, de las políticas del sistema penal que aparecen en este marco y de las que despliegan otros organismos.

Como se dijo, si bien la detención domiciliaria representa la posibilidad de liberarse del encierro despersonalizador de los muros, el ritmo de la organización cotidiana continúa marcado por gestiones formales, autorizaciones o indicaciones que ya no dependen de la autoridad penitenciaria, sino de la autoridad judicial y de los actores institucionales que intervienen en el contexto particular de este instituto.

Por otra parte, resulta paradójico que en la cárcel cuenten con la posibilidad de insertarse formalmente –en muchos casos, por primera vez en sus vidas– en el sistema educativo y laboral, y que el acceso a una forma morigerada de privación de la libertad empeore la situación de estas mujeres, en la medida en que allí carecen no solo de la libertad ambulatoria,

sino de toda autonomía económica. Como ya fue señalado, la acción punitiva del Estado genera sobre las mujeres un plus de castigo vinculado a condiciones de género. En la aplicación del instituto de arresto domiciliario, parecería que la esencialización del rol materno –uno entre los numerosos mitos y prejuicios que se cristalizan en la regulación de la vida de las mujeres– implica que su sola presencia en el hogar es garantía de que habrá allí una “madre proveedora”, es decir, alguien que *naturalmente*, sin recursos económicos y con limitada interacción con efectores de servicios, podrá desplegar las acciones necesarias para dar a sus hijos e hijas una tutela de la que el Estado no debería desentenderse.

Sin embargo, y aun cuando son muchos los desafíos que restan para brindar a esta población una asistencia acorde con sus necesidades y derechos, en el tiempo transcurrido desde la sanción de la ley N° 26.472 se han creado algunas instancias –como el Programa de atención a niños/as con madres en situación de detención, cogestionado por Yo No Fui, la SENNAF y el Ministerio de Trabajo– y estrategias de coordinación y articulación de diversas agencias del sistema de administración de justicia y de organizaciones sociales que representan prácticas que es preciso profundizar para garantizar en forma adecuada los derechos en juego.

Conclusiones

La visibilidad que obtuvo en los últimos años la afectación diferenciada que padecen las mujeres privadas de libertad –con particular atención en aquella generada por sus responsabilidades familiares– motivó una genuina preocupación por parte de actores y organismos del derecho internacional de los derechos humanos. Ello se traduce en un incipiente desarrollo de pronunciamientos, observaciones y recomendaciones que van delineando estándares específicos en la materia.

La tendencia que se advierte promueve medidas alternativas a la privación de la libertad o, cuanto menos, a la cárcel, como forma de asegurar la vigencia de los derechos de las mujeres en conflicto con la ley penal y los de sus hijas e hijos. En esta línea, los derechos a la igualdad y no discriminación; a la dignidad; a la integridad personal; a una vida digna; al resguardo de la unidad familiar; a la protección especial del embarazo y del interés superior de niñas, niños y adolescentes; así como la proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el principio de trascendencia mínima de la pena, conforman un sólido plafón para sustentar la procedencia de medidas opcionales a la privación de la libertad o, en caso en que esta se disponga, al encierro en la prisión.

En el ámbito nacional, es necesario avanzar en el reconocimiento y acceso efectivo a penas opcionales a la privación de la libertad, en particular, cuando se trata de mujeres con responsabilidades de cuidado o con historias de violencia, en consonancia con los avances registrados en el sistema internacional. En tanto, sí hubo un adelanto importante respecto del lugar donde cumplir la privación de la libertad. La ley N° 26.472, promulgada en enero de 2009, extendió los supuestos del arresto domiciliario a ciertos grupos considerados vulnerables y, sobre todo, a aquellos especialmente afectados por la dinámica carcelaria. En lo que aquí interesa, la ley habilitó a las juezas y jueces a disponer el arresto domiciliario de las

mujeres embarazadas o madres de niñas y niños menores de cinco años de edad, o a cargo de personas con discapacidad. La sanción normativa constituyó un paso significativo porque implicó reconocer las diferentes experiencias y necesidades por razones de género y facilitó el acceso de mujeres embarazadas o madres de niñas o niños pequeños a un régimen de privación de la libertad menos lesivo. Con esta iniciativa, el país se convirtió en pionero en la materia.

Sin embargo, un análisis de las resoluciones judiciales demuestra que aún persisten serias dificultades para el acceso efectivo al instituto de la prisión domiciliaria. Las limitaciones encontradas son de distinto tenor y tienen, como efecto común, la invisibilización de las necesidades y derechos de grupos en situación de extrema vulnerabilidad, lo cual constituye un supuesto de discriminación.

Una primera categoría de obstáculos se vincula con una interpretación restringida e inadecuada de la norma, que desatiende la finalidad del instituto, los objetivos que persigue y, principalmente, los estándares internacionales de derechos humanos que deben guiar su hermenéutica. Si bien la ley N° 26.472 presenta una técnica legislativa defectuosa, se han detectado decisiones judiciales que limitan sustantivamente sus alcances.

La norma es *inflexible* al estatuir un tope etario respecto de la edad de las hijas e hijos de las reclusas, e *imprecisa* al no definir claramente quiénes son los sujetos que quedan abarcados por ella. Pero, a la hora de determinar sus contornos, la normativa internacional y los pronunciamientos de los organismos de aplicación representan una constricción para la exégesis judicial, que muchas veces no es respetada por los tribunales. En este punto, se encontraron resoluciones judiciales que interpretan de una forma rígida el límite de edad contemplado en la ley N° 26.472, o que requieren ciertos grados de discapacidad no precisados en la norma, lo que impide el acceso al arresto domiciliario de madres de niñas y niños mayores de cinco años, o a cargo de personas con discapacidad en grados que “no resultan suficientes” para los tribunales.

Respecto de la caracterización del instituto, distintas sentencias analizadas entienden a la prisión domiciliaria como un *beneficio* de carácter excepcional y no como un *derecho* que corresponde a las mujeres encarceladas que satisfacen los supuestos establecidos legalmente. Esas interpretaciones distorsionan los supuestos de procedencia y restringen el acceso a un universo

muy acotado de personas, al tiempo que desconocen que el encierro carcelario, lejos de ser la regla, es una medida de coerción de *ultima ratio*.

Por su parte, diversos pedidos de prisión domiciliaria suelen ser rechazados por los tribunales porque no se acreditan algunos extremos que no están exigidos en la ley. Con frecuencia se evalúa como criterio de procedencia del arresto domiciliario la inexistencia de riesgos procesales, lo cual confunde este régimen con institutos liberatorios, tales como la excarcelación. Así, se integran al razonamiento judicial apreciaciones relacionadas con asegurar los fines del proceso, lo que acarrea la reedición de aquello que fuera materia de evaluación a la hora de disponer la procedencia de una detención preventiva. Este problema se agrava en un contexto donde, además, se tiende a analizar con suma laxitud la procedencia de la detención cautelar. También se restringe la procedencia del arresto domiciliario en función de las características del delito imputado, lo que implica la introducción de criterios sustantivistas, no permitidos por la ley, ya que esta no introduce distinciones vinculadas con el delito imputado.

Otro recaudo que suelen exigir los tribunales y que no está contemplado en la ley se refiere a la acreditación de una situación de desamparo de los hijos e hijas de las mujeres que solicitan su detención en el domicilio. En distintos casos, se pudo apreciar que se rechazó la solicitud de arresto domiciliario por entender que la situación de los hijos e hijas no era de “abandono total” y existían cuidadores alternativos, sin considerar que la convivencia con sus madres podría repercutir positivamente en su desarrollo pleno y, de tal forma, satisfacer su “interés superior”. En estas resoluciones, se impone que se acrediten cuestiones que no son exigidas por el ordenamiento jurídico vigente, y se diluye la efectividad del instituto como instrumento de tutela de los derechos de la infancia y de las mujeres encarceladas. Asimismo, y con independencia de la edad de los niños y niñas, el análisis de su “interés superior” se suele realizar a espaldas de los estándares convencionales y de las observaciones de los órganos de monitoreo supranacionales.

Tampoco consideran el interés superior del niño o niña las decisiones judiciales que invocan la suspensión de la patria potestad contemplada por el artículo 12 del Código Penal frente a condenas a más de tres años de prisión, como argumento para denegar las peticiones de arresto domiciliario. Esta clase de interpretaciones vacía de contenido a las dispo-

siciones introducidas por la ley N° 26.472, que prevé la procedencia del arresto domiciliario para el caso de mujeres que resulten condenadas a penas de encierro.

Por último, existe un aspecto que opera como trasfondo de los obstáculos reseñados y condiciona la interpretación legal de forma tal que no cualquier mujer califica para acceder al arresto. En la mayoría de las resoluciones analizadas, operan –abierta o solapadamente– estereotipos sobre las mujeres que cometen delitos, que son leídas como “peligrosas” o “malas madres”. Según ese preconceito, representan una real o potencial mala influencia para sus hijas e hijos. En estas resoluciones, se filtran valoraciones subjetivas acerca del modo en que las mujeres deberían ejercer su maternidad. Estos criterios dicen más sobre los prejuicios de las operadoras y operadores jurídicos, que sobre la necesidad de estudiar las características particulares de cada caso y, sobre esa base, determinar el modo concreto en que tanto el encarcelamiento como la detención domiciliaria impactan en las hijas e hijos de las mujeres privadas de libertad.

Una segunda categoría de obstáculos se vincula con el rol que juegan, en el razonamiento judicial, distintas circunstancias que hacen al contexto y condiciones de vida de las mujeres encarceladas. Así, cuando se supera la discusión sobre si la persona encuadra en alguno de los supuestos previstos por la norma, se presentan impedimentos materiales o estructurales que obstaculizan el arresto domiciliario.

En tal sentido, varias resoluciones judiciales analizadas rechazan los pedidos por la inexistencia de una vivienda, o por considerar que las ofrecidas no reúnen ciertos requisitos que las hagan aptas (como la infraestructura y ubicación del domicilio), o que el grupo familiar carece de recursos económicos para sustentar los gastos de subsistencia. En el caso de las extranjeras sin residencia previa en el país, estas exigencias funcionan como impedimentos estructurales, pues a la ausencia de un domicilio y de contención familiar, se suman otros factores que operan como barreras de acceso, como la falta de arraigo, de una ocupación laboral y de vínculos afectivos.

Las resoluciones analizadas ejemplifican el modo en el que las juezas y jueces utilizan la vulnerabilidad social y económica de las detenidas para impedir el acceso a la prisión domiciliaria, aun cuando las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos econó-

micos, sociales y culturales, junto con su especial obligación de garantía respecto de las personas detenidas, imponen intervenciones en sentido contrario. De acuerdo con los avances internacionales, los tribunales no pueden liberarse de sus deberes, entre ellos, el de adoptar todos los medios necesarios –incluso medidas sociales y asistenciales, por intermedio de los organismos que correspondan– para asegurar la efectiva concreción del arresto domiciliario. En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, resulta claro que no pueden trasladarse los efectos de la vulnerabilidad social a las propias personas vulneradas.

Una tercera categoría de obstáculos guarda relación con el abordaje de las problemáticas que aparecen una vez que se concede el arresto domiciliario. Por las mismas características de las barreras, en este caso la fuente primaria de información no han sido las resoluciones judiciales, sino la propia palabra de las mujeres que accedieron al instituto y especificaron las dificultades que han debido afrontar para obtener un trabajo remunerado, continuar con los estudios que realizaban intramuros, recibir un tratamiento médico o cuidar de sus hijos e hijas.

Si bien la detención domiciliaria representa la posibilidad de liberarse del encierro carcelario y de las condiciones que lo rigen, el ritmo de la organización cotidiana continúa marcado por gestiones formales, autorizaciones o indicaciones que ya no dependen de la autoridad penitenciaria, sino de la autoridad judicial y de otros actores institucionales vinculados con la ejecución del régimen. Las experiencias de quienes han podido acceder al arresto domiciliario ejemplifican la ineficiencia estatal para garantizar el acceso a derechos como a la salud, al trabajo y a la educación, incluso de manera elemental y comparable al que se tenía en prisión. A menudo, estas falencias son cubiertas por esfuerzos de la sociedad civil y por un puñado de instituciones especializadas.

En conclusión, sea por interpretaciones inadecuadas de la norma, por la existencia de obstáculos estructurales, por la persistencia de estereotipos de género, por problemas de ejecución del instituto, o por una combinación de las categorías de impedimentos reseñadas, la ley N° 26.472 continúa siendo inaccesible para muchas de las mujeres embarazadas, con hijos o hijas menores de edad u otras personas con discapacidad a su cargo, así como para las extranjeras y las que no cuentan con una posición económica y social que asegure el derecho a ciertas condiciones mínimas.

Estas restricciones conviven con otras buenas prácticas encontradas en el marco de esta investigación, las que deben profundizarse para satisfacer los derechos de las mujeres y de la infancia, y convertir a la ley N° 26.472 en algo más que un *derecho de papel*. Así, los obstáculos señalados coexisten con otras líneas jurisprudenciales que flexibilizaron los requisitos de procedencia, como el límite etario o la determinación de quienes pueden ser titulares del derecho. Mediante esas interpretaciones amplias se reconoce que si bien los roles de cuidado son asumidos prioritariamente por las madres, los cambios evolutivos en la composición familiar los depositan también en otras mujeres y en varones. Atender a esa circunstancia no solo amplía el acceso, sino que mejora las posibilidades de erradicar estereotipos de género rígidos y cristalizados. También se hallaron decisiones judiciales que analizan el “interés superior” de niños y niñas de formas más acordes con los estándares internacionales que rigen la materia, y que pregonan la admisibilidad del arresto cuando se encuentran afectados niñas y niños mayores de cinco años, sin exigir que se acredite una situación de desamparo total.

