

Mayo de 2021

BOLETÍN JURISPRUDENCIA

Prisión domiciliaria para
progenitores varones



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN | 5 |
| 2. NORMATIVA INTERNACIONAL | 6 |
| <i>CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....</i> | <i>6</i> |
| <i>CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO</i> | <i>6</i> |
| <i>CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....</i> | <i>8</i> |
| 3. NORMATIVA PENAL SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA..... | 9 |
| <i>ARTÍCULO 10 CP.....</i> | <i>9</i> |
| 4. NORMATIVA CIVIL RELEVANTE EN MATERIA DE CUIDADO PERSONAL | 9 |
| <i>ARTÍCULO 648 CCYC.....</i> | <i>9</i> |
| <i>ARTÍCULO 651 CCYC.....</i> | <i>9</i> |
| <i>ARTÍCULO 653 CCYC.....</i> | <i>9</i> |
| <i>ARTÍCULO 656 CCYC.....</i> | <i>9</i> |
| 5. MARCO JURISPRUDENCIAL | 10 |
| 5.1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN | 10 |
| <i>CORTEIDH. “CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA”. 23/8/ 2018.</i> | <i>10</i> |
| <i>CORTEIDH. “OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/2017”. 24/11/2017.....</i> | <i>10</i> |
| <i>CORTEIDH. “TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL”. 20/10/2016.</i> | <i>10</i> |
| <i>CORTEIDH. “OPINIÓN CONSULTIVA 18/2003”. 17/9/2003.....</i> | <i>11</i> |
| 5.2. CONCEPCIONES ESTEREOTIPADAS SOBRE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD | 11 |
| <i>CORTEIDH. “RAMÍREZ ESCOBAR Y OTROS V GUATEMALA”. 9/3/2018.....</i> | <i>11</i> |
| <i>CORTEIDH. “FORNERÓN E HIJA V. ARGENTINA”. 27/4/2012.....</i> | <i>12</i> |
| <i>CORTEIDH. “ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE”. 24/2/2012.</i> | <i>13</i> |
| <i>TEDH. “KONSTANTIN MARKIN V. RUSIA”. 22/3/2012.</i> | <i>13</i> |
| <i>CSJN. “FERNÁNDEZ”. CAUSA N° 17.156. 18/6/2013.....</i> | <i>13</i> |
| 5.3. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR | 14 |
| <i>CORTEIDH. “LÓPEZ Y OTROS V. ARGENTINA”. 25/11/2019.</i> | <i>14</i> |
| <i>CIDH. “ÁLVAREZ GIRALDO V. COLOMBIA”. 5/10/2018.....</i> | <i>14</i> |
| <i>COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL N° 14”. 29/5/2013.....</i> | <i>14</i> |
| 5.4. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO | 15 |
| <i>CIDH. “GARANTÍA DE DERECHOS. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”. 30/11/2017.</i> | <i>15</i> |
| <i>CORTEIDH. “ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE”. 24/2/2012.</i> | <i>15</i> |
| <i>COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL N° 14”. 29/5/2013.....</i> | <i>15</i> |
| <i>COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL N° 10”. 25/4/2007.</i> | <i>16</i> |
| <i>CORTEIDH. “OPINIÓN CONSULTIVA 17/2002”. 28/8/2002.....</i> | <i>16</i> |
| <i>CSJN. “FERNÁNDEZ”. CAUSA N° 17.156. 18/6/2013.....</i> | <i>16</i> |

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliar para progenitores varones

| | |
|--|-----------|
| 5.5. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD..... | 17 |
| COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. "OBSERVACIÓN GENERAL Nº 5". 27/10/2017. | 17 |
| ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. "INFORME SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD". 9/12/2016. | 17 |
| CONSEJO DE DERECHOS HUMANO. "INFORME SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD". 9/12/2016. | 17 |
| 6. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA..... | 18 |
| 6.1. UN VARÓN CON HIJOS O HIJAS MENORES DE 5 AÑOS | 18 |
| CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA III. "SCL". REGISTRO Nº 476/2018. CAUSA Nº 55164/2006. 8/5/2018. | 18 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "CAGNONE LAVAQUE". REGISTRO Nº 1135/2020. CAUSA Nº 71003830/2012. 27/8/2020..... | 18 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "MEDINA". REGISTRO Nº 2730/2019. CAUSA Nº 55652/2017. 23/12/2019. | 20 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "URBINA". REGISTRO Nº 2138/2019. CAUSA Nº 9948/2018. 25/10/2019. | 20 |
| CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA, SALA II. "VRB". CAUSA Nº 21710/2019. 24/4/2020. | 22 |
| TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA. "RJR". CAUSA Nº 91001074/2010. 28/4/2017..... | 22 |
| 6.2. UN VARÓN CON HIJOS O HIJAS MAYORES DE 5 AÑOS | 23 |
| CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA II. "CALDERÓN MAYURI". REGISTRO Nº 2579/2020. CAUSA Nº 12594/2020. 26/8/2020. | 23 |
| CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA III. "SAR". REGISTRO Nº 677/2018. CAUSA Nº 166913/2017. 14/6/2018. | 24 |
| CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA I. "SMA". REGISTRO Nº 256/2018. CAUSA Nº 33981/2017. 20/3/2018. | 25 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA IV. "CEJAS". REGISTRO Nº 197/2021. CAUSA Nº 5742/2018. 10/3/2021. | 26 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA IV. "GONZÁLEZ". REGISTRO Nº 1065/2018. CAUSA Nº 25005863/2012. 24/8/2018. | 27 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "TEJADA AGUILERA". REGISTRO Nº 1041/2020. CAUSA Nº 4262/2020. 19/8/2020..... | 28 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "CORONEL". REGISTRO Nº 803/2020. CAUSA Nº 16854/2016. 17/7/2020. | 29 |
| CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "PASCUA". REGISTRO Nº 2749/2019. CAUSA Nº 106204/2018. 23/12/2019. | 30 |
| TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE BAHÍA BLANCA. "FERREIRA". CAUSA Nº 19781/2017. 30/4/2020..... | 31 |
| TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE ROSARIO. "PHM". CAUSA Nº 81000022/2010. 7/4/2017..... | 32 |
| 6.3. UN VARÓN CON HIJOS O HIJAS CON DISCAPACIDAD | 32 |

