

# MUJERES PRESAS

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EMBARAZADAS  
O CON HIJOS/AS MENORES DE EDAD  
LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

# MUJERES PRESAS

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EMBARAZADAS  
O CON HIJOS/AS MENORES DE EDAD

LIMITACIONES AL ENCARCELAMIENTO

## DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Dra. Stella Maris Martínez

DEFENSORA PÚBLICA OFICIAL DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN A CARGO DE LA SECRETARÍA GENERAL DE POLÍTICA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Dra. María Fernanda Lopez Puleio

COMISIÓN SOBRE TEMÁTICAS DE GÉNERO

Dras. Patricia Adelina Graciela Azzi, Matilde Marina Bruera, Cecilia Leonor Mage, Virginia Sansone, María Ernestina Storni, Ana Zapata de Barry, Raquel Asensio y Julieta Di Corleto y los Dres. Alberto Giordano y Gabriel Ignacio Anitua

COMISIÓN DE CÁRCELES

Dras. Patricia Margarita Garnero, Silvia Edith Martínez y Catalina Moccia de Heilbron y los Dres. Sergio Adrián Paduczak y Miguel Ángel Rossi

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL TRATAMIENTO INSTITUCIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Dras. M. Carolina Inés Paladini, Diana María Yofre y los Dres. Damián R. Muñoz, Ricardo Enrique Antón y Gustavo Gallo Oreste

## UNICEF OFICINA DE ARGENTINA

REPRESENTANTE ADJUNTO

Dr. Ennio Cufino

## RESPONSABLES TÉCNICOS DE LA PUBLICACIÓN

Dra. Julieta Di Corleto

Prosecretaria Letrada Defensoría General de la Nación

Dra. Gimol Pinto

Especialista en Protección (UNICEF)

Dra. Romina Pzellinsky

Consultora (UNICEF)

## COORDINACIÓN EDITORIAL

Área de Comunicación – UNICEF. Oficina de Argentina

Edición de octubre 2008

1° Edición de 150 ejemplares

# ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| PRÓLOGO  | 2  |
| INTRODUCCIÓN   | 4  |
| INFORMES Y DECISIONES DE<br>ORGANISMOS INTERNACIONALES         | 5  |
| JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA<br>DE JUSTICIA DE LA NACIÓN | 6  |
| JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL<br>DE CASACIÓN PENAL      | 7  |
| JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA FEDERAL                          | 8  |
| JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA NACIONAL                         | 9  |
| JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA PROVINCIAL                       | 10 |

# PRÓLOGO

El número de mujeres que sufre prisión en nuestro país está creciendo a un ritmo preocupante. Las estadísticas del Servicio Penitenciario Federal demuestran que mientras en el año 1995 el número de mujeres privadas de libertad en cárceles federales era de 562<sup>1</sup>, en el año 2008 la cifra asciende a 1019<sup>2</sup>. A ello se suma que en los últimos años, merced a la ausencia de políticas públicas que garanticen de una manera más eficaz el interés superior del niño, el encarcelamiento de las mujeres estuvo acompañado por el encierro de sus hijas o hijos menores de cuatro años. En la actualidad, en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, 86 niñas y niños se encuentran tras las rejas acompañando a sus madres<sup>3</sup>.

Más allá del impacto diferencial del encierro en la población penitenciaria femenina<sup>4</sup>, la situación de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos merece un tratamiento especial. En cuanto a las primeras, la cárcel es un lugar “per se” inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y la atención especializada con relación a dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos. A ello se suma que el alumbramiento en situación de encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del niño<sup>5</sup>. En cuanto a las mujeres con hijas o hijos pequeños, el tiempo en prisión produce la ruptura del grupo familiar y el aislamiento de las detenidas de sus afectos más primarios, hecho que aumenta sensiblemente los efectos del encarcelamiento.

Si bien es cierto que la posibilidad de llevar a sus hijas o hijos a prisión puede reducir las consecuencias negativas de la separación, no es menos acertado que el encierro conforma un factor de riesgo adicional para el grupo familiar<sup>6</sup>. Sobre el impacto de la separación, un informe de la organización Quaker United Nations Office ha señalado que las niñas y niños experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales: depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros<sup>7</sup>. El encarcelamiento de la madre generalmente obliga a que sus hijas o hijos deban mudarse disgregadamente con parientes, amistades, vecinos, todos éstos arreglos alternativos que no siempre eluden situaciones de abuso<sup>8</sup>. Ello sin contar el número elevado de niñas y niños que, ante la falta de opciones válidas de contención, son institucionalizados. Sin embargo, permanecer con sus madres en la cárcel no parece ser una mejor opción. En el ámbito carcelario, las niñas y niños deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto al aseguramiento de sus derechos en materia de educación, salud y vínculos con el exterior, pero con un mayor grado de vulnerabilidad. Un escenario especialmente difícil se da cuando las niñas o niños cumplen la edad límite para la permanencia en el establecimiento penitenciario pues en ese momento deben afrontar la separación de su progenitora y la inserción en ámbitos desconocidos<sup>9</sup>.

La complejidad de esta problemática obliga a la comunidad jurídica en general, y a la defensa pública en particular, a reflexionar sobre los argumentos a desarrollar a favor de la concesión de medidas alternativas al encierro en la prisión en el caso de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos de corta edad, tomando como base decisiones de organismos internacionales y jurisprudencia de tribunales federales, nacionales y provinciales que han receptado criterios que favorecen la excarcelación o el arresto domiciliario de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos, como mecanismo de protección de derechos, tanto desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, como desde los derechos de niñas y niños.

Es nuestra intención que esta compilación de antecedentes contribuya a la labor diaria y que favorezca la consolidación de los criterios jurisprudenciales que mejor resguardan los derechos de las mujeres encarceladas y sus hijas o hijos.

Stella Maris Martínez  
Defensora General de la Nación

Ennio Cufino, Representante Adjunto  
UNICEF

- 
- <sup>1</sup> Conf. CEJIL, Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, Buenos Aires, 2007, p. 18.
- <sup>2</sup> Información disponible en [http://www.spf.gov.ar/pdf/sintesis\\_semanal\\_femenino.pdf](http://www.spf.gov.ar/pdf/sintesis_semanal_femenino.pdf), visitada por última vez el 11 de septiembre de 2008. De este total, aproximadamente el 60 % de las mujeres están detenidas en calidad de procesadas y el 68 % por infracción a la ley 23.737. Conf. datos proporcionados por el Servicio Penitenciario Federal al 5 de septiembre de 2008.
- <sup>3</sup> Conf. datos proporcionados por las Unidades 13, 22, 23 y 31 del Servicio Penitenciario Federal al 5 de septiembre de 2008. El artículo 195 de la ley 24660 establece: "La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado".
- <sup>4</sup> Conf. CEJIL, Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, cit. p. 11. Asimismo, conf. Elisabet Almeda, Corregir y Castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002.
- <sup>5</sup> Conf. Laurel Townhead, Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, Quaker United Nations Office, 2006, p. 7.
- <sup>6</sup> Conf. Laurel Townhead, Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, cit., p. 15.
- <sup>7</sup> Conf. Grupo del Proyecto de Mujeres en la Cárcel, Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los Amigos, Quaker United Nations Office, 2007, p. 13.
- <sup>8</sup> Conf. Oliver Robertson, El impacto que el encarcelamiento de un (a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos, Quaker United Nations Office, abril 2007, p. 32.
- <sup>9</sup> Conf. Oliver Robertson, ob. cit., p. 37.
-

# INTRODUCCIÓN

## LA PRISIÓN DOMICILIARIA DE MUJERES EMBARAZADAS Y CON HIJOS E HIJAS MENORES DE EDAD

### 1. Derechos de las mujeres presas embarazadas o con hija/os mejores de edad y la prisión domiciliaria

La prisión domiciliaria es una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad o 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 verifican los requisitos para su procedencia o se acreditan extremos que hacen inviable el cumplimiento de la detención preventiva o de la pena en un establecimiento carcelario.

La prisión domiciliaria está prevista en el artículo 10 del Código Penal, el cual establece que las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias que tengan que cumplir penas de prisión que no excedieran de seis meses, podrán ser detenidas en sus domicilios. En referencia a esta normativa, el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que, de verificarse las hipótesis reguladas en el Código Penal, el arresto domiciliario es una alternativa a la prisión preventiva. Además de estos supuestos, la ley 24.660 -Ley de Ejecución Penal- establece que la persona que padezca una enfermedad incurable en período terminal o cuando tenga más de setenta años podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria<sup>10</sup>. Tal como lo establece el artículo 11 de la misma ley, estas disposiciones también se aplican a las personas procesadas.

Por otro lado, como supuesto independiente a la prisión domiciliaria, pero atendiendo a los derechos de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos muy pequeños, así como también al “interés superior del niño”, el artículo 495 del Código Procesal Penal de la Nación autoriza al tribunal de juicio a suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga una hija o hijo menor de seis meses en el momento de la sentencia.

Por nuestra parte, consideramos que, más allá de los casos expresamente previstos en la ley, resulta imperativo aplicar la prisión domiciliaria en los casos de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos menores de edad. Esto por cuanto la privación de la libertad en el ámbito carcelario afecta sus derechos fundamentales. A continuación analizaremos cuáles son los estándares fijados por las normas internacionales que hacen evidente la afectación a sus derechos de no aplicarse la prisión domiciliaria u otra medida alternativa al encarcelamiento.

### 2. Normas internacionales de derechos humanos

La prisión domiciliaria es una de las medidas previstas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Su finalidad es reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado<sup>11</sup>.

## 2.1 Derecho a la salud

Uno de los principales valores que pretende resguardar la prisión domiciliaria es la preservación de la salud -psíquica y física- de la persona privada de libertad. Este derecho se encuentra reconocido expresamente en diversas normas internacionales de derechos humanos<sup>12</sup>. El estándar fijado es que los Estados deben garantizar “el más alto nivel posible de salud física y mental”, lo cual se traduce en una serie de obligaciones negativas y prestaciones positivas hacia todas las personas. Este derecho también es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>13</sup> y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) donde se precisa con mayor suficiencia las obligaciones estatales respecto de las mujeres embarazadas y en época de lactancia<sup>14</sup>. En sentido similar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP) también reconocen derechos específicos para las mujeres en estado de embarazo o en período de lactancia<sup>15</sup>.