Desde esa comprensión más amplia y compatible con los principios internacionales de derechos humanos, también se rechazaron intentos de restringir la procedencia del instituto en virtud de requisitos que no están previstos en la ley, por ejemplo, se señaló la improcedencia de la invocación de riesgos procesales o del *quantum* de la pena para rechazar los pedidos de arresto domiciliario.

En materia de protección de los derechos de las extranjeras y de sus hijas e hijos, se encontraron decisiones judiciales que hicieron lugar a estrategias de defensa novedosas e imaginativas, y permitieron que las mujeres condenadas puedan regresar a su país de origen sin esperar a que se cumpla la mitad de la condena.

Asimismo, en lo que atañe a la existencia de obstáculos estructurales y a las dificultades de ejecución del arresto domiciliario, si bien son escasas las buenas prácticas detectadas, las líneas de intervención futuras deben apostar a fortalecer instancias gubernamentales y no gubernamentales, y a favorecer estrategias de coordinación entre sí y con las agencias del sistema de administración de justicia. Estos obstáculos constituyen la manifestación más acabada de la necesidad de articular las decisiones judiciales con las decisiones de políticas públicas, en particular, en el terreno social, económico y productivo. Esa articulación, a juzgar por los resulta-

dos de la presente investigación, es un espacio todavía inexplorado, pero que resulta fundamental para llevar el derecho al arresto domiciliario a una realización práctica, e incluso para hacer un uso más eficiente de los recursos públicos. Aun cuando las juezas y los jueces cuentan con herramientas para garantizar el acceso al régimen, para ordenar medidas positivas en favor de sus titulares y para comprometer a otros actores institucionales, no es una práctica frecuente utilizar este tipo de intervenciones.

Se espera que la presente investigación constituya un insumo útil para tomar en serio los derechos de las mujeres privadas de libertad y los de su grupo familiar, y se favorezca, de esta forma, el acceso a formas morigeradas de encierro. La mayor vulnerabilidad de las mujeres encarceladas y de sus hijos e hijas a cargo impone sobre todos los poderes del Estado el deber de adoptar todas las medidas a su alcance para hacerlo.

Sumarios de Jurisprudencia

MADRES DE NIÑOS/AS MENORES DE CINCO AÑOS

Arresto domiciliario – Procedencia – Mujer extranjera madre de dos niños menores a cinco años – Valoración del tratamiento penitenciario, del monto de la pena y la naturaleza del delito – Trato humanitario

Hechos:

J.A.D.M era una mujer de nacionalidad dominicana que vivía en Argentina con sus dos hijos menores de cinco años. El padre de los niños no tenía contacto con ellos. Cuando J.A.D.M. fue detenida los niños quedaron a cargo de una amiga de ella, quien, a raíz de haber sufrido un ACV, quedó inhabilitada y no pudo seguir cuidando de ellos. El Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4 hizo lugar al pedido.

Sumario:

La aplicación de la normativa vigente en la materia, no se vincula con el régimen progresivo previsto para la ejecución de penas privativas de libertad, por cuanto constituye una modalidad distinta y excepcional de su cumplimiento, al punto que se puede otorgar independientemente de la evolución que hubiese presentado el condenado en su tratamiento individual carcelario, del monto de la pena impuesta y de la naturaleza del delito que hubiese cometido, priorizando condiciones más dignas en el modo de cumplir la condena humanizando el castigo, antes que el aseguramiento pleno que ofrece la prisión.

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, Causa N° 34.340/2010, "J.A.D.M.", rta. 20/01/2014.

Arresto domiciliario – Procedencia – Hijos menores y mayores a cinco años – Interés superior del niño – Protección del vínculo materno-filial – Desmembramiento del grupo familiar

Hechos:

Al momento de su detención, Susana Saavedra Balcazar tenía seis hijos a su cargo, dos de ellos menores a cinco años. Los niños vivían con la madrina de la Sra. Saavedra Balcazar, ya que el padre también se encontraba detenido. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy denegó la solicitud de prisión domiciliaria tras invocar peligro de fuga y, contra dicho pronunciamiento, se interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso, revocó la resolución recurrida y otorgó la prisión domiciliaria.

Sumarios:

1. Para resolver el pedido de detención domiciliaria habrá de ceñirse a la concreta aplicación de los preceptos contenidos en el artículo 10 del Código Penal y en los artículos 32, inciso f, 33 y 34 de la ley N° 24.660 –modif. ley N° 26.472–, normativa ésta que deberá ser ponderada junto con los preceptos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Carta Magna por el artículo 75 inciso 22 –específicamente–, el principio rector del “interés superior del niño” contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (del voto del juez Gemignani).
2. El derecho que asiste a los menores de crecer dentro del seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que habrá de ser evaluado en cada caso analizando sus características particulares (cf. CNCP, Sala III, “Herrera, Mara Daniela s/ rec. de casación”, rta. 5/6/2008, reg. N° 696/08). Por ello se comprende el estado de angustia emocional al que sin lugar a dudas se encuentran sometidos los niños –especialmente, los de temprana edad– cuando ocurren situaciones como se dan en el caso de autos que, como consecuencia de una medida restrictiva de la libertad impuesta contra los padres, se ven afectados de alguna manera los niños (voto del juez Gemignani).
3. El arresto domiciliario permitiría que el hijo menor de edad de la imputada pueda convivir con su mamá en un ámbito más propicio para

el desarrollo de éstos, donde ésta podría incluso interactuar con sus otros cuatro hijos mayores de edad, ambiente en el que todos los niños permanecerían juntos (voto del juez Hornos).

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

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 299/2013, "Saavedra Balcazar, Susana s/ recurso de casación", rta. 30/08/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Niño menor a cinco años – Interés superior del niño – Preservación del vínculo materno filial – Límite legal de cinco años – Principio pro persona

Hechos:

El juez de ejecución otorgó el arresto domiciliario a Clarisa Noemí Marasco, quien era madre de un niño de tres años, en virtud del artículo 32 inciso f de la Ley N° 24.660. Sin embargo, también dispuso su reingreso a la Unidad IV de Mujeres una vez que su hijo cumpliera los cinco años que prevé la ley, de modo de cumplir los tres meses que quedarían pendientes de ejecución de la pena privativa de libertad bajo el régimen de semidetención. Contra dicha resolución la defensa interpuso recurso de casación, el cual fue concedido. La Cámara anuló el punto resolutivo de la sentencia que dispuso su reingreso a la unidad carcelaria, y mantuvo la prisión domiciliaria.

Sumarios:

1. La decisión de disponer automáticamente el regreso de Marasco a la unidad una vez cumplidos los cinco años de su hijo menor, se basa en una interpretación restrictiva de la ley, en desmedro del interés superior del niño (artículo 3.1, CDN, artículo 75, inciso 22, CN).
2. Una correcta exégesis de la normativa, permite concluir que las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos meno-

res de edad, tienen derecho a que se conceda el arresto domiciliario, con el fin de preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana. De modo tal que, cuando se den los supuestos previstos en la ley, la concesión de la medida debe constituir la regla.

3. Teniendo en miras el interés superior del niño y el *principio pro homine*, el límite legal de cinco años previsto por la ley debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse *ex ante* en forma automática para todos los casos, pues claro está que un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario. En todo caso, esa circunstancia debe ser analizada y valorada en atención a las particularidades de cada supuesto en el momento oportuno.
4. El artículo 32 inciso f de la ley N° 24.660 ha sido creado como un supuesto de ampliación de derechos sobre la base de una norma de rango superior (interés superior del niño). Por ese motivo, esa misma regulación no puede constituir la base para restringir aquellos derechos.

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

Arresto domiciliario - Procedencia del recurso extraordinario federal - Niño menor a cinco años

Hechos:

Ana María Fernández solicitó el arresto domiciliario por tener un niño pequeño que residía con ella en el penal, quien se encontraba en período de lactancia. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 rechazó el pedido. Recurrida la denegatoria ante la Cámara Federal de Casación Penal, la Sala de Feria confirmó la resolución por comprender que el niño no se encontraba en situación de desamparo ni de inseguridad moral o material, y que la pareja de Fernández podría hacerse cargo del niño. Contra dicha resolución se interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema hizo lugar al recurso, declaró que la sentencia era arbitraria y envió a dictar una nueva, con los alcances señalados en su pronunciamiento.

Sumarios:

1. Si bien el fallo impugnado no reviste el carácter de sentencia definitiva, debe ser equiparado a ella por cuanto habida cuenta de su naturaleza y consecuencias, podría generar perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior, derivado de la frustración de los derechos que se invocan.
2. El *a quo* no solo ha omitido tratar el agravio formulado por la parte en cuanto a que la decisión de denegar el arresto domiciliario estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio, sino que también se ha limitado a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad de arresto domiciliario.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Exptes. F. 67. XLIX y F. 74. XLIX, "Fernández, Ana María s/ causa nro. 17.156", decisión mayoritaria de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, rta. 18/06/2013.

Arresto – Procedencia – Niño menor a cinco años - Interés superior del niño – Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos – Protección del núcleo familiar – Permanencia de niños/as en prisión – Niño lactante

Hechos:

Ana María Fernández solicitó el arresto domiciliario por tener un niño pequeño que residía con ella en el penal, quien se encontraba en período de lactancia. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 rechazó el pedido; recurrida la denegatoria ante la Cámara Federal de Casación Penal, la Sala de FERIA confirmó la resolución por comprender que el niño no se encontraba en situación de desamparo ni de inseguridad moral o material, y que la pareja de Fernández podría hacerse cargo del niño. Contra dicha resolución se interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema hizo lugar al recurso, declaró que la sentencia era arbitraria y envió a dictar una nueva, con los alcances señalados en su pronunciamiento. La Cámara Federal de Casación Penal, de acuerdo con el fallo de la Corte, otorgó la prisión domiciliaria.

Sumarios:

1. El artículo 32 inciso f de la ley N° 24.660 encuentra sustento en diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos tales como el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los artículos 9, 18, 19 y 24 inciso d) de la Convención sobre los Derechos del Niño.
2. La letra de la ley es clara en lo siguiente: no establece que por el solo hecho de comprobarse alguno de los extremos previstos en el artículo deba cesar el encierro en un establecimiento penitenciario y concederse el arresto domiciliario, sino que lo sujeta a la apreciación judicial. Sin embargo, no es una facultad librada a la discrecionalidad del juez, sino que, como toda decisión que conceda, deniegue, o revoque un derecho, esta forma de cumplimiento de la pena de prisión debe estar fundada en la consideración de las circunstancias particulares de cada caso. Es así que el pronunciamiento jurisdiccional deberá ser sustentado en la finalidad de protección que fundamenta la norma, ponderándose en todo momento las características subjetivas y objetivas del caso, en pos del principio rector significado por el interés superior de la niña. Este último aspecto representa, entonces, una pauta de interpretación que no puede ser ignorada.
3. En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.
4. El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana. Cabe tener presente que en el caso de autos, se

trata de un niño que actualmente tiene un año y un mes edad, que al momento de iniciarse este incidente se encontraba en período de lactancia, y que Fernández es la madre biológica que lo amamantaba, más allá de la posible contención familiar que pudiera tener el niño por fuera de ella.

5. Los problemas de salud sufridos por el bebé aconsejan alejarlo de los riesgos que para él acarrea vivir en una prisión, máxime teniendo en cuenta las condiciones de alojamiento que constan en los informes agregados al expediente.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 17.156, "Fernández, Ana María s/ recurso de casación", voto del juez Hornos al que adhieren los jueces Borinsky y Madueño, rta. 12/07/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Niños menores y mayores a cinco años – Principio de intrascendencia de la pena

Hechos:

Gisela Córdoba se encontraba detenida junto con su hija de cuatro meses de edad, quien sufría problemas de salud agravados por las condiciones del ámbito carcelario. Además, tenía dos hijos de nueve y doce años que habían quedado a cargo de la abuela materna. Los niños pasaban varias horas en el domicilio sin ningún adulto, debían trasladarse solos hasta el establecimiento educativo y habían disminuido el rendimiento escolar desde el encarcelamiento de su madre. El Tribunal Oral de Menores N° 1 denegó el pedido de arresto domiciliario presentado por la defensa, lo que motivó la presentación de un recurso de casación. La Cámara resolvió hacer lugar al recurso, anular la resolución recurrida y conceder el arresto domiciliario a Gisela Córdoba.

Sumarios:

1. El arresto domiciliario constituye una solución más aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica un desmedro que trasciende las restricciones propias de la ejecución de la pena.
2. La búsqueda de alternativas, para evitar las consecuencias que im-

plica el encierro carcelario, es una de las reglas por las que se debe velar. Por ello, evaluar la posibilidad de disponer medidas menos gravosas, resulta ajustado a los enunciados constitucionales que rigen en la materia.

3. El arresto domiciliario otorga la posibilidad de una mejora significativa en la calidad de vida de todos los integrantes del grupo familiar teniendo en miras el interés superior del niño. La presencia de la progenitora en el hogar contribuirá al desarrollo de una mejor calidad de vida para el bebé, debido a su estado de salud, pero también para los otros hijos de Córdoba que podrán contar con el apoyo y la contención de la madre.

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

Arresto - Procedencia - Niños menores y mayores a cinco años - Interés superior del niño - Permanencia de niños/as en la cárcel

Hechos:

L.G.M. era madre de niños mayores y menores a cinco años. Dos de ellos, de uno y dos años de edad, vivían junto a ella en la unidad carcelaria luego de haber sido revocada la prisión domiciliaria. La defensa interpuso un recurso de casación contra dicha resolución. La Cámara hizo lugar al recurso e incorporó a L.G.M. al régimen de arresto domiciliario.