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

| | |
|---|-----------|
| <i>CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA III. "CJA". REGISTRO N° 1031/2016. CAUSA N° 247/2005. 20/12/2016.</i> | <i>32</i> |
| <i>CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "RUIZ". REGISTRO N° 1040/2020. CAUSA N° 14049/2017. 19/8/2020.</i> | <i>33</i> |
| <i>CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "AWME". REGISTRO N° 509/2017. CAUSA N° 4736/2013. 6/4/2017.</i> | <i>35</i> |
| <i>CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA IV. "UBALLES". REGISTRO N° 1060/2016. CAUSA N° 14216/2003. 26/8/2016.</i> | <i>36</i> |
| <i>TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 3. "AGUILAR FERNÁNDEZ". CAUSA N° 18051/2016. 28/4/2020.</i> | <i>37</i> |
| <i>JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE TUCUMÁN. "CORREA". CAUSA N° 25855/2017. 24/7/2020.</i> | <i>38</i> |
| <i>JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 2 DE SAN MARTÍN. "FORMIGO". CAUSA N° 135834/2018. 17/5/2019.</i> | <i>38</i> |

1. INTRODUCCIÓN

La ley N° 26.472 modificó tanto el Código Penal como la ley N° 24.660 e introdujo nuevos supuestos de prisión domiciliaria. Entre ellos, se incluyó el inciso f) de los artículos 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución Penal que contempla la situación de las *madres* de niños o niñas menores de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo; es decir, no alude de forma expresa a los varones. Esta previsión ha dado lugar a diferentes peticiones en favor de varones que requirieron que se les concediera la prisión domiciliaria por encontrarse en condiciones análogas a las que prevé la normativa. A su vez, se cuestionó que se los excluyera del inc. f) por infringir los principios de igualdad y no discriminación, fundarse en concepciones estereotipadas sobre la paternidad y la maternidad, el derecho a la vida privada y familiar y el interés superior del niño.

El artículo 640 del Código Civil y Comercial establece el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y coloca en pie de igualdad a ambos progenitores. El cuidado personal de los hijos y las hijas es una derivación de dicha responsabilidad. Según el artículo 651 de este cuerpo normativo, el juez debe otorgar –como primera alternativa– el cuidado compartido de los hijos e hijas, a menos que no sea posible o resulte perjudicial para los niños o niñas. En este sentido, cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo o la hija debe basarse en conductas concretas de los progenitores que puedan lesionar el bienestar del niño, niña o adolescente. Resulta importante destacar que con la reforma del CCyC se derogó el viejo artículo 206 CC que disponía la preferencia legal materna en el ejercicio de la responsabilidad parental por resultar violatorio del principio de no discriminación. Actualmente, la normativa contempla de manera expresa que no resultan admisibles discriminaciones fundadas en el sexo, género, orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (artículo 656 CCyC).

El presente documento releva jurisprudencia nacional en la que se aplicó el referido inciso f) en favor de varones. A efectos de seleccionar las sentencias incluidas en este boletín se utilizó como criterio central la *utilidad para el ejercicio de la defensa*; es decir, se aborda esta temática desde la perspectiva del/la defensor/a público/a oficial. El documento agrupa un total de 28 resoluciones dictadas entre 2016 y 2021. De esa totalidad, 6 fallos se refieren a casos de progenitores varones con niñas o niños menores de cinco años, 10 a casos de progenitores con hijos o hijas mayores a 5 años y; finalmente, 7 a casos de varones a cargo de hijos o hijas con discapacidad. Los fallos se presentan ordenados de manera cronológica y se encuentran enlazados a la **base de conocimiento** del área, donde se puede consultar el texto completo de todas las sentencias.