Sobre la necesidad de garantizar el derecho a la salud para las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana (Corte IDH) ha establecido que el encarcelamiento genera un estado de vulnerabilidad en el cual es más factible que se verifiquen afectaciones a la integridad personal y habilita a examinar en forma exhaustiva si las condiciones de encierro de una persona ocasionan un deterioro en su integridad física, psíquica o moral. Para la Corte IDH, es importante extremar los recaudos para que la privación de la libertad no afecte el derecho a la salud<sup>16</sup>.

Para el caso concreto de las mujeres embarazadas o de las mujeres junto a sus hijas o hijos entendemos que es imposible que se cumplan los deberes estatales deducidos del derecho a la salud tal como es reconocido por las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es indudable que en el medio carcelario resulta imposible asegurar “el más alto nivel posible de salud”, “la asistencia prenatal o posnatal adecuada” o “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”. Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la interpretación realizada en la Observación Nro. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual ha sostenido que: *“[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano... [sino que] entraña libertades y derechos. [...] entre los derechos figura el relativo a un sistema de la protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud: el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”*<sup>17</sup>. Téngase en cuenta que, en vinculación con esta temática, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha hecho hincapié en que la atención médica y psicológica se debe obtener de inmediato<sup>18</sup>.

En función de lo expuesto, resulta justificable aplicar una medida coercitiva de menor intensidad sobre las mujeres embarazadas o con hijas o hijos menores de edad para garantizar su derecho a la salud. De forma complementaria debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad de la niña o niño junto con su madre afecta su derecho a la vida, ya que no se garantiza en la máxima medida posible su desarrollo<sup>19</sup>, debido a que se lo mantiene en un medio donde es vulnerable a sufrir perjuicios o abusos<sup>20</sup>.

Finalmente, es necesario resaltar que toda tensión entre derechos de las niñas y los niños y otro interés público -en este caso, el interés del Estado en que se cumpla una pena o la medida cautelar en el medio carcelario- debe ser resuelta aplicando el estándar jurídico del “interés superior del niño”<sup>21</sup>, el cual lleva siempre a privilegiar los derechos de los menores de edad<sup>22</sup>.

## 2.2 Derecho a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de los padres

Otro aspecto esencial para el pleno desarrollo de las niñas y niños es el vínculo con sus progenitores. En este sentido, resulta fundamental el contacto de la madre con las hijas o hijos en los primeros años de vida. Esta importancia es reconocida por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular por la



Convención sobre los Derechos del Niño<sup>23</sup>. Correlativamente, se reconoce también el derecho de los padres a que no se los separe de sus hijas o hijos contra su voluntad<sup>24</sup>, salvo casos excepcionalísimos en que se los podrá privar del ejercicio de la patria potestad mediante una resolución judicial en tal sentido.

Es evidente que el encarcelamiento de la madre provoca la interrupción del vínculo filial con las hijas o hijos que superan los cuatro años de edad o con las hijas o hijos menores de esa edad que por diversas razones no permanecen junto con su madre en el establecimiento penitenciario. Pero además, muchas veces repercute en el desmembramiento de la familia, pues por razones económicas, de responsabilidades o de organización, los hermanos pueden cesar también en la convivencia. Incluso, ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan asumir el cuidado de las niñas y niños, ellos pueden ser institucionalizados.

El impacto que estas circunstancias acarrearán debe ser ponderado en las decisiones que dispongan una medida de privación de la libertad de una mujer que tenga hijas o hijos menores de edad. En estos supuestos, se debería recurrir a medidas, como el arresto domiciliario, que aseguren igualmente el contacto con la madre y que eviten la interrupción del vínculo filial, el desmembramiento del grupo familiar y el encierro o institucionalización de los menores de edad. De esta forma, se garantiza tanto el cumplimiento de la finalidad cautelar o punitiva de la medida coercitiva, como el mantenimiento del núcleo familiar. De esta manera también se daría cumplimiento a la obligación asumida por el Estado consistente en tomar las medidas apropiadas para asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar de las niñas y niños, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres<sup>25</sup>, debiendo para ello prestarles asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza<sup>26</sup>. Este compromiso significa, en palabras de la Corte IDH, que “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”<sup>27</sup>.

### **2. 3 Principio de intrascendencia penal**

La sanción privativa de la libertad o la prisión preventiva no deben trascender al individuo responsable o al imputado penalmente<sup>28</sup>. En los casos en que se aplica la privación de la libertad mujeres con hijas o hijos menores de edad, la pena o la medida cautelar afecta inevitablemente a terceros, por lo que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte no se extienda injustificadamente a las personas ajenas al conflicto penal.

Debe remarcarse que la privación de la libertad de una niña o niño debe ser una medida excepcional<sup>29</sup>, lo cual se traduce en que sólo debe aplicarse cuando no pueda adoptarse otro remedio. En consecuencia, no puede justificarse la privación de la libertad de la niña o del niño junto a su madre en aras de resguardar el derecho a la familia y la prohibición de separación de sus padres, ya que se puede adoptar otra medida estatal menos lesiva que asegure esos fines<sup>30</sup>.

## **3. Conclusión**

Los argumentos desarrollados en esta presentación nos llevan a sostener que cuando corresponda la aplicación de una pena privativa de la libertad o una medida cautelar a mujeres embarazadas o madres de hijas o hijos menores de edad, corresponderá el otorgamiento de la prisión domiciliaria u otra medida alternativa a la prisión. Ello a fin de resguardar los derechos resguardados por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, como son el derecho a la vida, a la salud, a la intrascendencia de la pena, así como también los principios que exigen el cuidado especial de las niñas y niños.

- <sup>10</sup> El art. 2 del decreto 1058/1997 especifica que se considera enfermedad terminal a la que conforme a los conocimientos científicos y medios terapéuticos disponibles no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo con la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis meses.
- <sup>11</sup> Regla 5.1 de las Reglas de Tokio.
- <sup>12</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), art. 25; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), art. XI; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 12, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 5.
- <sup>13</sup> Art. 24: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres...". Por su parte, el PIDESC dispone genéricamente en el art. 10 "3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición". En forma complementaria, la CADH dispone en el art. 19 que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".
- <sup>14</sup> Art. 12 "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".
- <sup>15</sup> La DADDH en su art. VII dispone que "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales" y el PIDESC, art. 10 "2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto".
- <sup>16</sup> Al respecto, la Corte IDH sostuvo: "La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional". Conf., Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004.
- <sup>17</sup> Comité DESC, Observación General N° 14, 2000.
- <sup>18</sup> Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/II/96, Doc. 29 rev. 1, 24 de abril de 1997, p. 70.
- <sup>19</sup> CDN, art. 6: "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".
- <sup>20</sup> CDN, art. 19: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".
- <sup>21</sup> CDN, art. 3.
- <sup>22</sup> Ver la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S. C. s/ Adopción", 2 de agosto de 2005.
- <sup>23</sup> La CDN reconoce en su Preámbulo que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia". En consecuencia, la CDN recoge este principio fundamental en numerosas disposiciones. El artículo 5º establece que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada. En el artículo 7.1 se reconoce el derecho del niño o niña a "conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". También se obligó el Estado en el art. 8.1 a "respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". La misma norma dispone que "incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño." Sobre esta cuestión, la Corte IDH concluyó 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", OC N° 17/2002, del 28 de agosto de 2002. Otros tratados internacionales de derechos humanos reconocen igualmente que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado: PDCYP, art. 23; PIDESC, art. 10; CADH, art. 17; DAD, art. 6; DUDH, art. 16.
- <sup>24</sup> CDN, art. 9.1,
- <sup>25</sup> CDN, art. 3.2.
- <sup>26</sup> CDN, art. 18.2.
- <sup>27</sup> Corte IDH, OC 17/2002.
- <sup>28</sup> CADH, art. 5.3 "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".
- <sup>29</sup> CDN, art. 37: "Los Estados Partes velarán por que: [...] b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".
- <sup>30</sup> CADH, art. 17; PIDESC, art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; DUDH, art. 16; DADDH, art. VI.

## INFORMES Y DECISIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

### **Encarcelamiento de mujeres embarazadas o madres de niños pequeños. Uso restrictivo.**

1. El uso del encarcelamiento para ciertas categorías de delincuentes, tales como mujeres embarazadas o madres de bebés o de niños pequeños, debe ser restrictiva y debe hacerse un esfuerzo especial para evitar que se extienda el uso del encarcelamiento como sanción para estas categorías.

*(Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto - 7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría, Documento ONU A/Conf. 144/28, Rev. 1, Cap. C, Resolución 19, (c) 5 (f) (en inglés)).*

### **Derechos de las hijas e hijos de mujeres en conflicto con la ley penal.**

1. Al Comité le preocupa que en las sentencias no siempre se tenga en cuenta el interés superior del niño y la función de la mujer como madre con responsabilidades para atender a sus hijos. En lo que respecta a los niños que residen en prisión con sus madres, toma nota de que a algunas mujeres con hijos se las separa de la población carcelaria general, pero se muestra preocupado por el hacinamiento, las malas condiciones de detención y la inadecuación del personal. Cuando la acusada tenga la responsabilidad de atender a un hijo, el Comité recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño (art. 3) y que ello se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena, y en las decisiones relativas a la internación del niño.

*(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, 17/03/2006, párrs. 47 y 48).*

### **Condiciones de permanencia de las niñas y niños en prisión.**

1. En lo que respecta a los niños que residen en la prisión junto con sus madres, el Comité recomienda que el Estado parte garantice unas condiciones de vida en la prisión que sean adecuadas para el pronto desarrollo del niño, de conformidad con el artículo 27 de la Convención. El Comité alienta al Estado Parte a que pida asistencia a este respecto, entre otros, al UNICEF y a otros órganos de las Naciones Unidas.

