

Consulta destacada

JURISPRUDENCIA

Octubre - 2015

PRISIÓN DOMICILIARIA

ÍNDICE

Código Penal, artículo 10.

Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) [El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario.](#)

1. CFCP, Sala I. "Lencinas, Jorge Daniel". 23/6/2014.
2. CFCP, Sala II. "Meli, Vicente". 3/12/2014.
3. CFCP, Sala II. "C.,A.M.". 1/10/2014.
4. CFCP, Sala II. "Marjanov, Alejandro Osvaldo". 19/3/2014
5. CFCP, Sala de feria. "Bergés, Jorge Antonio". 10/2/2014.
6. CFCP, Sala de feria. "Lorenzatti, Carlos Alberto". 9/1/2015.
7. TOC 1 de Campana, Buenos Aires. "Arce, José Jacinto y otros". 30/12/2014.

- [Integridad personal. Derecho a la salud.](#)

1. CorteIDH. "Mendoza v. Argentina". 14/5/2013.
2. Análisis de la Jurisprudencia de la CorteIDH en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad.
3. TEDH. "Koryak v. Russia". 13/11/2012.
4. TEDH. "Keenan v. United Kingdom". 3/4/2001.

b) [El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal](#)

1. TOC 24 de la CABA. "Chabán, Omar Emir". 27/8/2013.

c) [El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.](#)

1. CFCP, Sala II. "Patti, Luis Abelardo". 19/6/2014.
2. Cám. Fed. de Apel. de Rosario, Sala A. "V., Raúl". 6/8/2015.

- [Derechos de las personas con discapacidad](#)

1. CorteIDH. Caso "González Lluy y otros v. Ecuador". 1/9/2015.
2. CorteIDH. Caso "Furlan y familiares v. Argentina". 31/8/2012.

- [Igualdad y no discriminación. Derecho a la salud.](#)

1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. "X. v. Argentina". 11/2/2014.

d) [El interno mayor de setenta años](#)

1. CFCP, Sala IV. "Forchetti, Vicente Antonio". 10/6/2015.

2. CFCP, Sala IV. "Estrella, Luis Fernando". Causa N° 131/2013. 3/7/2014.
3. CFCP, Sala III. "Mac Gaul, Hugo Andrés José". 29/4/2013.
4. CFCP, Sala IV. "Pappalardo, Roque Italo". 29/4/2013.
5. CFCP, Sala IV. "Rodríguez, Hermes Oscar". 20/12/2010.
6. Cám. Fed. De Apel. de Bahía Blanca. "Mac Gaul, Hugo Andrés". 6/11/2012.
7. TOC 1 de Mendoza. "Morellato Donna, Fernando Eugenio". 3/8/2015.
8. TOCF 6 de la CABA. "María Julia Alsogaray". 4/3/2015.
9. TOCF 6 de la CABA. "Carrascosa Gaetani", Carlos Alberto". 2/2/2015.

e) [A la mujer embarazada](#)

1. CFCP, Sala I, "Gómez Jensen, Silvia Gabriela". 13/05/2015
2. CFCP, Sala II, "Álvarez Contreras, Flor de María". 20/9/2013.

f) [A la madre de un niño menor de cinco \(5\) años o de una persona con discapacidad, a su cargo](#)

1. CSJN. "Fernández, Ana María". 18/6/2013.
2. CFCP, Sala I. "Carreño, Romina". 4/6/2014.
3. CFCP, Sala II. "Marasco, Clarisa Noemí". 17/9/2013.
4. CFCP, Sala II. "Castillo, María Victoria". 3/5/2013.

▪ [Interés superior del niño](#)

1. CorteIDH. Caso "Atala Riffo y Niñas v. Chile". 21/11/2012.
2. CorteIDH. Caso "Fornerón e hija v. Argentina". 27/4/2012.
3. CorteIDH. Opinión Consultiva 17/2002. 28/8/2012.
4. CFCP, Sala I, "Gómez Jensen, Silvia Gabriela". 13/05/2015
5. Cám. Fed. de Ap. de La Plata, Sala III "C.P.R.". 22/10/2013.

▪ [Solicitudes efectuadas en favor de varones. Principio de Igualdad](#)

1. CFCP, Sala II. "Gómez Orieta, Fernando Darío". 16/10/2014.
2. CFCP, Sala IV. "Martinez Escobar, Gustavo Raúl". 16/10/2012.
3. CFCP, Sala IV, "Aguilera, Maximiliano". 1/8/2011.
4. CFCP, Sala III. "Bagnato, Adolfo Humberto". 15/11/2009.
5. CFCP, Sala I. "Gómez, Jorge Javier". 3/7/2007.
6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C184. 4/3/2003.

➤ **Otros casos:**

a. [Por motivos de seguridad](#)

1. CFCP, Sala IV. "Trevisan, Bruno". 23/05/2013.

b. [Por la orientación sexual e identidad de género de la persona privada de la libertad](#)

1. JEP N° 4 (ex 2), "Emilce". 7/3/2014.

c. [Aplicación del "Programa de Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica"](#)

1. CNCCC, Sala II. "Arias, Héctor Ricardo". 25/9/2015.
2. CFCP, Sala I. "Romano, Luis Eugenio". 31/8/2015.
3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5. "Hatamleh, Ahmad". 8/10/2015.

➤ [Doctrina Sugerida](#)

1. Pulcini, Juan Rubén. "Detenidas embarazadas...".
2. Sansone, Virginia. "Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria...".
3. DGN- UNICEF. "Mujeres privadas de libertad".
4. CELS, DGN, PPN. "Mujeres en prisión: los alcances del castigo".
5. DGN- Cornell. "Mujeres en prisión en Argentina: Causas...".
6. DGN- SGCyJ. "Boletín de jurisprudencia en materia penal y procesal penal".
7. DGN- SGCyJ. "Boletín de jurisprudencia en materia de ejecución de penas...".

PRISIÓN DOMICILIARIA

Código Penal, artículo 10.

Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario.

1. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala I. "Lencinas, Jorge Daniel". Causa Nº 159/13. Registro Nº 23.706. Sentencia del 23 de junio de 2014.](#)

"[E]l lugar en donde se encuentra detenido no resulta adecuado para una suficiente atención médica ni para un seguimiento de su cuadro y de los riesgos de los que dan cuenta los citados informes médicos, especialmente su ceguera. De persistir esta situación, que agrega otros elementos de los propios que derivan de la privación de la libertad ambulatoria, no solo afectaría principios de raigambre constitucional y convencional sino que conllevaría al agravamiento de sus enfermedades crónicas que podrían poner en riesgo la vida del imputado" (voto de la jueza Ledesma).

2. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. "Meli, Vicente". Causa Nº FCB 35022545/2012/33/CFC2. Registro Nº 2508/14. Sentencia del 3 de diciembre del 2014.](#)

La Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba que había revocado la detención domiciliaria por entender que "...ha realizado un análisis parcial del estado de salud del imputado, sin tener en cuenta los extremos del caso en estudio [y] ha omitido expresar razones que den sustento válido y suficiente a la decisión".

"[L]a decisión relativa a la procedencia de una petición de detención domiciliaria se encuentra inescindiblemente ligada a la constatación de un extremo fáctico que refiere a la salud del peticionante y que impone [...] debido a su dinamismo constante, un análisis global y continuo de su situación".

Concurren circunstancias particulares "...vinculadas con la necesidad de atención y control multidisciplinario permanente que demanda la hipótesis, derivadas de las patologías que presente [la persona privada de libertad] que se agravan en el caso concreto debido a su avanzada edad –85 años–" (voto de los jueces David y Slokar).

"[N]o puede perderse de vista que la detención domiciliaria constituye una alternativa a la prisionización y continúa siendo una forma de asegurar los fines del proceso. Se trata de un instituto que recepta el principio humanidad y que pretende resguardar principalmente el derecho a la salud e integridad física de la persona detenida" (votos de los jueces David y Slokar).

3. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. "C., A.M.". Causa N° CFP 14109/2011/30/CFC4. Registro N° 1999/14. Sentencia del 2 de octubre de 2014.](#)

"[A]l momento de evaluar la aplicación de tales normas a las especiales alternativas del caso que toca decidir, que en materia penal, tiene una importancia preponderante el principio pro homine. Éste ha sido conceptualizado como "[...] un criterio hermenéutico [...] en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones..." (voto de la jueza Ledesma).

"[N]o fue sopesado en su totalidad, o al menos sesgado en algunos aspectos, el cuadro de situación general que presenta el caso, tal como lo esgrime la defensa. Es que, si bien en el referido informe de fs. 20 se indicó que el susodicho C., no se encontraba con una patología aguda ni con una descompensación hemodinámica, también dio cuenta de su estado de obesidad, hipertensión, cardiopatía, diabetes y glaucoma. Debe destacarse aquí que dicho informe, es por demás escueto, y no aporta mayores detalles sobre el estado de salud del nombrado, pero sí es relevante tener en consideración a los efectos que interesa, las múltiples dolencias que aquejan al imputado, principalmente su situación de obesidad extrema" (voto de la jueza Ledesma).

4. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. "Marjanov, Alejandro Osvaldo". Causa N° 1724/2013. Registro N° 370/14. Sentencia del 19 de marzo de 2014.](#)

"[L]iminarmente cabe señalar que esta sala tiene dicho que la cuestión relativa a la procedencia de la detención domiciliaria se encuentra inescindiblemente ligada a la constatación de un extremo de hecho que se refiere a la salud del peticionante, y en este caso también de su esposa, lo que implica una situación dinámica que demanda que la valoración que determine en definitiva la solución a aportar se realice sobre elementos de juicio actuales que permitan acreditar el estado de salud del paciente, su evolución y diagnóstico al momento de resolver, y que la obligación de producir y analizar los informes que resulten necesarios para una valoración integral de la situación acarrearán la nulidad de lo decidido..."

"También corresponde atender al principio según el cual, las cuestiones que se suscitan en las causas deben resolverse teniendo en cuenta las circunstancias

presentes al momento de la deliberación y no las que imperaban al tiempo de su interposición...”.

