

LA APLICACIÓN DE PRISIÓN DOMICILIARIA EN CASOS DE PADRES CON NIÑOS MENORES DE CINCO AÑOS A SU CARGO*

SOL BECCERRA, ADRIANA ESTEFANÍA CAMAÑO, LEANDRO ALBERTO DIAS, ANTONELLA DONNES Y ALDANA OLIVER**

Resumen: El trabajo analiza el régimen de arresto domiciliario previsto en los supuestos de madres de niños menores de cinco años a su cargo, y su aplicación en la práctica. Se realiza un análisis bajo la perspectiva del principio del interés superior del niño, lo que conduce a afirmar la necesidad de una aplicación extensiva de este supuesto al caso no legislado de hombres en situaciones análogas. Asimismo, se aborda la problemática desde un enfoque teórico-normativo, propio de la sociología jurídica. Se utiliza una metodología cualitativa, se realizan entrevistas a académicos y distintos operadores del sistema jurídico penal argentino, así como un relevamiento jurisprudencial de la Cámara Nacional de Casación Penal. Se constata una falta de concordancia en la práctica con los principios normativos referidos al tema en cuestión, evidenciando déficits en el ordenamiento normativo vigente y la necesidad de un mayor compromiso de las políticas estatales.

Palabras clave: ley de ejecución penal – arresto domiciliario – interés superior del niño – derecho a la no discriminación – enfoque socio-jurídico.

Summary: This work analyzes the house arrest rules in cases of mothers of children under five years old and their application in practice. An analysis is carried out under the perspective of the principle of the best interests of the child, which leads to assert the need for an extensive application of such rules to cases of men in analogous situations not currently legislated. Moreover, the issue is considered from a theoretical-normative approach, typical of the sociology of law. A qualitative methodology is employed, under which interviews are conducted with academics and different operators of the Argentine criminal legal system, as well as a jurisprudence survey of the National Chamber for Cassation in Criminal Matters. A lack of concordance is found between the practice and the regulatory principles relating to the matter under analysis, showing

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Problemas actuales de sociología del derecho”, a cargo de la profesora Laura Lora en la Facultad de Derecho (UBA).

** Estudiantes de Abogacía (UBA). Los autores desean agradecer a la Dra. Lora por su generosidad durante y después de la cursada.

deficits in the existing regulatory framework and the need for greater involvement of state policies.

Keyword: law of criminal enforcement – house arrest – principle of the best interests of the child – right to non-discrimination – socio-legal perspectives.

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se analizará el régimen de prisión domiciliaria y la aplicación de la normativa vigente tanto en el Código Penal Argentino,¹ como en la Ley de Ejecución Penal 24.660 –modificada por la Ley 26.472–,² en relación con el supuesto de madres de niños menores de cinco años, a su cargo.³ Con ese objetivo general, en primer lugar se evidenciarán los aspectos normativos de la ley en cuestión, así como también la existencia de distintos derechos constitucionales que eventualmente puedan llegar a incidir en el análisis.

Una vez establecido el marco jurídico y sociológico del trabajo, se planteará un déficit que posee el régimen actual, al excluir a los padres que se encuentran en igual situación. Este objetivo específico será desarrollado a partir de la siguiente hipótesis: si bien la incorporación del supuesto de prisión domiciliaria puede ser considerada como un avance en la adecuación del régimen de ejecución penal a los estándares internacionales, se requiere una ampliación de la norma a los casos de hombres en situaciones análogas. A tal efecto, distintos principios constitucionales, como el del “interés superior del niño”, ofrecerán un prisma insoslayable en el abordaje de la temática, y harán las veces de punto de partida para extender el análisis a los supuestos de hecho en que sea el padre quien cumpla con las condiciones establecidas en la ley.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que al configurar la pena privativa de libertad el mayor avance del poder punitivo estatal sobre las libertades individuales de los ciudadanos, un régimen de ejecución tendiente a morigerar sus efectos

1. Código Penal de la Nación, Ley 11.179. “Artículo 10: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: [...] f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

2. Ley de Ejecución Penal 24.660, reformada por la Ley 26.472. “Artículo 32: Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: [...] f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

3. La ley incluye también el supuesto de las mujeres a cargo de personas con discapacidad. Si bien muchas de las conclusiones que se ofrecerán en el presente trabajo pueden ser extendidas a este supuesto, la investigación en principio no abarca este supuesto. Esto se debe a que un análisis de los derechos de las personas con discapacidad requiere un tratamiento específico, que excede los límites de este artículo.

disvaliosos merece, en principio, aprobación. Pero no solamente la limitación al poder punitivo estatal por medio de leyes escritas resulta suficiente, sino que el funcionamiento de la norma abstracta trasciende las cuestiones meramente teóricas, para adentrarse en una realidad muchas veces soslayada por la tradición jurídica. Esta constatación de la eficacia de las normas en los casos concretos constituirá el núcleo de la investigación, y se producirá a través del relevamiento de información obtenida de las entrevistas realizadas a distintos operadores judiciales, y mediante el examen de fallos jurisprudenciales de la Cámara Nacional de Casación Penal.

II. MÉTODOS Y MATERIALES

1. Aspectos metodológicos generales

Para cumplir con los objetivos planteados se utilizará una metodología cualitativa, cuyas características principales están centradas en la observación de acciones y en el análisis del discurso.⁴ En específico, se aplicarán distintos métodos cualitativos al examen del objeto de estudio planteado en los párrafos previos, dando lugar a lo que se conoce como triangulación o convergencia metodológica entre métodos,⁵ consistente en la combinación de métodos de investigación en la medición de una misma unidad de análisis.⁶

Dentro de este esquema, se recurrirá al estudio de jurisprudencia como documento-fuente de la investigación cualitativa.⁷ La recolección de datos se centrará en las sentencias de las cuatro salas de la Cámara Nacional de Casación Penal, desde el año 2009 hasta la actualidad.⁸ A su vez, entre los otros documentos que serán analizados para ayudar a comprender el fenómeno central de estudio,⁹ se encuentran tanto las normas aplicables a estos supuestos, como los más recientes trabajos doctrinarios al respecto.

4. Cfr: KUNZ, A., CARDINAUX, N., *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesisistas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 143.

5. *Ídem*, pp. 181-182.

6. *Ídem*, p. 182.

7. *Ídem*, p. 176-177.

8. Se seleccionó este año, debido a que la Ley 26.472, que incorporó el supuesto de prisión domiciliaria para madres con niños menores de cinco años a su cargo, entró en vigencia el 12 de enero de 2009.

9. Cfr: HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ-COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO, P., *Metodología de la Investigación*, 4º ed., México D.F., McGraw-Hill, 2004, p. 647.

Por último, como herramienta para la recolección de datos cualitativos se recurrirá a entrevistas a operadores del sistema judicial, tendientes a lograr una comunicación y construcción conjunta de significados respecto del tema en estudio.¹⁰ En cuanto a las entrevistas, tendrán un carácter semiestructurado, y se partirá de preguntas formuladas *a priori*, pero con la posibilidad de intervención por parte del entrevistador, a fin de obtener mayor información o precisión sobre temas determinados.¹¹

2. Marco Teórico Normativo

A. Definiciones Previas

Previo a adentrarse en el desarrollo de la presente investigación, se considera necesario definir una serie de conceptos que serán centrales para el entendimiento de la problemática propuesta.

Como punto de partida debe mencionarse que por prisión domiciliaria se entiende a la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad –o, eventualmente, medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en remplazo de la prisión preventiva– que se cumple en el domicilio, o un centro especializado, fuera del ámbito carcelario.¹² Resulta claro, en consecuencia, que no se trata de una suspensión de la ejecución de la condena, ni de un beneficio que se le concede al imputado.¹³ Por otra parte, la prisión domiciliaria se encuentra prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad,¹⁴ y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado.¹⁵

10. *Ídem*, p. 597.

11. *Ídem*, p. 597.

12. Cfr. LÓPEZ, A., y MACHADO, R., *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660. Ejecución de la Pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004, p. 150.

13. Cfr. SANSONE, V., “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”, en BERTOLINO, P. y ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 6, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2010, p. 831.

14. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO), Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Véase, regla 5.1 en conjunción con regla 8.2, inc. k.

