

NUEVA LEGISLACION ARGENTINA SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES DE HIJOS MENORES DE EDAD

Virginia Sansone*

El presente trabajo versa sobre la evolución en el reconocimiento de derechos fundamentales en la legislación argentina a respecto a las modalidades de cumplimiento de la sanción penal de privación de libertad.

Específicamente analizaremos el arresto domiciliario, entendido como una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad o como una medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en reemplazo de la prisión preventiva.

Este instituto deriva de la sustitución de la cárcel como lugar de privación de libertad por el domicilio. Se trata de una modalidad de ejecución de encierro – pues es detención – que se cumple en el domicilio y/o centro especializado fuera del ámbito carcelario, y no de una suspensión de la ejecución de la condena.¹

I. ACTUALIDAD LEGISLATIVA ARGENTINA

En la República Argentina se sancionó la ley 26.472², modificatoria del Código Penal y de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

Esta reforma, acertadamente, amplía las posibilidades de obtener el arresto domiciliario, de acuerdo a las circunstancias de vida por la que transiten las personas privadas de libertad y habilita a reflexionar sobre las posibilidades de modificar las formas de castigo³.

También responde al compromiso estatal de preservar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, regulados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto

* Defensora Pública Oficial por ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal de la República de la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 143.
 1 Sancionada el diciembre de 2007, promulgada en enero de 2009.
 2 Di Corletto, Julieta y Monclús, Marta “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas y madres de menores de cinco años”, en Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo Hendler, Editores del Puerto, en prensa.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Específicamente los derechos reconocidos por la ley argentina en el marco internacional se encuentran previstos en los siguientes instrumentos: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁴, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades⁵, Convención sobre los Derechos del Niño⁶, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷.

Previo a la sanción de la ley 26.472, la legislación nacional preveía en el art. 10 del Código Penal que “...cuando la prisión no excediera de seis meses, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honesta y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias” y el art. 33 de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad “...el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado...”.

El marco normativo detallado no cumplía con los estándares internacionales, más aún en relación a la privación de libertad de las mujeres con hijos de corta edad, por no encontrarse regulada especialmente. Esto obligaba a formular peticiones, para preservar los derechos de las madres como también los del grupo familiar basadas, en la interpretación amplia que debían hacer los jueces de las normas citadas.

La jurisprudencia argentina, antes de la nueva ley, ha receptado criterios que favorecían la modalidad de arresto domiciliario de mujeres embarazadas o con hijos como mecanismos de protección de derechos, desde la perspectiva de los derechos de las mujeres y de los niños.

La Cámara Nacional de Casación Penal de la República Argentina en distintos fallos ha reconocido la procedencia de arrestos domiciliarios preservando los derechos fundamentales.⁸

4 Aprobada por el gobierno de la República Argentina mediante ley 23.338.
 5 Aprobada por el gobierno de la República Argentina mediante ley 26.378.
 6 Incorporada a la Constitución Nacional de la República Argentina.
 7 Incorporada a la Constitución Nacional de la República Argentina.
 8 Cámara Nacional de Casación Penal: Sala III, Aliaga, Ana María s/recurso de casación, rta. 7/06/2006., Sala III, “Comesaña, Teresa Martina s/recurso de casación rta. 7/06/2006, Sala IV, A. A. T. s/recurso de casación, rta. 29/08/2006, Sala IV, D. E. E. s/recurso de casación, rta. 02/06/2008 entre otros fallos.

Como señalamos, afortunadamente hoy la República Argentina tiene una legislación que especialmente tipifica la posibilidad del arresto domiciliario para madres con hijos de corta edad y mujeres embarazadas.

Así la ley 24.660, complementaria del Código Penal fue modificada en sus artículos 32, 33 y 35.

Puntualmente el art. 32 de la ley 24.660 establece:

“...el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) el interno enfermo cuando la privación de libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en establecimiento hospitalario; b) el interno que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal; c) el interno discapacitado cuando la privación de libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) el interno mayor de setenta años; e) la mujer embarazada; f) la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.”