*(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, 17/03/2006, párr. 48).*

### **Niñas y niños que viven en la cárcel con sus madres.**

1. Se recomienda que el Estado Parte examine la práctica vigente de que los niños vivan con sus padres en la cárcel, con miras a que estas estadías se limiten a los casos en que se atienda al interés superior del niño, y que vele porque las condiciones de vida sean propicias al desarrollo armonioso de su personalidad.

*(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: Nepal, CRC/C/15/Add.261, 21/09/2005, párr. 52).*

## Interés superior del niño.

1. La Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.
2. 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.
3. En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

*(Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28/8/2002).*

## JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

### Interés superior del niño

1. Los niños, máxime cuando se encuentre comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.

*(Dictamen del Procurador General de la Nación, Felipe Obarrio, al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Neira, Luis M. y otra v. Swiss Medical Group S.A., rta. 21/08/2003).*

### Interés superior del niño

1. La consideración primordial del interés del niño, que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 3.1) impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución le otorga. La atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, 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”.

*(Corte Suprema de Justicia de la Nación, S.C. s/ Adopción, rta. 2/08/2005).*

## JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Finalidad de la pena**

1. Nos encontramos frente a un caso de una menor de 10 años que cuenta con graves problemas de relación producto de la enfermedad que padece y que aquellos los había llevado mejor cuando vivía con su madre. Ante esta situación, la solución propugnada por el juez de ejecución, que denegó la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria porque la detenida no cumple con las condiciones fijadas por la ley para la concesión del beneficio, no es la adecuada. El magistrado tenía la obligación no sólo de aplicar la normativa infraconstitucional, sino también de observar la Carta Magna y, en caso de que existiera contradicción, llevar a cabo el control de constitucionalidad. De esta manera, debió haber controlado que, en el caso concreto, las disposiciones de la ley no vulneraran, desconocieran, restringieran o contradijeran los derechos de la infancia. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los estados se comprometerán a evitar que los menores sean separados de su núcleo familiar y sólo en los casos en que esto no sea posible, teniendo en miras el interés superior del niño, deberán intervenir en su defensa. Es así que, en este caso, el juez de ejecución debió haber valorado que, para el normal desarrollo de la menor era necesario el contacto fluido y constante con su madre que se encuentra privada de su libertad. He aquí, cuál era el interés superior del niño en las presentes actuaciones. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.
2. La solicitud de prisión domiciliaria –cuyo fundamento final son razones de humanidad- con el argumento en la necesidad de que la niña con problemas físicos y psicológicos que no le permiten una normal adaptación tenga un contacto permanente con su madre, circunstancia que mejoraría la situación de la menor por el lazo afectivo dependiente muy fuerte que existe entre ambas, debía haber tenido una acogida positiva a la luz de las disposiciones constitucionales. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella” (Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002). Por otra parte, es posible agregar que la Constitución Nacional, en su artículo 75 inciso 23, exige garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos en ella establecidos. Si no se permite el contacto fluido de la madre con su hija –cuyo único medio, y también el menos traumático, es a través del arresto domiciliario- entonces no se le garantizará a A.O.M.A. este derecho. Finalmente, “conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002). Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.
4. Si la finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad es la reinserción social y es obligación del Estado proporcionar a la condenada las condiciones necesarias para el desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar la libertad, entonces no parece descabellado que como parte de su tratamiento penitenciario, Aliaga cumpla lo que le resta de la condena en prisión domiciliaria, afianzando sus lazos fami-

liares. De esta manera, el Estado, a través de los jueces, está cumpliendo con su obligación de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar en aras de la protección integral del niño. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

*(C.N.C.P., Sala III, Aliaga, Ana María s/recurso de casación, rta. 7/06/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de una niña**

1. La búsqueda de alternativas para evitar las consecuencias que implica el encierro carcelario es una de las reglas por las que el juez debe velar. La posibilidad de disponer una medida menos gravosa para la imputada resulta ajustada a los enunciados constitucionales que rigen en la materia, pues de lo contrario se estaría limitando la función del juez a un positivismo que prohíbe la interpretación de la ley.
2. Del catálogo de medidas nominadas e innominadas, el juez está facultado a adoptar aquella que resulte menos gravosa. Esto se deriva de numerosas normas internacionales (arts. 6.1 de las Reglas Mínimas sobre Medidas No Privativas de la Libertad, 37.b de la Convención de los Derechos del Niño, 13.1 y 13.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, 20.1 del Proyecto de Principios Mínimos para la Administración de Justicia Penal, la resolución 17 dictada en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) lo que demuestra que la posición adoptada por el tribunal resulta acertada y en consonancia con lo dispuesto en los arts. 9.3 del PIDCyP y 7.1 de la CADH. De no ser así, deberíamos preguntarnos ¿cuál es el agravio de disponer el arresto domiciliario, que a los fines de la prisión preventiva, sería similar pero en condiciones más dignas? ¿Se han alegado en el caso argumentos sólidos para constatar el peligro de fuga o entorpecimiento en la investigación? La ausencia de respuestas a estos interrogantes -riesgos que debió acreditar el Ministerio Público Fiscal a través del presupuesto periculum in mora- nos llevan a concluir que mantener un encierro cautelar en el ámbito carcelario, existiendo la posibilidad de morigerar aquél con el arresto domiciliario, implicaría reafirmar que la medida cautelar no posee fines cautelares. Del voto en disidencia de la Dra. Ángela Ledesma.

*(C.N.C.P., Sala III, Comesaña, Teresa Martina s/recurso de casación, rta. 7/06/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Condiciones de los/as hijos/as de la madre encarcelada**

1. Es importante tener en cuenta que el principio del interés superior del niño carece de contenido material, que nada se definiría con apelar vaciamente a su amparo, sino que opera como razón de corrección para superar conflictos entre derechos, partiendo desde esta común base las discordancias hermenéuticas. En este supuesto particular, viene a dar preferencia al derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares, obligando a una exégesis del marco legal en el que está planteado el caso que comprenda esa jerarquía. Del voto de la Dra. Berraz de Vidal.
2. El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño reconoce a la familia como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”, comprometiéndolo luego a todos los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, incluyendo particularmente en ese concepto el respeto por las relaciones familiares (art. 8). La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana afirma que “[e]l 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”. La Declaración de los Derechos del Niño (Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas), texto que ha servido de fundamento a la redacción de la Convención, como se reconoce en su Preámbulo, advierte que el niño “siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material” (Principio 6). Asimismo, el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ratificada por ley 19.865), los apartados 11 y 17 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de RIAD”) definen a la familia como la “unidad central encargada de la integración social primaria del niño”, con la que está nuestro estado comprometido a adoptar medidas para fomentar su unión y armonía (Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas). La reciente sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen. Del voto de la Dra. Berraz de Vidal.

3. 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 se adopte” (Fallos 293:273), debe prevalecer por sobre las razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio. Del voto de la Dra. Berraz de Vidal.
4. La prisión preventiva que viene sufriendo A. T. A. ha generado un impacto negativo en la vida de sus cuatro hijos menores. En consecuencia, corresponde asegurar el “superior interés” de los niños involucrados en el caso, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3, incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22). Del voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia.

*(C.N.C.P., Sala IV, A.A.T. s/recurso de casación, rta. 29/08/2006).*

## **Arresto domiciliario. Procedencia. Particularidades de la permanencia de niñas y niños en prisión. Principio de igualdad**

1. Las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción iure et de iure, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de tal modo solo constituyen un elemento más para valorar, junto con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo por elusión. La privación de la libertad procesal solo podrá autorizarse cuando sea imprescindible y, por lo tanto, no susceptible por ninguna otra medida de similar eficacia menos gravosa. Del voto del Dr. Tragant.
2. Las prescripciones del artículo 495 del Código Procesal Penal pueden ser aplicadas no solo a los condenados sino que merced de una interpretación analógica in bonam partem a aquellos que se encuentran sometidos a proceso. Del voto del Dr. Tragant.
3. Partiendo de la premisa de que el legislador al crear tal disposición le otorgó facultad al juez para aplicarla, deberá evaluarse en cada caso particular la conveniencia o no de disponer la excepción a que se alude. Del voto del Dr. Tragant.
4. La imputada se encuentra detenida para estos actuados desde el 30 de noviembre de 2005, actualmente alojada junto con tres hijos menores de cuatro años y con una niña recién nacida en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal. El núcleo familiar de la imputada se encuentra conformado por sus tres hijos y su madre, quien concurre asiduamente al penal y en varias oportunidades retiró a los menores del centro de detención. La imputada es titular de un plan Jefes y Jefas de Hogar además de operar como cartonera. Las particularidades del caso conducen a otorgar el beneficio que se solicita y permitir que la detención continúe siendo domiciliaria pues es la solución que mejor se compadece con la corta edad de los niños implicados (arts. 495 del C.P.P.N. y 33 ley 24.660) y mejor concilia los derechos de los infantes, las facultades y obligaciones que como madre tiene la imputada.



- tada respecto de ellos, y la necesidad, como se dijo de asegurar su presencia al juicio. Del voto del Dr. Tragant.
5. Sin perjuicio de que el Servicio Penitenciario Federal haya adoptado, en torno a la por entonces embarazada y respecto de sus niños menores convivientes en la Unidad, las medidas apropiadas a fin de asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria y alimentaria necesarias, a la vez que aseguró también la atención sanitaria pre y postnatal apropiada a la madre (art. 24 de la C.D.N. y 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), lo cierto es que los complejos penitenciarios no constituyen, al menos para los primeros años de vida de los niños, un ambiente saludable, tanto física como psicológicamente. En función de ello, el alojamiento en el centro de detención de la procesada y sus tres pequeños hijos aparece como un factor de riesgo para los niños, más allá de que se encuentren alojados en un pabellón diferenciado (arts. 192 a 196 Ley 24.660). Del voto del Dr. Tragant.
  6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias y opiniones deben servir a los jueces como guía en el momento de tomar las decisiones (doctrina de Fallos 318:514) ha establecido que “(l)a protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella”. (Opinión Consultiva OC 17/2002, del 28 de agosto de 2002). Del voto de la Dra. Ángela Ledesma.