15. Cfr. FREEDMAN, D., “Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales”, en BERTOLINO, P. y ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 10, Buenos Aires, Abeledo Perrot, octubre de 2010, p. 1919.

En otro orden de análisis, cabe aclarar que el principio penal de trascendencia mínima, o de intrascendencia, implica que la pena debe ser personal, es decir, no debe pasar de la persona del delincuente,¹⁶ y no puede afectar a sus parientes de cualquier grado.¹⁷ Este principio resulta de particular importancia debido a que nuestra legislación contiene muy pocos paliativos a estas situaciones,¹⁸ y la aplicación de prisión domiciliaria en casos de madres –y, como se verá más adelante, también padres– con niños menores de cinco años puede significar una alternativa interesante. Adelantándose brevemente una de las conclusiones, el hecho de que los niños puedan ser educados por uno de sus progenitores fuera del ámbito carcelario, pero manteniéndose con ellos un contacto pleno, aparece como un objetivo valioso a tener en cuenta durante la etapa de ejecución de la pena.

A los fines del trabajo, resulta esencial también el principio del *interés superior del niño*, consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.¹⁹ Este principio constituye uno de los pilares en torno al cual se articulan los restantes derechos del tratado, y encuentra su origen en el derecho común, ámbito en el cual se lo ha aplicado esencialmente a fin de que los intereses del niño primen sobre los de otras personas o instituciones.²⁰ A su vez, no resulta menor su jerarquía constitucional en el sistema jurídico argentino, desde que el mencionado Tratado fue incorporado en el art. 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna, en ocasión de la última reforma constitucional.

La norma²¹ aludida establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial

16. Cfr. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 131.

17. Véase, en ese sentido, el art. 119 de la Constitución Nacional Argentina: “Artículo 119. La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”.

18. Cfr. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *op. cit.*, p. 131.

19. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el día 2 de septiembre de 1990, art. 3, inciso 1º.

20. Cfr., ZERMATTEN, J., “El interés superior del niño. Del Análisis Literal al Alcance Filosófico”, en *Institut International des Droits de L'enfant*, Informe de trabajo, 3-2003, p. 6, consultado en [http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf] el 3/11/2013.

21. La distinción entre normas, reglas y principios, excede el marco de este trabajo. De todos modos, en este trabajo se entenderá, siguiendo las enseñanzas de Alexy, que tanto reglas como principios son normas, porque ambos se presentan como razones para juicios concretos de deber ser. Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

a que se atenderá será el interés superior del niño”. De este modo, y por decisión de los propios Estados, se superan las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todos, relativos a los derechos fundamentales del niño, como una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos.²²

Tampoco puede ser dejado de lado el carácter de concepto jurídico abierto que posee el interés superior del niño, y que ha intentado ser precisado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.²³ A nivel académico, se lo ha definido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos.²⁴ No obstante, la noción pretende no sólo favorecer la protección de los derechos del niño, sino también recalcar la especial vulnerabilidad de un grupo específico de personas que no está en condiciones de conocer y hacer valer sus derechos, careciendo por sí solos de influencia social.²⁵

Sobre las precisiones realizadas por la jurisprudencia, resultan particularmente relevantes para la discusión en Argentina las apreciaciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En oportunidad de expedirse en la Opinión Consultiva N° 17/2002, por ejemplo, el máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos se refirió al “interés superior del niño” como el principio regulador que hace las veces de punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A su vez, entendió que se trata del criterio al que 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.²⁶

A partir de estas consideraciones, el interés superior del niño pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad, debiéndose armonizar su utilización con una concepción de los derechos humanos entendidos como facultades

22. Cfr. CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en BELOFF, Mary *et al.* (ed.), *Justicia y Derechos del Niño*, n° 1, Santiago de Chile, UNICEF/Ministerio de Justicia, 1999, p. 48.

23. Sobre el tema, ver: Cfr. FREEDMAN, D., “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”, en BERTOLINO, P. y ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 2, Buenos Aires, AbeledoPerrot, febrero de 2011, pp. 268-270

24. Por todos, ZERMATTEN, J., *op. cit.*, p. 4.

25. Cfr. BAEZA CONCHA, G., “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Revista Chilena de Derecho*, v. 28, n° 2, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, p. 356.

26. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Sentencia de 28 de agosto de 2002, párr. 131.

que permiten oponerse a los abusos del poder y que superan el paternalismo tradicional en temas relativos a la infancia.²⁷

En vista de lo expuesto, parecería evidente que el dilema entre la persecución penal a través de la imposición de una pena en un establecimiento carcelario, y la protección del vínculo familiar en los primeros años de desarrollo de un niño, debería ser resuelto a favor de este último. Por dicha razón, aquí se señala el acierto del sistema que permite el acceso a la modalidad de ejecución de la pena mediante prisión domiciliaria en tales supuestos, puesto que de esta manera se logra cumplir con ambos intereses sin vulnerar el derecho del niño a ser criado por sus padres. En efecto, el objetivo central de la norma gira en torno a la voluntad de priorizar el derecho del niño a crecer en un ambiente más sano que el carcelario,²⁸ y a no irrogar la pérdida de contacto entre padres e hijos de corta edad, con un desmembramiento del núcleo familiar.²⁹ Asimismo, y en otro orden de análisis, se asegura de esta manera el respeto al principio de personalidad de la pena, ya que el niño tiene derecho a desarrollarse en condiciones de libertad y dignidad, sin verse obligado a cargar con la responsabilidad por los actos que sus progenitores pudieran haber realizado.

B. Normativa actual

En función del respeto por las normas internacionales de fuente convencional, es decir, los tratados con jerarquía constitucional consagrados en el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución, fue que se sancionó en el día 19 de junio de 1996 la Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad 24.660, ley que preveía distintos supuestos de prisión domiciliaria.

De todos modos, las posibilidades que ofrecía la mencionada ley resultaron insuficientes. Es así que frente a la problemática representada por las deficientes e insalubres condiciones estructurales, de salubridad y de hacinamiento de los establecimientos carcelarios, el poder legislativo se dispuso a sancionar otra ley para atenuar de cierta manera dichas situaciones irregulares.³⁰ La Ley 26.472,³¹ en efecto, amplió los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria previstos

27. Cfr. CILLERO BRUÑOL, M., *op. cit.*, p. 55.

28. Sobre este aspecto, la CNCP ha considerado que si bien el Servicio Penitenciario Federal se encuentra en condiciones de brindar asistencia médica, sanitaria y alimentaria a los niños, lo cierto es que los complejos penitenciarios no constituyen para ellos un ambiente favorable. Véase: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, "Espíndola, Alejandra Karina s/recurso de casación", N° 7.280, 27 de noviembre de 2006.

29. Véase: VIRI, Hernán, "Prisión Domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26.472", en DONNA, E. A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, año 2009, N° 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 376-387.

30. *Ídem*, p. 372.

31. Sancionada por el Congreso Nacional el 17/12/08 y promulgada de hecho el 12/01/09.

en el Código Penal de La Nación y en la Ley Nacional de Ejecución Penal, extendiéndolos a las mujeres embarazadas, las que tuvieran hijos menores de cinco años o un discapacitado a su cargo, y los enfermos o discapacitados detenidos en lugares inadecuados para su estado de salud. Estas situaciones ya venían siendo reconocidas por vía de fallos judiciales,³² pero la ley colaboró para generar una mayor certeza en el reconocimiento de los derechos de las personas condenadas.

Concordantemente, y más allá de lo expuesto sobre la jerarquía constitucional del principio de interés superior del niño, la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vigente en nuestro país desde el 2005, brinda una conceptualización clara en su art. 3° al entender “por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley”. Esto importa el deber de las autoridades de lograr el goce y ejercicio pleno de todos los derechos del niño, en forma total y coetánea, en la medida en que no se contrapongan o se rechacen, en pos de la aplicación de alguno de superior jerarquía, por ejemplo, cuando se privilegia la integridad física y la vida del niño maltratado respecto de la continuación de las relaciones familiares.³³

3. Marco Sociológico

Desde la perspectiva de la sociología jurídica, puede entenderse al derecho como una acción social que define y transforma relaciones sociales.³⁴ Este trabajo se propone lograr una aproximación a la comprensión científica de la realidad jurídica, en particular, respecto del modo en que el sistema de prisión domiciliaria opera en la práctica de nuestro país.