Sumarios:

1. Corresponde reincorporar al régimen de prisión domiciliaria a L.G.M., a la luz de lo normado por el artículo 32 de la ley N° 24.660, teniendo como horizonte la protección de los intereses de los menores circunstancialmente involucrados en los presentes actuados (voto del Juez Hornos).
2. Se comprende el estado de angustia emocional al que sin lugar a dudas se encuentran sometidos los niños –especialmente, los de temprana edad– cuando ocurren situaciones como se dan en el caso de autos, que como consecuencia de una medida restrictiva de la liber-

tad impuesta contra los padres, se ven afectados de alguna manera los niños (voto del Juez González Palazzo).

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 13.683, "M., L.G. s/recurso de casación", rta. 16/05/2011.

Arresto domiciliario – Procedencia – Niños menores y mayores a cinco años – Instrumentos internacionales de Derechos Humanos – Interés superior del niño – Protección del grupo familiar – Obligaciones del Estado

Hechos:

Juana Carolina Castaño era madre de cinco hijos de doce, diez, seis, cuatro y dos años de edad. De los informes obrantes en la causa surgía que se encontraban afectados por su ausencia. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, resolvió confirmar la decisión del juez de grado que denegó la prisión domiciliaria. Contra esta decisión el Defensor de Menores interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso y concedió el arresto domiciliario.

Sumarios:

1. El inciso f) del artículo 32 de la ley N° 24.660 encuentra sustento en diversos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como el artículo 11.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, inciso 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículos 9, 18, 19 y 24 inciso d) de la Convención de los Derechos del Niño.
2. En aras de la tutela efectiva del niño, los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos de los menores hacen especial hincapié en la importancia del núcleo familiar en cuanto a la materialización efectiva de los derechos de los niños.
3. El Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamen-

te medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

4. El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, IV de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.
5. Aunado al evidente estado de angustia que evidencian los hijos de la imputada, no puede pasarse por alto que es el propio Asesor de Menores quien ha opinado favorablemente respecto de la concesión del beneficio impetrado, considerando que dicha medida representaría lo mejor para los niños que representa. Finalmente, y sin desconocer el mérito de la actual guardadora de los menores, no puede más que señalarse que la misma tiene 69 años de edad y, conjuntamente con su marido, perciben mensualmente la suma de quinientos veinte (520) pesos, por lo que el regreso de la madre al hogar mejoraría sin duda alguna la situación económica de la familia y, consecuentemente, sus perspectivas de desarrollo y cuidado.

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

Arresto domiciliario - Procedencia - Niños mayores y menores a cinco años - Desmembramiento del grupo familiar

Hechos:

Miranda Eugenia Gutiérrez tenía tres hijos, de tres, cinco y trece años de edad. Uno de ellos vivía solo en Cochabamba (Bolivia) para poder asistir a la escuela, y los otros dos niños vivían con su padre en La Quiaca. Estos últimos se quedaban encerrados solos en el domicilio mientras su padre trabajaba, lo que impedía que el mayor de ellos concurreniera a la escuela porque debía cuidar a la más pequeña. Ante la solicitud de la defensa, el Tribunal concedió el arresto domiciliario.

Sumario:

La presencia de la madre en el domicilio podría atenuar o mejorar la situación económica actual del grupo familiar, y la de abandono, falta de escolaridad y mala alimentación de los niños. Cabe considerar además que la interna fundó su pedido al comparecer por ante este Tribunal, en la posibilidad de traer a sus hijos que actualmente residen en Cochabamba para vivir juntos a La Quiaca, lo que superaría también la situación de aquellos.

Tribunal Oral Criminal Federal de Jujuy, Causa N° 111/09, "Gutiérrez, Miranda Eugenia S/Inf. Ley 23737", rta. 08/04/2010.

Arresto domiciliario –Niñas mayores y menores a cinco años -- Interés superior del niño – Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos – Valoración de informes socio ambientales –Desmembramiento del grupo familiar

Hechos:

Al momento de su detención, Mirta Graciela Aguirre era madre de dos niñas que se encontraban al cuidado de sus tíos menores de edad porque sus abuelos trabajaban para mantener económicamente al grupo familiar. La situación de encierro afectó la salud emocional de las niñas. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 20 no concedió el arresto domiciliario. La defensa oficial interpuso recurso de casación y la Cámara hizo lugar al recurso, anuló la resolución recurrida y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento con los alcances señalados en su sentencia.

Sumarios:

1. En casos de persecución penal contra uno o ambos progenitores de niños/as la separación de la vida familiar entre padres e hijos es una consecuencia no buscada ni deseada, pero inherente al encarcelamiento preventivo en un establecimiento estatal de régimen cerrado. En este aspecto la restricción del derecho a la vida familiar (artículo 16.1, CDN) y al derecho de los niños a vivir con sus padres y no ser separados de ellos (artículo 9, CDN) y a ser cuidados por ellos (artículo 7.1, CDN) no resulta conjetural sino real.

2. El decisorio impugnado carece de fundamentación suficiente pues al emitir el pronunciamiento de rechazo se ha soslayado considerar el interés superior del niño y su implicancia fundamental respecto de cualquier decisión a adoptar en la que se vea implicado un menor de edad, que funciona como línea rectora de cualquier argumentación al respecto.
3. Aun cuando los magistrados dieron cuenta del informe social del que resulta que las niñas se encuentran al cuidado de sus abuelos maternos, omitieron valorar lo dicho por el padre de la encausada y el informe elaborado por el “Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad” de la Defensoría General de la Nación. De este modo, el decisorio exhibe una fundamentación tan solo aparente, constituyendo tal defecto una causal de arbitrariedad.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° CCC 15214/2013/TO2/ 1/CFC1, “Aguirre, Mirta Graciela s/ recurso de casación”, voto del juez Slokar, al que adhiere parcialmente la jueza Ledesma, Reg.: N° 1264/14, rta. 02/07/2014.

Arresto domiciliario – Sentencia arbitraria – Madre de niño menor a cinco años –Estereotipos de género

Hechos:

Verónica Gutiérrez tenía un hijo de tres años de edad que se encontraba al cuidado de su abuelo paterno. La defensa recurrió la resolución que denegó el pedido de arresto domiciliario y la Cámara resolvió hacer lugar al recurso y reenviar las actuaciones al juzgado para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Sumario:

El argumento que se refiere a que cuando Verónica Gutiérrez cometió el ilícito ya poseía hijos, por sí solo, luce dogmático en tanto, de ser así, no existiría el instituto del arresto domiciliario que –precisamente– está previsto para casos de personas “condenadas” con hijo

o hijos, cuyas edades no superen los cinco años de edad (cita del representante del Ministerio Público Fiscal en el voto del juez Slokar).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 502/13, "Gutiérrez, Verónica s/ recurso de casación", rta. 6/12/2013.

Arresto domiciliario - Vínculo previo entre madre e hijo - interés superior del niño

Hechos:

La Sala I de la CNCP declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra la resolución del TOC N° 11 que no hizo lugar a la solicitud de detención domiciliaria a favor de Nadia Ayelén M. Para decidir de esa forma, consideró que la defensa intentó introducir por la vía recursiva alegaciones que no habían sido formuladas al plantear la solicitud. El Dictamen fiscal consideró que esa apreciación era errónea, en cuanto surgía del legajo judicial un informe elaborado por una trabajadora social que daba cuenta del impacto que provocó el encarcelamiento en la organización familiar y en el bienestar del niño.

Sumario:

La decisión del tribunal oral no explica por qué la detención domiciliaria procedería únicamente en casos en que hubiera existido un vínculo efectivo entre el menor y la madre –ni en qué circunstancias podría tenerse por configurado esa clase de vínculo– pese a que se debe determinar en cada caso concreto cuál es la solución más beneficiosa para el niño, cuyos intereses deben prevalecer por sobre todos los otros en juego.

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

Arresto domiciliario – Procedencia – Niños mayores a cinco años – Interés superior del niño

Hechos:

Johana Gisela Córdoba se encontraba detenida junto con su hija de cuatro meses de edad, quien sufría problemas de salud agravados por las condiciones del ámbito carcelario. Además, tenía dos hijos de nueve y doce años que habían quedado a cargo de la abuela materna. Los niños pasaban varias horas en el domicilio sin ningún adulto, debían trasladarse solos hasta el establecimiento educativo y habían disminuido el rendimiento escolar desde el encarcelamiento de su madre. El Tribunal Oral de Menores N° 1 denegó el pedido de arresto domiciliario presentado por la defensa, lo que motivó la presentación de un recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso y concedió el arresto domiciliario.

Sumario:

La situación de los dos hijos mayores de Johana (de nueve y doce años de edad), a pesar de que superan la edad contemplada en la norma, amerita ser evaluada a la luz del interés superior del niño conforme lo imponen los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la materia (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

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

Arresto domiciliario – Niñas mayores a cinco años – Interés superior del niño – Límite legal de cinco años

Hechos:

Al momento de su detención, Mirta Graciela Aguirre era madre de dos niñas que se encontraban al cuidado de sus tíos menores de edad porque

sus abuelos trabajaban para mantener económicamente al grupo familiar. La situación de encierro afectó la salud emocional de las niñas. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 20 no concedió el arresto domiciliario. La defensa oficial interpuso recurso de casación y la Cámara hizo lugar al recurso, anuló la resolución recurrida y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento con los alcances señalados en su sentencia.

Sumario:

Toda vez que una de las niñas ha superado la edad de cinco años, corresponde evocar el precedente de esta sala caratulado: “Castillo, María Victoria s/ recurso de casación” (Causa N° 16.346, reg. N° 468/13, rta. 3/5/13), en cuanto se señaló que: “...la edad de la niña no obsta la concesión de la prisión domiciliaria en los casos en que su interés de jerarquía constitucional se encuentre comprometido...”.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° CCC 15214/2013/TO2/1/CFC1, Reg.: N° 1264/14, “Aguirre, Mirta Graciela s/ recurso de casación”, voto del juez Slokar, al que adhiere parcialmente la jueza Ledesma, rta. 02/07/2014.

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

Hechos:

Al momento de solicitar la prisión domiciliaria, Costa Ponce Rodríguez era madre de una niña de once años de edad, que pertenecía a una comunidad indígena quechua. El padre de la niña vivía en Bolivia y no tenía en la República Argentina familiares directos que pudieran cuidar de la niña ni acompañarla a visitar a su madre. El Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Lomas de Zamora denegó el pedido de arresto domiciliario. Contra dicha resolución la defensa interpuso recurso de apelación. La Cámara anuló la decisión del juzgado y ordenó la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces. Cumplimentada tal medida, el magistrado rechazó la prisión domiciliaria, lo que dio lugar a

un nuevo recurso. La Cámara finalmente declaró la inconstitucionalidad de los artículos 10 inciso f, CP y 33 de la ley N° 24.660, dejó sin efecto la sentencia recurrida, y concedió la prisión domiciliaria.

Sumarios:

1. Cualquier desconocimiento o restricción contenida en la legislación de derecho interno sobre la protección del interés superior del niño (artículo 3.1, CDN) carece de toda operatividad para desplazar los efectos de normas internacionales con jerarquía superior a las leyes (artículo 75 inciso 22 CN). Las normas internas que intentan desplazar otras de índole superior son, por ejemplo, el artículo 10 inciso f del Código Penal (texto según ley N° 26.472) y la ley N° 24.660, que autorizan la prisión domiciliaria de la madre sólo en casos de que se trate de un hijo menor de cinco (5) años, límite legal que aplicó la resolución del a quo, en una interpretación en extremo restrictiva y con fundamentos sólo aparentes, para rechazar la modalidad de arresto domiciliario (voto del juez Nogueira).
2. D.M.P., actualmente de once años, goza en pleno de la protección internacional de los derechos humanos en favor del niño; por otro lado, la nombrada tampoco alcanzó la mayoría de edad requerida en el plano legislativo nacional. Vale decir, también en el derecho interno D.M.P. es una niña y, en consecuencia, tiene todos los derechos comprendidos en el bloque de constitucionalidad que se garantizan a los niños por encima de toda norma de jerarquía menor (voto del juez Nogueira).
3. La calidad de “niña” de la persona nombrada lleva a que el Estado Parte, con carácter obligatorio, tome las medidas legislativas y administrativas de protección y cuidado necesario para el bienestar del menor, cualquiera sea la situación que menoscabe el interés superior del niño, entre las cuales se cuenta la asistencia y cuidado de su madre (voto del juez Nogueira).
4. La convivencia madre-hija en el medio natural y fundamental –o sea, la familia– cual modo adecuado de mantener la unidad de dicha institución social, constituye primordialmente un derecho del niño a vivir en ella para “satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas” (Corte IDH, OC 17/02, citada, párr. 71). Entonces, la

separación de la niña de la familia es lo que trasunta carácter excepcional y no los requisitos de disposiciones internas de inferior gradación que, interpretadas restrictivamente, son un obstáculo a la protección cierta y efectiva de la condición de sujeto de derecho “niña”, “niño” y “adolescente”, cuanto un inmotivado desconocimiento del interés superior de todos ellos (voto del juez Noriega).

