



Procuración Penitenciaria
de la Nación



EXPTE. N°: 17015/SP/176

NOTA N°: 34/OBS/15

SE PRESENTA COMO "AMIGO DEL TRIBUNAL"

Sres. Jueces:

Ramiro GUAL, T° 606 F° 211 CFALP, en mi carácter de abogado apoderado y Director del Observatorio de Cárceles Federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación, manteniendo domicilio en Av. Callao N° 25 Piso 4° "G" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TE 4124-7364), en el incidente en el que se solicita el **arresto domiciliario** de [REDACTED] ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

I. OBJETO

Vengo por este medio a solicitar a los Sres. Jueces del **Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2** ser tenido como "Amigo del Tribunal" para someter a su consideración argumentos de relevancia pública para la decisión de la cuestión planteada en el **incidente de arresto domiciliario**.

El suscripto viene a poner de manifiesto su opinión ante V.E. por medio de la figura del "*amicus curiae*" en apoyo a la protección de los derechos de [REDACTED], quien se encuentra alojada en la Unidad N° 31 del SPF, Pabellón N° 14, cuya fecha de detención data de aproximadamente de 1 año y 11 meses.

II. FUNDAMENTOS DEL INTERÉS

El justificado interés de este Organismo en la resolución de aquellas cuestiones en que se encuentre en debate la mejor protección de los Derechos Humanos de una persona detenida en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, tal como constituye el presente caso, viene dado por lo estipulado en el art. 1ero de la ley 25.875. Dicha norma establece que aquél es el objetivo fundamental de esta institución y se extiende a todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, comprendidos comisarias, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se encuentren internados en establecimientos provinciales.

La facultad para expresar opinión sobre aspectos de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente en las respectivas causas en carácter de "amigo del

Tribunal” surge de las prerrogativas otorgadas a través del art. 18 de la ley de creación de esta Procuración Penitenciaria de la Nación.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido a esta Procuración en la calidad invocada, reconociendo la calificación y el interés de este organismo en la temática (vgr., *in re* “Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación”, E-381-XXXII).

A su vez, se han realizado reiteradas presentaciones ante diversos juzgados y tribunales nacionales y federales a fin de ofrecer opiniones que permitan a los jueces contemplar alternativas diferentes en torno a la controversia suscitada. Cabe destacar las presentaciones de la PPN, por caso, ante la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal (causa N° 1831, “Alonso y otros s/ Recurso de casación”), y ante su Sala III (causa N° 2181, “Murga, Oscar Guillermo s/ Recurso de casación”, y causa N° 17156 “Fernández, Ana María”). En dichos casos, las presentaciones del organismo fueron incorporadas a los respectivos expedientes y fueron tenidos en cuenta por los Magistrados intervinientes al momento de resolver las diferentes incidencias.

Huelga decir que la finalidad específica y amplia trayectoria del organismo en la materia apartan cualquier sospecha posible acerca de la existencia de intereses ajenos a la más justa dilucidación del caso.

III. BREVE RESEÑA DEL CASO

██████████ se encuentra detenida en el pabellón 14 de la Unidad 31 de Ezeiza. Es madre de tres hijos, ██████████ de 9 años y ██████████ de 4 años que viven con su abuelo, ██████████ en Córdoba; y de ██████████ de casi 4 meses que convive con ella en el pabellón. Es importante recalcar que el Sr. ██████████ será operado de la vista en el mes de enero, ya que su visión se encuentra reducida, lo cual preocupa a ██████████ ya que aquel se encuentra solo con la crianza de los niños. Dada la lejanía con dicha vivienda, el vínculo materno-filial se encuentra gravemente afectado.

IV. NUESTRA OPINIÓN

Las modificaciones introducidas por la Ley 26.472 en el Código Penal (CP) y en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660) ampliaron los supuestos de prisión domiciliaria y agregaron -entre otros- el caso de “*mujer embarazada y/o madre de un niño menor de cinco (5) años*”. En tal sentido, el art. 10, CP establece que “[p]odrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: (...) e) *La mujer embarazada (...) f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a*



Procuración Penitenciaria

de la Nación

su cargo” y el art. 32 de la Ley 24.660 prescribe que “[e]l Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: e) A la mujer embarazada f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años”. En correspondencia con lo anterior, en el capítulo relativo a la prisión preventiva, el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación —que no ha sido modificado— establece: “El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio”.