El enfoque que se utilizará en este trabajo es el teórico normativo, desarrollado por Rottleuthner en su texto *Sociología de las ocupaciones jurídicas*,³⁵ y que destaca que no siempre las leyes y las normas se corresponden con la realidad social. Desde esta óptica, no basta entonces abordar el derecho en abstracto, sino que debe

32. Véase, por todos: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de casación”, N° 7.280, 27 de noviembre de 2006. Allí se determinó, entre otras cosas, que los servicios penitenciarios no constituyen un ambiente saludable para un menor.

33. Cfr. MACAGNO, M. E., “El interés superior del niño en el proceso penal de adultos”, en *La Ley. Suplemento Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, La Ley, 10 de noviembre de 2009, p. 2.

34. Cfr. CUÉLLAR VÁZQUEZ, A., “Estado del arte de la sociología jurídica en América Latina”, en DE LA GARZA TOLEDO, E. (coord.), *Tratado Latinoamericano de Sociología*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 264-265.

35. Cfr. ROTTLEUTHNER, H., “Sociología de las ocupaciones jurídicas”, en BERGALLI, R. (coord.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989, p. 124.

analizarse cómo el derecho funciona en el plano de lo real. Es menester conceptualizar al derecho como algo vivo que debe adaptarse a los cambios sociales.

Años antes, Weber denominaba a dicho fenómeno como dicotomía entre validez ideal y validez empírica.³⁶ Este autor consideraba esencial la distinción entre el análisis jurídico-dogmático y el sociológico. Mientras que el primero se ubica en el plano del deber ser, de lo ideal, el segundo lo hace en el plano de lo fáctico, de los hechos empíricamente comprobables.³⁷ La diferencia entre el deber ser y el ser, nos conduce a un entendimiento del orden jurídico desde otra perspectiva. En este sentido, la validez del método de análisis sociológico estará basada en procurar una validez empírica y no una validez basada en la coherencia lógica entre las normas.³⁸

Por lo tanto, a partir de una perspectiva de análisis que señala la oposición entre lo normativo y lo fáctico, será necesario abordar la problemática presentada comparando los hechos con el derecho, esto es, lo que ocurre en la práctica con lo que debería ocurrir. El aporte que realiza este enfoque consiste en informar a los juristas no sólo sobre el efecto que tienen las normas y las decisiones judiciales en la realidad social, sino que también versa sobre la situación del derecho en la sociedad, es decir, si existe o no un verdadero cumplimiento. Por ello, Rottleuthner se refiere a esta visión como sociología jurídica compensatoria.³⁹

Así las cosas, puede observarse que desde el punto de vista normativo cualquier toma de decisión que involucre a niños, como la concesión del régimen de prisión domiciliaria a un progenitor, debe ser compatibilizado con el principio del interés superior. Será cuestión, en definitiva, de determinar si el plano fáctico se rige, o no, por estos principios rectores.

III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

1. Prisión domiciliaria y derechos del niño

En los casos en los que los niños viven junto a uno de sus progenitores en los establecimientos carcelarios, se vulneran los derechos humanos de los niños en tanto sujetos de derecho. Los establecimientos carcelarios se presentan, la mayoría de

36. Cfr. DÍAZ, M. R. (2012) “Weber desde la óptica de Norberto Bobbio: El concepto de validez empírica”, en PÉREZ VARGAS, V. (dir.), *Revista Judicial*, N° 106, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, diciembre de 2012, p. 96.

37. *Ídem*, p. 94.

38. *Ídem*, p. 95.

39. Cfr. ROTTLEUTHNER, H., *op. cit.*, p. 124.

las veces, como lugares no aptos para el normal cuidado y desarrollo de los niños, y que producen afectaciones en los derechos a la libertad e integridad personal de estos últimos.⁴⁰ En efecto, por una razón que le es totalmente ajena, el menor se ve obligado a permanecer en la cárcel y familiarizarse con un colectivo de personas y con ciertas nociones –ley, castigo, delito, etc.–, a las que no tendría por qué verse sometido. Esto genera una situación de vulnerabilidad, que junto al estigma que representa el encierro aparece como un trato inhumano y degradante para un niño.⁴¹

Por el contrario, la opción que prevé que el niño permanezca fuera del establecimiento carcelario mientras su progenitor cumple la pena en prisión, se opone al desarrollo y fortalecimiento familiar durante los primeros años de vida del niño, en los que el contacto con la madre resulta fundamental. Además, la separación de madres e hijos puede implicar, en algunos casos, el desmembramiento familiar. Muchas veces sucede que ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan acoger a los niños, ellos son institucionalizados o dados en adopción.⁴² Es decir que ninguna de las opciones presentadas garantiza un desarrollo pleno y saludable del niño.

Queda entonces de manifiesto que la cárcel no es un lugar adecuado para exigir responsabilidad penal a determinados colectivos especialmente vulnerables, como lo son las madres de niños menores. Por ello, los legisladores argentinos han optado por una medida alternativa.⁴³ La Ley 26.472, en ese sentido, representa

40. Según los datos arrojados por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): “ninguna de las 14 mujeres alojadas con sus hijos considera que la alimentación brindada por el penal a los niños sea buena, y más de la mitad la considera de modo directo como muy mala o mala, ya sea por su deficiente calidad, la utilización de productos rebajados, falta de variedad, mal estado, etc. Apreciaciones similares pueden realizarse con respecto a las condiciones de higiene en las que deben transitar el embarazo o criar a sus hijos. [...] En relación con los niños que conviven junto a sus madres en prisión, no existe ningún circuito formal de provisión de vestimenta, y varias mujeres relatan que la obtienen a través de distintas ONG, compañeras de pabellón e incluso de algunas agentes del SPF”. Cfr. *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, 1ª ed. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 174.

41. Véase: LORA, L., “Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: Escenarios de conflicto”, en ORUNESU, C. y SLAVIN, P. (comp.), *Debates en Filosofía y Ciencia Política*. Mar del Plata, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2012, pp. 183-204.

42. El mencionado informe del CELS establece que “Un primer dato categórico para dimensionar el impacto que provoca el encarcelamiento de la madre en la familia, en particular en sus hijos menores de 18 años, es que en 4 de cada 10 casos se provocó el desmembramiento del grupo familiar. En efecto, el 39,3% de las encuestadas respondió que, tras su detención, sus hijos menores de 18 años interrumpieron la convivencia entre ellos. Esto significa que en un elevado porcentaje la detención de la madre provoca no sólo la ruptura del vínculo materno, sino también la separación o dispersión de los hermanos entre diversos cuidadores, y la consiguiente ruptura de sus vínculos sociales”. Cfr. *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, op. cit., p. 155.

43. Cfr. DI CORLETO, J. y MONCLÚS MASÚ, M., “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres

un avance en la materia dado que ha ampliado los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria previsto en la ley de ejecución, al incluir, entre otros, los supuestos de mujeres madres de un hijo menor de cinco años de edad o discapacitado, a su cargo.⁴⁴ De esta manera, se intenta adecuar el ordenamiento jurídico imperante a los principios de la unidad familiar, tornando operativo el interés superior del niño.

2. Lagunas a corregir: padres con hijos

Sin embargo, y sin perjuicio de las bondades de la ley 26.472 al ampliar los supuestos de prisión domiciliaria, en este trabajo se propone señalar ciertos déficits de la normativa actual, para evidenciar cómo el espíritu de la norma que busca el interés superior del niño no siempre se ve materializado.

En efecto, parecería contra intuitivo que no se haya previsto un supuesto de prisión domiciliaria para el padre que, en remplazo de la madre –por la razón que fuese–, cumpla idéntico rol de cuidador principal de los hijos menores. Si bien es cierto que dicha función tradicionalmente recae en la figura de la madre, no resulta descabellado imaginar supuestos en los que el rol se encuentre en cabeza del padre.

En tal sentido, diversos autores han considerado que la exclusión de los hombres que hace la ley al momento de señalar los requisitos para conceder el instituto de prisión domiciliaria, podría ser considerada como una situación de discriminación contraria a la Constitución Nacional y al derecho convencional establecido, entre otros instrumentos, en el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴⁵ Como se verá más adelante, la jurisprudencia también se ha pronunciado en ese sentido.⁴⁶ Incluso desde otra perspectiva, se ha señalado que el tratamiento diferenciado para la mujer refuerza estereotipos de género, en tanto le asigna una función preponderante en la esfera doméstica, y que en definitiva nada obsta a que los hombres puedan solicitar el instituto de prisión domiciliaria en estos casos.⁴⁷

de niños menores de cinco años”, en ANITUA, I. y TEDESCO, I. (comp.), *La Cultura Penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 300.