5. Debido a la “preexistencia étnica y cultural” la menor, en este caso, es una de las víctimas más vulnerables que necesita acercamiento familiar directo de su madre procesada y encarcelada. La protección está prevista y es obligatoria en el sistema interamericano y, además, reiterada en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (Asamblea General, 13/09/2007) (voto del juez Nogueira).
6. Este tribunal debe dar cumplimiento a la primacía de normas y principios de raíz constitucional y convencional, declarándolas inconstitucionales en el caso concreto con relación al límite de cinco (5) años del menor para que a la madre le sea otorgada la prisión domiciliaria, automáticamente y sin valoración de las circunstancias en cada situación (voto del juez Nogueira).
7. Carece de raigambre constitucional y legal negar el encarcelamiento domiciliario con arraigo en la clase de ilícitos, los bienes jurídicos tutelados o el presunto “mal ejemplo” de la progenitora, en razón de que tales criterios importarían delegar aquel a las valoraciones morales del juez, estrictamente subjetivas, y no a pautas más objetivas, como son los principios de derecho internacional.
8. Si bien legislativamente se estableció un límite de cinco años de edad de los hijos a los fines de la concesión del arresto domiciliario de la madre, ese límite no es infranqueable, no sólo en virtud de los pactos internacionales sino puesto que en el caso concreto no puede prescindirse del test de razonabilidad de aquella mediante el prisma de los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación de las normas *pro homine* y *pro libertate*, proporcionalidad de la medida coercitiva y prohibición de trascendencia de ésta a terceros (voto del juez Pacilio).
9. La aplicación de una norma que pone un corte puramente etario sin

ser contrastada la congruencia de su ejercicio con el presupuesto fáctico que la convoca, es arbitraria. No puede admitirse mediante una aplicación rigorista de la ley el desamparo de los menores, el análisis del interés superior del niño debe ser integrado de forma adecuada con elementos que permitan valorar el interés del menor como cuestión central (voto del juez Pacilio).

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

Arresto domiciliario – Madre de hija mayor de cinco años – Interés superior del niño

Hechos:

Sandra Beatriz Sánchez, quien tenía una hija de cinco años, solicitó el arresto domiciliario en razón de que el encarcelamiento vulneraba el normal desarrollo de la niña. Frente a su denegación, la defensa interpuso recurso de casación. La Cámara resolvió anular la resolución recurrida y ordenó la confección de un informe ambiental y la intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces.

Sumario:

Si bien es cierto que la causante no se encuentra expresamente comprendida en los supuestos previstos en los artículos 32, inciso f) de la ley N° 27.660 y 10 del Código Penal –pues su hija ha cumplido los cinco años de edad–, a la luz de los derechos de los niños, la procedencia de la detención domiciliaria para supuestos no contemplados legalmente deviene viable sólo cuando deba primar una finalidad tuitiva respecto de ciertos derechos reconocidos a los niños, que representan un interés mucho más elevado que el del propio imputado (voto del Juez Madueño).

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15.965, "Sánchez, Sandra Beatriz s/ recurso de casación", rta. 22/08/2012.

Arresto domiciliario – Procedencia – Niñas mayores a cinco años – Preservación del vínculo filial

Hechos:

Olga Senturión era madre de dos niñas de trece y catorce años de edad, quienes vivían solas en el domicilio donde residía su madre antes de la detención. El Juzgado concedió el arresto domiciliario solicitado por la defensa en subsidio de la excarcelación.

Sumario:

1. Los informes dan cuenta de que las dos hijas de la Sra. Olga Senturión se encuentran viviendo solas en el domicilio donde residía su madre antes del momento de la detención. En consecuencia procede la concesión de la prisión domiciliaria en resguardo de la integridad física de las niñas menores de edad, teniendo en consideración especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en donde se hace referencia a los derechos de preservación de las relaciones familiares, que podrían verse vulneradas con la forma de cumplimiento de la restricción de la libertad impuesta.

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

Arresto – Procedencia – Niños mayores a cinco años – Retraso madurativo – Interés superior del niño

Hechos:

M.A.B. era madre de dos niños mayores a cinco años. El menor de ellos, de ocho años de edad, padecía un retraso de desarrollo, hiperactividad, dificultades de atención y concentración. A partir de la detención de su madre, su tratamiento fue interrumpido y, por dificultades laborales del padre, el encargado de cuidar y medicar al niño era su hermano de trece años. A raíz de una disposición de la Alzada que ordenó dictar un nuevo pronunciamiento, el Tribunal resolvió concederle el arresto domiciliario.

Sumarios:

1. La pretensión estatal de mantener caucionada la libertad de la encartada ha de ceder pues con ello se protege la salud del menor de edad al permitir que éste se desarrolle en un ámbito propicio para su total protección, cuidado y asistencia.
2. Si bien ambos hijos de la imputada superan la edad de cinco años fijada por la norma, se ha acreditado que uno de ellos –O.E.– presenta hiperactividad, inmadurez y un nivel intelectual por debajo del que corresponde a su edad cronológica por lo que requiere de atención, medicación y tratamientos psicológico y psicopedagógico cuya continuidad era atendida por su madre. Además de ello, cabe agregar que la situación de detención no sólo ha redundado en desmedro del hijo menor ante la brusca separación de ambos, sino también de su hermano, quien con sólo trece años ha asumido el rol materno, lo que ha implicado su deserción escolar.
3. La situación de detención de M.A.B. ha incidido de forma tal en la dinámica familiar que sus hijos menores de edad se han vistos privados de los más elementales derechos a la educación, a la salud y a recibir cuidados especiales (artículos 23, 24 y 28, CDN, y artículo 75 inciso 22, CN), a cuya efectiva vigencia se ha comprometido el estado argentino (artículo 4, CDN), por lo que, conforme al interés superior del niño (artículo 3, CDN), la medida que aquí se adoptará aparece como la más adecuada para hacer efectivos tales derechos.

Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, incidente N° 244/08-I-01, “B., M. A. s/ prisión domiciliaria”, rta. 9/10/2009.

Arresto domiciliario – Procedencia – Mujer embarazada – Interés superior del niño – Permanencia en la cárcel – Principio de intrascendencia de la pena

Hechos:

Flor de María Álvarez Contreras al momento de su detención cursaba la última etapa de su embarazo. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 resolvió por mayoría no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario. Contra esa resolución se interpuso recurso de casación que fue concedido. La Cámara hizo lugar al recurso y concedió el arresto domiciliario.

Sumarios:

1. El instituto de la prisión domiciliaria consagrado en el artículo 32 de la ley N° 24.660 (conforme Ley N° 26.472) no se vincula necesariamente con el régimen de progresividad establecido para la ejecución de las penas privativas de libertad, sino que importa una modalidad distinta, diríase autónoma, que responde a reglas propias. De tal manera, el encierro domiciliario constituye una solución más aceptable para los casos en que el carcelario implica una afectación que trasciende las restricciones a la libertad ambulatoria propias de la ejecución de la pena.
2. Ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario.
3. Carece de todo fundamento la presunción que el real o eventual cuidado que pueda recibir una embarazada para dar a luz en cautiverio supere un alumbramiento en el medio libre, bajo las condiciones que la peticionaria decida, sea en un centro hospitalario o en su vivienda; sólo su autodeterminación puede definir el modo de llegada de su hijo.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 684/2013, “Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación”, voto del Juez Slokar al que adhiere la Jueza Ledesma y el Juez David, rta. 20/09/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Aborto espontáneo – Derecho a la salud – Condiciones carcelarias inadecuadas

Hechos:

Flora Mérida Becerra había perdido su embarazo por un aborto espontáneo al poco tiempo de ser detenida. Además, era madre de tres hijos menores de edad, uno de ellos tenía cuatro años. La defensa solicitó su incorporación al instituto. El Juez de Ejecución concedió el arresto domiciliario por considerar que la privación de la libertad en la unidad carcelaria le impedía recuperarse adecuadamente de la pérdida del embarazo.

Sumarios:

1. El estado de salud físico es un aspecto de la persona, que se complementa con el psicológico, espiritual, etc. (*unitas múltiplex*) y en tal sentido he de resolver esta causa, respetando a ultranza nuevamente el derecho a la salud integral de la persona privada de libertad.
2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5 establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral... La pena no puede trascender de la persona del delincuente (inciso 3). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 11 señala que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia; reconociendo a toda persona el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental señalando como una de las medidas a adoptar por parte del Estado, como las necesarias para la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños (artículo 12 inciso 1.a).
3. Por los fundamentos expuestos, y por razones humanitarias, este Tribunal estima que hasta tanto persistan las condiciones de peligro o riesgo para la salud de la imputada corresponde hacer lugar a la detención domiciliaria.

Juzgado Federal de San Ramón de la Nueva Orán, Causa N° P-340/02/09; "Incidente de prisión domiciliaria de Merida Becerra Flora", rta. 26/08/2009.

Arresto domiciliario – Procedencia – Mujer embarazada –Principio de legalidad

Hechos:

Sirley Yannet Juarez Rivero estaba embarazada, un domicilio y un referente para cumplir la pena en prisión domiciliaria. La defensa solicitó su incorporación al régimen y el Fiscal se opuso porque el domicilio fijado se encontraba ubicado en una zona de alto riesgo y por lo tanto el Patronato de Liberados no podía supervisar el cumplimiento de las condiciones de detención. El Juez de Ejecución concedió el arresto domiciliario.

Sumarios:

1. La reforma producida por la ley N° 26.472 establece que podrá ser incorporada al mencionado régimen la mujer embarazada, por lo que poco queda para agregar al respecto.
2. Su concesión no se encuentra sujeta a la evolución criminológica de la causante ni, por ende, a su situación intramuros. De hecho, el legislador omitió imponer en la norma alguna causal de negación, así como tampoco fueron consignados otros parámetros de valoración. Mal puede la autoridad jurisdiccional crear otras exigencias que, como fuera dicho, no existen.

Juzgado Nacional de Ejecución N° 3; Causa N° 100.461; “J. R. S.”, rta. 8/01/2010.

Arresto domiciliario – Procedencia – Interés superior del niño – Persona con discapacidad

Hechos:

Al momento de la solicitud de la prisión domiciliaria, María Laura Naranjo tenía un hijo de siete años con discapacidad que necesitaba permanente atención médica y no podía movilizarse por sus propios medios. El niño no podía acceder a los tratamientos de salud que requería por falta de tiempo de quienes lo cuidaban, no tenía contacto con su padre, ni recibía ayuda económica de su parte. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 16 rechazó la solicitud de arresto domiciliario. Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación, el cual fue concedido. La Cámara hizo lugar al recurso, anuló la resolución y concedió el arresto domiciliario.

Sumarios:

1. La entrada en vigencia de la ley N° 26.472 amplió el catálogo de supuestos previsto en la ley N° 24.660 en los que se permite el arresto domiciliario. De esta manera, sin importar el tiempo total de la condena, se incluyó a la mujer embarazada, la madre de un niño menor a cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo, quienes podrán solicitar esta modalidad de cumplimiento de la pena. El arresto domiciliario constituye una solución más aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica un desmedro que va más allá de las restricciones propias de la ejecución de la pena.
2. La búsqueda de alternativas, para evitar las consecuencias que implica el encierro carcelario es una de las reglas por las que se debe velar. Por ello, evaluar la posibilidad de disponer medidas menos gravosas, resulta ajustado a los enunciados constitucionales que rigen en la materia.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.691, “Naranjo, María Laura s/ recurso de casación”, voto de la jueza Ledesma al que adhiera la jueza Figueroa, rta. 29/08/2012.

Arresto domiciliario – Niños mayores y menores a cinco años – Interés superior del niño – Desmembramiento familiar – Expulsión anticipada

Hechos:

Irina Havrova tenía dos hijos pequeños que vivían en la República de Letonia. El padre de los niños también se encontraba privado de la libertad. Ante la inminente institucionalización de los niños, que por entonces tenían dos y siete años, la defensa solicitó la expulsión de Havrova antes del cumplimiento de la mitad de la condena. Contra la resolución que rechazó el pedido, interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso, anuló la resolución y remitió las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento.

Sumarios:

1. Constituye una obligación de todos los órganos del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– adecuarse al cumplimiento de los principios generales y rectores que deben utilizarse cuando se encuentran en debate los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y, en esa función, entiendo que le asiste razón al recurrente en el planteo jurisdiccional acerca de la importancia de que se proceda con la expulsión anticipada de Irina Havrova a su país de origen, a fin de brindar los cuidados correspondientes a sus hijos y evitar que los mismos sean institucionalizados y separados de la familia (Voto de la jueza Figueroa).
2. Una interpretación restringida al cumplimiento de los presupuestos legales, tal como ha desarrollado el Tribunal, termina por conculcar derechos fundamentales en predominio de una normativa de segundo grado. Por el contrario, es función de los jueces, por ser los destinatarios directos de las previsiones del artículo 3.1 de la Convención, realizar la interpretación más acorde al principio garantizado en nuestra Carta Magna, lo que torna favorable la pretensión de la defensa (Voto de la jueza Ledesma).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.153, “Havrova, Irina s/ recurso de casación”, rta. 11/12/2012.

Arresto domiciliario – Salud de los padres de la detenida – Interés superior del niño –Expulsión anticipada

Hechos:

La Sra. González Artilles se encontraba privada de libertad en el país, aunque no guardaba ningún vínculo o arraigo en él, y la Dirección Nacional de Migraciones ya había dictado la orden de expulsión del territorio al cumplirse la mitad de la condena. La defensa solicitó el adelantamiento de esa expulsión, pues su permanencia acarrearía una fuerte afectación a su salud y la de sus padres, y una seria afectación al desarrollo de su hijo de 8 años. El pedido fue rechazado por no haberse cumplido el plazo previsto en el artículo 64 de la Ley de Migraciones. Llegado el caso a conocimiento de la Cámara Federal de Casación Penal, ésta hizo lugar al recurso, remitió a lo decidido en el caso “*Havrova, Irina s/ recurso de casación*”, anuló la resolución y remitió las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento.

Sumarios:

1. En la presente causa se advierte una situación análoga a la resuelta en la causa N° 15.153, “*Havrova, Irina s/recurso de casación*”. En aquella oportunidad se consideró que “una interpretación restringida al cumplimiento de los presupuestos legales, tal como ha desarrollado el Tribunal, termina por conculcar derechos fundamentales en predominio de una normativa de segundo grado. Por el contrario, es función de los jueces, por ser los destinatarios directos de las previsiones del artículo 3.1 de la Convención, realizar la interpretación más acorde al principio garantizado en nuestra Carta Magna”.
2. No es posible hacer primar sobre el artículo 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, que en nuestro ordenamiento tiene jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22), una interpretación restringida realizada a la luz de normas de carácter inferior (voto de la jueza Ledesma).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.643, “González Artilles, Elizabeth s/ recurso de casación”, rta. 28/06/2013.