Se ha acreditado fehacientemente en autos la situación en la cual se encuentra [REDACTED] detenida junto a su hijo de cuatro meses de edad, de modo que se trata de un caso expresamente previsto por la legislación vigente.

El legislador ha entendido que la situación de detención de la madre no constituye el lugar más adecuado en pos de proveer las condiciones aptas para el desarrollo de un embarazo y el nacimiento de un bebé. La introducción del instituto del arresto domiciliario en nuestro derecho positivo constituye un avance de suma importancia en lo que respecta al resguardo de la integridad de la madre y el *nasciturus* y de los niños menores de cinco años.

Su creación y aplicación se inspiran en el principio de intrascendencia de la pena previsto en el art. 119 de la Constitución Nacional en tanto estipula que “la pena no pasará de la persona del delincuente” y los arts. 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone que “el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de (...) las actividades (...) de sus padres”, y 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que refiere que “la pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

En razón de un inobjetable criterio humanitario, el legislador contempló la posibilidad del cumplimiento domiciliario de la condena de la madre en aras de preservar la salud física y psíquica del hijo menor de cinco (5) años y del *nasciturus*, quien debe desarrollarse, fundamentalmente en sus primeros momentos de vida, en un ambiente saludable; es decir en un contexto que no se compadece con la situación actual de nuestras cárceles (Cfr. voto en disidencia del juez Freiler en CNCCF, Sala I, *Inc. de Excarcelación de Yuri Edith Huaranga Padilla*, rta. 19/10/2005, y *Quichua Quispe*, rta. 14/03/06).

La modificación del régimen de detención de mujeres madres, cualquiera sea su situación legal, procura disminuir los efectos que su privación de libertad genera en el núcleo familiar y sobre todo en la vida de sus hijos, sea que residan junto a ella en prisión o se encuentren al cuidado de otros familiares o del propio Estado.

La excepción a la regla de la pena privativa de la libertad encuadrada en los

límites del art. 10 del Código Penal y 32 de la Ley 24.660 –y 314 CPPN en el caso del encarcelamiento preventivo-, incorporados tras la reforma de la Ley 26472 en el año 2009, responde a la necesidad de resolver un conflicto de intereses conforme al marco de protección individual señalado en el párrafo anterior.

Cabe destacar que lo que se encuentra en discusión en estos supuestos es la procedencia de un régimen de detención que, sin embargo, “*no priva a la sentencia de sus efectos ni resulta asimilable a la ejecución condicional de la pena. Es decir, la pena privativa de libertad permanece incólume y sólo resulta modificada su forma de cumplimiento, en consonancia con las particulares características del caso.*” (CFCP, Sala IV, Causa N° 14210, Sáenz, Guillermo Aldo s/recurso de casación, voto del Juez González Palazzo, rta. 30/08/11).

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) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del año 1990. Según la Regla 1.5 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.

Por otro lado, las Reglas de Bangkok “Reglas de la ONU para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010, disponen en la Regla 57 que los Estados “*deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas*”.

A ello hay que agregar que desde el año 1994 la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tiene jerarquía constitucional, de acuerdo a lo previsto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Ello significa que dicha convención internacional “*comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro Ordenamiento Jurídico*” (DULITZKY, Ariel E. *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, y Parte I en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.). Ed. Del Puerto/ CELS, Buenos Aires, 1997 p. 33-74.). Por ende, debe concluirse que las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones administrativas, sentencias, etc., deben aplicarla en un doble sentido: no sólo el de no contradecir sus normas sino también mediante la adecuación positiva a las prescripciones del tratado, “*de modo que el tratado se desarrolle a través de esos dispositivos*” (BIDART CAMPOS, Germán. *Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño en Derecho y los chicos*, María del Carmen Binchi (comp.), Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 37).