En idénticos términos quedo redactado el art. 10 del Código Penal. Resulta interesante remarcar la particular manera en que el legislador ha introducido la presente reforma. Así entendemos sobreabundante la doble redacción en el mismo cuerpo normativo pues la ley 24.660 es complementaria del Código Penal.

La repetición innecesaria de las prescripciones en los diversos artículos puede calificarse como una defectuosa técnica legislativa, repárese que el art. 10 del Código Penal no se derogó sino que se modificó.

II. FUNCIONES Y FINES DE LA PENA

El tema a tratar no puede dejar de conjugarse con las funciones y fines de la pena, con la operatividad de las mismas y desde esta posición cuidar que su imposición ni se desvincule de su cometido, ni se expanda a terceros inocentes.

La pena es en efecto uno de los instrumentos característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas y su función depende de la que se le asigne al Estado.⁹

Parte la dogmática¹⁰ sostiene que la pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.

Este concepto de pena responde a un modelo negativo, porque no le asigna ninguna función positiva, esta concepción pone de manifiesto el poder punitivo en toda su dimensión.

Las teorías tradicionales de la pena en la actualidad se han desvirtuado por los permanentes cambios sociales y las nuevas políticas criminales.

Estas teorías se basaban en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas. La prevención y la resocialización son fines que no se han podido verificar como verdaderamente alcanzables y ello determinó que sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos sean metodológicamente cuestionables.¹¹

La resocialización, que dio base a la teoría de la prevención especial, ha recibido fuertes críticas sobre su legitimación ética y la verdadera posibilidad de recibir un tratamiento resocializador en el marco de los establecimientos carcelarios.¹²

Actualmente, la corriente funcionalista del Derecho Penal sostiene que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, o sea la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales.

La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas.¹³

Una de las críticas que se le han realizado a esta teoría es la negación a la ideología de la resocialización.

⁹ Mir Puig, Santiago “Función de la pena y teoría del delito en un estado social y democrático de derecho”, editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 15.

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, pag 47.

¹¹ Bacigalupo, Enrique, “Derecho Penal - Parte General”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pag.39.

¹² Bacigalupo, Enrique, ob cit. Pag. 39.

¹³ Jakobs, Gunther, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación”

Frente a ello sus partidarios afirman que la prevención general positiva no impide, aunque no exija, que en la fase de ejecución de la pena se lleve a cabo un tratamiento resocializador y que por otra parte esta teoría tiene el merito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de la libertad y de esta manera, origina, necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena.¹⁴

Es en este último punto señalado donde comienza el análisis sobre el arresto domiciliario y el continuo debate sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano, con penas que respeten la dignidad de las personas.

En relación a la humanización de las penas, durante el último tercio del pasado siglo, se superó el anacrónico derecho del castigo y de la represión por un derecho orientado al tratamiento del condenado. Se consolidaron, así, los objetivos resocializadores y reeducadores como sustentadores de la pena de prisión.

Como se dijo, este pensamiento resocializador ha sufrido varias crisis, se generaliza la percepción de que la prisión rara vez sirve para los fines teóricamente proclamados, muy al contrario, en lugar de resocializar, indefectiblemente agrava la desocialización.¹⁵

Es la dignidad de la persona, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren.

Uno de los datos más relevantes de la cuestión es el aumento progresivo de la población carcelaria, como factor de reflexión científica y social, que obligan a repensar a la cárcel como lugar de castigo y elaborar una amplia gama de hipótesis como medidas alternativas¹⁶, entre ellas el arresto domiciliario o libertad controlada.

Roxin ya ha puesto de manifiesto como en el futuro la pena será completada por una variedad de otras reacciones a la conducta punible, muchas de ellas ya en

¹⁴ Bacigalupo, Enrique, ob. Cit. Pag. 40.