Arresto domiciliario – Madre de niño menor a cinco años de edad – Interés superior del niño – Desmembramiento familiar – Expulsión anticipada

Hechos:

El hijo de María Rowena Villaruz, de dos años de edad, se encontraba viviendo en Filipinas al cuidado de su tía, quien no contaba con los recursos económicos suficientes para solventar los gastos de mantenimiento del niño ni tenía su guarda legal. El padre del niño estaba desvinculado de ambos. La defensa solicitó la expulsión anticipada con anterioridad al cumplimiento de la mitad de la condena y, contra el rechazo al pedido, presentó recurso de casación. La Cámara resolvió hacer lugar al recurso, anular la resolución recurrida y reenviar al juzgado de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Sumarios:

1. Asiste razón al recurrente en el planteo jurisdiccional acerca de la importancia de que se proceda con la expulsión anticipada de María Rowana Villaruz Castillo a su país de origen, a fin de brindar los cuidados correspondientes a su hijo y evitar que el mismo sea institucionalizado y separado de la familia. Por lo tanto, corresponde –previa constatación de los extremos invocados por la defensa, esto es la existencia del menor que se encontraría en situación de extrema vulnerabilidad– hacer lugar a la solicitud de expulsión solicitada por la defensa, teniendo en cuenta la situación de sujeto de derecho pleno en términos convencionales, constitucionales y legales, la situación de especialidad, vulnerabilidad y necesidades específicas, atendiendo siempre al superior interés del niño.
2. Las reglas de Bangkok, aprobadas el 21 de diciembre de 2010, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecen en la Regla 52, punto 1, que “Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente. Asimismo, la Regla 53 (complemento del párrafo 38 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos), reza que cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible

a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello. Dichas Reglas Mínimas regulan pormenorizadamente las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales de los detenidos. Y, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa Nro. 15.793, "Villaruz Castillo, María Rowena s/rec. de casación", voto de la Jueza Figueroa al que adhiere el juez Madueño, rta. el 19/06/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Persona transexual – Identidad de género – Salud – Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos – Discriminación – Integridad física y psíquica – Artículo 32 incisos a) y c), ley Nº 24.660 – Trato humano

Hechos:

E.L. se encontraba encarcelada en un penal destinado a varones, pese a que se autopercibía con identidad de género femenina. Además de ser portadora de V.I.H., sufrió distintas manifestaciones de discriminación, amenazas y agresiones físicas en el establecimiento. Por estos motivos, la defensa solicitó el arresto domiciliario, que fue concedido por el Juez de Ejecución Penal.

Sumarios:

1. Debe entenderse por “trato humano al condenado” aquel que permita tener una buena calidad de vida –ya sea en prisión o en su domicilio–; lo contrario desnaturalizaría el sentido del instituto como alternativa a la prisión. Así como también se desvirtuaría si se tolerase el cumplimiento de la pena de prisión cuando una enfermedad no le permita soportar la privación de libertad sin ocasionar un riesgo para la vida o la salud psicofísica al igual que si se probase que el encierro en un establecimiento resulta ser susceptible de empeorar su estado de salud, ya que lo contrario implicaría que la pena privativa de libertad se convierta en una pena privativa de la salud o pena corporal, constitucionalmente prohibida.
2. Es tarea de los jueces velar porque el encarcelamiento se cumpla en forma acorde con los parámetros que establecen las leyes y las normas constitucionales. En este orden de ideas, considero propicia la oportunidad para exhortar al señor Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal para que diseñe e implemente a la brevedad una política integral de tratamiento penitenciario destinada a las personas transexuales alojadas en los establecimientos federales de detención, atendiendo a la especial vulnerabilidad de este grupo en dicho ámbito. Las mismas deberán contemplar la promoción y protección de derechos de este co-

lectivo vulnerable en el marco de los principios establecidos en la ley N° 26.743 de identidad de género. Asimismo, deberá contemplar los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género o Principios de Yogyakarta, particularmente los n° 9 y 10, debiendo elaborarse programas, acciones y medidas tendientes a asegurar que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales.

3. Conforme surge de los Principios 17 y 18 de Yogyakarta, el sistema de salud deberá considerar que todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género.
4. La orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas.
5. Los programas, acciones y medidas que se implementen deberán responder a sus necesidades y tener en cuenta sus singularidades, que las historias clínicas relativas a estos aspectos sean tratadas con confidencialidad y también hacer frente a la discriminación, los prejuicios y otros factores sociales que menoscaban la salud de las personas debido a su orientación sexual o identidad de género.
6. Deberá garantizarse que todas las personas estén informadas y su autonomía sea promovida, a fin de que puedan tomar sus propias decisiones relacionadas con el tratamiento y la atención médica, en base a un consentimiento genuinamente informado, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, extremos que deberán ser debidamente tenidos en consideración por la administración penitenciaria.

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, Legajo N° 139.575, "E. L. s/ pedido de arresto domiciliario", rta. 07/03/2014.

ARRESTO DOMICILIARIO A FAVOR DE VARONES CON RESPONSABILIDADES DE CUIDADO

Arresto domiciliario – Procedencia – Padre de hijos menores a cinco años – Interés superior del niño – Principio de intrascendencia de la pena – Principios de igualdad y razonabilidad

Hechos:

Maximiliano Rossi era el único familiar que podía cuidar a sus tres hijos menores de cinco años de edad y a su concubina, quien se encontraba transitando el período de posparto y que requería asistencia permanente. El tribunal denegó la detención domiciliaria y, contra dicha resolución, la defensa interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso, anuló la sentencia y devolvió los autos al tribunal para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Sumarios:

1. Si bien el caso traído a estudio no se encuentra previsto textualmente en las previsiones del artículo 32 antes citado, “ese límite no es infranqueable puesto que no puede prescindirse, en el caso concreto, del test de razonabilidad de aquella mediante el prisma de los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación de las normas *pro homine*, mínima intervención penal, fin resocializador de la pena y prohibición de trascendencia de ésta a terceros...” (Cf., *mutatis mutandi*, esta sala, Causa N° 11.452 “Delgadillo, Pozo Teofilo s/ recurso de casación”, reg. N° 14.031, del 4/6/09).
2. A la resolución de estos planteos, más allá de su adecuación literal al texto de los supuestos previstos legalmente, debe preceder una interpretación teleológica del instituto de modo tal que no se restrinja su aplicación mediante una exégesis taxativa del artículo 32 de la ley N° 24.660 modificado por la ley N° 26.472.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15.656, “Rossi, Maximiliano s/ recurso de casación”, voto del juez Cabral, al que adhirieron los jueces Madueño y Borinsky, rta. 22/06/2012.

Arresto domiciliario – Procedencia – Padre de niños menores a cinco años – Interés superior del niño

Hechos:

Martínez Escobar tenía cuatro hijos menores a cinco años que se encontraban bajo el cuidado de la madre de los niños. Uno de ellos, de cinco meses de edad, sufría una discapacidad severa por la cual requería la atención y estimulación constante de un adulto, y el grupo familiar se encontraba en una difícil situación económica. El tribunal denegó la prisión domiciliaria y el defensor interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso y concedió el arresto domiciliario.

Sumarios:

1. Si bien se trata del “padre” de los menores de edad, las edades de los niños en cuyo interés superior se solicita la prisión domiciliaria, se condicen con el límite etario establecido por la norma en cuestión. Además, tal como lo expresa la defensa en su escrito, la CDN reconoce en su artículo 9 que los Estados Partes deberán velar porque el niño no se encuentre “separado de sus padres”, así como también en su artículo 18.1 establece que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”.
2. El derecho que asiste a los menores de crecer dentro del seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que habrá de ser evaluado en cada caso analizando sus características particulares (cf. CNCP, Sala III, “Herrera, Mara Daniela s/ rec. de casación”, reg. N° 696/08, rta. 5/6/2008).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 10.036, “Martínez Escobar, Gustavo s/ recurso de casación”, voto del juez Gemignani al que adhiere el juez Borinsky –el juez Hornos votó en disidencia–, rta. 16/10/2012.

Arresto domiciliario – Procedencia – Padre de niña mayor a cinco años – Interés superior del niño – Principio de igualdad

Hechos:

Javier Andrés Cuevasanta tenía una hija de cinco años y cuatro meses de edad cuya madre falleció cuando la niña tenía pocos meses de vida. Cuevasanta era el único sostén económico y emocional de la niña, y desde su detención, ella fue rotando por distintos cuidadores. La defensa solicitó la excarcelación y, en subsidio, el arresto domiciliario. Contra la resolución que denegó el pedido, interpuso recurso de apelación. La Cámara resolvió conceder el arresto domiciliario.

Sumarios:

1. La calidad de “madre” que prevé la norma no debe interpretarse como un límite insalvable que impide decretar la detención domiciliaria, ya que de lo contrario podrían verse vulnerados el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, consagrados constitucionalmente.
2. Es prudente otorgar preponderancia al interés superior de la menor, en lo que refiere a la necesidad de tutela y preservación de las relaciones familiares directas, y en atención a la conveniencia de que la menor esté junto a su padre, procurando conservar el contacto diario con su progenitor –lo que es a todas luces mejor para la niña–, aun cuando éste siga privado de su libertad, rescatando, una vez más, la importancia que ello tiene para cualquiera de los protagonistas.

Cámara Federal de Paraná, Causa FPA 748/2013/1/2/CA1, “Legajo de Apelación de Hidalgo Cuevasanta, Javier Andrés en autos Hidalgo Cuevasanta, Javier Andrés por infracción Ley 22.415”, voto de los jueces Busaniche y Alonso al que adhiere el juez Lorenzo Barbará, rta. 5/12/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Varón a cargo de persona con discapacidad –Discriminación

Hechos:

La madre de Maximiliano Aguilera poseía problemas psiquiátricos y no

había otro familiar que pudiera asumir su asistencia y cuidado. Antes de su detención, Aguilera era quien contenía, alojaba y supervisaba a su madre. La Defensa solicitó la prisión domiciliaria, en virtud del artículo 32 inciso f de la ley N° 24.660, el juez de ejecución rechazó la petición y contra esa resolución se interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso, anuló lo resuelto y remitió las actuaciones para que, previa intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, dicte un nuevo pronunciamiento.

Sumario:

La exégesis del artículo 32 inciso f), ley N° 24.660, que contempla sólo la posibilidad de que la persona privada de la libertad fuera mujer, resulta discriminatoria y "...contraria a la Constitución y al derecho convencional, artículo 75 inciso 22 de la CN y artículo 1 de CDH (...). En definitiva, lo que la norma contenida en la ley N° 24.660 pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre, más allá del género de la persona privada de la libertad" (cf. voto emitido por la señora juez Angela E. Ledesma al resolver -por mayoría- en la Causa N° 11.331: "Bagnatto, Adolfo Humberto s/ recurso de casación"; 15/11/2008, reg. N° 1833/09 de la Sala III de esta Cámara).

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 15.026, "Aguilera, Maximiliano s/ recurso de casación", voto del juez Diez Ojeda al que adhieren los jueces Hornos y González Palazzo, rta. 1/08/2011.

Arresto domiciliario – Procedencia para procesadas

Hechos:

Flora Mérida Becerra había perdido su embarazo por un aborto espontáneo al poco tiempo de ser detenida. Además, era madre de tres hijos menores de edad, uno de ellos tenía cuatro años. La defensa solicitó su incorporación al instituto. El Juez de Ejecución concedió el arresto domiciliario por considerar que la privación de la libertad en la unidad carcelaria le impedía recuperarse adecuadamente de la pérdida del embarazo.

Sumario:

Si bien la prisión domiciliaria es una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad, también puede operar como medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal, en reemplazo de la prisión preventiva; 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.

Juzgado Federal de San Ramón de la Nueva Orán, Causa N° P-340/02/09; “Incidente de prisión domiciliaria de Merida Becerra Flora”, rta. 26/08/2009.

Arresto – Madre de niños mayores a cinco años – Procedencia a procesadas – Trato igualitario entre procesadas y condenadas

Hechos:

M.A.B. era madre de dos niños mayores a cinco años. El menor de ellos, de ocho años de edad, padecía un retraso de desarrollo, hiperactividad, dificultades de atención y concentración. A partir de la detención de su madre, su tratamiento fue interrumpido y, por dificultades laborales del padre, el encargado de cuidar y medicar al niño era su hermano de trece años. A raíz de una disposición de la Alzada que ordenó dictar un nuevo pronunciamiento, el Tribunal resolvió concederle el arresto domiciliario.

Sumario:

Corresponde extender la aplicación del arresto domiciliario al presente caso en que la imputada se encuentra procesada, pues lo contrario iría en desmedro de los derechos fundamentales del niño y su interés superior y, además, crearía infundadas desigualdades entre los derechos que asisten a las mujeres condenadas y los de las procesadas, que gozan de la presunción de inocencia.

Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, incidente N° 244/08-I-01, "B., M. A. s/ prisión domiciliaria", rta. 9/10/2009.

Arresto domiciliario – Procedencia – Hijos menores y mayores a cinco años – Riesgos procesales

Hechos:

Al momento de su detención, Susana Saavedra Balcazar tenía seis hijos a su cargo, dos de los cuales eran menores a cinco años. Los niños vivían con la madrina de ella, ya que el padre también se encontraba detenido. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy denegó la solicitud de prisión domiciliaria tras invocar peligro de fuga y, contra dicho pronunciamiento, se interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso, revocó la resolución recurrida y otorgó la prisión domiciliaria.