44. Cfr. DELGADO, S., “La modificación de la regulación de la detención domiciliaria”, en BERTOLINO, P. y D’ALESSIO, Andrés J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 5, Buenos Aires, AbeledoPerrot, mayo de 2009, p. 806.

45. Por todos, GRISETTI, R., “Prisión Domiciliaria e Igualdad de Género”, en MÉNDEZ COSTA, M. J., VIDAL TAQUINI, C. H., CORDOBA, M., M., MEDINA, G. y SOLARI, N., E. (dir.), *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 2, Buenos Aires, La Ley, marzo de 2011, p. 62.

46. Sólo ha modo de ejemplo: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Bagnato, Adolfo Humberto. s/recurso de casación”, N° 11.331, 15 de noviembre de 2009.

47. Cfr. DI CORLETO, J. y MONCLÚS MASÚ, M., *op. cit.*, p. 299.

Con independencia del acierto de estos argumentos, parecería claro que a partir del interés superior de niño, lo relevante radica en la posibilidad de favorecer el contacto del menor con sus progenitores, tratándose de algo fundamental para su desarrollo.⁴⁸ Si a esto se le agrega la necesidad de evitar la trascendencia de las penas hacia una persona distinta del condenado, aparece patente la necesidad de que se ofrezca una solución en estos casos. Una primera alternativa podría darse a través de una reforma legislativa, aunque su concreción dependerá de la voluntad política del momento, y estará sujeta a que no triunfen los argumentos de quienes consideran a la prisión domiciliaria como una forma de garantizar la impunidad.⁴⁹ Pero también podría asegurarse el interés del superior del niño en los casos de padres con menores a su cargo si se realiza una interpretación analógica de la norma *in bonam partem*. Esta alternativa no generaría inconvenientes con el principio de legalidad penal, aplicable al derecho de ejecución penal,⁵⁰ ya que en definitiva se estaría restringiendo más allá de la letra de la ley,⁵¹ en favor de imputado,⁵² y no en su contra.

IV. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

Los apartados precedentes ofrecen un panorama global de la temática, y al mismo tiempo plantean el problemático caso de los padres con hijos menores de cinco años a su cargo, supuesto no abarcado por la norma. Sin embargo, el objetivo central de esta investigación está orientado a determinar qué abordaje se ha propuesto en la práctica ante estos supuestos. Para ello, y tal como se mencionó al comienzo del trabajo, se recurrió a dos clases de fuentes. En primer lugar, se ha recopilado la jurisprudencia de las distintas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre el tema, con el fin de descubrir de qué forma el máximo tribunal en cuestiones de derecho penal a nivel federal ha resuelto la problemática. Por otro lado, se han realizado entrevistas con una serie de operadores judiciales especialmente seleccionados, para de ese modo obtener una perspectiva de la opinión con la que hoy en día se cuenta sobre la temática. En los siguientes párrafos se plasmarán

48. Cfr. FREEDMAN, D., "Prisión domiciliaria en la Argentina...", *op. cit.*, p. 1922.

49. Sobre esta perspectiva, véase la crítica realizada por Sergio Delgado en: Cfr. DELGADO, S., *op. cit.*, pp. 806-807.

50. Sobre el tema, véase: GUILLAMONDEGUIL, L. R., "Los principios rectores de la ejecución penal", en BERTOLINO, P. y D'ALESSIO, A. J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 12, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2005, pp. 1106-1107.

51. Cfr. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *op. cit.*, pp. 118-119.

52. En ese sentido, considera SANCINETTI que la analogía *in bonam partem* en principio no se encuentra prohibida en derecho penal. Cfr. SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal. Parte General*, 3° ed., t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 72.

los resultados obtenidos a partir de estos dos métodos, y en última instancia se realizará una valoración de los mismos.

1. Datos obtenidos en las decisiones jurisprudenciales

Desde la entrada en vigencia de la Ley 26.472 hasta la actualidad, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal ha variado de acuerdo a la sala que se ha pronunciado en el caso. Es así como la sala I, en el caso “Rossi”,⁵³ hizo lugar a un recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de un hombre a quien se le había denegado un pedido de prisión domiciliaria. En los votos de los jueces Cabral, Borinsky y Madueño se afirmó que el tribunal oral había incurrido en arbitrariedad, al no considerar la posibilidad de que una persona de sexo masculino accediera a la modalidad de prisión domiciliaria, a partir de una interpretación teleológica de la norma. A su vez, dos de los magistrados destacaron al principio de interés superior del niño como parámetro superior, al que debe adecuarse la normativa infraconstitucional.⁵⁴ Recientemente, la sala, con una composición distinta, sostuvo una interpretación similar, destacándose el voto de la jueza Ana María Figueroa.⁵⁵ Esta última magistrada no sólo adhirió a la interpretación que ya había sostenido la sala en el caso “Rossi”, sino que además dedicó gran parte de su voto a reafirmar la jerarquía constitucional del principio de interés superior del niño y su evolución en el sistema interamericano de derechos humanos.

La sala II, en su actual integración, todavía no se ha expedido sobre el tema. Sin embargo, resulta ilustrativo el hecho de que uno de los pronunciamientos de la anterior composición denegó un recurso de casación en un supuesto donde se había rechazado la prisión domiciliaria de un padre.⁵⁶ En ese caso, la defensa señaló la incompatibilidad entre el régimen actual y el principio de interés superior del niño, y el argumento fue rechazado por dos motivos. En primer lugar, se consideró que no existe una regla directamente derivada de la Convención sobre Derechos del Niño que proscriba el encarcelamiento de sus padres, y que si ni siquiera la prisión domiciliaria en casos de madres resulta automática, no sería consistente extender el

53. Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Rossi, Maximiliano A. s/recurso de casación”, N° 15.656, 22 de junio de 2012.

54. *Idem*. Voto del Dr. Borinsky, al que adhirió el Dr. Madueño.

55. Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Gómez, Jorge Javier s/ recurso de casación”, N° 21.355, 3 de julio de 2013. En esta ocasión la sala estuvo compuesta por los jueces Cabral, Madueño y Figueroa.

56. Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Andrada, Omar Antonio s/recurso de casación”, N° 13.142, 24 de mayo de 2011.

caso a los padres.⁵⁷ Por otro lado, dos de los jueces consideraron que la ampliación del “beneficio” a un padre no podía otorgarse darse en el caso concreto ya que solamente procede cuando el niño no cuenta con un familiar en condiciones de cuidarlo, y en virtud del principio de humanidad.⁵⁸

Por su parte, la sala III cuenta con pronunciamientos contradictorios. Esto se debe a que en el caso “Bagnato” se le permitió a un padre con un niño menor de cinco años el acceso a prisión domiciliaria.⁵⁹ Allí los jueces Riggi y Ledesma consideraron que debía extenderse el supuesto analógicamente, para evitar la convalidación de una situación de discriminación contra los padres.⁶⁰ Esta solución fue dejada de lado con posterioridad, y tras una modificación en la composición de la sala.⁶¹ Para fundamentar este cambio de parecer, el juez Mitchell descartó que la privación de la libertad del padre pudiese ocasionarle un perjuicio al menor, y que la pretensión de este último de continuar el contacto con su progenitor no resulta suficiente para dejar de lado la normativa actual. A estas afirmaciones se le sumó la opinión de la jueza Catucci, quien manifestó que deben probarse razones humanitarias para que eventualmente pueda ser evaluada una excepción, y ambos votos fueron adheridos por el Dr. Riggi.