¹⁵ De La Cuesta Arzamendi, J. L., "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992", en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal, Madrid, 1993, p. 320; Muñoz Conde, F., "La prisión como problema. Resocialización versus desocialización", en Derecho penal y control social, Jerez, 1985, p. 89 y ss; Neuman, E./Iruzun, V. J., La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos, Buenos Aires, 1968, p. 223.

¹⁶ Morillas Cuevas, Lorenzo "Alternativas a la pena de prisión" en Derecho Penitenciario incidencia en las nuevas modificaciones, Cuadernos de Derecho Judicial XXII-2006, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007, pag.40.

vigor en distintos países, entre las que incluye el arresto domiciliario, nuevas medidas de seguridad, sanciones orientadas a la libre voluntad, como trabajos en beneficio de la comunidad y reparación civil voluntaria.¹⁷

III. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y PONDERACIÓN DE BIENES

Receptamos la reforma legislativa de manera favorable en el reconocimiento de derechos que deben ser valorados en el momento de ponderación de bienes efectuado por el Estado al determinar la modalidad de cumplimiento de ejecución de la pena privativa de libertad.

En el derecho penal se hace uso del método jurídico de ponderación de bienes para resolver conflictos de intereses¹⁸ – los casos de arresto domiciliarios son un claro ejemplo de ello.

En un estado de derecho, el interés general de la sociedad en reprimir ciertos delitos con penas privativas de libertad nunca puede prevalecer si vulnera derechos fundamentales como: los vínculos familiares, la salud, la integridad y la dignidad.

Los principios constitucionales de reserva, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas operan como límites que impiden extender el ámbito punitivo más allá de lo previsto expresamente por la ley.

La ley de Ejecución de la Pena Privativa de libertad – 24.660 – de Argentina recepta en su art. 2 los principios de reserva y legalidad cuando dispone que "el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condicen le impone".

Por ello para equilibrar la vigencia de los intereses, se han creado institutos, como el arresto domiciliario, que permiten que la sanción punitiva se cumpla de forma tal que no constituya una vulneración a los derechos aludidos. En tal sentido,

¹⁷ Roxin, Claus "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo" en Dogmatica penal y Política Criminal, Lima, 1998, págs. 453 y ss.

¹⁸ Hassemer, Winfried "Crítica al Derecho Penal de Hoy", editorial Ad-Hoc- Buenos Aires, 1995, pág.63.

debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena privativa de libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: el derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de libertad, ésta debe ser morigerada a través de su cumplimiento domiciliario. Más aún, cuando esta privación de libertad en establecimiento carcelario afecta a sujetos distintos del condenado, como por ejemplo, los niños.¹⁹

Esto debe conjugarse con el principio de personalidad o de trascendencia mínima de la pena²⁰, a fin de evitar que la pena aplicada produzca efectos nocivos irreversibles en terceras personas, que en general suelen ser los familiares directos del privado de libertad. Específicamente los niños cuyos padres están privados de libertad sufren daños irreversibles en su desarrollo y crecimiento.

En estos supuestos la modalidad punitiva de privación de libertad en ámbito carcelario, debe ceder pues, de lo contrario no se respetaría el principio de intrascendencia y se estaría condenando a un sujeto con una pena inconstitucional.²¹

Es importante detenerse en el punto de análisis del lugar de cumplimiento de la pena, pues este es el eje del tema a tratar. El arresto domiciliario no implica la supresión de la potestad punitiva del Estado, no implica la supresión del cumplimiento de la pena, no implica la liberación de la condenada; sino simplemente el cumplimiento en un lugar distinto a la prisión.