“En este orden de ideas y teniendo en cuenta además que el informe médico practicado por un facultativo del hospital ‘Dr. Jose Penna’ da cuenta de las múltiples patologías que padece Marjanov y la necesidad de control médico, resulta necesario el dictado de un nuevo pronunciamiento que contemple el nuevo estado de cosas”.

“Por estas razones corresponde hacer lugar al recurso de casación con los alcances que surgen de los fundamentos antes expuestos y reenviar las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que –con la celeridad que el caso impone- se dicte un nuevo pronunciamiento atendiendo al conjunto de consideraciones apuntadas y aquellas nuevas que pudieran surgir al momento de la decisión. Esta circunstancia de ningún modo implica anticipar juicio de esta sala respecto a la procedencia o no de la detención domiciliaria” (votos de los jueces David y Slokar).

5. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala de feria. “Bergés, Jorge Antonio”. Causa N° 86/14. Resolución N° 20/14. Sentencia del 10 de febrero de 2014.](#)

“Que el nosocomio HPC I donde el nombrado Bergés se encuentra alojado hizo saber que no cuenta con los servicios asistenciales necesarios para una suficiente atención médica ni para un seguimiento de la gravedad del cuadro y de los riesgos que ello implica. En consecuencia y a fin de evitar la violación de principios de raigambre constitucional y convencional y el agravamiento de las enfermedades crónicas del encausado que podrían poner en riesgo su vida, el tribunal resuelve hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y conceder el arresto domiciliario...” (voto los jueces Catucci, Riggi y Ledesma).

6. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala de feria. “Lorenzatti, Carlos Alberto”. Causa N° 8/2015. Causa N° 8/2015. Registro N° 19/2015. Sentencia del 9 de enero de 2015.](#)

“[L]a imposibilidad material que enfrenta el organismo penitenciario [falta de ambulancias] de dar adecuada respuesta a la requisitoria que tanto el señor juez de primera instancia como la cámara a quo formularan, al encomendar que se extremen los recaudos para que se dé estricto cumplimiento a las condiciones de detención necesarias –según los médicos forenses intervinientes– para el debido resguardo de su salud” (voto del juez Riggi).

7. [Tribunal Oral en lo Criminal N° 1. Campana, Buenos Aires. “Arce, José Jacinto y otros”. Sentencia del 30 de diciembre de 2014.](#)

“Corresponde hacer lugar al pedido de prisión de domiciliaria solicitada por el condenado a prisión perpetua por el homicidio triplemente calificado por el vínculo, por alevosía y por haberse cometido con el concurso premeditado de

dos o más personas, en tanto surge acreditado que la progenitora del encartado posee un alto nivel de compromiso para recibirlo, que de los informes médicos practicados surge que el causante padece un estado de salud deplorable, que la privación de la libertad en la unidad carcelaria le impide tratar adecuadamente sus dolencias, y que, sumado a ello, la penitenciaría no cuenta con el equipo necesario para brindarle el tratamiento psicológico y demás atenciones médicas recomendadas. Asimismo, el domicilio ofrecido para cumplir la prisión domiciliaria resulta apto para la instalación del sistema de Monitoreo Electrónico del S.P.B., lo que lleva a que el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio esté neutralizado por ese mecanismo” (voto de la jueza Bárcena).

“[T]eniendo en consideración que: la progenitora de Arce posee un alto nivel de compromiso para recibirlo, que de los informes médicos practicados surge que el causante padece un estado de salud deplorable, que la privación de la libertad en la unidad carcelaria le impide tratar adecuadamente sus dolencias, y que, sumado a ello, la penitenciaría no cuenta con el equipo necesario para brindarle al encartado el tratamiento psicológico y demás atenciones médicas recomendadas, es que entiendo que, conforme la manda del artículo 163 inc. 1º del Código Procesal Penal, corresponde morigerar la medida de coerción oportunamente dictada sobre José Jacinto Arce, por cuanto las condiciones personales ya mencionadas, permiten concluir que corresponde aminorar los efectos del encierro. Asimismo, toda vez que el domicilio ofrecido para cumplir la prisión domiciliaria resulta apto para la instalación del sistema de Monitoreo Electrónico del S.P.B., es que concederé la morigeración con la implementación de ese sistema, lo que lleva a que el peligro de fuga o entorpecimiento probatorio esté neutralizado por ese mecanismo” (voto de la jueza Bárcena).

▪ **Integridad personal. Derecho a la salud.**

1. [CorteIDH. “Caso Mendoza y otros v. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones”. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.](#)

“La Corte ha establecido en otras oportunidades que ‘nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales – puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad...”.

“Este Tribunal destaca que el artículo 5.2 de la Convención Americana dispone que “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano’...”.

“[L]a desproporcionalidad de las penas impuestas [...] y el alto impacto psicológico producido, por las consideraciones ya señaladas [...], constituyeron tratos crueles e inhumanos...”.

“Esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera...”.

“El artículo 5.2 de la Convención Americana establece que ‘[t]oda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano’. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana. Así, la falta de atención médica adecuada a una persona que se encuentra privada de la libertad y bajo custodia del Estado podría considerarse violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma, entre otros”.

“[E]sta Corte ha señalado que la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos”.

“Por otro lado, la Corte ha señalado que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. Así, este Tribunal reitera que, como responsable de los establecimientos de detención y reclusión, el Estado tiene el deber de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”.

“[U]na persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados. En circunstancias como las del presente caso, la falta de tal explicación lleva a la presunción de responsabilidad estatal por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales”.

“Conforme a lo anterior, por la naturaleza y ubicación de las lesiones que presentaban [...] la Corte estima que [...] fueron objeto de fuertes golpes en los pies consistentes con la práctica de la ‘falanga’, una forma típica de tortura, y que éstos indudablemente fueron infligidos intencionalmente mientras estuvieron privados de la libertad [...]. Para la Corte también es evidente que los golpes que recibieron Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez en las plantas de sus pies y en otras partes del cuerpo mientras se encontraban bajo la custodia del Estado les causaron severos sufrimientos físicos, como se desprende de sus declaraciones”.

2. [Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad \(Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos\)](#).

3. [TEDH. “Case of Koryak v. Russia”. Application Nº 24677/10. Sentencia del 13 de noviembre de 2012.](#)

“[E]l artículo 3 del CEDH consagra uno de los valores más fundamentales de una sociedad democrática. Prohíbe absolutamente la tortura o el trato o castigo inhumano o degradante, irrespetuoso de las circunstancias y del comportamiento de la víctima. [...] El maltrato, sin embargo, implica un mínimo nivel de severidad para caer dentro del ámbito del artículo 3. La estimación de este mínimo es relativa: depende de las circunstancias del caso, tales como la duración del tratamiento, los efectos físicos y psíquicos y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”.

“El maltrato que alcanza ese mínimo nivel de severidad usualmente conlleva efectiva lesión física o intenso sufrimiento físico o mental. Sin embargo, incluso en la ausencia de estos, cuando el tratamiento humilla o degrada a un individuo, mostrando una falta de respeto o disminuyendo su dignidad humana, o despertando sentimientos de miedo, angustia o inferioridad capaces de romper la moral y resistencia física del individuo, debe ser caracterizado como degradante y también es abarcado por el ámbito de prohibición del artículo 3”.

“El Estado debe asegurar que una persona sea detenida en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que la manera y método de la ejecución de las medidas de privación de la libertad no lo sujeten a aflicción o

privaciones de una intensidad que exceda el inevitable nivel de sufrimiento inherente a la detención y, dadas los requerimientos prácticos del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados. En la mayoría de los casos relacionados con la detención de personas que están enfermas, la Corte ha examinado si el demandante ha recibido o no adecuada asistencia médica en prisión. La Corte reitera en este aspecto que si bien el artículo 3 no da derecho al detenido a ser liberado "por compasión", siempre ha sido interpretado el requerimiento para asegurar la salud y el bienestar de los detenidos, entre otras cosas, como una obligación de parte del Estado de proveer a los detenidos con la asistencia médica necesaria".

"Teniendo en cuenta todo, la Corte reserva un grado justo de flexibilidad al momento de definir el estándar requerido de cuidado de la salud, decidiéndolo en base a cada caso. Ese estándar debe ser 'compatible con la dignidad humana del detenido', pero también debe tener en cuenta 'los requerimientos prácticos del encarcelamiento'".

[4. TEDH. "Case of Keenan v. The United Kingdom". Application N° 27229/95. Sentencia del 3 de abril de 2001.](#)

"En el contexto de los detenidos, el TEDH ya señaló en otras ocasiones que las personas detenidas se encuentran en una situación de vulnerabilidad y que las autoridades tienen la obligación de protegerlas. Corresponde al Estado responder por lesiones sobrevenidas durante la detención preventiva..."

"Con respecto al artículo 3 (prohibición de la tortura y de trato o castigo inhumano o degradante) el Tribunal recordó que el maltrato debe tener un grado mínimo de severidad para poder ser considerado en el ámbito del artículo 3. La determinación de este mínimo es relativa: depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración del trato, sus efectos físico y/o mentales y, en algunos casos, del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima..."

"Para el presente caso el TEDH recuerda que las autoridades tienen la obligación de proteger la salud de las personas privadas de libertad..."

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal

[1. Tribunal Oral en lo Criminal N° 24 de la CABA. "Chabán, Omar Emir". Causa N° 2517. Sentencia del 27 de agosto de 2013.](#)

"Es que el instituto receptado así en el art. 10 del Código Penal y en el art. 32 de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad no es más que una derivación razonada y lógica del principio constitucional que desde los orígenes de la Nación prohíbe la tortura y todo trato inhumano o cruel: '...Las cárceles de

la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice' (Cfr. art. 18 de la Constitución Nacional). Es que simplemente la pena de prisión no puede privar a la persona, además de su libertad ambulatoria, de su derecho a la salud y a la vida misma. El instituto en cuestión está previsto expresamente entonces para resolver la tensión que se produce en los supuestos citados entre el principio general del cumplimiento de la pena de prisión en un establecimiento carcelario (cfr. art. 5 y 6 del Código Penal) y el derecho a la dignidad humana, a la salud y a la vida de toda persona privada de su libertad. Recordemos que incluso el legislador previó la prisión domiciliaria como un supuesto de excepción a la regla que es cumplir la detención en un establecimiento carcelario, y así fue incluido el instituto en el capítulo II, sección tercera, de la ley 24.660 bajo el título de 'alternativas para situaciones especiales'" (voto de los jueces Alvero, Maiza y Llanos).