*(C.N.C.P., Sala III, E., A. K. s/rec. de casación, rta. 27/11/2006).*

### **Arresto domiciliario. Prueba. Deber de los jueces**

1. Desde su aspecto fáctico, el dictado de la denegatoria a la solicitud de arresto domiciliario exigía verificar previa y obligatoriamente los antecedentes objetivos que fundaban el pedido de la defensa. Si esa parte apeló a normas constitucionales que, según su pretensión, vendrían a tutelar la especial situación personal y familiar que padecen por la prisión de A. sus hijos menores de edad, fundando su ejercicio en dos circunstancias de hecho concretamente especificadas, tal es el desarraigo de los hermanos y sus carencias afectivas y económicas y la imposibilidad física de su tutora para asumir el diligente cuidado de los tres niños, debió el señor juez de ejecución completar el caso verificando ambas suficientemente. Reunidos esos esenciales antecedentes, correspondía al magistrado a quo, para completar la exigencia constitucional de fundamentación conforme a derecho, observar la armonía de su posición con los principios constitucionales que fundamentan la pretensión del peticionante.
2. No es correcto resolver un conflicto que se afirma fundado en normas de nuestra Carta Magna apelando únicamente a preceptos de orden legal, sin contrastar la congruencia de su ejercicio en este supuesto fáctico con aquéllas –el juez de grado fundamentó el rechazo al pedido de arresto domiciliario invocando que el caso no se encontraba entre los supuestos contemplados en los artículos. 33, ley 24.660, 495 inc. 1º, CPPN o 10, CPN.

*(C.N.C.P., Sala IV, A., C.E. s/rec. de casación, rta. 06/02/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer condenada. Interés superior del niño**

1. Resulta desacertada la resolución del Tribunal Oral que consideró abstracto el pedido de arresto domiciliario al haber recaído sentencia de condena. La situación de desamparo en que se hallan los cinco menores por encontrarse su madre intra muros no pierde actualidad por el hecho de que el encierro sea consecuencia de una condena o de un encarcelamiento preventivo. El interés superior del niño puede encontrarse vulnerado independientemente del título jurídico que ordene el encierro de la madre.

*(C.N.C.P., Sala IV, D., E. E. s/rec. de casación, rta. 02/06/2008)*



## JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA FEDERAL

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada portadora de HIV. Principio de igualdad**

1. La interpretación amplia del beneficio del artículo 495, CPPN es la que mejor concuerda con los derechos y garantías constitucionales y con jerarquía constitucional de una mujer detenida sin condena, embarazada y enferma de sida. Si el legislador contempla el otorgamiento de la suspensión de la ejecución penal, cuando está descartada la presunción de inocencia por una condena a pena privativa de la libertad, con más razón es aplicable la excepción cuando subsiste esta presunción de inocencia a favor de una mujer embarazada y gravemente enferma.

*(C.C.C. Fed. San Martín, Sala II, M.M.A., rta. 27/05/1997).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Condiciones de detención. Principio de igualdad**

1. La procedencia de la detención domiciliaria de una mujer procesada dependerá de la posibilidad de que el alojamiento en el centro de detención en que se encuentre aparezca o no como un factor de riesgo para el niño por nacer o su madre.

*(C.C.C. Fed., Sala II, Borzúk, Yésica V. s/ arresto domiciliario, rta. 30/10/1998).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Principio de igualdad**

1. Es aplicable el artículo 495, CPPN y los arts. 11 y 33 de la ley de Ejecución Penal nº 24.660 al caso de una mujer embarazada y procesada debiendo la medida cautelar ser cumplida en un domicilio determinado hasta el cumplimiento de los seis meses de vida del hijo por nacer.

*(C.C.C. Fed., Sala I, Cuenca, Viviana s/ arresto domiciliario, rta. 14/12/2000 y Riveros Esparza, Ángel s/arresto domiciliario, rta. 21/12/2000).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Condiciones de detención y peligro de permanencia del niño lactante en prisión. Interés superior del niño**

1. Corresponde suspender la detención ordenada respecto de la imputada -en el caso por transporte y tenencia ilegítima de estupefacientes en concurso real- por el término de seis meses si ésta se encuentra a cargo de un hijo de siete meses de edad y en período de lactancia, pues lo que se resuelve incide en la salud y calidad de vida de un niño, cuyos derechos no pueden ser soslayados. Para ello, no resulta óbice lo establecido en el art. 495, inc. 1º, CPPN, pues sobre las reglas procesales debe primar la impuesta por el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hoy de jerarquía constitucional. A partir de esta norma, los tribunales que tomen medidas concernientes a los niños deben tener una consideración primordial al interés superior del niño.
2. Debe aplicarse el criterio garantista y armonizante sostenido por la Cámara Federal local, en cuanto surge de la propia causa citada por la defensa, que en realidad la Alzada local, más allá del nomen juris utilizado en el decisorio citado, ha habilitado tal suspensión en caso de darse determinadas circunstancias que fueron examinadas con relación a la situación del imputado (conf. CFAMDP, Leguizamón, rta. 2/11/99). En este caso se acredita la existencia de un niño, lactante aún, que padece, a la fecha, la ausencia del padre del hogar conyugal con motivo de la detención que viene sufriendo en los autos principales, juntamente con la madre del menor.

3. La decisión se funda en el estado de lactancia en que se encuentra L. S. P. y la necesidad de su atención por la madre en un marco mínimo de condiciones adecuadas de salud, higiene y seguridad. El destacamento no es considerado un medio seguro en razón de constar antecedentes de motines y disturbios que en forma indirecta han puesto en peligro la integridad física de ocasionales menores.

*(Jdo. Fed. N° 1 Mar del Plata, Basallo, María N., rta. 17/01/2003).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Principio de igualdad**

1. El artículo 495, CPPN faculta al Tribunal de juicio que ha dictado sentencia condenatoria imponiendo pena privativa de la libertad a diferir su ejecución cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia, hasta tanto cesen esas condiciones. Del voto en disidencia del Dr. Freiler.
2. La intención del legislador ha sido apearse a criterios de humanidad por sobre la efectivización del poder punitivo del Estado, posibilitando la postergación del inicio del cumplimiento de la condena en aras de preservar el interés superior de la persona por nacer, quien debe desarrollarse, cuanto menos en sus primeros momentos de vida, en un ambiente saludable, tanto física como psicológicamente, circunstancia que, sabido es, no acontece en absoluto en los complejos penitenciarios de nuestro país. Del voto en disidencia del Dr. Freiler.
3. Nada dice el Código Procesal Penal de la Nación para casos como el que nos convoca, en que la mujer embarazada no ha sido condenada, sino que se encuentra cumpliendo arresto preventivo. En tal sentido, cabe realizar la siguiente reflexión: si el ordenamiento jurídico, apoyándose en fundamentos humanitarios, prevé el aludido beneficio en favor de quien no existen dudas en torno a su responsabilidad por la comisión de un ilícito, incongruente sería sostener que está vedado el mismo beneficio en provecho de quien sólo pesan sospechas de su participación en un delito, pero aún mantiene su status constitucional de inocente. Del voto en disidencia del Dr. Freiler.

*(C.C.C. Fed., Sala I, Inc. de Excarcelación de Huaríngá Padilla Yuri Edith, rta. 19/10/2005 y Quichua Quispe, rta. 14/03/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño**

1. La idea de que las mujeres cumplan las penas breves de prisión bajo la forma de detención domiciliaria no es nueva y la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagró como norma rectora el principio de prioridad del interés superior del niño, ha venido a consagrar definitivamente esta nueva causal de procedencia del arresto domiciliario.
2. La aplicación del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el principio del interés superior del niño, consagraría la posibilidad de autorizar el cumplimiento de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario a las procesadas con hijos menores a su cargo.
3. Al analizar algunos aspectos problemáticos derivados de la prisionización de las madres, constituye un dato criminológico no menor que el incremento exponencial de las mujeres detenidas responde a causas vinculadas al tráfico de drogas. La mayoría de las mujeres son “mulas” o correos pagados por los narcotraficantes, que fueron detenidas cuando intentaban entrar o salir del país con droga.
4. La procesada tiene cinco hijos de 17, 8, 7, 2 años y una bebé de pocos meses que se encuentra alojada con ella. Su hija mayor es, además, joven madre de un niño de 3 años afectado de una incapacidad motriz. Los niños se encuentran al cuidado de su abuela materna quien cursa una enfermedad dérmica. “La situación de una madre encerrada produce consecuencias en todo su entorno. Es casi imposible suplantarla en los años de infancia, ya que toda la familia sabe nuclearse a su alrededor” (Alejandro Slokar, Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia, en diario Clarín, lunes 13 de marzo de 2006).

*(T.O.C. Fed. de Formosa, C., N. P. s/ infracción a la ley 23.737, rta. 27/12/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada**

1. La imputada se encuentra en arresto domiciliario en virtud de su estado de gravidez avanzada, con fecha probable de parto para el 28 de febrero próximo. Sobre esta base, y a fin de dar protección al “nasciturus”, por el principio de actualidad en las especiales circunstancias que se observa en el legajo, se estima ajustado no innovar el cumplimiento de la prisión preventiva en detención domiciliaria para que la madre dé a luz bajo la supervisión y control del actual equipo médico que la viene tratando en el Hospital Diego Thompson, a la vez que se juzga prudente el término de 6 meses fijado para velar por la salud u otras necesidades que la persona concebida en el seno materno naciendo con vida pudiera requerir.