En definitiva en los casos de arresto domiciliario no se sacrifica ningún interés público estatal de coerción personal sino que se lo adapta para conjugarlo con los derechos de protección especial que involucran a la infancia y la adolescencia.²²

La prisión se caracteriza, sobre todo, por la mínima comunicación con el mundo social externo. Una prisión es tal por la imposibilidad de franquear sus puertas. Sus muros marcan una ruptura en el espacio social.²³

Se ha demostrado que el uso del encarcelamiento para ciertas categorías de

19 Marcela Rodríguez/Emilio García Mendez. Proyecto de ley. Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Secretaría Parlamentaria. Dirección de Información Parlamentaria. 4820-D-06.

20 Art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

21 Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, pág. 955.

22 Grasso, Mariana, Solicitud de arresto domiciliario, publicada en Mujeres Privadas de Libertad, editada por Unicef y Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2009, pág. 160.

23 Messuti, Ana "El tiempo como pena", editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 35.

personas involucradas en el sistema penal, tales como mujeres embarazadas o madres de bebés o niños pequeños, debe ser restrictivo y debe hacerse un esfuerzo especial para reducir su imposición a los casos de excepción.²⁴ La privación de libertad en general afecta el derecho de mantener vínculos familiares, más aun en los casos de madres y mujeres embarazadas. Numerosos estudios sociológicos han determinado que la maternidad hace que la experiencia de la cárcel sea diferente para las mujeres, afectando este encierro particularmente a los hijos.

La normativa constitucional, consagra el derecho a mantener vínculos familiares y no sufrir injerencias arbitrarias en la vida familiar²⁵, obliga a los Estados a proteger a la familia²⁶ y establece una protección especial a la maternidad²⁷, debiendo para ello incluir las medidas judiciales necesarias, como ser la concesión de los arrestos domiciliarios.

Ello por cuanto la situación de encarcelamiento en centros penitenciarios trae aparejada la desvinculación y afectación del entorno familiar, lo que provoca irreparables repercusiones y hasta la destrucción total del vínculo familiar.

Este vínculo es fundamental para el desarrollo psicosocial de los menores de edad y cualquier sustituto de la familia natural resulta, en términos generales, problemático.²⁸

La conveniencia de que los niños de corta edad se queden al cuidado de sus padres está reconocida en distintos instrumentos. En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone al respecto que los estados velarán por que el niño no sea separado de sus padres, quienes tienen la obligación de su crianza y desarrollo. Que para ello los estados prestarán la asistencia apropiada a los padres y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

En el ámbito nacional de la República Argentina, la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, conduce a

24 Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana. Documento ONU A/CONF 144/28, Rev. 1, Cap. C. Resolución 19.

25 Arts. 5DADDH, 12 y 16 DUDH, 11 y 17 CADH, 17 PIDCyP, y, 9, 27.2 y 27.3CDN.

26 Arts. 14 bis CN, 23 PIDCyP, 10 PIDESC, 17 CADH, 6 DADDH, 16 DUDH.

27 Arts. 75, inc. 23 CN, 7 CADDH, 25.2 DUDDH, 25.2 DUDH, 10.2 PIDESC, Preámbulo y arts. 1, 4.b y 5.b CEDAW.

28 Naredo Molero, María "Reclusas con hijos/as en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria, en I. Rivera Beiras (coord.) La Cárcel en España en el fin del Milenio - a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria - Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 207.

igual conclusión. Así, los artículos 7º, 35 y 37, entre otros, privilegian el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares.

Debe partirse de la necesidad de la preservación de las relaciones familiares, porque la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y porque es en su seno donde él debe crecer para lograr el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.²⁹

Por ello la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar al niño el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. Son los padres los que tienen responsabilidades y obligaciones en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Ella es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe protegerse³⁰, a través de la creación de políticas, programas y asistencia apropiados para que pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades y obligaciones.

Las consecuencias de la privación de libertad de uno de los miembros de la familia repercuten en la vida cotidiana familiar y afectan a la estructura y al mundo de las relaciones intrafamiliares.

El sistema penal, en general, tiende a criminalizar a los sectores sociales que padecen una mayor exclusión económica y social. Esta posición de vulnerabilidad facilita que cuando se encarcele a alguien se produzca un proceso de destrucción familiar.