Sumario:

No basta con invocar que la concesión del beneficio no es obligatoria para el magistrado y aludir a los riesgos procesales propios de un supuesto de libertad plena, para sustentar el rechazo de una medida alternativa al cumplimiento de la prisión carcelaria y que tiene como principal fundamento el restablecimiento de los lazos materno-filiares entre la encausada y su hijo menor de cinco años de edad.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 299/2013, "Saavedra Balcazar, Susana s/ recurso de casación", voto del juez Hornos al que adhiere el juez Madueño –el juez Borisnky vota en disidencia–, rta. 30/08/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Niños menores y mayores a cinco años – Situación de vulnerabilidad – Interés superior del niño – Permanencia de niños/as en prisión – Riesgos procesales

Hechos:

Landriel Calisaya se encontraba alojada en el penal junto a su bebé de nueve meses. Además, tenía tres hijos de tres, cuatro y siete años, que se encontraban bajo el cuidado de su abuela materna, quien padecía problemas de salud psiquiátricos. El padre de los niños también se encontraba detenido. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy denegó el arresto domiciliario, lo que motivó la presentación de un recurso de casación que también fue denegado y originó la presentación de un recurso de queja. La Cámara concedió el recurso de queja, anuló la resolución recurrida y concedió el arresto domiciliario.

Sumario:

1. La denegatoria de la prisión domiciliaria desatiende los preceptos de aplicación al caso, vinculados con el “interés superior del niño”. Ello en tanto se ha limitado a tener en cuenta la calificación legal del hecho atribuido a Calisaya (tenencia de estupefacientes con fines de comercialización), el peligro de fuga y la “inconveniencia del domicilio fijado”, sin evaluar el impacto que la detención de la imputada en la unidad carcelaria tendría sobre los hijos de ésta, y de su hijo menor que permanece junto a Calisaya en el establecimiento penitenciario (del voto de la jueza Figueroa).
2. La vigencia y operatividad de los derechos fundamentales de los niños, evaluados en el caso con un sentido que contempla prioritariamente su interés y conveniencia, ponderando especialmente “las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que adopte” (Fallos 293:273), debe prevalecer por sobre las razones de cautela de su progenitora, toda vez que las urgencias de los niños tienen mayor entidad y reclaman una urgente respuesta (voto del juez Madueño).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 16.833, “Calisaya, Landriel Silvana s/ recurso de casación”, rta. 11/04/2013.

Arresto domiciliario –Padre de niña mayor de cinco años – Riesgos procesales

Hechos:

Javier Andrés Cuevasanta tenía una hija de cinco años y cuatro meses de edad cuya madre falleció cuando la niña tenía pocos meses de vida. Cuevasanta era el único sostén económico y emocional de la niña, y desde su detención, ella fue rotando por distintos cuidadores. La defensa solicitó la excarcelación y, en subsidio, el arresto domiciliario. Contra la resolución que denegó el pedido interpuso recurso de apelación. La Cámara resolvió concederle el arresto domiciliario.

Sumario:

Corresponde conceder la prisión domiciliaria a Javier Andrés Hidalgo Cuevasanta. Ello, sin perjuicio de las ponderaciones realizadas por este Tribunal sobre el riesgo procesal al analizar el pedido de excarcelación, las que corresponden sean tenidas en cuenta al fijar las condiciones de su ejecución.

Cámara Federal de Paraná, Causa FPA 748/2013/1/2/CA1, “Legajo de Apelación de Hidalgo Cuevasanta, Javier Andrés en autos Hidalgo Cuevasanta, Javier Andrés por infracción Ley 22.415”, rta. 5/12/2013.

PREEMINENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE A LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

Arresto domiciliario – Procedencia – Madre de hijo menor a cinco años – Preeminencia del restablecimiento de los lazos materno filiales frente a los riesgos procesales – Protección del núcleo familiar

Hechos:

Al momento de su detención, Susana Saavedra Balcazar tenía seis hijos a su cargo, dos de los cuales eran menores a cinco años. Los niños vivían con la madrina de ella, ya que el padre también se encontraba detenido. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy denegó la solicitud de prisión domiciliaria tras invocar peligro de fuga y, contra dicho pronunciamiento, se interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso, revocó la resolución recurrida y otorgó a Susana Saavedra Balcazar la prisión domiciliaria.

Sumarios:

1. Ocurre una innegable tensión entre los derechos propios de la niñez y el propósito de asegurar los fines del proceso siendo misión de los jueces arribar a soluciones que sin desatender el marco normativo impuesto por los órganos del Estado, procuren armonizar ambos intereses, de manera tal que ninguno de ellos sufra excesivos e innecesarios menoscabos en aras del otro.
2. Haciendo un balance de los intereses y valores en juego, se alza la necesidad de adoptar una decisión que tienda a la reintegración familiar, por lo que propongo la concesión del beneficio solicitado. El arresto domiciliario permitiría que el hijo de dos años de edad de Susana Saavedra Balcazar pueda convivir con su mamá en un ámbito más propicio para el desarrollo del vínculo de estos, donde la mujer podría incluso interactuar con sus otros cuatro hijos mayores de edad, en un ambiente en donde todos los niños permanecerían juntos y contarían con la ayuda de la madrina en la crianza.
3. La sanción de la ley N° 24.660 contempla en su contenido del artículo 32 inciso f, la atenuación de las circunstancias de detención de las madres de hijos menores de cinco años en resguardo de la salud

psíquica de éstos, privilegiando la necesidad del desarrollo de los hijos menores en un grupo familiar (Voto del juez Hornos).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 299/2013, "Saavedra Balcazar, Susana s/ recurso de casación", rta. 30/08/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Madre de hijo menor a cinco años – Preeminencia de la protección del vínculo materno-filial frente a la potestad punitiva del Estado – Fin de resocialización de la pena

Hechos:

El juez de ejecución otorgó el arresto domiciliario a Clarisa Noemí Marasco, quien era madre de un niño de tres años, en virtud del artículo 32 inciso f de la Ley N° 24.660. Sin embargo, también dispuso su reingreso a la Unidad IV de Mujeres una vez que su hijo cumpliera los cinco años que prevé la ley, de modo de cumplir los tres meses que quedarían pendientes de ejecución de la pena privativa de libertad bajo el régimen de semidetención. Contra dicha resolución la defensa interpuso recurso de casación, el cual fue concedido. La Cámara anuló el punto resolutivo de la sentencia que dispuso su reingreso a la unidad carcelaria, y mantuvo la prisión domiciliaria.

Sumario:

En consonancia con la protección que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales otorgan a las madres, los niños y la familia, se debe interpretar que 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. En esta línea, resulta desacertado exigir a Clarisa Noemí el reintegro al SPF por el término de tres meses, pues esta medida se contrapone con los principios que rigen el fin resocializador de la pena previsto en los principios básicos de la ejecución de la pena y en los documentos internacionales, lo que le otorga un status normativo superior a la decisión jurisdiccional que dispuso el reintegro de Clarisa Noemí Marasco a la unidad carcelaria.

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

Arresto – Procedencia – Madre de niños mayores de cinco años – Hijo con retraso de desarrollo – Pretensión estatal cede frente a la protección de la salud del menor

Hechos:

M.A.B. era madre de dos niños mayores a cinco años. El menor de ellos, de ocho años de edad, padecía un retraso de desarrollo, hiperactividad, dificultades de atención y concentración. A partir de la detención de su madre, su tratamiento fue interrumpido y, por dificultades laborales del padre, el encargado de cuidar y medicar al niño era su hermano de trece años. A raíz de una disposición de la Alzada que ordenó dictar un nuevo pronunciamiento, el Tribunal resolvió concederle el arresto domiciliario.

Sumario:

La pretensión estatal de mantener caucionada la libertad de la encartada debe ceder puesto que de esta forma se protege la salud del menor, al permitir que se desarrolle en un ámbito propicio para su protección, cuidado y asistencia.

Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, incidente N° 244/08-I-01, “B., M. A. s/ prisión domiciliaria”, rta. 9/10/2009.

Arresto domiciliario – Procedencia – Madre de niña mayor a cinco años – Naturaleza del delito – Estereotipos de género

Hechos:

Al momento de solicitar la prisión domiciliaria, Costa Ponce Rodríguez era madre de una niña de once años de edad, que pertenecía a una comunidad indígena quechua. El padre de la niña vivía en Bolivia y no tenía en la República Argentina familiares directos que pudieran cuidar de ella ni acompañarla a ver a su madre al lugar de detención. El Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Lomas de Zamora denegó el pedido de arresto domiciliario. Contra dicha resolución, la defensa interpuso recurso de apelación. La Cámara, oportunamente, anuló la decisión del juzgado y ordenó la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces. Cumplimentada tal medida, el magistrado rechazó la prisión domiciliaria,

lo que dio lugar a un nuevo recurso. La Cámara finalmente declaró la inconstitucionalidad de los artículos 10.f, CP y 33 de la ley N° 24.660 dejó sin efecto la sentencia recurrida, y concedió la prisión domiciliaria solicitada.

Sumario:

No se pone en duda aquí el derecho del Estado de disponer medidas restrictivas de la libertad de carácter cautelar cuando ello es necesario para la aseguración del proceso, ni el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito (de especial gravedad en el presente caso al tratarse de transporte de estupefacientes), mas lo cierto es que deviene insuficiente esgrimir esas prerrogativas en abstracto, cuando a la luz de las particulares circunstancias que rodean el caso, se ha acreditado la situación de extrema vulnerabilidad de la hija de la imputada (voto del juez Pacilio).

Cámara Federal de La Plata, Sala III, Causa N° 1406/2012/5, “Costa Ponce Rodríguez s/ incidente de prisión domiciliaria”, voto del juez Nogueira al que adhieren los jueces Pacilio y Vallefín, rta. 22/10/2013.

VIVIENDA UBICADA EN ZONA DE RIESGO O EN CONDICIONES PRECARIAS

Arresto domiciliario – Procedencia – Persona con discapacidad – Vivienda ubicada en zona de riesgo

Hechos:

Al momento de la solicitud de la prisión domiciliaria, María Laura Naranjo tenía un hijo de siete años con discapacidad que necesitaba permanente atención médica y no podía movilizarse por sus propios medios. El niño no podía acceder a los tratamientos de salud que requería por falta de tiempo de quienes lo cuidaban, no tenía contacto con su padre, ni recibía ayuda económica de su parte. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 16 rechazó la solicitud de arresto domiciliario, entre otras cosas, por considerar que el domicilio ofrecido se encontraba en una zona de riesgo. Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación, el cual fue concedido. La Cámara hizo lugar al recurso, anuló la resolución y concedió el arresto domiciliario.

Sumario:

No puede hacerse cargar al niño con la imposibilidad que pudiera tener el Patronato de Liberados, como parte integrante del Estado, de ejercer un correcto control sobre quienes pesa una modalidad de detención diferente, por el hecho de vivir en una “zona de riesgo”. Más aun, teniendo en cuenta que otros profesionales informantes en autos han accedido al domicilio sin manifestar inconvenientes en relación a ello.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.691, “Naranjo, María Laura s/ recurso de casación”, voto de la jueza Ledesma al que adhiera la jueza Figueroa, rta. 29/08/2012.

Arresto domiciliario – Procedencia – Mujer embarazada – Vivienda ubicada en zona de riesgo

Hechos:

Flor de María Álvarez Contreras al momento de su detención cursaba

la última etapa de su embarazo. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2, resolvió por mayoría no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario porque el domicilio ofrecido se encontraba en zona de riesgo. Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación que fue concedido. La Cámara resolvió hacer lugar al recurso de casación, casar la sentencia y conceder el arresto domiciliario.

Sumario:

Corresponde advertir que la ineficacia del Estado en relación a las conjeturales limitaciones al acceso al domicilio denunciado no puede colocarse en cabeza de la condenada y ser merituada en su perjuicio. Una vez más, se invirtieron las variables para decidir por la denegatoria.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 684/2013, "Álvarez Contreras, Flor de María s/ recurso de casación", voto del juez Slokar al que adhiere la jueza Ledesma y el juez David, rta. 20/09/2013.

Arresto domiciliario - Procedencia - Mujer embarazada - Vivienda situada en zona de riesgo

Hechos:

Sirley Yannet Juarez Rivero estaba embarazada, tenía un domicilio y un referente para cumplir la pena en prisión domiciliaria. La defensa solicitó su incorporación al régimen y el Fiscal se opuso porque el domicilio fijado se encontraba ubicado en una zona de alto riesgo y por lo tanto el Patronato de Liberados no podía supervisar el cumplimiento de las condiciones de detención. El Juez de Ejecución concedió el arresto domiciliario.

Sumario:

Si bien el domicilio fijado por la interna se encuentra ubicado en una zona denominada de alto riesgo social se ha verificado, con la colaboración de personal policial, la existencia del mismo en la totalidad de los informes sociales. Por ello, dicha circunstancia no puede ser valorada en contra de la condenada.

Juzgado Nacional de Ejecución N° 3; Causa N° 100.461; "J. R. S.", rta. 8/01/2010.

Arresto domiciliario – Principio acusatorio – Garantía de imparcialidad – Derecho de defensa

Hechos:

El juez de ejecución otorgó el arresto domiciliario a Clarisa Noemí Marasco, quien era madre de un niño de tres años, en virtud del artículo 32 inciso f de la Ley N° 24.660. Sin embargo, más allá de lo solicitado por el Fiscal, dispuso su reingreso a la Unidad IV de Mujeres una vez que su hijo cumpliera los cinco años que prevé la ley, de modo de cumplir los tres meses que quedarían pendientes de ejecución de la pena privativa de libertad bajo el régimen de semidetención. Contra dicha resolución, la defensa interpuso recurso de casación, el cual fue concedido. La Cámara anuló el punto resolutivo de la sentencia que dispuso su reingreso a la unidad carcelaria, y mantuvo la prisión domiciliaria.