*(C.C.C. Fed. San Martín, Sala II, Inc. arresto domiciliario Ayelén Luna, rta. 15/02/2007).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Peligro de permanencia de la niña en prisión**

1. Desde la reforma constitucional de 1994, la vigencia de las normas de derecho interno debe confrontarse con las de aquellas normas a las que - a partir de dicha fecha- el constituyente otorga jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal es el caso del contenido de la Convención de los Derechos del Niño suscripta por la República Argentina y asimismo, la ley 26.601 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, instrumento éste en el que se alude al interés superior del niño como objetivo prioritario cuya satisfacción corresponde al Estado garantizar, como también se explicita en la ley 26.601 dictada en consecuencia (ver artículos 17 y 18, especialmente). Del voto de los Dres. Carlos Alberto Vera Barros y Omar Osvaldo Paulucci.
2. Sin perjuicio de que la Unidad 31 de Ezeiza del Servicio Penitenciario Federal ha adoptado en torno a la imputada y su hija de diez meses de edad todas las medidas apropiadas a efectos de garantizar la atención médica, alimentaria y sanitaria, lo cierto es que los complejos penitenciarios no resultan el lugar más acorde para los primeros años de vida de los niños. En el caso concreto se verificó que la niña contrajo dolencias que por su recurrencia pueden transformarse en enfermedades crónicas, por lo que no es posible garantizar que el encierro no repercutirá negativamente en su salud psicofísica. Del voto de los Dres. Carlos Alberto Vera Barros y Omar Osvaldo Paulucci.

*(T.O.C. Fed. Rosario Nº 1, Maloni, Marcela s/ detención, rta. 20/03/2007).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada. Condiciones de detención**

1. La ejecución de la prisión preventiva de la causante implica un riesgo para su salud y del ser en gestación, situación que se ve agravada por las condiciones de detención que cumple en el Escuadrón Salvador Mazza de Gendarmería Nacional, condiciones que no son posibles de cambiar atento a la emergencia carcelaria que representa el actual régimen penitenciario y que se agudiza en la Justicia Federal.
2. La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra legislación por Ley Nº 23.849, de acuerdo a las atribuciones conferidas por el artículo 75 de la Constitución Nacional, señala en su artículo 24 inc. “d” que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la atención sanitaria prenatal y posnatal apropiadas a las madres.

*(Jdo. Fed. de Orán, M., F.A. s/ infracción Ley 23.737. Estado Nacional, rta. 11/04/2007).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Integridad psicofísica de los hijos menores a cargo de la imputada**

1. A partir de la reforma constitucional de 1994, la vigencia de las normas de derecho interno debe confrontar-

se con aquellas normas a las que -a partir de dicha fecha- el constituyente otorga jerarquía constitucional, por estar incluidas en tratados internacionales suscriptos por nuestro país. Tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, suscripta por la República Argentina y asimismo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, instrumento éste en el que se alude al interés superior del niño como objetivo prioritario cuya satisfacción corresponde al Estado garantizar, como también se explica en la ley 26.061.

2. La decisión que se adopte obedecerá a cuestiones de índole humanitaria en pos de salvaguardar el interés superior de los siete hijos menores de Graciela Junco, quienes han manifestado problemas de conducta, una gran inestabilidad emocional -acentuada por la detención de la madre y el abandono del hogar por parte del padre-, y las hermanas mayores no han logrado cubrir sus necesidades básicas.

*(T.O.C. Fed. Rosario Nº 2, Junco Graciela s/ Ley 23.737, rta. 9/08/2007).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer detenida con su hijo menor de edad**

1. Este supuesto no se halla contemplado legalmente pero es el conflicto generado entre la normativa vigente aplicable al caso de autos lo que hace indispensable privilegiar el orden jurídico jerárquicamente superior que se encuentra en juego. La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22 tiene rango constitucional y es obligación de nuestro país garantizar los derechos reconocidos a los niños, actuando como norma rectora el interés superior y prioritario del niño. La prisión domiciliaria a favor de Garay busca amparar y hacer operativos los valores jurídicos superiores como son los derechos reconocidos a los sujetos de la Convención sobre los Derechos del Niño.
2. La detención de Garay en un Centro Penitenciario de la Provincia de Córdoba, tan distante de su ciudad de origen y de sus lazos familiares, genera el agravamiento de la situación extrema de los menores y aún cuando no se configuren los supuestos previstos legalmente en el artículo 10 del Código Penal y artículo 33 de la ley 24.660 para la procedencia de la prisión domiciliaria, alcanza con evaluar su analogía in bonam parte, a fin de garantizar el interés superior de los niños involucrados, interés mucho más elevado por estar en juego la preservación de sus relaciones familiares.

*(T.O.C. Fed. Córdoba Nº 2, Palabez Machado, María Virginia y otro, rta. 27/08/2007).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de un niño de diez años**

1. El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares obliga a una interpretación del marco legal -artículo 314, CPPN, artículo 10, CPN y 33, ley 24.660- a la luz de la normativa internacional aplicable (arts. 2.2, 5, 7.1, 8.1, 9.1 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y art. 10 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales).
2. La plataforma fáctica -una madre detenida, un padre ausente hace años y un evidente cuadro de conflictividad del menor- permiten concluir que nos encontramos ante un caso con particularidades que impone adoptar una solución que se compadezca con la corta edad del menor involucrado y sus derechos e intereses, que, de conformidad con lo explicitado, están siendo afectados.
3. La conveniencia de que los niños queden al cuidado de sus padres está reconocida en distintos instrumentos internacionales. Por su parte, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes arriba a idéntica conclusión, en tanto los artículos 7, 35 y 37 privilegian el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares.

*(Jdo. Crim. Corr. Fed. Nº 12, Sec. Nº 24, Eva Milagros Clemente s/ inc. prisión domiciliaria, rta. 21/09/07).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño**

1. La penada G.F. no reúne los requisitos que regula el instituto de la prisión domiciliaria previsto por el artículo 33 de la Ley 24.660. Ahora bien, el menor a cargo de la interna no se encuentra en un lugar saludable para su crianza y no deja de ser un factor de riesgo, independientemente de las disposiciones que adopte el Servicio Penitenciario en aras de asegurar al infante asistencia alimentaria y sanitaria. Así entonces, dado que se encuentran afectados valores jurídicos superiores como lo son los derechos del niño, es procedente hacer lugar a la detención domiciliaria de la penada G. F.

*(T.O.C. Fed. Salta, Legajo de F., G, rta.28/12/2007)*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Principio de igualdad. Mujer procesada. Derecho del recién nacido**

1. El hecho de encontrarse la imputada actualmente embarazada permite otorgarle el beneficio que establece el artículo 495, CPPN cuya aplicación analógica puede realizarse a la situación procesal en que se encuentra, ya que "...la prohibición de analogía rige sólo en materia penal y no en la procesal, tanto más cuando se invoca en beneficio del procesado y no en su contra...", y si ese beneficio fue previsto en favor de quien ya fue condenado sería incongruente sostener que está vedado en provecho de quien sólo pesa sospecha de su participación en un delito, pero aún mantiene su status constitucional de inocente.
2. Habiéndose acreditado el estado de embarazo en el que se encuentra la imputada, el derecho reconocido por el ordenamiento procesal resulta extensible y aplicable al presente caso y su denegatoria perjudicaría no sólo los derechos que tiene la encausada sino también el niño por nacer y, luego de nacido, hasta los seis meses de vida.

*(C.C.C. Fed., Sala I, S., J. K., rta. 10/01/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de cuatro niños. Interés superior del niño. Preservación del vínculo familiar**

1. La imputada sería madre de cuatro niños de 14, 12, 10 y 2 años, los que residirían con la nombrada. Tal extremo no puede ser pasado por alto y debe ser acreditado sin demora. Conviene recordar las pautas establecidas por este Tribunal y por la Cámara Nacional de Casación Penal en situaciones asimilables, destacando que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que deberá primar el interés superior del niño en toda decisión que una institución pública o tribunal de justicia adopte. Ello obliga a prestar especial atención a las consecuencias que la medida de cautela ordenada por el juez a quo pueda generar en los hijos menores de Chirivini.
2. El encierro en una unidad penitenciaria resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar con afectación al derecho de los niños. Más allá de la protección internacional como producto de los instrumentos que en ese orden existen, dentro de los cuales se destaca la Convención sobre Derechos del Niño, no puede dejar de repararse en que la ley Nº 26.061 también incluye especialmente en el derecho a la identidad de "las niñas, niños y adolescentes", los derechos a la preservación de sus relaciones familiares, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.
3. La protección del núcleo elemental para el desarrollo de los menores involucrados fuerza a encontrar una solución que priorice su interés al tiempo de procurar, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación. De esta manera, de comprobarse los extremos apuntados por la defensa en punto a la constitución de la familia de Chirivini, la modalidad de ejecución del encierro a través de una detención domiciliaria puede presentarse, en este caso, como la mejor alternativa.

*(C.C.C. Fed., Sala I, Chirivini, Claudia s/ P.P.A, rta. 21/02/2008).*

### **Prisión domiciliaria. Procedencia. Principio de igualdad. Protección de la salud. Integridad psico-física de los hijos menores de edad**

1. Este Tribunal ha considerado que la prisión domiciliaria también puede ser obtenida por procesados, y en concreto se resolvió frente a un supuesto no expresamente contemplado en la normativa pero asimilable, que 'la realidad demuestra que existen otras situaciones que deben ser contempladas para el otorgamiento del beneficio aludido, como en el caso y a favor de la presunción de inocencia' y '... relacionado con los principios que protege claramente la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella' (rta. 6/07/07, Espinoza, Rita s/excarcelación).
2. Si bien el presente caso 'madre de hijo menor de edad...' no encuadra dentro de ninguno de los supuestos excepcionales en que según nuestro ordenamiento positivo sería procedente el arresto domiciliario (art. 314, CPPN, art. 10, CP, y art. 33, ley 24.660), considero que la solución adoptada de otorgar la prisión domiciliaria es la que mejor se compadece con una tutela efectiva de los derechos del menor implicado, haciendo aplicación analógica de lo normado por el artículo 495, inciso 1º, CPPN.
3. La permanencia de S. A. M. y su bebé en la Alcaidía de Mujeres de la U.R. II de Policía -donde estuvo alojada hasta que el juez a quo dispuso la medida aquí impugnada- pondría en riesgo la salud de ambos ante los peligros ocasionados por diversos episodios allí ocurridos y la falta de infraestructura para atenderlos. Debe ponderarse también que la encartada es madre de otros seis hijos menores a su cargo, cuyas edades son de 2, 5, 10, 13, 15 y 18 años, además del varón que dio a luz en fecha 17 de diciembre de 2007.
4. No se han esgrimido razones que hagan presumir, fundadamente, que la imputada intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, por lo que la medida dispuesta por el juez a quo aparece como la forma más conveniente de conciliar los intereses del proceso con la salvaguarda de la salud -física y psíquica- de los hijos menores de edad a su cuidado y los derechos del niño.