La sala IV cuenta con tres pronunciamientos. En el año 2010 se produjo el caso “Pereyra”, en el que se denegó el pedido de prisión domiciliaria de un padre con un hijo menor de cinco años a su cargo.⁶² Allí los jueces consideraron que si bien el principio de interés superior del niño debía guiar la ejecución de las penas, en el caso concreto no era posible acreditar razones médicas, humanitarias, o de abandono, que permitieran una excepción normativa. Posteriormente, en el caso “Aguilera”, los jueces Augusto Diez Ojeda, Gustavo Hornos y Mariano González Palazzo fundaron su decisión en el principio de intrascendencia de las penas y en la situación discriminatoria que genera la exégesis restrictiva.⁶³ Debe señalarse, a

57. Cfr: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Andrada, Omar Antonio s/recurso de casación”, N° 13.142, 24 de mayo de 2011, voto del Dr. García.

58. Cfr: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Andrada, Omar Antonio s/recurso de casación”, N° 13.142, 24 de mayo de 2011, voto de los Dres. Jacobucci y Mitchell.

59. Cfr: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Bagnato, Adolfo Humberto. s/recurso de casación”, N° 11.331, 15 de noviembre de 2009.

60. *Ibidem*. La jueza Catucci, por su parte, consideró que al no poder encuadrarse el supuesto en la norma, no debía proceder una excepción.

61. Cfr: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Rodríguez, Víctor Daniel s/recurso de casación”, N° 13.865, 15 de junio de 2011.

62. Cfr: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Pereyra, Miguel Ángel s/recurso de casación”, N° 11.176, 22 de marzo de 2010.

63. Cfr: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Aguilera, Maximiliano s/recurso de casación”, N° 15.288, 1 de agosto de 2011.

su vez, que el interno tenía a cargo una persona mayor discapacitada, y también a un menor, pero de ocho años de edad. Un año más tarde se retomó esta postura,⁶⁴ pero con agregados en los distintos votos. Así, el Dr. Gemignani sostuvo que debía realizarse una interpretación analógica *in bonam partem*, para de ese modo respetar el principio de interés superior del niño. Esta postura fue adherida por el juez Borinsky, pero aclarando que se trataba de un caso excepcional. Finalmente, el voto disidente de Gustavo Hornos, sostuvo que no se había acreditado una situación de desamparo, capaz de comprometer el interés superior del niño.

2. Datos obtenidos a través de entrevistas

Entre los días 17 y 19 de abril de 2013 se realizaron una serie de entrevistas, acordadas con antelación, con distintos operadores judiciales, a los fines de conocer su opinión respecto de la aplicación de prisión domiciliaria en casos de hombres y mujeres con hijos menores de cinco años a su cargo. Por cuestiones de brevedad, a continuación se expone una sistematización de los datos obtenidos, a partir de las ocho preguntas que fueron realizadas. A pedido de los entrevistados, y considerando los principios éticos en la investigación, solamente se incluye una descripción de sus puestos de trabajo, y no sus nombres.

Entrevistados:

- Entrevistado N° 1: Juez Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Entrevistado N° 2: Secretario de un Juzgado Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Entrevistado N° 3: Secretaria a cargo de un Juzgado Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Entrevistado N° 4: Juez de Ejecución de San Isidro.
- Entrevistado N° 5: Juez de Garantías de San Isidro.
- Entrevistado N° 6: ex Juez Nacional de Ejecución Penal de la Ciudad de Buenos Aires, y actual Juez de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA.
- Entrevistado N° 7: Secretario de un Tribunal Oral Federal.

64. Cfr: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Martínez Escobar s/recurso de casación”, N° 16.036, 16 de octubre de 2012.

Pregunta N° 1: ¿Qué influencia estima que debe tener, al momento de analizar un caso sometido a su conocimiento, el principio de interés superior del niño y en qué proporción repercute aquél en sus decisiones?

En relación con la pregunta acerca de los elementos que deben ser valorados por el juez al momento de evaluar la procedencia del régimen de prisión domiciliaria, los entrevistados número uno y cinco respondieron que, como regla, basta con que se acredite que la mujer tiene un hijo de cinco años para que opere de modo automático. “Lo que ambas normas prevén es el motivo; no hay, a diferencia de cualquier otro régimen alternativo, un catálogo, un rol de requisitos o exigencias que el condenado o la condenada en este caso, tenga que cumplir para acceder a este régimen. Acá hay una motivación: tener un hijo menor de 5 años de edad, pero, ¿qué más? La ley no lo dice. Con lo cual, en estricta aplicación del principio de legalidad, [...] toda mujer detenida con hijos menores de 5 años de edad, tendría que ser, ipso facto, automáticamente incorporada al régimen de la prisión domiciliaria. Esto es lo que se supone, de la fría letra de la ley”.⁶⁵

Por su parte, los entrevistados número dos, tres, cuatro y seis sostuvieron que el único elemento determinante en esta valoración es la situación concreta del niño. “No me interesa ni el tipo de delito, ni la pena a cumplir, ni la etapa en la que se encuentra”, aseguró el entrevistado número cuatro. Sobre el hecho de que la permanencia del niño junto a su madre constituya verdaderamente la alternativa más beneficiosa, los entrevistados número dos y tres puntualizaron que el texto de la ley debe ser interpretado no sólo a la luz de la cuestión criminológica, sino también teniendo en cuenta el contexto social de las personas involucradas. En muchos casos, los asistentes sociales de la unidad verifican situaciones de maltrato, de desamparo o de precariedad social, mientras que dentro de la cárcel se les puede garantizar a los niños un cuidado mínimo, asistencia sanitaria, espacios recreativos, alimentación y techo.

Asimismo, el entrevistado número seis estimó menester ponderar las condiciones de vivienda y familiares, a los fines de evitar la convalidación de situaciones irregulares y evitar una posible revictimización.⁶⁶ Por último, el entrevistado número

65. El entrevistado número uno, a su vez, se lamenta de ciertas restricciones que han sido impuestas para la procedencia del instituto con base únicamente en las discusiones surgidas en el ámbito del debate legislativo de la ley en cuestión. Límites que sostiene, no fueron plasmados en la ley pero que sin embargo, son retomados por algunos magistrados de ejecución penal para fundar una denegación. El problema, según dicho entrevistado, radica en que “es tan amplia la ley que le permite al juez evaluar absolutamente, pero absolutamente cualquier cosa, de manera arbitraria. Por eso ves las cárceles llenas de mujeres tanto embarazadas como con hijos”.

66. Sostuvo el ex juez de ejecución penal: “Un tema que suele traer mucha dificultad es el problema del domicilio. A veces he visto pedidos de arresto domiciliario de personas en situación de calle o viviendo en una situación irregular, como debajo de una autopista o un puente, donde no puede consolidarse la situación de vivienda. Son casos particularmente complicados, porque tomar una decisión implicaría reconocer el derecho de la mujer al arresto domiciliario, pero al mismo tiempo convalidar una situación

siete indicó que resulta primordial establecer si el cuidado y atención que estas personas vulnerables requieren, puede ser suplido eficazmente por algún otro sujeto responsable y competente, en ausencia de la condenada.

Respecto del principio del interés superior del niño, la totalidad de los entrevistados coincidió en que resulta fundamental y prioritario al momento de analizar la procedencia del instituto en cuestión. Muchos de ellos aseguraron que en ciertos casos puede no coincidir con el interés de la madre: “la autorización para cumplir la pena privativa de libertad en el propio domicilio en estos casos, debe ser interpretada, [...] no como un derecho de la persona condenada a no ser encarcelada, sino como un derecho del niño o discapacitado a no ser colocados en situación de desprotección”, manifestó el entrevistado número siete. Asimismo, el entrevistado número uno señaló la necesidad de exceder el análisis criminal: “tiene que haber otros auxiliares del juez penal, que le hagan ver si resulta o no conveniente. Por eso, hay muchos juzgados que le dan intervención a los civiles, para que a través de sus equipos, e incluso hasta de su mayor especialidad, nos digan, nos informen, si efectivamente para el caso en concreto es conveniente que la madre esté al cuidado de su hijo”.

Por su parte, el entrevistado número cinco sostuvo que el artículo mismo ya lo prevé, y que si bien la norma no se refiere expresamente al interés superior del niño, fue creada teniendo en miras ese principio. Lo que se estaría dando es entonces un doble fundamento, de esta manera se torna operativo ese derecho.

Pregunta N° 2: ¿Considera que a la luz de dicho principio, la concesión de la medida debería ser automática una vez corroborados los requisitos que la ley prescribe?