Sumarios:

1. El magistrado al momento de resolver, si bien hizo lugar al planteo, se extralimitó en sus funciones al disponer el regreso de la nombrada a la unidad cuando su hijo cumpliera los cinco años de edad. Ello así pues dicha circunstancia no ha sido requerida expresamente por el fiscal. En función de todo lo expuesto, se observa una vulneración al modelo de proceso acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional (artículos 18, 75 inciso 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCP).
2. El juez de ejecución no estaba autorizado para expedirse más allá de la concesión del arresto domiciliario, pues no existía un pedido concreto de la parte acusadora que lo habilitara a imponer un límite al otorgamiento del instituto, todo lo cual lesiona la garantía de imparcialidad del juzgador (artículos 75, inciso 22 de la CN, 8.1 de la CADH, 14.1 del PIDCP, 10 de la DUDH, 26 de la DADDH), por afectación del principio acusatorio.
3. El magistrado, al introducir una limitación a la prisión domiciliaria no solicitada por el fiscal durante la sustanciación del caso, impidió que la asistencia técnica pudiera alegar adecuadamente sobre ese extremo,

lo que implicó una afectación al derecho de defensa de la nombrada (artículos 18 CN, 75 inciso 22 de la CN, 8 CADH y 14 PIDCyP).

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

Arresto domiciliario – Protección especial a niños – Debido proceso – Derecho de los niños a ser oídos

Hechos:

Landriel Calisaya se encontraba alojada en el penal junto a su bebé de nueve meses. Además, tenía tres hijos de tres, cuatro y siete años, que se encontraban bajo el cuidado de su abuela materna, quien padecía problemas de salud psiquiátricos. El padre de los niños también se encontraba detenido. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy denegó el arresto domiciliario, lo que motivó la presentación de un recurso de casación que también fue denegado y originó la presentación de un recurso de queja. La Cámara concedió el recurso de queja, anuló la resolución recurrida y concedió el arresto domiciliario.

Sumario:

Las niñas, niños y adolescentes tienen todos los derechos convencionales y constitucionales existentes en nuestro sistema jurídico correspondientes a cualquier sujeto de derecho, y además disponen de un plus por su situación de vulnerabilidad en razón de la edad, por lo que deben ser sometidos a jurisdicción y trato especial. Siempre se debe respetar el debido proceso y el derecho a ser oído de los niños, tomándose en cuenta su opinión en el momento de tomar decisiones, ya sean de índole judicial o administrativa, cuando les afecten a sus derechos y siempre se deberá resolver a favor del superior interés del niño (conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 16.833, "Calisaya, Landriel Silvana s/ recurso de casación", voto de la jueza Figueroa al que adhieren los jueces Cabral y Madueño –por su voto–, rta. 11/04/2013.

Arresto domiciliario – Derecho de los niños a ser oídos – Intervención de la Defensoría de Menores – Concesión del arresto por riesgo en la salud

Hechos:

Al momento de la presentación del pedido de arresto domiciliario, María Elena Rojas Tenorio se encontraba en período de gestación, con un estado de salud delicado, y además tenía dos hijos pequeños, uno de ellos menor a cinco años, que estaban a cargo de su hermana. El juzgado y la Cámara de Apelaciones rechazaron la solicitud, lo que dio lugar a la interposición de un recurso de casación. Durante el trámite del recurso nació su tercer hijo. El voto mayoritario de la Cámara consideró que se había vulnerado el derecho a ser oído de los niños porque no había tomado intervención la Defensoría de Menores e Incapaces. En consecuencia, anuló la resolución recurrida y remitió las actuaciones al tribunal de origen para que, previa intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, dicte un nuevo pronunciamiento. Por su parte, la disidencia consideró que el caso encuadraba dentro de los supuestos de procedencia del arresto domiciliario y votó a favor de hacer lugar al recurso y conceder la forma morigerada de encierro.

Sumarios:

1. Es necesario que se dé intervención a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en orden a resolver la solicitud de arresto domiciliario efectuada por la defensa de Rojas Tenorio. Es este órgano quien podrá brindar una opinión objetiva, siempre en interés de la protección de los derechos de las menores. Así lo establece el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (voto del juez David).
2. El derecho que tiene todo niño a ser oído constituye una garantía que debe respetarse en todo procedimiento administrativo o judicial y por ello, es preciso en este caso, la intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces (voto del juez David).
3. La decisión puesta en crisis debe ser anulada, pues la ausencia de participación de la representación promiscua impidió el efectivo ejercicio del derecho de defensa que ampara a los menores de edad (voto del Juez David al que adhiere el Juez Slokar).

4. No habré de compartir la solución propuesta por el colega que me precede en la votación pues en el caso se encuentra configurado el supuesto de hecho que prevé el artículo 10 inciso f) del CP y 32 inciso f) de la ley N° 24.660, en atención a que Rojas Tenorio posee dos hijos menores de edad, uno de dos años y un bebé de tan sólo 4 meses, que nació en la Unidad, durante el trámite de este incidente (voto en disidencia de la jueza Ledesma).
5. Sin perjuicio de ello, especial atención merece la hija de once años de Rojas Tenorio, en orden al “interés superior del niño”, pues manifestó sentirse triste por no contar con la presencia de su madre y que debido a ello muchas veces no tiene ganas de ir a la escuela (voto en disidencia de la jueza Ledesma).
6. Rojas Tenorio y su hija recién nacida padecen mal de chagas, lo que pone en grave riesgo la salud del bebé por no contar en la Unidad con los cuidados adecuados, extremo que torna imprescindible atender de manera urgente la cuestión traída a estudio.
7. Considero que corresponde hacer lugar, sin costas, al recurso de casación deducido por la defensa y conceder el arresto domiciliario (voto en disidencia de la Jueza Ledesma).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 281, “Rojas Tenorio, María Elena s/ recurso de casación”, rta. 21/08/2013.

Bibliografía

Abramovich, V. 1999. "La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática". En: F. González y F. Vivero (eds.). *Defensa jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias y experiencias. Cuadernos de análisis jurídico N° 9*. Chile: Universidad Diego Portales.

Abramovich, V. y C. Courtis. 2006. *El umbral de la ciudadanía*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

------. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Alderete Lobo, R. 2012. "La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)". En: Defensoría General de la Nación. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Subsecretaría de Comunicación Institucional. Secretaría General de Política Institucional. Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina).

Almeda, E. 2002. *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*. Barcelona: Bellaterra.

Azaola, E. 2007. "Género y justicia penal en México". En: E. Samaranch y E. Bodelón González (eds.). *Mujeres y Castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson.

Bastick, M. y L. Townhead. 2008. *Mujeres en la cárcel: Comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*. Representación Cuáquera ante Naciones Unidas. Consultado el 15 de enero de 2015. <http://www.icpa.ca/tools/download/1018/WiP-CommentarySMRs200806-Spanish.pdf>.

Bernstein, N. 2005. *All Alone in the World: Children of the Incarcerated*. Nueva York: New York Press.

Binder, A. 1993. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bloom, B. 2003. *Gendered Justice: Addressing Female Offenders*. Durham: Carolina Academic Press.

Boudin, C. 2011. "Children of Incarcerated Parents: The Child's Constitutional Right to the Family Relationship". En: *Journal of Criminal Law & Criminology*, 101 (1): 77-118.

Bovino, A. y P. Bigliani. 2008. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación / Editores del Puerto.

Busso, G. 2001. *Vulnerabilidad Social: nociones e implicancias de políticas para América Latina y el Caribe a comienzos del siglo XXI*. Santiago de Chile: CEPAL/CELADE.

Caimari, L. 2004. *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Carlen, P. y A. Worrall. 2004. *Women in Prison: Contemporary Issues*. Londres: Willan Publishing.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación. 2011. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Cook, R. y S. Cusack. 2010. *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. Filadelfia: Universidad de Pennsylvania.

Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic, Defensoría General de la Nación y University of Chicago Law School International Human Rights Clinic. 2013. *Mujeres en prisión en Argentina: Causas, condiciones y consecuencias*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Corston, J. 2007. *The Corston Report: A Review of Women with Particular Vulnerabilities in the Criminal Justice System*. Londres: Home Office.

Courtis, C. 2009. "Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda". En: C. Courtis y R. Ávila Santamaría (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Cufino, E. y S. M. Martínez. 2009. *Mujeres Privadas de libertad: Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación y Unicef Argentina.

Di Corleto, J., y M. Monclús Masó. 2009. "El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años". En: I. Anitua e I. Tedesco, (comp.), *La cultura penal: Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Dulitzky, A. 2008. "Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones preliminares". *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 48: 107-134.

Dworkin, R. 1989. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Espinoza, O. 2005. "Mujeres enfrentadas con el sistema punitivo". En: *Pena y Estado*, 6 (6): 15-34. Buenos Aires: INECIP.

Ferrajoli, L. 2006. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

Fraser, N. 2006. "La justicia social en la era política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación". En: N. Fraser, y A. Honneth. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político filosófico*. Madrid: Morata.

Fundación SURT. 2005. *Violencia contra las Mujeres. Análisis de la población penitenciaria*. Barcelona. Consultado el 15 de enero de 2015. http://www.surt.org/cast/docs/estudio_final_cast.pdf, consultado 15/01/2015.

Gertner, N. 2002. "How Justice Affects Women: Women Offenders and the Sentencing Guidelines". *Yale Journal of Law & Feminism*, 14: 291-305.

Herbel, G. 2006. "Los inescrutables caminos de la competencia legislativa en materia de ejecución penal". En: Z. Fellini (dir.). *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Igareda, N. 2009. "La maternidad de las mujeres presas". En: G. Nicolás y E. Bo-

delón (comps.). *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona: Anthropos.

INECIP. 2012. *El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio*. Buenos Aires: INECIP y Open Foundations.

Jelin, E. 2010. *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Kalinsky, B. 2006. "Los usos de la prisión: la otra cara de la institucionalización. El caso de las mujeres encarceladas". *Ley, Razón y Justicia. Revista de investigaciones en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 10: 181-204.

Madriz, E. 2001. *A las niñas buenas no les pasa nada malo. El miedo a la delincuencia en la vida de las mujeres*. México: Siglo Veintiuno Editores.

Maurino, G. 2007. "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes". En: M. Alegre y R. Gargarella (coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

Ministerio Público de la Defensa. 2012. *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*. Buenos Aires: Subsecretaría de Comunicación Institucional. Secretaría General de Política Institucional. Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina).

Minow, M. 1990. *Making all the Difference*. Ithaca: Cornell University Press.

Naredo Molero, M. 1999. "Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la 'sinrazón' penitenciaria". En: I. Rivera Beiras (coord.). *La cárcel en España en el fin del milenio -a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria-*. Barcelona: Bosch.

Olsen, F. 2009. "El sexo del derecho". En: C. Courtis (dir.). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Pinto, M. 1997. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En: M. Abregú y C. Courtis (comps.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS - Editores del Puerto.

- Pisarello, G. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- Pisarello, G. 2003. *Vivienda para todos: un derecho (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Icaria/Observatori DESC.
- Ribas, N., E. Almeda, y E. Bodelón. 2005. *Rastreado lo invisible. Mujeres extranjeras en las cárceles*. Barcelona: Anthropos.
- Robertson, O. 2007. *El impacto que el encarcelamiento de un/a progenitor/a tiene sobre sus hijos*. Serie Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Ginebra: Representación Cuáquera ante Naciones Unidas.
- Rungay, J. 2004. *When Victims Become Offenders: In Search of Coherence in Policy and Practice*. Londres: Fawcett Society.
- Salt, M. e I. Rivera Beiras. 2005. *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Tedeschi, S. 2008. "El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la constitución". En: V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.) *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*. Buenos Aires: Editores del Puerto/CELS.
- Townhead, L. 2006. *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Ginebra: Representación Cuáquera ante Naciones Unidas.
- . 2007. *La prisión preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, Ginebra: Representación Cuáquera ante Naciones Unidas.
- Treacy, G. 2011. "Categorías sospechosas y control de constitucionalidad". *Lecciones y Ensayos*, 89: 181-216.
- Zaffaroni, E., A. Alagia y A. Slokar. 2002. *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- . 2001. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

------. 2000. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Ziffer, P. 2007. "La idea de 'peligrosidad' como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Fermín Ramírez'". *La Ley*, 2007-A, 630.

Jurisprudencia internacional

CIDH, *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros v. Estados Unidos*, Caso N° 12.626, Informe N° 80/11, del 21 de julio de 2011.

CIDH, *Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso v. Uruguay*, Caso N° 12.553, Informe N° 86/09, del 6 de agosto de 2009.

CIDH, *Caso Karina Montenegro y otras v. Ecuador*, Caso 12.631, Informe N° 61/13, del 16 de julio de 2013.

CIDH, *Caso Luis Lizardo Cabrera v. República Dominicana*, Caso 10.832, Informe N° 35/96, del 7 de abril de 1998.

Comité de Derechos Humanos, *A. c. Australia*. Comunicación No. 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30 de abril de 1997.

Comité de Derechos Humanos, *Shafiq c. Australia*. Comunicación No. 1324/2004, CCPR/C/88/D/1324/2004, 13 de noviembre de 2006.

Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides v. Perú*. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH, *Caso de la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C. No. 160.

Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126

Corte IDH, *Caso Fornerón e Hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Corte IDH, *Caso Furlán y familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No 246.

Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No 205.

Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH, *Caso J. v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275

Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141

Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

Corte IDH. *Caso Mendoza y otros v. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte IDH, *Caso Vera Vera v. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones

y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.

Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

TEDH, *Caso Palau-Martínez v. Francia*, (No. 64927/01), Sentencia de 16 de diciembre de 2003. Final, 16 de marzo de 2004.

Documentos de organismos internacionales

Atabay, T. 2008. *Manual para operadores de establecimientos penitenciarios y gestores de políticas para mujeres encarceladas*, UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito). Consultado el 15 de enero de 2015: http://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf.