*(C. Fed. Rosario, Sala B, M., S. A. y otros, rta. 25/03/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Principio de igualdad**

1. Aún cuando no se configuran en el caso los supuestos previstos para la procedencia de la prisión domiciliaria, tal como lo ha sostenido la C. Nac. Casación Penal "...corresponde asegurar el superior interés de los niños involucrados, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior (art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la CN por el art. 75, inc. 22)..." (in re "Abregú" rta. 29/8/2006). Desde estos parámetros, resulta procedente conciliar los derechos constitucionales del niño con el instituto de la prisión preventiva como medida cautelar durante el desarrollo del proceso impuesta a la madre de los cinco menores, uno de ellos lactante, y por ello, mantener el beneficio de la prisión domiciliaria a M. A. N., por ser ésta la solución más adecuada en orden al particular caso que nos ocupa.
2. Tratándose de una procesada, el caso debe ser apreciado a la luz del principio constitucional del estado de inocencia, sin que exista impedimento para efectuar una interpretación in bonam partem, lo que permite extender el beneficio señalado.

*(T.O.C. Fed. N° 1 Córdoba, N., M. A. y otros, rta. 31/03/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Preservación del vínculo familiar**

1. Si bien los menores concurren a la escuela y están aseados, lo que es demostrativo que sus necesidades bási-

cas se encuentran cubiertas, no debe olvidarse que la hermana mayor que tiene a cargo a sus ocho hermanos cuenta actualmente con sólo 17 años de edad. Si bien la menor, ante la ausencia de la madre, ha cubierto la atención y cuidados de sus hermanos, ello no implica reconocer que sus propias necesidades no han sido atendidas a través de las obligaciones que significan atender tan numerosa prole y, por otra parte, ella también resulta en situación de ser amparada por las disposiciones referidas a las leyes de minoridad.

2. La concesión del arresto domiciliario es la solución que en beneficio de todos los menores de esta familia resulta ser la más adecuada por el momento, puesto que de este modo se mantienen los vínculos familiares.

*(Jdo. Fed. N° 3 Mendoza, G.M., I. s/Prisión Domiciliaria, rta. 13/05/08)*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Afectación al desarrollo de la niña. Interés superior del niño. Preservación del vínculo familiar**

1. Lo expuesto por la defensa de F. R. en cuanto a que sería madre de una niña de 11 años que actualmente permanece al cuidado de sus abuelos y que la circunstancia de que carezca de la presencia de su padre sumada ahora a la de su madre podría provocar perjuicios en el desarrollo de la personalidad de la niña, debe ser acreditado sin demora. Conviene recordar las pautas establecidas por este Tribunal y por la Cámara Nacional de Casación Penal en situaciones asimilables, destacando que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que deberá primar el interés superior del niño en toda decisión que una institución pública o tribunal de justicia adopte. Ello obliga a prestar especial atención a las consecuencias que la medida de cautela ordenada pueda generar en la hija menor de F. R..
2. El encierro en una unidad penitenciaria, resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar con afectación al derecho de los niños. Más allá de la protección internacional como producto de los instrumentos que en ese orden existen, dentro de los cuales se destaca la mencionada Convención, no puede dejar de repararse en que la ley 26.061 también incluye especialmente en el derecho a la identidad de “las niñas, niños y adolescentes”, los derechos a la preservación de sus relaciones familiares, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.
3. La protección del núcleo elemental para el desarrollo de los menores involucrados fuerza a encontrar una solución que priorice su interés al tiempo de procurar, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación. De esta manera, de comprobarse los extremos apuntados por la defensa en punto a la constitución de la familia de la encartada, la modalidad de ejecución del encierro a través de una detención domiciliaria puede presentarse, en este caso, como la mejor alternativa.

*(C.C.C. Fed., Sala I, F.R., B. de las M. s/detención domiciliaria, rta. 24/06/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Integridad psicofísica de niña que permanece en prisión. Preservación del vínculo familiar**

1. La circunstancia de tener cinco hijos menores de edad, quienes cuentan con dos, cuatro, seis, nueve y trece años, no puede dejar de ser tenida en cuenta al momento de resolver el pedido de detención domiciliaria. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 3 que deberá primar el interés superior del niño en toda decisión que una institución pública o tribunal de justicia adopte. Esto obliga a prestar especial atención a las consecuencias que la medida de cautela ordenada por el Juez a quo pueda generar en los hijos menores de S. Especialmente, debe repararse en la situación de la menor de sus hijas, quien sumado a los problemas de salud que padece, comparte actualmente el encierro junto a su madre.
2. El encarcelamiento en una unidad penitenciaria resiente el normal desenvolvimiento de la relación familiar,



con afectación al derecho de los niños. Más allá de la protección internacional como producto de los instrumentos que en ese orden existen, dentro de los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede dejar de repararse que la ley 26.061 también incluye especialmente los derechos a la preservación de sus relaciones familiares y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

3. La protección del núcleo elemental para el desarrollo de los menores involucrados fuerza, entonces, a encontrar una solución que dé prioridad a su interés al tiempo que procure, en la medida de lo posible, no frustrar el éxito de la investigación. La modalidad de ejecución del encierro a través de una prisión domiciliaria se presenta, en este caso, como la mejor alternativa, debiendo aplicar para su implementación los recaudos del artículo 502 del CPPN y del artículo 32 y siguientes de la ley 24.660.

*(C.C.C. Fed., Sala I, S., M.L. s/excarcelación, rta. 24/06/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Principio de no trascendencia de la pena a terceros. Dignidad de la persona. Derechos de los niños. Protección de la familia**

1. El perjuicio o la interferencia perniciosa del encarcelamiento preventivo irrogados a terceros extraños a la relación procesal (en este caso padre e hijos), no sólo desaconsejan tal encierro, sino que razones estrictamente humanitarias y de dignidad de la persona impiden concretar una mortificación innecesaria basada en la mera cuestión de un lugar de alojamiento o proceso de prisionarización.
2. En virtud de lo previsto por los artículos 314, 502, CPPN, artículos 2.1, 3.1, 6.1, 6.2, 24.1, 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niños; artículos 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 17.1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 23.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, procede el arresto domiciliario de la imputada, quien asumía el rol central respecto del cuidado y crianza de sus cinco hijos menores de edad y de una hija discapacitada, como así también de su padre de noventa años, quien padece hipertensión y problemas neurológicos.

*(C.Fed. Mar del Plata, B., G. M., rta. 10/07/2008)*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Interés superior del niño. Salud del niño. Condiciones ambientales del establecimiento penitenciario**

1. Corresponde conceder la detención domiciliaria a favor de M.L. por cuanto la necesidad de preservar la salud psico-física del menor L.E.L. -lactante, menor de un año de edad- y su relación materno-filial se encuentra acreditada con la historia clínica del menor de la cual surgen las sucesivas internaciones del niño por padecer neumonía y las inconvenientes condiciones ambientales en las que se encuentra el niño en el establecimiento penitenciario (verbigracia: falta de agua caliente, calefacción deficiente, ventanas sin vidrios, ambientes contaminados por el humo de cigarrillos, etcétera).
2. Este Tribunal entiende afectado el interés superior del niño –que mediante la Convención sobre los Derechos del Niño se intenta proteger-, de un modo que justifica atenuar ostensiblemente la medida de coerción personal que pesa sobre la imputada en atención a la gravedad del delito enrostrado y por el cual se encuentra procesada (art. 5 inc. c, con el agravante del art. 11 inc. c, ambos de la Ley 23.737).

*(C.Fed. Mendoza, Sala B, L.,M s/prisión domiciliaria, rta. 19/09/2008)*



## JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA NACIONAL

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niño menor de seis meses. Principio de igualdad**

1. La privación de la libertad en estos casos implica una grave afectación a los derechos fundamentales, en especial, los vinculados con el trato humanitario, basados en razones físicas y morales, la ley da prevalencia a un interés superior al del pronto cumplimiento de una pena. De esta manera, si frente a quien se ha tenido por acreditada su culpabilidad a consecuencia de lo cual se dispuso imponer una sanción en retribución de su actuar disvalioso, el propio orden normativo ha privilegiado razones de humanidad provocando la posibilidad de diferir el cumplimiento de la pena impuesta, lleva a disponer igual solución frente a quien se encuentra procesado. Del voto de la Dra. Nocetti de Angeleri y el Dr. Escobar.

*(C.N.C.C., Sala IV, Villa, Miriam, rta. 27/12/2005).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niño menor de seis meses. Principio de igualdad**

1. La apelante hizo especial hincapié en las disposiciones de la ley procesal que autorizan a suspender el cumplimiento de las penas privativas de libertad de mujeres con hijos menores de seis meses, propiciando su aplicación por interpretación analógica en el caso de autos, en que no se trata de una condena sino de una privación de libertad cautelar. También invocó disposiciones constitucionales y de tratados internacionales celebrados por nuestro país que respaldarían su pretensión. El artículo VII de la Declaración Americana de Derechos Humanos resulta particularmente aplicable al caso. En ella, se establece el derecho de las mujeres en época de lactancia a tener protección, cuidado y ayuda especiales. Según se reconoce hoy en día por la ciencia médica, el período de lactancia se extiende hasta los doce meses de edad. Hasta los seis meses está indicado que sea ése el alimento exclusivo del bebé pero la lactancia se aconseja mantenerla hasta los doce meses. Los derechos mencionados deben prevalecer por sobre las razones de cautela que pueden justificar un encarcelamiento meramente precautorio. El art. 75 inc. 22 CN expresamente indica que la Declaración Americana tiene jerarquía superior a la de las leyes. Del voto en disidencia del Dr. Hendler.