La CDN reconoce en su artículo 3º, como principio rector, la “*consideración*



Procuración Penitenciaria
de la Nación

primordial” del interés superior del niño, “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos*”.

Al respecto, la Corte Suprema ha entendido que este precepto con jerarquía constitucional apunta esencialmente a dos propósitos, “[...] *cuales son las de constituirse en 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 que la decisión se defina por lo que resulta de mayor beneficio para ellos[...]*” (CSJN, causa S., C., 2/8/2005. L.L., 2005-D, 873; el destacado nos pertenece).

Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU sostuvo que “[c]uando 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” (Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, párrafo 48. Véase también: Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Filipinas, CRC/C/15/Add.259, párrafos 53-54).

No debe olvidarse que se ha afirmado: “*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-).

Sin lugar a dudas el ámbito penitenciario no es el lugar adecuado para el desarrollo de un embarazo, el nacimiento de un bebé y el crecimiento de un niño. El derecho del menor a estar junto a su madre se garantiza mucho más eficazmente mediante un arresto domiciliario. Y las alternativas al encierro carcelario que prevén los artículos 10 CP y 32 Ley 24.660, ponen en evidencia que el legislador reconoce el efecto nocivo que tiene la vida carcelaria para la salud y el normal desarrollo de un menor de cuatro años.

En este sentido, son numerosas las investigaciones que confirman que la

prisionización de los niños, llevada a cabo bajo el título que sea —en este caso a través de la detención de su madre—, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente *impeditivo* de la evolución más o menos común de la persona, sobre todo cuando esto se da durante los primeros años de vida, fundamentales en el desarrollo de la psiquis del individuo. (Sobre los efectos de la institucionalización de menores, Hepp, Osvaldo T., *La Internación de menores y los problemas sociales*, citado en Zaffaroni, Eugenio E.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 178; cfr. Turano, María José, Op. Cit.).

El alojamiento en prisión de un menor junto a su madre llega a constituir la imposición de una verdadera pena por la actividad desplegada por su progenitora, en violación a lo estipulado por el art. 2.2 de la CDN.

Las graves inconveniencias que trae aparejado el alojamiento del menor junto a su madre en prisión fueron reconocidas en el caso "*Espíndola*", resuelto por la Sala III de la CFCP. En aquel precedente se enfatizó "*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, se consideró que el alojamiento en un centro de detención de la madre procesada y sus pequeños hijos aparecía "*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)*"¹.

Son ilustrativas sobre este punto las intervenciones en el debate parlamentario de la ley 26.472 recogidas por la Procuradora General de la Nación al dictaminar en los autos "Fernández, Ana María s/ causa n° 17156" (F-74-XLIX). Allí se ha expresado, sobre la necesidad de compatibilizar la eficacia penal con el resguardo de principios superiores: "*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*". También en cuanto al principio de intrascendencia de la pena, se agregó en esa ocasión que "*los niños que hoy se encuentran detenidos junto a sus madres en nuestras unidades carcelarias [...] no tienen por qué pagar la condena de sus padres*".

V. PETITORIO

Esperando que nuestro eventual aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso, a V.E. solicito:

¹ CFCP, Sala III, Causa N° 7280, *Espíndola, Alejandra K. s/rec. de casación*, voto del Juez. Tragant.



Procuración Penitenciaria
de la Nación

- 1) Se tenga a la Procuración Penitenciaria de la Nación como "Amigo del Tribunal" en este incidente y con los domicilios señalados *ut supra*;
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento para la resolución de la cuestión;
- 3) Se me notifique de la resolución que se adopte; y
- 4) Se autorice a tomar vista del expediente y a extraer las copias que sean necesarias a Antonella FISCHETTI DNI 35.949.539, Agustina CANGENI DNI 34.535.869 y Alan Ezequiel SWISZCZ DNI 34.001.111.

Proveer de conformidad,
Será Justicia.


Dr. Ricardo Sual
Director Observatorio de Cárcel Federales
Procuración Penitenciaria de la Nación

CFLAP T° 606 F° 211