CEJIL - The International Reproductive and Sexual Health Law Programme, University of Toronto, Faculty of Law, Amicus curiae en el caso Campo Algodonero: Claudia Ivette Gonzalez, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez en contra de los Estados Unidos Mexicanos, 3 de diciembre de 2008.

CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/13, 30 diciembre 2013.

CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.

CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011.

CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013.

CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54/13, 17 de octubre de 2013.

CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/13, 30 de diciembre de 2013.

CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011.

CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110, doc. 52, 9 de marzo de 2001.

Comité CEDAW, Recomendación General N° 25, *sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW referente a medidas especiales de carácter temporal*, 30° período de sesiones, 2004.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 8, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 9 – Derecho a la libertad y a la seguridad personales*, 16° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147, 1982.

Comité de Derechos Humanos, Comentario General N° 17, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 24 - Derechos del niño*, 35° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165, 1989.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 20, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 7 - Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173, 1992.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000.

Comité de los Derechos del Niño, *Day of General Discussion of children of incarcerated parents*, 2011. Consultado el 15 de enero de 2015: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/2011CRCDGDRpt.pdf>

Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los Informes Enviados por los Estados*

Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, 17 de marzo de 2006.

Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Filipinas, CRC/C/15/Add.259, 15 de julio de 2008.*

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, *Medidas generales para la implementación de la Convención sobre los Derechos de los Niños, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003.*

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.*

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), UN CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.*

Comité DESC, *Informe del Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001.*

Comité DESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 5º período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1990.*

Comité DESC, Observación General N°4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), 6º período de sesiones, U.N. Doc. E/1991/23, 1991.*

Comité CERD, Observación General N° 31, *Prevención de la Discriminación Racial en la Administración y el Funcionamiento del Sistema de Justicia Penal, A/60/18, 17 de agosto de 2005.*

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, A/HRC/11/L.13, 15 de junio de 2009.*

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969; y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económi-

cos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado por la Asamblea General (OEA), A-52, 17 de noviembre 1988

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General (ONU), A/RES/39/46, del 10 de diciembre de 1984; y su Protocolo Facultativo, aprobado por la Asamblea General (ONU), A/RES/57/199, 18 de diciembre de 2002.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada por la Asamblea General (OEA), A-61, 6 de septiembre de 1994.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 24 de enero de 2007.

Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (OEA), A-65, 6 de julio de 1999.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC 18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC 16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Resolución XXX, 1948.

Declaración de los Derechos de los Impedidos, proclamada por la Asamblea Ge-

neral (ONU), Resolución 3447 (XXX), 9 de diciembre de 1975.

Declaración de los Derechos de las Personas con Retraso Mental, aprobada por la Asamblea General (ONU), Resolución 2856 (XXVI), 20 de septiembre de 1971.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General (ONU), Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Pobreza y derecho humanos: hacia la definición de parámetros conceptuales desde la doctrina y acciones del sistema interamericano*, San José, IIDH, 2010.

Instituto Nacional de las Mujeres de México y PNUD, *Garantizando los derechos humanos de mujeres en reclusión*, agosto de 2006.

OMS, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 22 de julio de 1946.

ONU, VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 96ª sesión plenaria, 29 de noviembre de 1985.

ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), aprobadas por la Asamblea General, Sexagésimo quinto período de sesiones, Resolución 65/229, 16 de marzo de 2011.

ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General, Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

ONU, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General, Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

ONU, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado entre el 26 de agosto y el 6 de septiembre de 1985, elaboró un anexo de recomendaciones sobre el trato a los reclusos y reclusas extranjeras.

UNODC, *Manual para Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres encarcelada*, Serie de Manuales de Justicia Penal, 2011. Consultado el 15 de enero de 2015: https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General (ONU), Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, *Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres*, Naciones Unidas, A/68/340, Asamblea General, Sexagésimo sexto período de sesiones, 21 de agosto de 2013.

Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, Informe, E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001.

Representación Cuáquera ante la ONU y Penal Reform International, *Resumen informativo sobre las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de la Reclusas y Medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (“Reglas de Bangkok”), febrero 2011. Consultado el 4 de diciembre de 2014: http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Briefing%20on%20Bangkok%20Rules.pdf.

Representación Cuáquera ante Naciones Unidas, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas*. Informe para los amigos, Grupo del Proyecto Mujeres en la Cárcel, agosto 2007.

Jurisprudencia nacional

Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A, Causa N° 397/09, “S.A., s/ detención domiciliaria”, rta. 08/04/2010.

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, Causa N° 5177, “T.N.B. s/ incidente de arresto domiciliario”, rta. 11/08/2011.

Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, Causa N° 5177, rta. 11/08/2009.

Cámara Federal de La Plata, Sala III, Causa N° 1406/2012/5, “Costa Ponce Rodríguez s/ recurso de casación”, rta. 22/10/2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, Causa N° 37.118, “G., G.E. s/arresto domiciliario”, rta. 08/07/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala IV, Causa 1839, “T., G. o R.M.”, rta. 09/12/2010.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, Causa N° 433, “G., D.A.”, rta. 07/12/2011.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 12.923, rta. 02/11/2010.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 22.246, rta. 04/11/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, “Incidente de solicitud de prisión preventiva de Helena Opoku Jhontson”, Causa N° 9.515, 03/03/2009.

Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala “B”, Causa N° 62.575, rta. 26/01/2012.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 12.799, rta. 29/12/2010

Cámara Federal de Casación Penal, Causa N° CCC15.214/2013/TO2/1/CFC1, “Aguirre, Mirta Gabriela”, rta. 02/07/14.

Cámara Federal de Casación Penal, Causa N° 16.643, “González Artilés, Elizabeth s/recurso de casación”, reg. N° 849/13, rta. 28/06/13.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.153, “Havrova, Irina s/ recurso de casación”, rta. 11/12/12.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala de feria, Causa N° 33/12, “Fernández, Ana María s/ rec. de casación”, reg. N° 35, rta.10/01/2013.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 16833, “Calisaya, Landriel Silvana s/rec. de casación”, reg. N° 20.818.1, rta. el 11/04/2013.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15.965, “Sánchez, Sandra Beatriz s/recurso de casación”, rta. 22/08/2012.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15793, “Villaruz Castillo, María Rowena”, reg. N° 21.272, rta. 19/06/13.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa N° 15656, “Rossi, Maximiliano s/recurso de casación”, rta. 22/06/2012.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 684/2013, “Álvarez Contre-
ras, Flor de María s/ recurso de casación”, rta. 20/09/2013.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.346, “Castillo, María Vic-
toria s/ recurso de casación”, rta. 03/05/2013.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 502/13, “Gutiérrez, Verónica
s/ recurso de casación”, rta. 06/12/2013.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.452, “Marasco, Clarisa
Noemí s/recurso de casación”, rta. 17/07/2013.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 12.921, rta. 16/06/2011.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.153, “Havrova, Irina s/
recurso de casación”, rta. 11/12/2012.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.643, “González Artiles,
Elizabel s/ recurso de casación, rta. 28/06/2013).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 12.799, “A.M.M. s/ recurso
de casación”, rta. 29/12/2010.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Causa N° 17.156, “Fernandez, Ana
María s/ recurso de casación”, reg. N° 1.184/13, rta. 12/07/14.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 15.026, “Aguilera, Maximilia-
no s/ recurso de casación”, rta. 01/08/2011.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 871/2013, “Ramírez, Juan Ramón s/ recurso de casación”, rta. 06/11/2014).

Cámara Federal de Casación Penal, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo 1/08. Plenario N° 13, rta. 30/10/2008.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “O.O. s/recurso de casación”, Causa N° 14.078, rta. 09/08/2011.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “R., L. s/recurso de casación”, Causa N° 11.438, rta. 05/05/2010.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “M.A.P. s/ recurso de casación”, Causa N° 9.696, rta. 22/11/2010.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “Z., J.B. s/recurso de casación”, Causa N° 22.246, rta. 04/11/2009.

CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, rta. 24/08/2004, *Fallos* 327:3312.

CSJN, “Baldivieso, Cesar Alejandro s/causa N°4733”, rta. 20/04/2010, *Fallos* 333:405.

CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, rta. 07/07/1992, *Fallos* 315:1492.

CSJN, “Fernández, Ana María s/ causa nro. 17.156”, Exptes. F. 67. XLIX y F. 74. XLIX, rta. 18/06/2013 y Dictamen de la Procuradora General de la Nación, en F.74 XLIX “Fernández Ana María s/ causa n° 17.516” del 29/05/2013.

CSJN, “García Mendez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ c° 7.537”, rta. 02/12/08, *Fallos* 331:2961.

CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, rta. 07/04/1995, *Fallos* 318:514.

CSJN, “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”, I. 349. XXXIX, 29/03/2005, *Fallos* 328:566.

CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas

en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1.174”, rta. 07/12/2005, *Fallos* 328:4343.

CSJN, “Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación”, rta. 15/04/2004, *Fallos* 327:954.

CSJN, “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.”, rta. 22/12/1988, *Fallos* 321:3630.

CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, rta. 13/12/2010, *Fallos* 335:452.

CSJN, “Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad”, rta. 14/06/2005, *Fallos* 328:2056.

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, rta. 03/05/2005, *Fallos* 328:1146.

Juzgado Nacional en lo Correccional N° 13, Causa N° 24.082, “N.L.D. s/hurto en grado de tentativa”, rta. 06/01/2010.

Juzgado de Ejecución Penal del Tribunal Oral Federal de La Pampa, “Lucero, Saturnina Delinda s/prisión domiciliaria”, rta. 14/05/2009.

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 28, Causa N° 28.134/10, rta. 07/09/2010.

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

Juzgado Federal de Rawson, Expte. 278 f.68 año 2009, “Dra. Mirta Seniow de Gando solicita detención domiciliaria de M.I.M.”, rta. 01/09/2009.

Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, “B., M.A. s/ prisión domiciliaria”, Incidente N° 244/08-I-01, rta. 09/10/2009.

Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín, “Vera, Silvina Alejandra”, rta. 19/06/2009.

Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, Causa N° 90.322-A, “A.V. s/excarcelación o solicitud de arresto domiciliario en subsidio”, rta. 26/04/2010;

Juzgado Federal N° 2 de Tucumán, Causa N° 831, “G., N. s/inf. Ley 23.737”, rta. 09/06/2009.

Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 4, Causa N° 34.340/2010, “J.A.D.M”, rta. 21/01/2014.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Causa N° 15.006, “L.T. o M.C. s/arresto domiciliario”, rta. 15/06/2010.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Causa N° 6.845/2010 (B-12630/2010), rta. 15/06/2010.

Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3, Secretaría N° 6, “Smith, Tina Marie s/ inf. Ley 22.415”, rta. 24/10/2014.

Tribunal Criminal N° 1, Necochea, “M. R. Néstor Horacio s/morigeración de la prisión preventiva”, rta. 29/06/2007.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, Causa N° 08/08, “L.M.A.”, rta. 11/12/2009.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1, Causa N° 1.735, “M.N.G. s/arresto domiciliario”, rta. 17/02/2010.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, Causa N° H-1/10, “H.M. s/ solicitud de prisión domiciliaria”, rta. 09/08/2010.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 19, Causa N° 3.008, rta. 22/09/2009.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, Causa N° 3.303, rta. 17/05/2011.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 8, Causa N° 3.045, “V., G.O. s/arresto domiciliario”, rta. 02/02/2010.

Tribunal Oral en lo Penal Económico N°1, Causa N°1.717, rta. 29/04/2009.

Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, Leg. 21, “Higuero Pizarro, María Teresa s/ Ejecución de la pena”, rta. 14/05/2010.

Tribunal Oral en los Criminal Federal N° 4, Causa N° 1.562-1590, “C.B.V. s/ley 23.737”, rta. 29/06/2010.

Documentos de organismos nacionales

Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Centro de Estudios Legales y Sociales. 2013. *Infantilización del déficit habitacional: una temática invisible*. Consultado el 17 de diciembre de 2014. http://www.cels.org.ar/common/documentos/infantilizacion_del_deficit.pdf.

Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias, 2006, Orden del día N°1261, Comisión de Legislación Penal, 6 de noviembre de 2006.

Cámara de Diputados de la Nación, Versión Taquigráfica de la Sesión del día 7 de noviembre de 2007. Consultada el 13 de enero de 2005: <http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/versiones/index.html>

Censo Penitenciario de Mujeres realizado en el 2013 por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP).

Censo Penitenciario de Mujeres realizado en el 2013 por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP).

Conti, Diana. 2006. Fundamentos del proyecto de ley (269-D.-2006). Honorable Cámara de Diputados de la Nación República Argentina.

Decreto 1602/09 del Poder Ejecutivo Nacional, que aprobó a fines de 2009 la Asignación Universal por Hijo,

Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Fe, Resolución del N° 1111/2011, 7 de diciembre de 2011.

Observatorio de Cárceles Federales, "Prisión e Inmigración, población extranjera detenida en cárceles federales. Cuadernos de la Procuración Penitenciaria de la Nación Nro. 7", Procuración Penitenciaria de la Nación, Buenos Aires, 2014.

Proyecto de ley de los diputados Gil Lavedra, Martínez, Albrieu y Recalde, sobre "Ejecución de la pena privativa de la libertad –modificación de los artículos 33 y 34 de prisión domiciliaria", N° de expediente 0993-D-2012, Trámite Parlamentario 011 (16/03/12).

Rodríguez, Marcela V. y Emilio García Méndez. 2006. Fundamentos del proyecto de ley (4.820-D.-2006). Honorable Cámara de Diputados de la Nación República Argentina.

Unidos por la Justicia, "Informe: análisis comparativo SPF-SPB", en <http://www.unidosjusticia.org.ar/archivo/prensa/Analisis%20Comparativo%20SPF-SPB-Final.pdf>. Consultado por última vez el 27 de junio de 2012.