*(C.N.P.Ec., Sala A, Wozniak, Karina y otra, rta. 23/03/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer de 68 años, madre de un hijo que padece esquizofrenia**

1. A la luz de la ley 24.660, es posible que la imputada continúe cumpliendo su detención alojada en su domicilio, más allá de que su texto aluda a personas condenadas. Esta afirmación tiene fundamento en lo previsto en el art. 11 de la ley 24660 en cuanto establece que "(E)sta ley...es aplicable a los procesados...", razonamiento que fue convalidado en los autos "Menem, Carlos Saúl s/ régimen de visitas y arresto domiciliario"( C.C. y C.F, Sala II, rta. 21/08/2001).
2. La posibilidad que otorga el art. 33 de la ley 24.660, en lo que hace a los topes de edad se debe analizar a la luz de la necesidad de reducir lo más posible la afectación de las garantías constitucionales de las que gozan todos los ciudadanos. En este contexto, donde la imputada contará en los próximos días con 69 años de edad, afirmar la carencia de 1 año como óbice para la aplicación del instituto me parece irrazonable si se está a la

finalidad del instituto.

3. El detalle mencionado debe ser evaluado junto con las demás circunstancias que rodean a la imputada. Su familia ha demostrado de manera acabada lo casi imposible que le resulta mantener a su hijo que padece una enfermedad que exige que cuente con cuidados permanentes. Finalmente, ninguno de los informes recabados en estos actuados revelan la existencia de algún peligro de gravedad tal que imponga la necesidad de que continúe encarcelada, más allá de que el proceso continúe con la restricción mínima e indispensable de su libertad ambulatoria.

*(Jdo. Inst. N° 5, Sec. N° 116, Incidente de morigeración de la prisión preventiva de Serafina Ángela Farrago, rta. 30/06/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niños. Preservación del núcleo familiar**

1. Si bien por las disposiciones de los artículos 10, CP y 33, ley 24.660, no se prevé, en principio, la detención domiciliaria para casos como el presente, cabe recordar que entre varias interpretaciones posibles de una ley, es necesario elegir siempre aquella que no entre en colisión con la Constitución Nacional.
2. La situación planteada en esta incidencia exige que la interpretación del caso se integre con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por el artículo 75 inc. 22. Esta Convención exige en su artículo 3 que todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales y otras instituciones públicas o privadas se orienten al principio de prioridad del interés superior del niño (conf. asimismo, Corte IDH, OC 17/2002, del 28/08/2002).
3. El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares requiere de una interpretación armoniosa con las disposiciones relacionadas con la privación de libertad. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de la citada Convención y posterior a la ley de ejecución penal, incluyó entre los derechos de aquéllos, el de la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con aquella ley, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

*(Jdo. Penal Ec. N° 8, Sec. N° 16, Incidente de solicitud de detención domiciliaria a favor de C.M. Sayago, en causa Bobeme y otros s/ contrabando de estupefacientes, rta. 2/11/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer madre de niños**

1. La imputada no se encuentra condenada ni ha sido juzgada por los hechos que se le atribuyen. La orden de prisión preventiva que le concierne sólo puede tener alcance precautorio y no debe exceder de las necesidades de cautela que, por excepción, autorizan el encarcelamiento anticipado durante el proceso. La aflicción que naturalmente sufre una madre a la que se aleja de sus hijos menores resulta incrementada en el caso por la circunstancia del reciente fallecimiento de uno de ellos. La Constitución Nacional prohíbe adoptar medidas que, bajo pretexto de precaución, puedan mortificar a las personas detenidas. Esa prohibición debe prevalecer por sobre las disposiciones legales que omiten contemplar el caso. Del voto del Dr. Hendler.
2. Los Estados han reconocido que “la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños” (párr. 6 del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Ese mismo cuerpo legal establece, además, la obligación de velar “porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, de conformidad con la ley y procedimientos aplicables [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño” y el compromiso de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones

personales y contacto directo [...] de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (art. 9 de la Convención). Del voto del Dr. Repetto.

3. De las constancias de la causa surge que: los hijos de Sayago se encuentran viviendo con sus abuelos maternos desde que la nombrada procesada fue detenida, que su marido habría perdido contacto con los niños después de separarse, que en agosto del año en curso falleció uno de ellos, que la edad y los problemas de salud de los padres de Sayago impiden que los menores la visiten en la unidad de detención. Estas particularidades permiten advertir que el cumplimiento de la medida cautelar legalmente dispuesta respecto de Claudia M. Sayago en un establecimiento penitenciario pone en riesgo los derechos que le asisten a sus hijos menores de edad. La pérdida del contacto directo con su madre ocasionada por la imposibilidad de que la visiten en la unidad de detención, la aflicción sufrida por el fallecimiento de uno de sus hijos y la imposibilidad de asistir a los restantes por la pérdida sufrida, demuestran que la concesión del arresto domiciliario solicitado resulta la mejor manera de tutelar los derechos constitucionales que asisten a los menores. Del voto del Dr. Repetto.
4. Los motivos de cautela que puedan avalar el encarcelamiento de Sayago en una unidad carcelaria o las razones que impiden encuadrar la situación en estudio dentro de los supuestos contemplados para la concesión del arresto domiciliario ceden en procura de obtener la plena vigencia y operatividad de esos derechos fundamentales cuando, como en nuestro caso, existe algún riesgo que pueda afectarlos. Ello es así, máxime cuando se trata de una modalidad de ejecución del encierro y no de una suspensión de la ejecución, modalidad que, además, implica la continuidad de la coerción sobre la libertad personal de la imputada en su domicilio. Del voto del Dr. Repetto.

*(C.N.P.Ec., Sala A, Bobeme y otros, rta. 29/11/2006).*

### **Excarcelación. Procedencia. Mujer madre de una niña. Evaluación del arraigo**

1. Para que exista peligro procesal debe coexistir tanto la voluntad como la capacidad del imputado de fugarse u obstaculizar la investigación. La mera voluntad, sin capacidad, puede resultar intranquilizadora, pero las medidas cautelares no están dirigidas a reprochar actitudes subjetivas sino a resguardar peligros concretos.
2. Debe valorarse que nada acredita que la imputada tuviera poder económico ni claras relaciones sociales u otros vínculos o contactos en este país, al cual habría ingresado dos días atrás, en principio, meramente como pasajera en tránsito. Todo ello debe considerarse un obstáculo material a su posibilidad de fuga y a la posible ingerencia perjudicial en esta investigación. La imputada tiene a su cargo a su hija, una pequeña de 22 meses de edad con la que viajaba, hecho que, además de reforzar las razones para su liberación, constituye un elemento que dificultaría cualquier perspectiva de fuga.

*(Jdo. Penal Ec. N°8, Sec. N° 16, Incidente de Excarcelación solicitado a favor de Sandra Gomez Robles, rta. 15/12/2006).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer embarazada y madre de niña. Preservación del vínculo familiar**

1. Para la detención de una mujer embarazada resulta perfectamente aplicable por analogía “in bonam parte” la disposición del artículo 495, CPPN.
2. Una interpretación más flexible de la letra de la ley procesal no necesariamente resulta desacertada, siempre y cuando ésta sea compatible con los preceptos constitucionales. En el caso, la interpretación adecuada se deberá efectuar considerando la conjunción del estado de inocencia que María Soledad Delgado goza hasta tanto se afirme lo contrario, y el principio de igualdad que debe reinar en el trato de los condenados y los procesados, siempre y cuando tal equiparación redunde en un beneficio para estos últimos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 de la ley de ejecución penal.

3. La circunstancia de la infante de 10 meses de edad exige que la interpretación del caso se complete con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por el artículo 75 inc. 22. Esta Convención exige en su artículo 3º que todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales y otras instituciones públicas o privadas se orienten al principio de prioridad del interés superior del niño (conf. asimismo, Corte IDH, OC 17/2002 del 28/08/2002).
4. El derecho de los niños a la preservación de sus relaciones familiares requiere de una interpretación armoniosa con las disposiciones relacionadas con la privación de libertad. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de la citada Convención y posterior a la ley de ejecución penal, incluyó entre los derechos de aquéllos, el de la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con aquella ley, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.
5. Si estas consideraciones resultan atendibles en el caso del cumplimiento de una pena son, sin duda, inexorables cuando alguien se encuentra privado de su libertad como consecuencia del dictado de una orden de prisión preventiva y, por lo tanto, goza aún de estado o presunción de inocencia. Un criterio diferente no resultaría adecuado, sobre todo teniendo en cuenta que de conceder el arresto domiciliario, los fines procesales que la prisión preventiva pretende tutelar, también se encontrarían debidamente resguardados.
6. Toda vez que el arresto domiciliario solo implica una modalidad de cumplimiento de la privación de libertad igual de restrictiva pero menos acuciante para la imputada que una detención institucional, no corresponde examinar la existencia o no de peligro procesal. Sin embargo, no resultaría desacertado expresar que las circunstancias biológicas y socioeconómicas de la imputada y el arraigo familiar referido con anterioridad desacreditan perspectivas de fuga o entorpecimiento de las investigaciones.

*(Jdo. Penal Ec. Nº6, Sec. Nº 11, Incidente de solicitud de arresto domiciliario a favor de María Soledad Delgado, rta. 19/01/2007).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Principio de igualdad. Derechos y obligaciones de atención de los hijos. Preservación del vínculo familiar**

1. Resulta aplicable analógicamente el artículo 495, CPPN. y los artículos 11 y 33, ley 24.660, al caso de una mujer embarazada y procesada.
2. Las particularidades del presente (la imputada se encuentra embarazada, padece HIV, es madre de otros niños de tres, cuatro y diez años, y el padre de ellos también se encuentra privado de su libertad) nos convencen de otorgar el beneficio solicitado y permitir que la detención continúe siendo domiciliaria por ser la solución que mejor se compadece con la corta edad de los niños implicados – cuyo interés superior corresponde priorizar - y mejor concilia los derechos de los infantes, las facultades y obligaciones que como madre tiene E. M. respecto de todos ellos y la necesidad de asegurar su presencia en el juicio.
3. La permanencia de la procesada en la unidad irroga la pérdida de contacto cotidiano con sus hijos de corta edad sumándosele, en caso de permanecer allí luego de dar a luz, la separación del recién nacido de sus hermanos, con el consecuente desmembramiento del núcleo familiar. Lo mismo ocurriría si la más pequeña, que cumplirá cuatro años el 10 de mayo próximo, fuera institucionalizada por tan sólo unos meses, más allá del proceso de adaptación al medio carcelario y readaptación a la separación de su madre que debería atravesar. En casos similares, se ha privilegiado el ámbito familiar y la posibilidad de vivir el vínculo fraterno y materno cotidianamente, pues favorece un mejor desarrollo integral de la persona (in re mutatis mutandi C.N.C.P, Sala IV, “Abregú”, rta, 29/8/2006, C.N.P.Ec., Sala A, “Boheme”, rta. 21/3/2007, entre otras).