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.

1. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. "Patti, Luis Abelardo". Causa Nº 939/2013. Causa 939/2013 Registro Nº 1146.14.2. Sentencia del 19 de junio de 2014.](#)

"No puede dejar de advertirse que es propio que las personas detenidas posean, además de los derechos inherentes a todo ser humano, salvaguardas adicionales a este respecto, habida cuenta que cuando se asume la privación de libertad de un sujeto se afronta la responsabilidad de cuidar su salud. Y ello no sólo en punto a su atención médica, sino también en lo atingente a las condiciones materiales de detención, de cuyas consecuencias puede resultar menester un tratamiento específico, como se verifica en la especie. Efectivamente, además de atender las necesidades sanitarias de los enfermos presos, las autoridades son responsables de asegurar condiciones de encierro dignas, muy especialmente, en lo relativo a la infraestructura para higiene y aseo, tal como lo imponen las especiales circunstancias del caso en mérito de la situación de discapacidad motriz del causante, y como lo obligan –por vía de principio– las 'Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos' de Naciones Unidas. En esta línea, no obstante las modificaciones progresivas que se llevaron a cabo en el establecimiento penitenciario, lo cierto es que mientras se desarrollen y culminen las necesarias reformas en curso, la situación en la cual se encuentra el detenido, impone que hasta se cumpla acabadamente con los ajustes y reacondicionamiento del lugar de detención, se disponga su egreso de

la unidad carcelaria, en los términos de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660” (voto de los jueces Catucci y Riggi).

2. [Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A. “V., Raúl”. Causa FRO 10207/2014/1/1/CA2. Sentencia del 6 de agosto de 2015.](#)

“Raúl V. tiene a la fecha 67 años de edad, presentó un certificado de discapacidad con diagnóstico de: ‘Amputación traumática en algún nivel entre la cadera y la rodilla. Secuelas de aplastamiento y amputación traumáticas del miembro inferior’ [...]. De igual forma, practicado el 19/03/2015 el informe previsto en el art. 33 de la ley 24.660, surge que el Dr. S. informó que presenta movilización en silla de ruedas, amputación completa del miembro inferior derecho a nivel de la región inguinal, fijación de muslo y pierna izquierda con desaparición de la rodilla permaneciendo el miembro rígido y con marcado acortamiento, múltiples cicatrices quirúrgicas regionales, marcada hipotrofia muscular con rigidez de tobillo, cicatriz quirúrgica en región subcostal derecha compatible con cirugía de vías biliares. Y que del resto del examen no se observan signos de descompensación cardiorespiratoria ni metabólica. En función de ello concluyó que es criterio de ese perito que el lugar de detención no resulta apto para un individuo que presenta severas secuelas motrices que le ocasionan una incapacidad total para la deambulación y el traslado por sus propios medios a pesar que utilice silla de ruedas y que tal incapacidad también genera inconvenientes para realizar actos de la vida diaria tales como bañarse, asearse y realizar sus funciones fisiológicas [...]. Vale ponderar asimismo que conforme surge del informe remitido por el Sub Jefe Jefe Penal y Judicial de la U.11, en esa institución no existe un lugar adecuado para una persona con dicha discapacidad (fs. 33). De tal manera analizando el caso en concreto, la situación de V. es pasible de ser encuadrada en el inc. c) del art. 32 de la ley 24.660, en tanto su detención en un establecimiento carcelario implicaría un trato indigno en función de las limitaciones físicas que padece”.

▪ **Derechos de las personas con discapacidad**

1. [CorteIDH. Caso “González Lluy y otros v. Ecuador”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015.](#)

“[E]l convivir con el VIH no es per se una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales. Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos.

Por tanto, en algunas situaciones, las personas viviendo con VIH/SIDA pueden ser consideradas personas con discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

2. [CorteIDH. Caso “Furlan y familiares v. Argentina”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.](#)

“[T]oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas”.

▪ **Igualdad y no discriminación. Derecho a la salud**

1. [Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “X. v. Argentina”. Comunicación del 11 de abril de 2014.](#)

“La falta de infraestructura adecuada para personas con su discapacidad, y las precarias condiciones de detención constituyen un atropello a su dignidad y un trato inhumano...”.

“[C]onforme al artículo 25 de la Convención, las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación, por lo que los Estados partes deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación [...] A la luz de estas disposiciones, leídas conjuntamente con el artículo 14, párrafo 2, el Comité recuerda que los Estados partes están en una posición especial de garante toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas con discapacidad privadas de su libertad en razón de un proceso”.

d) El interno mayor de setenta años

1. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. "Forchetti, Vicente Antonio". Registro N° 814/15. Causa N° PBB 93000982/2009/TO1/20/1/CFC6. Sentencia del 10 de junio de 2015.](#)

"[N]o puede perderse de vista que el instituto de la detención domiciliaria constituye una alternativa a la prisionización y continúa siendo una forma de asegurar los fines del proceso. Se trata de un instituto que recepta el principio de humanidad y que pretende resguardar principalmente el derecho a la salud e integridad física de la persona detenida (cfr. Art. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 22.2, 25 y 62 de las 'Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas'; principio 1 de los 'Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes').

En esta misma línea, no puede dejar de advertirse que es propio que las personas detenidas posean, además de los derechos inherentes a todo ser humano, salvaguardas adicionales a este respecto, habida cuenta que cuando se asume la privación de libertad de un sujeto se afronta la responsabilidad de cuidar de su salud (ver también Fallos: 323:3229 y 321:1684).

A su vez, debe recordarse que la ratio legis de esta norma (art. 32 de la ley n° 24.660, conforme texto de ley n° 26.472 –BO del 17.12.2008-) tiene como fin 'evitar el trato cruel, inhumano o degradante del detenido o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar' (dictámenes de la Procuradora General de la Nación en causa 0.296.XLVIII, 'Olivera Róvere, Jorge Carlos s/recurso de casación', del 28/02/13 y en causa T.13.XL/X, 'Torra, Miguel Ángel s/ causa n° 15.838', del 23/05/13; y recientemente, en causa E.99.XLIX 'Estrella, Luis Fernando s/recurso de casación' del 9/09/13, a cuyos fundamentos se remitió el cimero tribunal al decidir el 15/05/14).

A partir de estas consideraciones, se evidencia que el tribunal al rechazar la pretensión de la defensa de Forchetti afirmando que 'la dolencia del encartado puede ser tratada y controlada en la Unidad Penitenciaria donde se encuentra alojado en prisión preventiva', ha realizado un análisis parcial respecto del estado de salud del imputado, sin tener en cuenta los extremos excepcionales del caso en estudio, ya destacados.

Se colige que en el decisorio en cuestión se ha omitido expresar razones que den sustento válido y suficiente al rechazo de la medida propiciada (Fallos: 310:925; 321:2283 y 333:584, entre otros)" (voto del juez David al cual adhirió el juez Slokar).

2. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. "Estrella, Luis Fernando". Causa N° 131/2013. Registro N° 1414.14.4. Sentencia del 3 de julio de 2014.](#)

“[N]o se advierten circunstancias concretas que permitan convalidar la decisión del tribunal de modificar el modo de ejecución de la detención cautelar domiciliaria que venían cumpliendo los acusados” (voto de los jueces Gemignani y Hornos).

3. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala III. “Mac Gaul, Hugo Andrés José”. Causa Nº 16.904. Registro Nº 598/13. Sentencia del 29 de abril de 2013.](#)

“[A] nuestro entender no se vislumbran los riesgos procesales a los cuales hace referencia el recurrente, quien sólo se limitó a señalar que Mac Gaul se encuentra requerido a juicio por hechos calificados como delitos de lesa humanidad, sin brindar más argumentos a su postura. [...] Además, es preciso señalar que la decisión a la cual se arribó tuvo en miras la preservación de la salud del imputado en atención a lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense, en cuanto resaltó la necesidad de que Mac Gaul realizase la actividad aeróbica recomendada –caminatas en espacios libres- a fin de enlentecer el deterioro tanto físico como cognitivo que presenta” (disidencia del juez Riggi).

4. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. “Pappalardo, Roque Italo”. Causa Nº 133/2013. Registro Nº 578/13. Sentencia del 29 de abril de 2013.](#)

“[L]a decisión del tribunal de modificar el modo de ejecución de la detención cautelar domiciliaria que venía cumpliendo el acusado no puede ser convalidada, en tanto nuevamente la breve argumentación brindada al efecto no permite identificar circunstancias concretas que permitan legitimar la determinación adoptada”. En razón de ello, el tribunal sostuvo que “...una decisión revocatoria debía encontrar fundamento en las normas de la ejecución penal que reglamentan esa potestad [...] o bien, (teniendo en cuenta que en el caso se trata de una medida cautelar) en la verificación de riesgos procesales de una entidad tal que no pudieran ser neutralizados a través de la medida restrictiva de la libertad que se encontraba vigente” (voto del juez Hornos al que adhirió el juez Gemignani).

5. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. “Rodríguez, Hermes Oscar”. Sentencia del 20 de diciembre de 2010.](#)

“Si el legislador ha otorgado un derecho al acusado de un delito, ese derecho no puede ser desoído en nombre de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino, so pretexto de la propia ineficacia del Estado para controlar el cumplimiento de un modo de prisión preventiva legalmente previsto. En otras palabras, no puede hacerse caer sobre el acusado la obligación del Estado de cumplimentar con sus obligaciones internacionales ni tampoco su propia ineficacia, puesto que es él –el Estado– y no el imputado, quien se encuentra obligado internacionalmente. Como vimos en el apartado anterior, si bien la concesión del arresto domiciliario por cumplimiento del requisito etario no

funciona de manera automática, el Juez puede rechazarla sólo cuando medien circunstancias justificantes que lo habiliten, siempre que sujete tal rechazo a los límites impuestos por la razonabilidad (artículo 1 de la Constitución Nacional). Por ello, el acusado tiene un derecho a que, cumplido el requisito etario, se le conceda el arresto domiciliario de no mediar circunstancias justificantes de un razonable rechazo. Ese derecho —el que, una vez concedido por la legislación, integra el derecho de defensa en juicio del acusado— no puede ser desvanecido con la mera alegación de que el Estado argentino se encuentra obligado internacionalmente a investigar los delitos que aquí se ventilan” (voto del juez Hornos).