Cuando un progenitor se encuentra encarcelado, más aún cuando es la madre, el vínculo familiar suele destruirse como consecuencia de la desvinculación. Así para algunos de los hijos/as de personas encarceladas, la persona presa no es más que una desconocida a que tiene que ir a ver de vez en cuando y con la que, se supone, tiene vínculos emocionales incuestionables.³¹

Por ello el criterio orientador para garantizar a los niños la plenitud de todos sus derechos debe centrarse en la convivencia y el desarrollo familiar y comunitario.

29 Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

30 Art. 23 – pto. 1- PIDCyP, art. 1 –pto.1- CADH, y art. 16 –pto3- DUDH.

31 La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades. Observatorio del Sistema Penal i Els Drets Humans. Universidad de Barcelona. 2006.

En este contexto de reconocimiento de derechos, tanto para las personas condenadas como para sus familiares, en especial sus hijos; se efectuaron las consideraciones del dictamen de la Comisión de legislación penal en el proyecto de reforma de la ley 24660, en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en la 22ª. Reunión, 14ª. Sesión Ordinaria, del 7/11/2007 la diputada por la provincia de Buenos Aires Marcela Virginia Rodríguez sostuvo: que la prisión domiciliaria es para aquellas personas que no tienen la posibilidad de recibir el tratamiento adecuado a causa de enfermedades, incluyendo las terminales, estén embarazadas, tengan a su cargo niños de cinco años o personas con algún tipo de discapacidad. Esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En la misma discusión parlamentaria otros diputados³² han sostenido que es justificado atenuar determinadas medidas coercitivas en función de otros derechos constitucionales, en el caso particular de las mujeres embarazadas y de los niños.

Se debe interpretar que el mantenimiento del vínculo familiar, en especial el filial, constituye un bien jurídico de primer orden, analizado desde la vigencia de los derechos de los niños a crecer con sus padres. Por ello cuando deba ponderarse el bien jurídico señalado con la potestad punitiva estatal deberá de buscarse una opción alternativa a la tradicional pena de prisión en ámbito carcelario.

En esta línea, las respuestas deben pensarse en el campo de la alternatividad a la pena carcelaria³³, mediante la adopción de medidas que en algunos casos implicarán reformas legales y reglamentarias y, en otros, la concesión más generosa de beneficios penitenciarios.³⁴

La saturación actual de nuestras cárceles obliga a racionalizar el recurso de la pena de prisión, fuera de los avatares mediáticos, sin demagogia y con honestidad. Debemos internalizar que la prisión ya no es la única respuesta penológica a la delincuencia.

32 Diputada Alicia Marcela Comelli, representante del Movimiento Popular Neuquino.

33 Di Corletto, Julieta y Monclus, Marta, ob.cit. cita nro. 20.

34 A partir de 1988 en España, se creó un modelo alternativo mediante el cual las madres con sus niños eran sacadas del entorno carcelario y alojadas en centros asistenciales estatales, como consecuencia de la denuncia efectuada por el Defensor del Pueblo español.

IV. COMENTARIOS RESPECTOS DE LA NUEVA LEY

La ley 26.472 específicamente en lo que respecta a la concesión del arresto a las madres con hijos menores, solo establece que debe probarse la relación filial.

El legislador no ha establecido la procedencia de requisitos ni ha tipificado causales de negación, ni parámetros de valoración, salvo la edad de los hijos – menos de cinco años.

Sin perjuicio que el legislador delegó la facultad de la concesión a los jueces³⁵, entendemos que la jurisdicción se encuentra obligada a resolver de manera favorable, salvo que se verifiquen situaciones especiales que impidan el contacto de la madre con su hijo y/o causas gravísimas por las cuales los padres se quedan privados de la patria potestad.³⁶

La ley hace referencia a la posibilidad de que la madre sea la que obtenga el arresto domiciliario, sin contemplar el supuesto del padre que se encuentre a cargo de hijos menores.