Los entrevistados número dos, tres, cuatro, seis y siete negaron rotundamente la posibilidad de conceder la medida de manera automática y sostuvieron la necesidad de efectuar un análisis interdisciplinario para cada caso en particular a fin de garantizar que el interés superior del niño no se vea afectado.⁶⁷ En apoyo de esta tesis, el entrevistado número siete evidenció que la misma redacción del art. 10, primer párrafo del Código Penal, deja a criterio del Juez la decisión si, frente a los casos reglados en los diferentes incisos de la norma, autoriza o no el arresto domiciliario.

anómala. Otro problema es el de las internas trabajadoras, que cuando se les concede un arresto domiciliario pierden su trabajo, y además no tienen protección para desempleo porque no cotizan para el seguro. Al dejar de trabajar, pierden el ingreso, y está el problema de garantizar la subsistencia de una persona que se le dice que debe permanecer en su casa y no salir”.

67. Por ejemplo, en los casos de madres abandonadas, según el entrevistado número cuatro, o en los supuestos de agresión sexual interfamiliar donde la concesión de un arresto domiciliario puede conllevar una revictimización, según el entrevistado número seis.

Desde otra óptica, los entrevistados número uno y cinco señalaron que la procedencia de la medida debe ser automática una vez verificada la “motivación del legislador”. En particular, el entrevistado número cinco se concentró en la necesidad del niño de no romper su vínculo con la madre y de no ver fragmentada su familia, al mencionar que “cuesta pensar que hay alguien mejor para criar al niño que su madre”. Sin embargo, en el contenido de su respuesta se advierte una preocupación respecto de la concesión de la medida en casos manifiestamente contrarios al interés superior del niño, ya que aclaró que “tomaría algún recaudo respecto del lugar en donde vive por ejemplo, o si está en condiciones de cuidar a su hijo”.

Pregunta N° 3: ¿Cuántas mujeres solicitan la medida de encarcelamiento domiciliario? En idénticas situaciones, ¿se conoce casos de hombres que hayan solicitado esta modalidad de ejecución de la pena?

Si bien ninguno de los entrevistados logró proporcionar una estadística concreta, todos ellos aseguraron que la prisión domiciliaria es solicitada en la casi totalidad de los casos de mujeres con hijos menores de cinco años o discapacitados.⁶⁸ En cambio, aseguraron que se registran pocos casos en donde es el padre condenado quien solicita acogerse al régimen *sub examine*, pero que en general, también en estos supuestos el pedido suele prosperar si se verifica que no existe otro pariente cercano en condiciones de asumir el cuidado del menor.

Pregunta N° 4: ¿Cree que si debiéramos analizar la procedencia del arresto domiciliario a favor de un hombre, que por lo demás reúne todos los requisitos de la ley, los elementos a valorar serían otros?

En torno a esta cuestión, los entrevistados número dos, cuatro y seis señalaron que los elementos a valorar en el caso de los hombres a la hora de conceder o no la prisión domiciliaria serían idénticos a los exigibles a la madre, siempre y cuando el padre estuviera en condiciones de criar al menor. Por su parte, los entrevistados número tres y cinco afirmaron que los elementos a valorar son distintos, puesto que no es igual el vínculo que se genera entre la madre y el hijo que el que surge de la relación paterno-filial.⁶⁹ Finalmente, los entrevistados número uno y siete negaron

68. Se trata, a menudo, de mujeres acusadas o condenadas por delitos vinculados a la comercialización de estupefacientes, según los entrevistados número cuatro y cinco. Por su parte, el entrevistado número dos explica: “En líneas generales, toda interna que está embarazada o que tiene un niño menor de 5 años pide salir. Es salir. Como sea, pero es salir. Nos ha pasado de mujeres que saben que van a una situación precaria y piden salir igual, y con esto me refiero a que sabe que no va a cumplir con el beneficio, sabe que no se va a quedar adentro de la casa, y lo piden igual. [...] Sólo un reducido porcentaje te dice que prefiere quedarse adentro, porque está aprendiendo a trabajar, tiene techo, comida”.

69. “Yo creo que no están en un plano de igualdad. Me parece que el vínculo del niño, o la evolución del niño, requiere más del vínculo materno que del vínculo paterno. Ahora bien, si el chico no tiene

toda posibilidad de otorgar la medida a los hombres, dado que la letra de ley no los contempla expresamente.

Pregunta N° 5: ¿Encuentra algún problema entre la normativa que rige la materia y el derecho de igualdad de género?

En lo relativo a la cuestión de si hallaban los interrogados algún problema referido a la igualdad de género, los entrevistados número tres, cinco y siete dijeron no advertir colisión alguna con aquel derecho constitucional. En este orden de ideas fundamentaron, por un lado, que ya en el derecho civil y laboral se dispensa un tratamiento diferenciado por razones de índole ontológicas. Otro de los argumentos invocados redundaba en que el derecho de igualdad consiste en que no se prive a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias; esto es, pregonan la mentada igualdad entre iguales y concluyen que no se trata de una cuestión de igualdad de género.⁷⁰

A contrario sensu, los entrevistados número cuatro y seis sostuvieron que la exclusión normativa vulnera la premisa constitucional. En particular, el entrevistado número seis se manifestó en estos términos: “yo no tengo ninguna duda de que la ley ha sido redactada de modo sexista, sin perjuicio de su origen en promover los intereses de la mujer, entendiendo su problemática. Pero está inspirada en una concepción machista de la sociedad, que le asigna un rol excluyente y exclusivo a la mujer relacionado con la maternidad. Excluye totalmente la protección de la existencia del varón con la agravante de que el 95% de las personas que se encuentran en la cárcel son varones, y no mujeres, y todos son padres en general. [...] Los padres son dos, tanto el papá como la mamá. [...] Quizá el padre está en mejores condiciones de cuidar a los chicos en arresto domiciliario, no veo la razón por la cual no pueda autorizarse a alguno, e incluso a los dos”.

Por su parte, los entrevistados número uno y número dos se refirieron a dicho déficit respectivamente en términos de “concepción arcaica” y “blanco legal”, situación que de todos modos podría ser moderada por distintas herramientas de las que disponen los jueces, como ser el uso de la sana crítica y la interpretación armónica.

con quién quedarse y el padre está preso, entonces podría ser analizado. Pero sino, no lo analizaría linealmente”, aseguró el juez de garantías de San Isidro.

70. “La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, siguiendo a la de la Corte Americana, tiene dicho en miles de casos que el derecho a la igualdad consiste en que no se prive a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias, pero que esto no impide que la ley realice distinciones razonables entre categorías de casos o de personas, siempre que el criterio de distinción no sea arbitrario o se encuentre basado en las denominadas categorías sospechosas”, argumentó el entrevistado número siete.

Pregunta N° 6: ¿Juzga necesaria u oportuna una reforma a la referida norma del Código Penal, cuyo inciso último está dedicado exclusivamente a las mujeres? Sin perjuicio de aquello, ¿cree que debería aplicarse la medida por analogía a hombres en idéntica situación?

En relación con las características de la actual redacción de la ley, el entrevistado número siete rechaza en todos los casos el instituto de la prisión domiciliaria: “Yo eliminaría la prisión domiciliaria para todos los casos. Basta de mentiras. Si razones humanitarias o de salud impiden el encarcelamiento del condenado, entonces hay que suspender la ejecución de la pena, hasta que la persona se restablezca”.

Por otro lado, los entrevistados número uno, dos, tres y cinco aseveraron que no hay necesidad de una reforma legislativa. Sin embargo, mientras que para los interrogados número uno y tres tampoco procede una interpretación analógica de la norma a favor del hombre puesto que el hombre es, por naturaleza, distinto a la mujer, los entrevistados número dos y cinco en cambio, sí defienden la interpretación analógica *in bonam partem* de los supuestos del Código Penal de la Nación y de la Ley de Ejecución Penal, cuando el respeto de la Constitución y el interés superior del niño así lo exijan.

Por último, los entrevistados número cuatro y seis consideran necesaria una reforma legislativa que prevea la procedencia del instituto en examen también para el caso en que sea el hombre quien lo solicita. En particular, el entrevistado número 6 manifestó que “tiene que haber una reforma para modificar la ley, porque es claramente sexista. Al no estar previsto en la ley, quienes no conocen la jurisprudencia, quizá ni se imaginan que puedan acceder al arresto domiciliario, que tienen ese derecho”. Si bien admite la posibilidad de aplicación analógica *in bonam partem*, subrayó que “es importante que la ley declame lo que pretende autorizar y que no se deba desentrañar de su sentido, o integración con el orden normativo superior”.