6. [Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca. “Mac Gaul, Hugo Andrés”. Expediente Nº 67.578. Sentencia del 6 de noviembre de 2012.](#)

“Tampoco se trata de la existencia de cuestión federal que justifique la admisibilidad del recurso de casación interpuesto; ni de una resolución equiparable a definitiva por sus efectos, pues de las consecuencias de la solución adoptada por esta Cámara no puede inferirse ningún perjuicio irreparable; de allí que no alcanza a advertirse cuál sería el interés directo (art. 432 del CPPN) del Ministerio Público Fiscal. Máxime que no se trata —en el caso— de la libertad del imputado sino de una autorización fundada en la preservación de la salud del imputado (cuya afectación o agravamiento también frustraría la realización de debate), de realizar caminatas periódicas, en un horario y espacio limitado, con custodia de sus guardadores, lo que se aleja de la expresión del fiscal de que se autorizaron “liberaciones diarias”. [...] Respecto del peligro procesal (peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, amparado en la gravedad de la imputación y en la calidad de delitos de lesa humanidad), si bien debe ser tenido en cuenta en este tipo de circunstancias, tal valoración no debe hacerse bajo los mismos estándares que en un pedido de excarcelación, salvo aquellos supuestos en que el recurrente acredite circunstancias particulares referidas en forma directa al imputado Hugo Andrés J. MAC GAUL, que aquí no ocurrió, y no exponga solamente los argumentos generales que resultan aplicables a cualquier imputado por delitos de lesa humanidad” (voto de los jueces Argañaraz y Candisano Mera).

7. [Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Mendoza. “Morellato Donna, Fernando Eugenio”. FMZ 97000075/2010/TO1/2/1/1. Sentencia del 3 de agosto de 2015.](#)

“Así pues, Fernando Eugenio Morellato tiene 79 años de edad. Al respecto cabe acotar que, las patologías que pueda presentar una persona, deben ser analizadas y contextualizadas con su edad. Y a tales fines, la franja etaria que promedia los 70 años, no es igual a la que ronda los 80 años de edad.

Por otro lado, en relación a la peligrosidad procesal, no se presentan en este caso concreto situaciones que permitan objetivamente inferirlo. Mientras que, al momento de resolverse la prisión domiciliaria del encartado Romano se tuvo en cuenta que el nombrado "fue extraditado desde la República de Chile a la Argentina; esta situación, objetivamente, demuestra el grado de riesgo procesal".

"En relación a ello, cabe señalar que el encausado lleva cumplido más de la tercera parte de la pena que le fuere impuesta, lo cual denota mayor proximidad a la posibilidad de acceder a los beneficios previstos por la ley de ejecución penal. Recuérdese que Morellato fue condenado (condena no firme) en fecha 22/03/2013 a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, ordenándose su inmediata detención en dicha oportunidad".

"Así las cosas, habiéndose analizado detenidamente las distintas constancias obrantes en la causa, como así también las situaciones fácticas descriptas, puede concluirse que, en el caso del encausado Morellato Donna concurren dos de las causales enunciadas en la ley para la concesión de la prisión domiciliaria –como modalidad excepcional de privación de la libertad- a saber: edad (inciso d) y salud (inciso a); todo lo cual lleva a conceder el beneficio de la detención domiciliaria al nombrado." (voto de los jueces Juan Antonio González Macías y Alejandro Waldo Piña).

8. [Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 6 de la CABA. "María Julia Alsogaray". Causa Nº 1214. Sentencia del 4 de marzo de 2015.](#)

"[T]oda vez que el arresto domiciliario cuyo otorgamiento se solicita no es más que una modalidad de detención y no un beneficio liberatorio, y atendiendo también al principio 'pro homine' que debe estar presente en cada pronunciamiento jurisdiccional, entendemos que la situación de María Julia Alsogaray encuadra en el supuesto del artículo 10 inciso d) del Código Penal, según la redacción de la ley 26.472. Así, y no apreciándose obstáculos normativos, que obstan a la concesión del beneficio que la ley autoriza, habremos de autorizar la detención domiciliaria..." (voto concurrente de los jueces María del Carmen Roqueta, José V. Martínez Sobrino y Julio Luis Panelo).

9. [Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 6 de la CABA. "Carrascosa Gaetani, Carlos Alberto". Sentencia del 2 de febrero de 2015.](#)

"[E]ste nuevo elemento introducido por la defensa, en relación a la edad alcanzada por el aquí imputado, sumado al favorable informe socio ambiental y la falta de oposición por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, me lleva a sostener que resulta procedente disminuir la coerción hasta ahora ejercida sobre la base de la detención cautelar, disponiendo la prisión domiciliaria del nombrado Carlos Alberto Carrascosa Gaetani mediante la

exclusiva modalidad, obligaciones, control y vigilancia del Centro Electrónico de Monitoreo del Servicio Penitenciario Bonaerense (art. 163 del C.P.P.) y bajo la caución real de un millón de pesos (\$1.000.000) (art. 182 del C.P.P.)” (voto de María Angélica Etcheverry).

e) A la mujer embarazada

1. [CFCP, Sala I, “Gómez Jensen, Silvia Gabriela”. Causa Nº 698. Registro Nº 24.591. Sentencia del 13 de mayo de 2015.](#)

“Desde otro ángulo de análisis también corresponde adentrarnos a los derechos que le asisten directamente a Gómez Jensen, reconociendo su especial estado de vulnerabilidad frente al sistema penal como mujer gestante y, en poco tiempo, como madre que en estado de puerperio alimenta al lactante recién nacido. [...] Concordantemente con el avance del derecho internacional de los Derechos Humanos nuestro Estado Constitucional de Derecho, especialmente a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, en su artículo 75 inciso 22 le otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos sobre derechos humanos entre ellos a la ‘Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer’ -CEDAW-, con el objeto de erradicar cualquier tipo de trato discriminatorio contra las mujeres, dado que su persistencia vulnera el principio de igualdad y el respeto a la dignidad humana, dificultando la participación del colectivo más numeroso que tienen todas las sociedades -mujeres, niñas, adolescentes, ancianas-, a la participación en la vida del país, en igualdad de condiciones con los varones. En aplicación del paradigma del derecho internacional de los Derechos Humanos, reconocido en nuestro derecho interno a partir de la reforma constitucional de 1994, también se dispone de normativas de aplicación específica a la protección de la salud de las mujeres y en especial desde ‘el embarazo y el tiempo de lactancia’, como también de ‘un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo y hasta la finalización del período de enseñanza elemental’ (art. 75, inciso 23, segundo párrafo de la Constitución Nacional), no excluyendo a las mujeres privadas de libertad. El derecho a la salud y el derecho a la maternidad saludable como una de las manifestaciones de los derechos reproductivos de las mujeres en general y en especial de aquellas investigadas por la comisión de delitos, ha merecido especial protección desde el ámbito internacional de los derechos humanos pues la privación de la libertad repercute definitivamente en su salud y en la del niño por nacer o recién nacido. En ese sentido el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida, a la salud, al bienestar, a la asistencia médica, así como a la protección de la maternidad y de la infancia: ‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la

alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios... la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...'. El artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de protección a la maternidad y a la infancia expresando que 'toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidado y ayuda especiales'. Los artículos 4.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que '...no se impondrá la pena de muerte... a las mujeres en estado de gravidez', estableciendo nuevamente el régimen especial al que fueron sometidas las mujeres embarazadas, donde se evalúa que el cumplimiento de una pena no puede trascender más allá de su persona y en consecuencia no afectar al nasciturus. y Culturales en su artículo 10.2 establece que *'los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que... 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto...'*, y en el artículo 12 *'...el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental'*. La Observación General nº 14 lo reafirma, al igual que el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ('Protocolo de San Salvador'). La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el artículo 24.d que *'...los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, [que] asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para... Asegurar atención sanitaria prenatal y post natal apropiadas a las madres...'* La Regla 1 de las 'Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes' ('Reglas de Bangkok') señala que *'a fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas'*. Finalmente, la Regla 64 reza que *'cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños'*. [...] Resulta ilustrativo recordar además que respecto al embarazo y el puerperio cursado por mujeres en establecimientos carcelarios y las consecuencias perjudiciales sobre el desarrollo de la persona por nacer y el recién nacido, se expresó durante el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana que *'...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...' [...] El tratamiento convencional y normativo de las implicancias derivadas de las problemáticas de género, los derechos que asisten a la mujer desde el punto de vista especial de salud durante la maternidad y los principios y garantías que fundan el interés superior del niño, constituyen la base jurídica sobre la que asienta el artículo 10 incisos e) y f) del Código Penal y el artículo 32 incisos e) y f) de la ley 24.660. [...] La concesión del beneficio resulta acorde al compromiso asumido por el Estado Nacional al suscribir los tratados en materia de derechos humanos ante la comunidad internacional –conforme artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional–, y a las normas del derecho interno (artículo 10 del Código Penal, artículo 32 de la Ley 24.660 y Ley 26.061)-. La solución que propongo concilia los derechos convencionales y de derecho interno con el cumplimiento de la pena de prisión que se le ha impuesto a la recurrente y los derechos del niño por nacer y al nacer. En tal sentido debo destacar que la solución que propongo no busca amparar por vía analógica la situación personal de la imputada, sino que tiene una finalidad tuitiva fundada en razones convencionales, constitucionales y legales, toda vez que se encuentra en juego la afectación de valores jurídicos superiores como lo son los derechos del niño y de los de la mujer a afrontar el puerperio alejada de las implicancias propias de un encierro carcelario” (voto de la jueza Figueroa).

2. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “Álvarez Contreras, Flor de María”. Causa N° 684/2013. Registro N° 1363/13. Sentencia del 20 de septiembre de 2013.](#)

“[P]or exigencias del orden internacional y constitucional, reunidas las provisiones de ley, el estándar debe constituirse a partir de que ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario.

[P]or definición ninguna acción paternalista puede sustituir un reclamo de libertad. Por ello carece de todo fundamento la presunción de que el real o eventual cuidado que pueda recibir una embarazada para dar a luz en cautiverio supere un alumbramiento en el medio libre, bajo las condiciones que la peticionaria decida, sea en un centro hospitalario o en su vivienda; sólo su autodeterminación puede definir el modo de llegada de su hijo. Al efecto, la necesaria asistencia que está obligada a brindarse por el estado no puede estar reemplazada por una vocación tuitiva que condiciona la voluntad del beneficiario, tanto más cuando invoca el derecho a la libertad ambulatoria por vía de la morigeración de un encierro institucionalizado” (voto del juez Slokar).

f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo

1. [Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Fernández, Ana María". Sentencia del 18 de junio de 2013.](#)

"[E]l a quo no solo ha omitido tratar el agravio formulado por la parte en cuanto a que la decisión de denegar el arresto domiciliario estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio, sino que también se ha limitado a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad de arresto domiciliario. Mas incausadamente se omitió el análisis del caso, desde otra óptica no menos trascendente, cuál es la de determinar si el cambio pretendido en la situación de detención de Fernández, que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada, y sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria" (voto de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni).

2. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala I. "Carreño, Romina". Registro 35161. Sentencia del 4 de junio de 2014.](#)

"Justamente es con motivo de este padecimiento que, en casos como el que ahora examinamos, ocurre una innegable tensión entre los derechos propios de la niñez y el fin de asegurar los fines del proceso, siendo misión de los jueces arribar a soluciones que, sin desatender el marco normativo impuesto por los órganos del Estado pertenecientes, procuren armonizar ambos intereses, de manera tal que ninguno de ellos sufra excesivos e innecesarios menoscabos en aras del otro [...] Por otro lado, entiendo que, tal como lo sostuvo la Defensora Pública de Menores e Incapaces, pese a estar al cuidado de su abuela materna, esta no puede compensar la falta de progenitora, más aun considerando que la misma está desbordada por el cuadro de salud de su hijo" (voto del juez Gemigniani al que adhirió el juez Cabral).

"De acuerdo con lo precedentemente analizado y de los fallos de la CSJN y de la CIDH, se desprenden los principios generales y rectores que deben utilizarse cuando se encuentran en debate los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, por lo cual constituye una obligación de todos los órganos del estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial- adecuarse a su cumplimiento y en esa función entiendo que le asiste razón al recurrente respecto que la denegatoria de la prisión domiciliaria desatiende los preceptos de aplicación del caso, vinculados con el 'interés superior del niño'.

Ello en tanto se ha limitado la resolución recurrida a tener en cuenta la imposibilidad que presentaría [la abuela] para afrontar las obligaciones inherentes a su condición de referente, sin evaluar el impacto que la detención de la imputada en la unidad carcelaria tendría sobre los hijos de ésta.

Por ello resulta ajustado a derecho que [...] cumpla detención en el domicilio donde viven sus dos hijos menores, por lo que corresponde conceder el arresto domiciliario [...] teniendo en cuenta la situación de sujetos de derecho plenos en términos convencionales, constitucionales y legales, la situación de especial vulnerabilidad, necesidades específicas, atendiendo siempre el interés superior del niño” (voto de la jueza Figueroa).

3. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. “Marasco, Clarisa Noemí”. Causa Nº 16.452. Registro 1321/13. Sentencia del 17 de septiembre de 2013.](#)

“[E]l fiscal de ejecución [...] se expidió en sentido favorable a la concesión del arresto domiciliario, sin haber impuesto ninguna limitación temporal o condicionamiento a su petición. Sin embargo, el magistrado al momento de resolver, si bien hizo lugar al planteo, se extralimitó en sus funciones al disponer el regreso de la nombrada a la unidad cuando su hijo cumpliera los 5 años de edad. Ello es así pues dicha circunstancia no ha sido requerida expresamente por el fiscal. En función de todo lo expuesto, se advierte una vulneración al modelo de proceso acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional [...] cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación. En efecto el rol de perseguir y acusar debe ser independiente del de juzgar y punir y, consecuentemente debe estar a cargo de sujetos distintos [...] [E]l juez de ejecución no estaba autorizado para expedirse más allá de la concesión del arresto domiciliario, pues no existía un pedido completo de la parte acusadora que lo habilitara a imponer un límite al otorgamiento del instituto, todo lo cual lesiona la garantía de imparcialidad del juzgador [...], por afectación del principio acusatorio. Se advierte además, que el magistrado, al introducir una limitación de la prisión domiciliaria, no solicitada por el fiscal durante la sustentación del caso, impidió que la asistencia técnica pudiera alegar adecuadamente sobre ese extremo, lo que implicó una afectación del derecho de defensa de la nombrada”.

“[E]n relación con el fondo de la cuestión, entiendo que asiste razón al recurrente en cuanto a que la decisión de disponer automáticamente el regreso de Marasco a la unidad una vez cumplidos los cinco años de su hijo menor, se basa en una interpretación restrictiva de la ley, en desmedro del interés superior del niño [...] Es que una exégesis tan rigurosamente literal como la que efectúa el juez, sobre la disposición que autoriza la prisión domiciliaria a mujeres con hijos menores de cinco años, no se encuentra en armonía con el

espíritu de la norma y en especial se halla en pugna con disposiciones de rango constitucional.

Cabe poner de resalto que la entrada en vigencia de la Ley 26.472 amplió el catálogo de supuestos previstos en la 24.660 sobre la procedencia del arresto domiciliario, para los casos en los que el encierro carcelario implica un desmedro que trasciende las restricciones propias de la ejecución de la pena. [...] [L]a intención del legislador al sancionar la presente ley [26.472] fue establecer un marco normativo respetuoso de la tutela especial de los niños, adecuando este instituto a las pautas fijadas en numerosos tratados internacionales de derechos humanos que, conforme con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, gozan de rango constitucional [...] En consecuencia, una correcta exégesis de la normativa, permite concluir que las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos menores de edad, tienen derecho a que se conceda el arresto domiciliario, con el fin de preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana. De modo tal que, cuando se den los supuestos previstos en la ley, la concesión de la medida debe constituir la regla [...]

Por último, considero que tampoco resulta acertado exigir a la nombrada el reintegro al Servicio Penitenciario por el término de tres meses –oportunidad en que podría acceder a la libertad condicional–, pues ello se contrapone con los principios que rigen el fin resocializador de la pena. [...] [L]a ley establece la progresividad del régimen penitenciario, cuya finalidad está dada por la atenuación cualitativa de la forma en que cumple la pena, permitiendo que el condenado vaya recuperando el ejercicio de los derechos que le fueron limitados por la sentencia de condena. De esta forma, el contacto progresivo del condenado con el medio libre favorecerá ese ideal, que en algún momento de la pena debe ser definitivo. De ahí que la ley prevea egresos transitorios y permanentes evitando a ultranza que la persona agote su pena sin transitar un tiempo en libertad” (voto de la jueza Ledesma).

4. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. “Castillo, María Victoria”. Registro N° 468/13. Sentencia del 3 de mayo de 2013.](#)

“[A]l encontrarse reunidos los requisitos legales, la excepción –esto es, el rechazo del beneficio– debía ser fundada sobre la base de normas jerárquicamente superiores. En tal sentido, sería plausible denegar la prisión domiciliaria a una madre de una niña menor de cinco años si los informes profesionales indican que la relación puede ser perjudicial para el interés de la hija, pero resulta cuestionable el argumento referido a que no procedería la concesión de la prisión domiciliaria cuando la hija de la interna no se encuentra en situación de desamparo, pues la ley ya establece los requisitos que habilitan el beneficio y lo hace sobre la base de una presunción referida a que la

cohabitación de madre e hija, cuando la niña es menor de cinco años, resulta tan necesaria que habilita, en principio, una modalidad de ejecución de la pena distinta a la regular. [...] [S]e ha dicho que el legislador ha considerado tanto el interés y el derecho de los niños en cohabitar con sus progenitoras, como el derecho de las mujeres de poder criarlos en un ambiente adecuado, siendo decididamente inconveniente que un niño o niña de corta edad se alojen en prisión. Fue por tal motivo que se instituyó la norma en cuestión, siendo solamente medidas de *ultima ratio* el alojamiento de menores en unidades carcelarias junto con sus madres o la separación de las mujeres y sus hijos, en atención a que aquellas medidas hacen trascender la pena de las madres a sus hijos e intensifican los efectos negativos del encierro para las mujeres que no pueden criar a sus hijos en un ámbito apropiado o que son separadas de ellos” (voto del juez Slokar).

“En el presente caso, no solamente se encontraban reunidas las exigencias de la ley, sino que las constancias del caso indican que la revinculación resulta ser beneficiosa para M.J.B. Dado el marco legal instituido a partir del año 2009 en la ley 26.742, carece de todo sentido la mención a que la prisión domiciliaria corresponde solamente de manera excepcional. De otra banda, a más de haber quedado establecido que es el interés superior de la niña poder relacionarse con su madre, vínculo que actualmente se encuentra impedido debido a la falta de disposición de su progenitor para que la niña visite a su madre, la decisión del *a quo* que da preferencia al cuidado por parte del padre parece estar en pugna con los compromisos internacionales asumidos por el estado argentino en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. [...] Este compromiso implica sancionar leyes que promuevan que ambos progenitores participen en la educación y compartan las tareas de cuidado de los hijos. La promoción, a través de normas y políticas públicas de modelos de familia en las que sendos progenitores sean responsables por el desarrollo y educación de los niños y niñas, no puede ser obstruido por criterios jurisprudenciales que den preferencia a la exclusión de uno de ellos, salvo que la restricción esté fundada legalmente, o sea necesaria para preservar el interés superior de los niños y niñas” (voto del juez Slokar).