Esta limitación legislativa, que surge de la casuística de la regulación de la nueva ley, debe ser abordada por los jueces mediante la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico que contemple la especial protección a los niños y a la familia, en caso de tratarse de un padre.³⁷

Acreditados los extremos establecido por la ley, debe concederse el arresto domiciliario, bajo la regla general que el contacto de los niños con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para su desarrollo y que por ello se procura mantenerlos unidos.

Este principio general obliga a cuestionar la limitación legislativa en cuanto

35 En la redacción de la ley 26.472 se utiliza el término “podrá” el juez disponer o conceder a su criterio... Fue motivo de debate parlamentario la decisión de si el arresto domiciliario se lo legislativa como una facultad del juez o como una disposición de cumplimiento de pena en todos los casos previsto por la ley. Lo cierto es que confrontadas ambas posturas, la última debió ceder para lograr así finalmente el consenso y la votación de la ley. Cfr. H. Cámara de Diputados de la Nación versión taquigráfica provisoria, 22a. Reunión -14a. Sesión ordinaria 07/11/2007, en especial intervenciones del diputado Federico Pinedo y la diputada Marcela Rodríguez.

36 Art. 307 del Código Civil. “El padre o madre quedan privados de la patria potestad: 1° por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso, contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo. 2° Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero. 3° Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia.

37 Di Corletto, Julieta y Monclus, Marta, ob.cit.

a la edad de los hijos menores – cinco años. La delimitación de la edad genera dos planteos que deben resolverse a la luz de las disposiciones de mayor rango normativo.

El primero de ellos es la imposibilidad de gozar del beneficio en los supuestos de madres de niños mayores de cinco años, pero aún en plena etapa de crecimiento y la segunda es la posibilidad del cese del beneficio en el momento que el hijo cumple los cinco años.³⁸

Esto obliga a que los jueces deban analizar y aplicar las leyes en los casos concretos sometidos a su conocimiento, bajo las directrices supra-constitucionales en primer orden y sucesivamente las normas inferiores y cuando alguna de ellas, como es el caso de esta limitación legislativa, entren en conflicto deben tomarse en consideración los estándares de derechos humanos superiores.

Las consecuencias del encierro carcelario en las mujeres y en sus hijos deben ser especialmente consideradas por los tribunales en forma previa a disponer cualquier medida privativa de libertad.³⁹

Sin perjuicio de ello, en la actualidad existe un número elevado de mujeres encarceladas, tanto procesadas como condenadas, madres de niños pequeños. No es usual en el momento en el cual los jueces dictan sentencia que consideren los intereses de esos niños al decidir la modalidad de cumplimiento de la condena de sus madres. Generalmente esas mujeres hasta que se les resuelve el trámite de la incidencia de arresto domiciliario pasan años en prisión.

Interpretamos que la nueva legislación al no establecer requisitos específicos para la concesión, salvo los cinco años, tiende a equilibrar la vigencia de derechos y así lograr que esas madres puedan cumplir su pena en la modalidad de arresto domiciliario.

Sin embargo, la actual práctica judicial ha generado obstáculos inexistente en la ley para la concesión del beneficio.

Previo a la sanción de la nueva ley una Sala de la Cámara Nacional de

38 Acertadamente el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires – ley 1472 - en su art. 32 sobre arresto domiciliario dispuso: la sanción de arresto domiciliario puede cumplirse en el domicilio del contraventor a cuando se trate de: 1- mujer en estado de gravidez o lactancia o personas que tengan hijos menores de dieciocho años (18) años a su exclusivo cargo.

39 Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes enviados por los estados partes en virtud del art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/THA/CO/2, 17/3/2006, parr. 47 y 48.