Pregunta N° 7: Una vez concedido el beneficio, ¿cree que es suficiente la actuación estatal posterior, en relación al cuidado y supervisión del crecimiento y desarrollo normal del niño? Ante la negativa, ¿qué medidas podrían implementarse?

Respecto de este interrogante, la totalidad de los entrevistados estuvo de acuerdo en que no es suficiente la actuación estatal posterior en relación a la asistencia del menor, y que resulta imperiosa una participación activa del aparato público dirigido a cubrir esta necesidad. Pueden destacarse, a modo de ejemplo, las palabras del entrevistado número uno: “En cuanto a asistencia, no hay ninguna. Es bastante paradójico esto de que se permita que una mujer madre de un hijo menor de cinco años acceda al régimen de la prisión domiciliaria para cuidar a su hijo en su domicilio, y por ejemplo, no se prevea de qué modo va a mantenerse, si puede o no puede trabajar, cómo hace para darle sustento a su hijo, ¿cómo hace para ir a comprar una leche al almacén de la esquina!? ¡No puede! [...] El gran problema de las mujeres

en prisión domiciliaria es que pierden su trabajo “intramuros” para obtener nada en el afuera, porque no se les permite hacer nada, porque están en prisión”.

Los interrogados coincidieron en que no hay un organismo de seguimiento absoluto ni ningún servicio post-penitenciario o programas de egresados carcelarios que puedan cumplir en manera satisfactoria con dicha tarea. Aseguraron que es el Patronato de Liberados el que debería regular la situación pero que sin embargo, dicho sistema se encuentra colapsado.

Entre las soluciones propuestas, el entrevistado número seis sugirió la posibilidad de implementar programas de empleo, establecer organismos que prevean el trabajo en el domicilio o en última instancia, subsidiar la situación de estas personas. Asimismo, señaló la conveniencia de adoptar medidas tendientes a fortalecer la estructura y actuación del Patronato de Liberados, así como a tornar operativo el equipo interdisciplinario creado por el art. 17(v) de la Ley 24.660 hace casi diecisiete años, pero que nunca fue puesto en práctica.

Estrictamente desde el ámbito judicial, se propuso flexibilizar las condiciones de ejecución de la pena, por ejemplo, autorizando al progenitor a trabajar, a trasladar los niños a la escuela, al médico, etc.⁷¹ Por su parte, el entrevistado número 3 considera que estas cuestiones se resuelven desde el compromiso social, mediante la colaboración de organismos privados chicos, zonales o barriales, aunque con un cierto grado de supervisión estatal. Por último, el entrevistado número uno señaló que sería fundamental la intervención de la Dirección Nacional de Readaptación Social del Ministerio de Justicia, que hasta el momento no ha tomado ninguna participación.

Pregunta N° 8: ¿Halla acertado el criterio del legislador al establecer la edad de los menores en cinco años?

En lo atinente a la pregunta acerca de si encuentran acertado el criterio del legislador al establecer como término la edad de cinco años, la mayoría de los entrevistados coincidieron en que no estaban en condiciones de dar una respuesta fundada, y que confían en que, previo al dictado de la norma, se haya realizado un estudio profundo e integral, con la debida intervención de profesionales de distintas especialidades, que arrojará como resultado la determinación de dicho límite de edad.⁷²

71. En estos términos se expresó el juez de ejecución de San Isidro: “Si yo le voy a conceder el arresto domiciliario a una persona para que cuide a sus hijos, no puedo pretender que viva de la nada. La tengo que autorizar para que pueda llevar a los chicos al colegio, para que los pueda retirar, para que pueda hacer las compras para cocinar; eventualmente para que trabaje... Por supuesto que lo que pedimos es que todo esto lo comuniquen al juzgado, [...] que pidan la autorización y que luego lo certifiquen”.

72. “A esa edad ya empiezan con la cuestión de la escolarización, empiezan a socializarse y parecería que están más preparados para, digamos, de alguna forma, interrumpir este vínculo con la madre”, argumentó el entrevistado número cinco.

No obstante, señalaron los entrevistados que no debe perderse de vista que, ante la necesidad legislativa de establecer un límite de edad, no son pocos los casos en que éste pueda resultar arbitrario en el caso concreto.⁷³ En razón de ello, el entrevistado número 3 afirmó que debería existir cierta flexibilidad que permita extender el límite evaluando las particularidades del caso y el grado de vulnerabilidad del menor.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA Y LAS ENTREVISTAS

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, parecería claro que todavía no hay un criterio unánime. Puede decirse que hoy en día tanto la sala I como la sala IV mantienen una postura favorable a la concesión de prisión domiciliaria a los padres con hijos menores de cinco años, mientras que la sala III se ha manifestado en contra de esta posibilidad. En cuanto a la sala II, se ha podido encontrar un caso favorable, pero con una composición distinta a la actual.

Por otro lado, se desprende de las distintas decisiones que el ordenamiento jurídico cuenta con herramientas para solucionar eventuales vulneraciones al principio de interés superior del niño. Distintos jueces del máximo tribunal penal a nivel federal han considerado viable una interpretación analógica *in bonam partem* en estos supuestos, por lo que en principio no sería necesario esperar a una reforma legislativa.

Con independencia de lo expuesto, no puede ser dejado de lado que varios jueces se han mostrado reacios a extender de forma pretoriana los alcances de la norma que permite el acceso a prisión domiciliaria. A pesar de que distintos principios, y en especial el de interés superior del niño, obligarían al juez a permitir que los padres puedan acceder a esta modalidad de ejecución de la pena, esto no siempre ocurre en los hechos. Incluso en casos en los que se ha concedido el instituto, se ha destacado el carácter excepcional de la interpretación analógica.

En lo que se refiere al análisis de los datos brindados por las entrevistas, existe una opinión casi unánime en los operadores judiciales de que para otorgar la prisión domiciliaria, se exige una valoración del caso en concreto a los fines de determinar qué es lo que redundaría en un mayor beneficio para el niño en cuestión. Puede

73. Incluso podría ser bajo según los entrevistados número uno y cuatro. En particular, el entrevistado número cuatro sostuvo que no debería existir la restricción o el condicionante de los cinco años: “Un chico de siete, de ocho años también está en desamparo y necesita a su madre. Y, son chicos que en el 99% de los casos, además, tienen una situación precaria de vivienda, de educación, de alimentación”. Asimismo, observa el entrevistado número uno, tratándose del interés superior del niño y de la aplicación implícita de la Convención sobre los Derechos del Niño, este documento internacional incorporado como ley máxima en nuestro país prevé que una persona es niño hasta los 18 años de edad.

observarse, por tanto, que el principio del interés superior del niño resulta el criterio central a la hora de evaluar la procedencia o no del instituto.

En relación con el objetivo planteado en esta investigación, se pudo comprobar que los operadores judiciales conocen casos en los que es el hombre quien solicita la medida, y que si bien no son los supuestos más frecuentes, algunos de estos planteos han prosperado. En cambio, no se ha podido observar un consenso respecto de la posibilidad de conceder sin más, la prisión domiciliaria a hombres en igual situación. Mientras la minoría de los entrevistados sostuvo que en tales casos los requisitos serían los mismos que los exigidos para la madre, la mayoría manifestó que la situación debe ser juzgada de manera distinta –y de modo restringido– puesto que el rol que cumple el padre y el vínculo que se crea con su hijo no es el mismo que el que se genera con la madre. Otros, directamente negaron toda posibilidad de otorgar la medida a los hombres dado que la ley no los contempla expresamente. Todo ello conduce a concluir que si bien se reconoce el principio de interés superior del niño, al no estar incluido expresamente en la ley el supuesto del hombre, sucede que en la práctica muchos jueces serían reacios a interpretar de manera analógica. Así, se corre el riesgo de que el derecho del niño a mantener un vínculo pleno con sus progenitores no se vea garantizado. Con relación a una eventual situación de discriminación, las percepciones no son uniformes, ya que algunos consideran que el escenario es distinto respecto de la madre, y otros directamente afirman que se trata de una diferenciación sexista.