▪ **Interés superior del niño**

1. [CorteIDH. Caso “Atala Riffo y Niñas v. Chile”. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.](#)

“55. En primer lugar, la Corte Suprema destacó que `en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”.

“108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’.

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

2. [CorteIDH. Caso “Fornerón e hija v. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.](#)

“[E]l Tribunal recordó los criterios establecidos en su jurisprudencia y, entre otras consideraciones, afirmó que: el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”.

3. [CorteIDH. Opinión Consultiva 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño. 28 de agosto de 2002.](#)

“El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”.

5. [CFCP, Sala I, “Gómez Jensen, Silvia Gabriela”. Causa Nº 698. Registro Nº 24.591. Sentencia del 13 de mayo de 2015.](#)

“[C]abe aclarar que cuando la impugnación deducida se dirige a cuestionar la concreta aplicación que de los preceptos contenidos en los artículos 32 y 33 de la Ley 24.660 -ambos modificados por la Ley 26.472-; la evaluación de los planteos de la defensa deberá efectuarse a la luz de los intereses de los

menores expuestos en el recurso de casación y de los preceptos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Carta Magna por el art. 75 inc. 22 - específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño. [...] En función de ello, sostuve que resulta ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en el adecuado resguardo del derecho a ser oído del niño en tanto la cuestionada intervención estatal la ha separado de su madre y el pedido de prisión domiciliaria es efectuado principalmente en su nombre (artículo 12 de la C.D.N.), pues es aquél el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto, en tanto debe intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces y puede entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes -art. 54 de la ley 24.946. [...] Entonces, en virtud de que las circunstancias de Gómez Jensen han variado, entiendo que corresponde remitir las presentes actuaciones al juzgado de origen para que previa intervención del asesor de menores –en relación al niño por nacer de Silvia Gabriela Gómez Jensen y actualizando su posición respecto de los niños A.B. y D.G.–, resuelva la cuestión con nueva sustanciación (art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño)” (voto concurrente del juez Hornos).

“En esa dirección, y en el marco de un análisis constitucional y convencional de la cuestión traída a estudio, cabe recordar que en primer término para nuestro sistema jurídico, la persona por nacer es un sujeto de derecho y por ello sujeto de tutela especial. A su vez las niñas, niños y adolescentes tienen los derechos convencionales y constitucionales existentes en nuestro sistema jurídico correspondiente a cualquier sujeto de derecho, disponen de un plus por su situación de vulnerabilidad en razón de la edad y siempre se deberá resolver a favor del superior interés del niño. [...] El artículo 19 de la Convención Americana obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para de los niños, deben reconocer que los mismos son sujetos de derechos plenos, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral. Estas medidas positivas *‘no consagran una potestad discrecional del Estado’* con respecto a esta población (voto concurrente de la jueza Figueroa).

6. [Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III. “Incidente de Prisión domiciliaria en favor de C.P.R.”. Expediente N° FLP 1406/2012/5. FLP 1406/2012/5/CA7. Sentencia del 22 de Octubre de 2013.](#)

“El primer escollo de aplicación directa del límite legal interno —aludido más arriba (cinco años)— es que los niños deben recibir protección y asistencia necesaria con base en *‘el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los*

derechos iguales e inalienables de la familia humana' (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño), entendiéndose por 'niño' a 'todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad' (art. 1, Convención citada). Adviértase que la norma convencional hace una clara referencia a dos situaciones que fijan la edad de protección de personas con categoría de 'niños'. Ello equivale a decir que D.M.P., actualmente de once años, goza en pleno de la protección internacional de los derechos humanos en favor del niño; por otro lado, la nombrada tampoco alcanzó la mayoría de edad requerida en el plano legislativo nacional. Vale decir, también en el derecho interno D.M.P. es una niña y, en consecuencia, tiene todos los derechos comprendidos en el bloque de constitucionalidad por encima de toda norma de jerarquía menor. En ese bloque, precisamente, la niña o el niño es un sujeto de derecho internacional que tiene resguardo de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN) y de sus e la educación (art. 28, Convención citada). [...] La calidad de "niña" de la persona nombrada lleva a que el Estado Parte, con carácter obligatorio, tome las medidas legislativas y administrativas de protección y cuidado necesario para el bienestar del menor (art. 3.2, Convención citada), cualquiera sea la situación que menoscabe el interés superior del niño, entre las cuales se cuenta la asistencia y cuidado de su madre. [...] Dicha protección materna abarca el dar las 'condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño' (art. 27.2, cit.), sin perjuicio de que le cabe imperativamente al Estado Parte reconocer el 'derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social' (art. 27.1, cit.). [...] La tutela efectiva de esos derechos se extiende a diversas circunstancias por las cuales la madre pierde la posibilidad de convivencia directa con el hijo menor por distintas razones, por ejemplo —como en este caso— estar encarcelada en virtud de la imputación de un delito. [...] Ante la pretensión de la madre a la alternativa fundada de prisión domiciliaria, con la finalidad de convivencia propicia para el desarrollo y salud psíquica de la menor —o sea, la vida en familia, que es el medio natural y fundamental de sociedad (art. 16.3, DUDH; art. 17.1, CADH), de modo que el niño crezca en presencia y asistencia personal de sus padres o de alguno de ellos— incumbe al Estado el resguardo de la unidad familiar (Comité Interamericano de Derechos Humanos, C.G n° 17, Derechos del Niño, del 07/04/1989). [C]onviene resaltar que la solicitud de arresto domiciliario de la madre (art. 33, ley 24.660; art. 10, f, CP; art. 314, CPP), en caso de ser concedida, no configura una alternativa en su provecho sino, exclusivamente, cuando corresponde, al interés superior del menor, como destacó esta Sala [...]. Está claro que este funciona como paradigma según el cual corresponde adoptar por los organismos de Estado 'todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías...', principio de

efectividad previsto en la ley interna de Protección integral de los derechos de las niñas niños y adolescentes (art. 29, ley 26.061/2005). [...] El paradigma aludido determina la 'prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionan con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas', conforme al art. 5.2, de la ley 26.061, que reitera el artículo 3.2. de la Convención de los Derechos del Niño. No obstante, el juez de la causa interpreta de modo errático de que el encarcelamiento domiciliario en el sub examine tiene el límite de cinco (5) años de la menor y que una excepción a esa regla 'debe ser interpretada en forma restrictiva, y en el caso no se observan circunstancias que permitan desviarse de la normativa...'. [...] El interés aludido ni siquiera pierde virtualidad cuando el delito imputado a la madre (transporte de estupefacientes), previsto en el sistema americano –Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (NU, Resol. 39/141, 14/12/1984)– crea aparentes colisiones entre diversas convenciones (o entre éstas y la legislación interna), puesto que en el examen del derecho de los derechos humanos éste debe aplicarse e interpretarse como un corpus iuris integrado y sistemático conforme a la prioridad de intereses en juego y, en este supuesto, con relación directa y específica al contexto de los derechos del niño (Corte Inter. DH, Caso de los 'Niños de la Calle' *Villagrán Morales y otros c. Guatemala, Serie C, nº 63, párr. 194, del 19/11/1999), sin discriminaciones ni trato desigual. Tampoco tiene raigambre constitucional y legal negar el encarcelamiento domiciliario con arraigo en la clase de ilícitos, los bienes jurídicos tutelados o el presunto 'mal ejemplo' de la progenitora, en razón de que tales criterios importarían delegar éste a las valoraciones morales del juez, estrictamente subjetivas, y no a pautas más objetivas, como los principios de derecho internacional" (voto del juez Nogueira).

"En orden a tal convencimiento, con adhesión al criterio establecido por la Sala I de la C.F.C.P. in re 'Delgadillo Pozo T. s/rec. de casación' 4/6/2009 (voto del doctor C.P.R. Basavilbaso) considero que si bien legislativamente se estableció un límite de 5 años de edad de los hijos a los fines de la concesión del arresto domiciliario de la madre, ese límite no es infranqueable, no sólo en virtud de los pactos internacionales que la defensa invoca sino puesto que en el caso concreto no puede prescindirse del test de razonabilidad de aquélla mediante el prisma de los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación de las normas pro homine y pro libertate, proporcionalidad de la medida coercitiva y prohibición de trascendencia de ésta a terceros. La aplicación de una norma que pone un corte puramente etario sin ser contrastada la congruencia de su ejercicio con el presupuesto fáctico que la convoca, es arbitraria. No puede admitirse mediante una aplicación rigorista de la ley el desamparo de los menores, el análisis del interés superior del niño

debe ser integrado de forma adecuada con elementos que permitan valorar el interés del menor como cuestión central, tal como se postula en el sub examine. No se pone en duda aquí el derecho del Estado de disponer medidas restrictivas de la libertad de carácter cautelar cuando ello es necesario para la aseguración del proceso, ni el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito (de especial gravedad en el presente caso al tratarse de transporte de estupefacientes), mas lo cierto es que deviene insuficiente esgrimir esas prerrogativas en abstracto, cuando a la luz de las particulares circunstancias que rodean el caso, se ha acreditado la situación de extrema vulnerabilidad de la hija de la imputada. En síntesis, todo lo expuesto me persuade, en el particular caso de autos, acerca de la conveniencia de conceder la detención domiciliaria a C.P.R., sujetando dicha modalidad a la prohibición de salida del país, a la obligación de permanecer en el domicilio fijado y a la vigilancia por la autoridad competente del cumplimiento de las condiciones impuestas, debiéndose destacar que nada se dijo sobre que, en el estadio por el que transita la causa, haya riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación a causa de la prisión domiciliaria lo que otorga mayor sustento a su viabilidad" (voto del juez Pacilio).

▪ **Solicitudes efectuadas en favor de varones. Principio de Igualdad.**

1. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. "Gómez Orieta, Fernando Darío". Causa N° CCC 34433/2013/TOC1/CFC1. Registro N° 2141.14.2. Sentencia del 16 de octubre de 2014.](#)

"Corresponde conceder el arresto domiciliario al encausado toda vez que de las constancias de la causa se desprende que la madre de los menores padece de discapacidad visceral y motora, con un alcance parcial permanente y se encuentra infectada por el virus de HIV y que su salud se encuentra deteriorada, todo lo cual torna sumamente dificultoso el cuidado y crianza de los niños. La disidencia expresó que corresponde rechazar el recurso de casación intentado por la defensa toda vez que el tribunal manifestó que existen razonables dudas acerca de los efectos benéficos que pueda operar en los menores la convivencia con el padre" (voto de los jueces Ledesma y Slokar).

2. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. "Martinez Escobar, Gustavo Raúl". Causa N° 16.036. Registro N° 1923/12. Sentencia del 16 de octubre de 2012.](#)

"La cuestión a resolver se centra en verificar si corresponde integrar [al interno] al régimen de detención domiciliaria. La inspección jurisdiccional que se reclama habrá de ceñirse entonces a la concreta aplicación analógica 'in bonam partem' de los preceptos contenidos en el artículo 10 del Código Penal y en los arts. 32,

inciso f, 33 y 34 de la ley 24.660 –modif. Ley 26.472–, normativa ésta que, a la luz del interés de los menores, expuesto en el recurso de casación, deberá ser ponderada junto con los preceptos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Carta Magna por el art. 75 inc. 22 - específicamente -, el principio rector del ‘interés superior del niño’ contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (voto del juez Gemigniani).

“Justamente, es con motivo de ese padecimiento que, en casos como el que ahora examinamos, ocurre una innegable tensión entre los derechos propios de la niñez y el fin de asegurar los fines del proceso, siendo misión de los jueces arribar a soluciones que sin desatender el marco normativo impuesto por los órganos del Estado pertenecientes, procuren armonizar ambos intereses, de manera tal que ninguno de ellos sufra excesivos e innecesarios menoscabos en aras del otro.

Así es que, partiendo de la premisa de que el legislador al crear tal disposición le otorgó facultad al juez para aplicar la prisión domiciliaria, deberá evaluarse en cada caso particular la conveniencia o no de disponer la excepción a que se alude” (voto del juez Gemigniani).

“En virtud de las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta las circunstancias excepcionalísimas que presenta el caso en análisis y que se encuentran debidamente acreditadas en la causa, considero que debe hacerse lugar al planteo, no obstante que la situación [...] no puede subsumirse en alguno de los supuestos del artículo 32 de la ley 24.660, debiendo tenerse en cuenta la prevalencia del interés superior de los niños amparado por los tratados internacionales con jerarquía constitucional” (voto del juez Borinsky).

3. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “Aguilera, Maximiliano” Causa Nº 15.026. Registro Nº 15.288.4. Sentencia del 1 de agosto de 2011.](#)

“Corresponde recordar que la exégesis que contempla sólo la posibilidad de que la persona privada de la libertad fuera mujer, resulta discriminatoria y *‘...contraria a la Constitución Nacional y al derecho convencional, art. 75 inc. 22 de la CN y art. 1 de CADH (...). [E]n definitiva, lo que la norma contenida en la ley 24.660 pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre, mas allá del género de la persona privada de la libertad.’* (cfr. voto emitido por la señora juez Angela E. Ledesma al resolver -por mayoría- en la causa nro. 11.331: [“BAGNATTO, Adolfo Humberto s/ recurso de casación”](#); el 15 de noviembre de 2008, registro nro. 1833/09 de la Sala III de esta Cámara.)”. (voto del juez Diez Ojeda)

4. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala III. “Bagnato, Adolfo Humberto”. Registro Nº 1833.09.3. Causa Nº 11331. Sentencia del 15 de noviembre de 2009.](#)

“El arresto domiciliario tiene como finalidad evitar que el encierro carcelario produzca un agravamiento de las condiciones personales y familiares de los que se encuentran privados de la libertad, fundamento que tiene un sólido respaldo normativo *supra nacional*, tal como lo ha señalado extensamente el recurrente. En ese sentido, entiendo que la resolución impugnada incurre en una interpretación arbitraria de la ley, al considerar que el art. 32 inc. f) de la ley 24.660 que reza ‘ *El juez de ejecución...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* ’, sólo contempla la posibilidad de que la persona privada de la libertad sea mujer. Dicha exégesis resulta restrictiva pues deja fuera situaciones en las cuales sea un hombre el que tenga a su cargo una persona con discapacidad, generando una situación de discriminación, contraria a la CN y al derecho convencional, art. 75. Inc. 22 de la CN y art. 1 de CADH, que establece que ‘ *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo...* ’. Ello así pues, en definitiva, lo que la norma contenida en la ley 24.660 pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre, más allá del género de la persona privada de la libertad” (voto de la jueza Ledesma).

5. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala I. “Gómez, Jorge Javier”. Causa Nº 104/2013. Registro Nº 21355.1. Sentencia del 3 de julio de 2007](#)

“La procedencia de la detención domiciliaria para supuestos no contemplados legalmente, deviene viable sólo cuando deba primar una finalidad tuitiva respecto de ciertos derechos reconocidos a los niños, que representa un interés más elevado que el derecho del propio imputado” (en el caso, se anuló la resolución que denegó la prisión domiciliaria por no haberse dado intervención al Defensor Público de Menores y se ordenó que, previo a resolver, se mandara a confeccionar un informe socio ambiental) (voto de los jueces Madueño, Cabral y Figueroa).

6. [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C184. Resolución del 4 de marzo de 2003.](#)

“[N]ada justifica proteger a unos menores y desproteger a otros en las mismas condiciones, tan sólo porque el sexo de la persona cabeza de familia a la cual pertenecen es distinto [...] la decisión que debe tomar la Corte está llamada a no promover ni el estereotipo que pesa en cabeza de las mujeres ni el estereotipo que se proyecta en los hombres. Si el prejuicio en el caso de las mujeres es que están ‘naturalmente’ llamadas a encargarse de la crianza de los hijos y a realizar las labores domésticas, el estereotipo reflejo en el caso de los

hombres es que su lugar está en las actividades de provisión de sustento realizadas en la esfera pública...”.

➤ **Otros casos:**

a. Por motivos de seguridad

[Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. “Trevisan, Bruno”. Causa Nº 16.697. Registro 767.4. Sentencia del 23 de mayo de 2013.](#)

“En efecto, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que, si bien es potestad de la judicatura determinar cuál es el organismo más pertinente para supervisar la detención domiciliaria, en el caso, estimó oportuno que fuera llevada a cabo por una fuerza federal. Ahora bien, consideramos que tal extremo colisiona con lo preceptuado por la normativa legal que regula el instituto en cuestión, pues al respecto se puntualiza que: *‘[e]n ningún caso, la persona estará acargo de organismos policiales o de seguridad’* (artículo 33 *in fine* de la Ley 24.660.). Por ello, el agravio esgrimido por el impugnante en lo atinente a la viabilidad de que el control externo del arresto domiciliario recaiga en cabeza de alguna fuerza federal no habrá de prosperar. Sin embargo, entendemos que no puede soslayarse la necesidad de reforzar un control efectivo sobre las prisiones domiciliarias, en tanto con acierto, el Ministerio Público Fiscal señaló dificultades de orden estructural, circunstancia que no escapa a la situación procesal que viene a estudio. En ese orden de ideas, consideramos que adquiere relevancia la omisión del “a quo” de ponderar aquella sugerencia efectuada por el recurrente, respecto a reforzar el control ejercido por el Patronato de Liberados con visitas semanales y en forma presencial, pues dicha medida se presenta como una posible alternativa a la participación de una fuerza policial en el reforzamiento del control de la prisión domiciliaria de Trevisan. Por lo tanto, estimamos pertinente que el tribunal oral arbitre los medios necesarios a los fines de reforzar el control efectuado por el Patronato de Liberados, en los términos señalados ‘ut supra’ (voto de los jueces Borinsky, Hornos y Gemigniani).

b. Por la orientación sexual e identidad de género de la persona privada de la libertad

[Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 4 \(ex 2\), “Emilce”. Sentencia del 7 de marzo de 2014.](#)

“[U]na adecuada interpretación constitucional del artículo 33 de la ley 24.660 y actual artículo 32 modificado por Ley 26.472, no puede admitirse que la pena de detención domiciliaria sea sustituto de la prisión solo en el supuesto de que el condenado se halle afectado por una enfermedad incurable e irreversible, ello habida cuenta que debe entenderse por ‘trato humano al condenado’ aquel que

permita tener una buena calidad de vida –ya sea en prisión o en su domicilio–; lo contrario desnaturalizaría el sentido del instituto como alternativa de prisión así como también se desvirtuaría si se tolerase el cumplimiento de la pena de prisión cuando una enfermedad no le permita soportar la privación de libertad sin ocasionar un riesgo para la vida o la salud psicofísica al igual que si se probase que el encierro en un establecimiento resulta ser susceptible de empeorar su estado de salud, ya que lo contrario implicaría que la pena privativa de libertad se convierta en una pena privativa de la salud o pena corporal, constitucionalmente prohibida. En tal sentido, es que no escapa al suscripto la circunstancia de que resolver lo contrario incurriría en una contradicción de la propia Ley 24.660, ya que esa interpretación sería violatoria del artículo 143 del mismo plexo normativo, siendo este último el que le reconoce expresamente a las personas privadas de la libertad el derecho a la salud a la vez que indica que la respuesta punitiva tiene como límite la integridad física y la salud psicofísica”.

“En ese orden de ideas, considero propicia la oportunidad para exhortar al señor Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal para que, sin perjuicio de las reglamentaciones dictadas, diseñe e implemente a la brevedad una política integral de tratamiento penitenciario destinada a las personas transexuales alojadas en los establecimientos federales de detención, atendiendo la especial vulnerabilidad de este grupo en dicho ámbito. Las mismas deberán contemplar la promoción y protección de derechos de este colectivo vulnerable en el marco de los principios establecidos en la ley N° 26.743 de identidad de género. Asimismo, deberá contemplar los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género o Principios de Yogyakarta, particularmente los n° 9 y 10, debiendo elaborarse programas, acciones y medidas tendientes a asegurar que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales”.

c. Aplicación del “Programa de Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica” creado por la Resolución 1379 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación dictada el 26/06/2015

1. [Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II. “Arias, Héctor Ricardo”. Registro N° 489/2015. Resolución del 25 de septiembre de 2015.](#)

“Es criterio rector que la prisión preventiva constituye la última ratio del sistema, es decir, debe ser la última alternativa que los jueces deben adoptar frente a la necesidad de sujetar a alguien al proceso. En su examen, a la vez,

se deben computar los presupuestos de extrema necesidad, provisionalidad, excepcionalidad, interpretación restrictiva, proporcionalidad y plazo razonable de duración.