Casación Penal de la Nación⁴⁰, resolvió que la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces resulta ineludible en los tramites de arresto domiciliario, por ser el órgano que debe alegar objetivamente y no condicionado por ningún interés sobre el interés superior del niño.

Luego de sancionada la ley, el Ministerio Público Fiscal de Ejecución Penal dictamina en términos coincidente con lo sostenido por la Casación Penal por lo que requiere como medida previa a la resolución del arresto la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces a fin de que alegue sobre el interés superior del menor.⁴¹

A nuestro entender requerir en la etapa de ejecución de la condena, específicamente en el momento de resolver la concesión de un arresto domiciliario a una madre, la realización de un dictamen del Defensor de Menores e Incapaces a fin de que se expida sobre la conveniencia o no de revincular al niño con su madre, constituye un obstáculo a la vigencia de los derechos enunciados y una vulneración al principio de legalidad por requerir algo que la propia ley no pide.

La regla general establece que siempre es mejor que los niños, en especial los pequeños, estén con sus madres y la legislación es consecuente con ello, presumir en contrario es vulnerar el sentido de la ley.

Por otro parte argumentar en esta instancia a favor del interés superior del niño, por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, es una falacia pues no es usual que los Tribunales ni los acusadores al momento de dictar sentencia supediten la imposición de la pena a los resultados del dictamen.

Las excepciones a la regla general deben quedar al margen de la concesión del arresto domiciliario, por ello se descarta que se conceda el beneficio en los supuestos en los cuales los padres han perdido el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos que ha perjudicado a sus propios hijos.

Salvo estos supuestos la regla general debe ser operativa para la modalidad del cumplimiento de la pena en arresto domiciliario.

Lamentablemente en la República Argentina existen unidades

40 Sala IV, causa 9764 "Moro, Beatriz s/recurso de casación" rta. 17 de noviembre de 2008.

41 Legajos nro. 106.332 del registro del Juzgado de Ejecución Penal nro. 1; legajo 103.197 del registro del Juzgado de Ejecución Penal nro. 3, entre otros.

penitenciarias⁴² que alojan a madres con sus hijos menores de cuatro años y mujeres embarazadas.

Consideramos que no es admisible el encierro de los niños en prisión y que la reforma legislativa a corto plazo posibilitará que estas madres que se encuentran encarceladas con sus hijos puedan cumplir su condena en arresto domiciliario.

Sin perjuicio de lo dicho, nuestro ordenamiento jurídico ha avalado el permiso para que las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad mantengan consigo a los niños menores de cuatro años prisionizados.

Puntualmente la ley 26.061⁴³ en su art. 17, prevé que la mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella.

Coincidentemente la ley 24.660⁴⁴ - arts. 193 al 196 - autoriza la permanencia de los niños en prisión hasta los cuatro años, y establece un régimen especial para la madre interna en relación a la obligación trabajar y a las correcciones disciplinarias.

Estas normativas y la permanencia de los niños en prisión vulneran las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás legislación tanto internacional como nacional a fin.

Concluimos que la reforma legislativa tratada debe ser aplicada como una herramienta para asegurar los derechos analizados. No debe desvirtuarse la modalidad de cumplimiento de pena fuera de prisión alegando que ello implica la desvirtuación del sistema penal.

Por ello en el marco normativo tratado pueden conjugarse los derechos y garantías vigentes y el ejercicio de la facultad punitiva estatal. La ponderación de interés debe primar siempre como método jurídico en el momento de definir la modalidad de ejecución de una pena.

42 Centro de detención de mujeres "Nuestra Señora del Rosario de San Nicolás" – Unidad 31 del SPF – ubicada en la localidad de Ezeiza, de la provincia de Buenos Aires, Instituto Correccional de Mujeres de Santa Rosa "Nuestra Señora del Carmen" – Unidad 13 del SPF – ubicado en la provincia de La Pampa, Cárcel Federal de Jujuy – Unidad 22 del SPF – ubicada en la provincia de Jujuy.

43 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

44 Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.