*(C.N.C.C., Sala IV, E.M., M.R., rta. 18/02/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Mujer condenada. Falta de convivencia anterior con la hija. Interés superior del niño**

1. Si bien es cierto que la interna no convivía desde antes de su detención con la niña, no es menos acertado que ello se debió a que fue sólo para beneficiarla. En el caso de autos procede la concesión de la prisión domiciliaria para que la nombrada pueda revincularse o vincularse con su hija.
2. El interés superior de la hija de la condenada debe primar sobre el modo ordinario de cumplir con la prisión impuesta que viene sufriendo su madre.
3. El interés superior de la niña se encuentra por encima de cualquier otro interés del Estado, sin desconocer que la interna ha sido condenada y que la prisión domiciliaria no importa su liberación, sino otra forma de cumplimiento de condena.

*(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, B., D.A. s/solicitud de arresto domiciliario, rta. 25/07/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Preservación del vínculo familiar**

1. En el caso de autos, no se trata de analizar sólo la juridicidad de la detención de una madre con su hijo recién nacido, sino de que la nombrada es, además, madre de otros cinco hijos –que actualmente viven con su abuela- que tienen el mismo derecho de estar con su madre, a conocerla y a ser cuidados por ella (art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), además del derecho de los hermanos a preservar su identidad y sus relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas (art. 8.1 del mismo cuerpo normativo).
2. El interés superior de los cinco hijos de la condenada, más el de la niña que acaba de nacer intramuros, debe primar sobre el modo ordinario de cumplir con la prisión impuesta que viene sufriendo su madre, para garantizar la efectiva tutela de los derechos de los niños que integran su grupo familiar.
3. El interés superior de los niños debe considerarse por encima de cualquier otro interés del estado, inclusive la ejecución de la pena privativa de la libertad que le ha sido impuesta a la condenada.

*(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, M., F.M. s/solicitud de arresto domiciliario, rta. 25/07/2008).*

### **Arresto domiciliario. Procedencia. Operatividad de los derechos de los niños**

1. En razón de que los tratados internacionales hacen asumir a los estados miembros el compromiso obligatorio de respetar los derechos y libertades que se reconocen, como asimismo garantizar su libre y pleno ejercicio a todos sin discriminación, los derechos reconocidos a los niños gozan de la presunción de operatividad.

*(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, Brito, Débora Alejandra s/solicitud de arresto domiciliario, Leguiza, Alejandra Gabriela s solicitud de arresto domiciliario, y Miranda, Fausta Miriam s/solicitud de arresto domiciliario, rtas. 25/07/2008).*

### **Arresto domiciliario. Derechos de los niños**

1. El Estado debe proveer los medios necesarios para que el ambiente sea lo “suficientemente bueno”, en los términos de Winnicott, y que el niño pueda formarse con la capacidad necesaria para integrar el medio social, que lo excluyó junto a su madre durante los primeros años de su vida.

*(Jdo. Nac. de Ejec. Penal N° 1, Leguiza, Alejandra Gabriela s/solicitud de arresto domiciliario, rta. 25/07/2008. El destacado en el original).*

## JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA PROVINCIAL

### **Alternativa a la prisión preventiva. Procedencia. Condiciones de detención. Mujer embarazada. Principio de igualdad**

1. Con independencia de la escala penal del hecho que se le imputa -robo calificado por el uso de armas-, se trata de una joven respecto de la cual todos los indicadores refieren que se encontraría cursando el cuarto o quinto mes de embarazo. Debido a la falta de certeza en cuanto a su edad, aún no se efectivizó su alojamiento en un establecimiento penitenciario, por lo que se encuentra alojada en un espacio que la propia funcionaria que lo dirige califica como inadecuado para contener a una mujer en estado de gravidez. Basta apreciar que a las razones de infraestructura y escaso espacio con relación a la cantidad de mujeres detenidas, se suma que nos encontramos en una época del año de altas temperaturas.
2. El art. 502, CPP, faculta a diferir la ejecución de una pena de prisión cuando una mujer se encuentra embarazada y la ley de ejecución 12.256 establece en su art. 16, que para el caso que se encuentre detenida una mujer embarazada el establecimiento deberá tener instalaciones especiales para su tratamiento. En el marco constitucional, el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda mujer en estado de gravidez tiene derecho a protección, cuidado y ayuda especial. En consecuencia, la continuidad de la medida de coerción de la joven resulta desproporcionada en función de los riesgos procesales que se intentan neutralizar.

*(C.Ap. y Gtías. San Isidro, Sala II, Inc. de excarcelación a favor de O., rta. 23/11/2006).*

### **Excarcelación extraordinaria. Procedencia. Mujer embarazada y madre de dos niños**

1. Conforme los delitos atribuidos a Villarruel -robo agravado por su condición en banda y por la participación de un menor de 18 años-, la situación de la imputada no encuadra en ninguno de los supuestos previstos para la excarcelación (art. 169 “a contrario” del CPP de la Provincia de Buenos Aires). Sin perjuicio de ello, en el marco del art. 435, CPP, resulta procedente disponer una excarcelación extraordinaria por cuanto Villarruel se encuentra embarazada de cinco meses aproximadamente y posee dos hijos de cuatro y dos años de edad. Sin perjuicio de la escala penal prevista para el delito que se le imputa, en caso de condena, el inc. 1º del art. 502 del CPP permitiría diferir la ejecución de la pena privativa de libertad que se le imponga.

*(C.Ap. y Gtías. San Isidro, Sala II, Inc. de excarcelación a favor de Villarruel Carla Viviana, rta. 20/09/2007).*

### **Prisión domiciliaria. Evaluación de su procedencia. Mujer embarazada portadora de HIV**

1. En principio, el encarcelamiento preventivo sería el único medio asegurativo de la comparecencia de la encartada -imputada del delito de abandono de persona doblemente agravado por ocurrir la muerte de la víctima y por el vínculo- al proceso, a los fines de su normal desarrollo y la eventual aplicación de la ley material. Sin perjuicio de ello, los peligros procesales podrían ser neutralizados mediante una medida menos gravosa a tenor del artículo 163 inc. 1º del Código adjetivo.
2. Se trata de un caso sumamente excepcional donde la situación personal de la imputada -quien sería portadora de HIV y se encuentra cursando un nuevo embarazo- incide en la posibilidad de atenuar la medida de coer-

ción. Por ello, vueltos los autos al origen, el juez “a quo” debe iniciar de oficio un incidente de morigeración de la prisión preventiva, correr vista a la defensa para que aporte un domicilio, tomar audiencia personal a la imputada para ver si presta su consentimiento, tomar audiencia al familiar que la recibirá y realizar un amplio informe socio-ambiental a fin de determinar si el medio social resulta continente.

*(C.Ap. y Gtías. San Isidro, Sala II, Inc. de excarcelación a favor de Q., rta. 20/09/2007).*

### **Arresto domiciliario. Arraigo familiar de la mujer encausada. Presunción**

1. La circunstancia de que la imputada se encuentre a cargo de la crianza de su hijo menor, que posea un arraigo junto a éste y a su esposo, así como la conducta que asumiera durante el proceso y los meses en que estuvo en libertad, hacen presumir que, de mantenerse el arresto domiciliario otorgado como medida morigeratoria de la prisión preventiva, y más allá de la pena impuesta por sentencia no firme, no intentará sustraerse a la acción de la justicia.

*(Trib.C.P. de la Pcia. de Bs. As., Sala III, L. T., N. G., rta. 16/10/2007).*

### **Morigeración de medidas coercitivas. Hábeas Corpus. Salud de la niña que convive con madre encarcelada. Atención a las hijas de la mujer encarcelada. Principio de igualdad**

1. El Hábeas Corpus no es la vía para recurrir ante la Casación las resoluciones adoptadas por las Cámaras de Apelación y Garantías o los Tribunales de juicio (Sala I, rta. 13/04/2000, en causa "De la Cruz Rivero"). Ninguna de las hipótesis de excepción en las que se ha abierto excepcionalmente la vía del Hábeas Corpus puede enfocar la situación de la peticionaria. Empero, esto no significa cerrar todas las puertas cuando a la Casación le consta que la situación de los menores debe ser siempre vista a la luz de la Convención, de rango constitucional, que contempla los derechos del niño, proclamando como superior el interés del menor, máxime cuando haya causales como la de impedimento físico de una de las niñas (art. 23). Voto del Dr. Piombo al que adhiera el Dr. Sal Llargués.
2. No puede ser ajeno dotar a la justicia de cierta eficacia cuando se plasma una situación social y jurídicamente atendible, adaptando los medios procesales a la normativa apical (art. 43 de la Constitución Nacional, así como en el 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevén la existencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo que legitima el andamiento de la petición impetrada). Así las cosas, debe resolverse este remedio en dos tiempos, uno por enclavarse en esta sede, declarándolo admisible, y otro en sede del Tribunal originario de juicio (art. 463 del Código ritual), el cual procurará, a través de la moderación y adaptación de coerción, brindar una posibilidad de que la madre pueda atender en mayor medida a sus dos hijas; esto con una dosis de prudencia y echando mano, si el caso lo ameritara, a las propias instituciones de la ley penitenciaria nacional (vgr.: salidas transitorias), toda vez que la situación de un procesado no puede ser peor que la aparejada por la calidad de condenado (arts. 145 y 163 del adjetivo). Voto del Dr. Piombo al que adhiera el Dr. Sal Llargués.

*(Trib.C.P. de la Pcia. de Bs. As., Sala I, Chamorro, Carolina Soledad s/ Hábeas Corpus, rta. 29/04/2008).*