En muy prieta síntesis, esas reglas se desprenden de una interpretación razonada de los principios constitucionales que surgen de los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional.

En efecto, tales principios, plasmados en las previsiones del art. 280, CPPN, indican que la libertad personal, en tanto regla, sólo podrá ser restringida, 'en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley' y la detención debe ejecutarse de modo que perjudique 'lo menos posible a la persona y reputación de los afectados'.

Como consecuencia de ello, es imperativo buscar la forma menos gravosa de asegurar la sujeción al proceso, conforme las reglas antes enunciadas.

En este orden de ideas, hemos tomado conocimiento de la existencia de un programa, en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que posibilita la aplicación de medidas de restricción de la libertad en el domicilio, con vigilancia adecuada que puede resultar de gran utilidad para casos como el que aquí se encuentra a estudio.

El mecanismo cuenta con dispositivos de vigilancia electrónica, que permiten controlar la permanencia del imputado en el domicilio fijado y, ante la eventualidad de que saliera del radio establecido o intentara desprenderse de la 'pulsera', el sistema envía una alerta inmediata que es detectada en el centro de monitoreo e informada a la autoridad judicial; todo ello, en el marco del 'Programa de Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica'. El programa incluye, a su vez, la asistencia social, psicológica y médica del imputado.

Este mecanismo se encuentra implementado y es llevado adelante, en la órbita de la misma autoridad administrativa que tiene a su cargo la ejecución de las medidas de encierro –tanto procesales como materiales– como parte de una política estatal tendiente a 'mejorar las condiciones de vida de las personas que cumplen una medida restrictiva de la libertad', contribuyendo a mitigar el impacto negativo de la privación de libertad en el ámbito carcelario.

[...]

Entonces, resulta que esta medida de sujeción en el domicilio aparece como de una intensidad tal que logra, en el caso, un adecuado equilibrio entre la neutralización de los riesgos procesales verificados y la aplicación del mínimo de rigor estatal para garantizar la aplicación de la ley material.

En la misma línea, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación –aprobado por ley sancionada el 4 de diciembre de 2014, promulgada el 9 de diciembre del

mismo año y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente (Ley n° 27.063, B.O. 10/12/14); y que comenzará a regir en los próximos meses— contempla en su art. 177, distintas posibilidades de morigeración de la prisión preventiva o mecanismos alternativos a ella. Por ejemplo, se prevé la posibilidad de imponer 'la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física' (inc. i); o 'el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga' (inc. j) en cualquier estado del proceso, como medida cautelar que asegure su comparecencia o evite el entorpecimiento de la investigación.

En este sentido, debe destacarse que aun cuando la implementación del nuevo código ha sido diferida (por diversas razones, en su mayoría vinculadas a cuestiones de previsión y organización judicial) no hay controversia acerca de su condición de ley sancionada y promulgada por el Congreso Nacional.

Muy lejos en el tiempo, el máximo tribunal de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre la relevancia de las normas del Código Civil ya sancionado y pendiente de entrar en vigencia; y allí sostuvo (con referencia a cuestiones de vecindad): 'que, aun antes de la época de su vigencia, debe mirarse como una autoridad decisiva, después que ha recibido la sanción del Congreso Legislativo Nacional' (Fallos: 9:373; sentencia del 20/9/1870).

En este sentido, los mecanismos contenidos en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, relacionados con las medidas morigeradoras o alternativas del encarcelamiento preventivo no pueden menos que resultar pautas orientadoras de la actividad estatal de los distintos poderes, en el sentido de que, pese a la pendiente entrada en vigencia, marcan la dirección hacia la que se dirige el nuevo esquema instrumental para la aplicación de la ley penal.

A su vez, dichos mecanismos en la medida en que se traducen en el reconocimiento y aplicación de alternativas y/o medidas menos gravosas que las hasta ahora previstas en la ley vigente en orden a la neutralización de los riesgos procesales verificados, no permiten advertir razones que impidan su puesta en práctica; ni resulta posible avizorar gravamen alguno a otras partes del proceso.

Por lo demás, la puesta en práctica de la medida propuesta no requiere ninguna otra instrumentación, pues se cuenta con un programa, como fue sintéticamente descripto, que ha sido creado y puesto a disposición de la autoridad judicial, precisamente con esta finalidad" (voto de los jueces Garrigós de Rébora y Morin).

2. [Cámara Federal de Casación Penal, Sala I. "Romano, Luis Eugenio". Causa FRE 4943/2014/1/1/CFC1. Sentencia del 31 de agosto de 2015.](#)

“[T]anto la gravedad del delito que se imputa como la consecuente amenaza de pena que pesa sobre el imputado son elementos que pueden ser utilizados para presumir que, en caso de recuperar su libertad, intentará eludir el accionar de la justicia. Pero dichos indicadores no son los únicos que pueden fundar autónomamente la medida cautelar de privación de la libertad de una persona” (voto del juez Vázquez al que adhirieron los jueces Boico y Frontini).

“[E]l a quo deberá reexaminar el caso a la luz de los eventos fácticos omitidos (arraigo y tiempo en el cual el imputado estuvo excarcelado cumpliendo las pautas de conducta fijadas) y resolver conforme a derecho de acuerdo a los estándares vertidos en este pronunciamiento y, a su vez, tomando en consideración el nuevo escenario normativo que el legislador introdujo al sistema de enjuiciamiento penal a partir del dictado de la ley 27.063 (reforma del Código Procesal Penal de la Nación).

En efecto, dicha transformación legislativa irradia una constelación de principios diferentes al que postulara la ley 23.984, privilegiándose entre las medidas de coerción personal a todas aquellas que resultan una alternativa a la prisión preventiva, y donde ella sólo recibe justificación como última chance (cfr. artículo 177 del nuevo código de forma).

En ese sentido, entiendo que los patrones que se exhiben en el nuevo estatuto adjetivo, los cuales responden a una decisión soberana del pueblo argentino gestada en el ámbito natural de adopción de decisiones democráticas vinculantes -el parlamento-, pueden ser avizorados y tomados en cuenta como indicadores objetivos para encausar el análisis sobre la correspondencia o no del encierro preventivo. Ello, en tanto el juez ha de ceñirse a la voluntad popular exhibida en las normas de derecho producidas por el Congreso de la Nación, salvo que ellas colisionen con la Constitución Nacional.

Se propone, en resumen, que el a quo pondere nuevamente la situación del imputado en base a las directrices que emergen de esta decisión, y considerando las disposiciones que nacen del nuevo compendio procesal en lo que hace al temario de la coerción personal, no como aplicación directa de éste en tanto aún no puesto en vigencia, sino como un conjunto de principios que han de tenerse en cuenta para justificar las medidas que se adopten en este tipo de incidencias en un futuro cercano. Lo mismo exhorto respecto de los claros lineamientos que se extraen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si de dicho escrutinio no surge extremo alguno que justifique la restricción cautelar ambulatoria, descartándose obviamente aquellos que fueron aquí auditados, deberá entonces mantenerse la situación de libertad que gozaba el imputado conforme lo había dispuesto el juez de grado, con la caución que estime corresponder. Si otra fuera la solución, es decir, agravamiento de la situación previa, entonces deberán

evaluarse todas las alternativas a la prisión preventiva que coadyuven al sometimiento del imputado a la jurisdicción del tribunal que entiende en la causa, y como última ratio la prisión preventiva, procurando así cumplir con la finalidad del proceso penal, pero respetuoso de las garantías constitucionales comprometidas” (voto del juez Vázquez al que adhirieron los jueces Boico y Frontini).

3. [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5. “Hatamleh, Ahmad”. Causa CCC 21355/2011. Resolución del 8 de octubre de 2015.](#)

“[S]i bien en el presente caso no comparto la solución liberatoria requerida por las partes mencionadas, por lo que habré de confirmar el auto recurrido, entiendo que deben morigerarse las condiciones actuales de detención del imputado, conforme a los lineamientos del fallo antes citado [[“Arias, Héctor Ricardo”. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en la causa n° 61537/2014. Sentencia del 29 de septiembre de 2015](#)], en tanto `...resulta que esta medida de sujeción en el domicilio aparece como de una intensidad tal que logra, en el caso, un adecuado equilibrio entre la neutralización de los riesgos procesales verificados y la aplicación del mínimo de rigor estatal para garantizar la aplicación de la ley material’ (ver c/n° 61537/2014, Arias, Héctor Ricardo s/ excarcelación, Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, rta. 25/9/2015)” (voto en disidencia de la jueza López González).

➤ **Doctrina Sugerida**

1. [Pulcini, Juan Rubén. “Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos”. Revista del Ministerio Público de la Defensa. Año I, N° 3, Noviembre 2007, p. 101.](#)

2. [Sansone, Virgina. “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”. Revista del Ministerio Público de la Defensa. Año V - N° 7 - Mayo 2011, pág. 84.](#)

3. [Defensoría General de la Nación y UNICEF. *Mujeres privadas de libertad: limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2009](#)

4. [Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria Nacional. *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2011.](#)

5. [Cornell Law School’s Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic, Defensoría General de la Nación y The](#)

[University of Chicago Law School International Human Rights Clinic. *Mujeres en prisión en Argentina: Causas, condiciones y consecuencias*. 2013](#)

6. [Defensoría General de la Nación. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Boletín de jurisprudencia en materia penal y procesal penal. Trata de personas – Prisión domiciliaria. N° 1, Diciembre 2010.](#)

7. [Defensoría General de la Nación. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. "Boletín de jurisprudencia en materia de ejecución de penas privativas de libertad. Morigeraciones del encierro e institutos de liberación anticipada". Mayo 2014.](#)