Por último, sí existió coincidencia acerca de la necesidad de acompañar la decisión legislativa mediante un mayor compromiso del Estado, como sujeto activo en la protección de los derechos individuales, y a fin de reducir la brecha existente entre el plano normativo y el de la realidad fáctica.

V. CONCLUSIONES

A raíz del análisis efectuado, podría señalarse que existe una discriminación *de iure*, es decir, una discriminación en el contenido de las normas jurídicas originada por el mismo legislador. En un primer acercamiento se vislumbra en la ley una diferenciación en razón del sexo, que requiere por ello el más estricto escrutinio,⁷⁴ y que se presenta como un obstáculo en la consecución del fin último que es la protección de los derechos del niño. No sólo no existen motivos razonables para excluir sin más a los hombres de este régimen, sino que resulta un imperativo constitucional la aplicación analógica *in bonam partem* del inciso f para el supuesto del

74. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Riffó y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas”, Serie C, N° 232, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

padre que cumpla idéntico rol de cuidador principal de sus hijos menores. Aquí se considera que esta limitación legislativa debe ser abordada por los jueces mediante la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico, que contemple una especial protección a los niños y a la familia, en caso de tratarse de un padre.⁷⁵ Frente a una posible argumentación que quisiese negar al juez la facultad de realizar una interpretación como la propuesta, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los derechos individuales deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces, sin importar que se encuentren incorporados a la legislación.⁷⁶ Por lo demás, es uniforme la doctrina en considerar, en virtud del principio *pro homine*, que se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.⁷⁷ Tomando dicho principio como una pauta de hermenéutica, la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin.⁷⁸

Por otro lado, debería propiciarse una reforma legislativa. De ese modo, se ayudaría a evitar denegatorias arbitrarias por parte de jueces que no se encuentren dispuestos a realizar una interpretación extensiva de la ley penal. En este sentido, debería dejarse intacta la redacción actual, pero al mismo tiempo incorporarse una oración en la que expresamente se obligue al juez a otorgar el instituto de prisión domiciliaria al padre, en casos de ausencia de la madre o de encontrarse en mejores condiciones que esta última a los fines de la crianza del hijo. Finalmente, resultaría conveniente que la norma acentuara la necesidad de atender siempre al principio de interés superior del niño durante la etapa de ejecución de las penas.

También puede observarse una divergencia entre los imperativos que ofrecen las normas constitucionales y lo que sucede tanto en la práctica jurisprudencial, como en las percepciones que los operadores judiciales tienen respecto de la aplicación del sistema de prisión domiciliaria. Si bien el principio de interés superior del niño, así como el principio de no discriminación, encuentran sustento constitucional, esto no siempre se ve reflejado en las decisiones jurisprudenciales. Además, la falta de adecuación entre lo fáctico y lo normativo se ve acentuada por la ausencia de políticas públicas. Existe, por lo tanto, la necesidad de aplicar herramientas que sirvan para garantizar la vigencia y eficacia de la norma.

75. Cfr. SANSONE, V., *op. cit.*, p. 836.

76. Sólo a modo de ejemplo, véase el fallo “Kot” en: Fallos, 241: 291.

77. Cfr. PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

78. Cfr. PULCINI, J. R., “Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos”, en *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*, Defensoría General de la Nación/Unicef oficina Argentina, Buenos Aires, 2009, p. 36.

Por último, debe señalarse que en el análisis de la realidad fáctica se deberá tener en consideración cuáles son las consecuencias que determinada interpretación de las normas podría tener en los niños afectados. Así, por ejemplo, se deberá tener en cuenta si la ausencia de interacción significativa con su padre, en virtud del cumplimiento de la pena en un establecimiento carcelario, limita el desarrollo emocional del niño. En este punto resulta necesaria una humanización del derecho en el ámbito que nos ocupa. Y es que el ordenamiento jurídico no debe buscar el castigo del delincuente,⁷⁹ sino que debe orientarse a la protección de principios superiores, entre ellos, la obligación del Estado de permitir y favorecer siempre el interés superior del niño. Desde ya que se trata de una problemática compleja, cuyo abordaje excede al ámbito del derecho. Pero al menos los operadores judiciales, y también los juristas, deberían hacer lo posible por no agravar la situación de los menores en estos casos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en VERGARA BLANCO, Alejandro (dir.), *Revista Chilena de Derecho*, v. 28, n° 2, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2011, pp. 355-362.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en BELOFF, Mary *et al.* (ed.), *Justicia y Derechos del Niño*, n° 1, Santiago de Chile, UNICEF/Ministerio de Justicia, 1999, pp. 45-62.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica, “Estado del arte de la sociología jurídica en América Latina”, en DE LA GARZA TOLEDO, Enrique (coord.), *Tratado Latinoamericano de Sociología*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 264-277.
- DELGADO, Sergio, “La modificación de la regulación de la detención domiciliaria”, en BERTOLINO, Pedro y D’ALESSIO, Andrés J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 5, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2009, pp. 804-822.

79. Más allá de las consideraciones dogmáticas, este principio ya se encuentra establecido en el art. 18 de la CN, cuando establece que: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para el castigo de los reos detenidos [...]”.

- DI CORLETO, Julieta y MONCLÚS MASÚ, Marta, “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”, en ANITUA, Ignacio y TEDESCO, Ignacio (comp.) *La Cultura Penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 285-302.
- DÍAZ, Miguel R. (2012) “Weber desde la óptica de Norberto Bobbio: El concepto de validez empírica”, en PÉREZ VARGAS, Víctor (dir.), *Revista Judicial*, n° 106, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, diciembre de 2012, pp. 93-99.
- FREEDMAN, Diego, “Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales”, en BERTOLINO, Pedro y ZIFFER, Patricia (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 10, Buenos Aires, Abeledo Perrot, octubre de 2010, pp. 1919-1929.
- “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”, en BERTOLINO, Pedro y ZIFFER, Patricia (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, febrero de 2011, pp. 268-275.
- GRISSETTI, Ricardo, “Prisión Domiciliaria e Igualdad de Género”, en MÉNDEZ COSTA, María, J., VIDAL TAQUINI, Carlos H., CÓRDOBA, Marcos, M., MEDINA, Graciela y SOLARI, Néstor, E. (dir.), *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n° 2, Buenos Aires, La Ley, marzo de 2011, pp. 54-64.
- GUILLAMONDEGUI, Luis, R., “Los principios rectores de la ejecución penal”, en BERTOLINO, Pedro y D’ALESSIO, Andrés J. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 12, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, pp. 1104-1118.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ-COLLADO, Carlos, BAPTISTA LUCIO, Pilar, *Metodología de la Investigación*, 4° ed., México D.F., McGraw-Hill, 2004.
- KUNZ, Ana, CARDINAUX, Nancy, *Investigar en Derecho. Guía para estudiantes y tesis*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004.
- LÓPEZ, Axel, y MACHADO, Ricardo, *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660. Ejecución de la Pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004.
- LORA, Lora, “Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: Escenarios de conflicto”, en ORUNESU, Claudina y SLAVIN, Pablo (comp.), *Debates en Filosofía y Ciencia Política*. Mar del Plata, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2012, pp. 183-204.
- MACAGNO, Mauricio Ernesto, “El interés superior del niño en el proceso penal de adultos”, en *La Ley. Suplemento Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, La Ley, 10 de noviembre de 2009, pp. 1-2.

- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-171.
- PULCINI, Juan R., “Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos”, en *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*, Defensoría General de la Nación/Unicef oficina Argentina, Buenos Aires, 2009, pp. 29-56.
- ROTTLEUTHNER, Hubert, “Sociología de las ocupaciones jurídicas”, en BERGALLI, Roberto (coord.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989, pp. 123-138.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho Penal. Parte General*, 3º ed., t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- SANSONE, Viviana, “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”, en BERTOLINO, Pedro y ZIFFER, Patricia (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, v. 6, Buenos Aires, Abeledo Perrot, mayo de 2010, pp. 831-837.
- VIRI, Hernán, “Prisión Domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26.472”, en DONNA, Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, año 2009, n° 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 369-394.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.
- ZERMATTEN, Jean, “El interés superior del niño. Del Análisis Literal al Alcance Filosófico”, en *Institut International des Droits de L'enfant*, Informe de trabajo, 3-2003, consultado en [http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf] el 3/11/2013.