Para acompañar la lectura de este documento, se presenta el marco convencional que guía las decisiones recopiladas, la jurisprudencia internacional que más se acerca a la temática, así como también la legislación local que puede ser invocada en las presentaciones de la defensa.

Si conoce jurisprudencia relacionada con el problema comprendido en este boletín que, a su criterio, debería ser incluido, le agradecemos mucho que nos escriba un correo electrónico a **jurisprudencia@mpd.gov.ar** haciéndonos saber la omisión. Por otro lado, si quiere opinar sobre la calidad este documento, puede hacerlo a través de la encuesta que ponemos a su disposición en el siguiente **enlace**.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 1 - Obligación de respetar los derechos

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Artículo 2 - Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Artículo 11 - Protección de la honra y de la dignidad

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Artículo 19 - Derechos del niño

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Artículo 24 - Igualdad ante la ley

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Artículo 1

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Artículo 2

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Artículo 3

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...”.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño...”.

Artículo 16

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños...”.

Artículo 27

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño...”.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Artículo 1 - Propósito

“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. [...] Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Artículo 5 - Igualdad y no discriminación

“1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

Artículo 7 - Niños y niñas con discapacidad

“1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

Artículo 22 - Respeto de la privacidad

“1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones”.

Artículo 23 - Respeto del hogar y de la familia

“3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias”.

“4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”.

3. NORMATIVA PENAL SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA

ARTÍCULO 10 CP (art. sustituido por el art. 4 de la ley N° 26.472, B.O. 20/11/2009)

“Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: [...] f) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

4. NORMATIVA CIVIL RELEVANTE EN MATERIA DE CUIDADO PERSONAL

ARTÍCULO 648 CCyC

“Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

ARTÍCULO 651 CCyC

“Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

ARTÍCULO 653 CCyC

“Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

- a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;
- b) la edad del hijo;
- c) la opinión del hijo;
- d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente”.

ARTÍCULO 656 CCyC

“Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas

concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición”.

5. MARCO JURISPRUDENCIAL

5.1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

CORTEIDH. “CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA”. 23/8/ 2018.

“[L]a Corte recuerda que, como condición transversal de la accesibilidad a los servicios de salud, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas. De esta forma, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana no son permitidos tratos discriminatorios, ‘por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’. El Tribunal recuerda que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas” (párr. 129).

CORTEIDH. “OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/2017”. 24/11/2017.

“La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico” (párr. 61).

Véanse, en el mismo sentido:

- *CorteIDH. “Flor Freire Vs. Ecuador”. 31/8/2016, párr. 109.*
- *CorteIDH. “Atala Riffo y niñas v. Chile”. 24/2/2012, párr. 79.*

CORTEIDH. “TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL”. 20/10/2016.

“[L]a Corte ha establecido en su jurisprudencia que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, ya que dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incom-

patible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación [hay nota]" (párr. 415).

CORTEIDH. "CASO VELÁSQUEZ PAIZ Y OTROS VS. GUATEMALA". 19/11/2015.

"Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*" (párr. 173).

CORTEIDH. "OPINIÓN CONSULTIVA 18/2003". 17/9/2003.

"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" (párr. 55).

"La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio" (párr. 83).

"El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias" (párr. 88).

5.2. CONCEPCIONES ESTEREOTIPADAS SOBRE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD

CORTEIDH. "RAMÍREZ ESCOBAR Y OTROS V GUATEMALA". 9/3/2018.

"[L]os estereotipos de género se refieren a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respecti-

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

vamente, cuya creación y uso es particularmente grave cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales” (párr. 294).

“La Corte ha identificado, reconocido, visibilizado y rechazado estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos, en circunstancias en las que han sido utilizados para justificar la violencia contra la mujer o su impunidad, la violación de sus garantías judiciales, o la afectación diferenciada de acciones o decisiones del Estado” (párr. 295).

“En el presente caso, la Corte constata que, en distintos informes, así como en las propias decisiones de las autoridades judiciales, se evidencia el uso de estereotipos en cuanto a los roles de género asignados a la madre y padre de los niños. En este sentido, por un lado, distintos informes estudiaron si la [madre] podía o no asumir su ‘rol maternal’ o ‘rol de madre’, sin que quede claro qué características le atribuyen a ese rol; analizaron si ‘aceptaba su rol femenino’ y ‘el modelo sexual’ que atribuyen a dicho rol; basaron sus consideraciones en testimonios según los cuales la [la mujer] era una madre irresponsable porque, *inter alia*, ‘abandona[ba] a [sus hijos] cuando se va a trabajar’, y que por estas razones, entre otras, ‘observaba una conducta irregular’...” (párr. 296).

“Ahora bien, esta asignación de roles no solo actuó en perjuicio de la [madre peticionaria] sino también del [padre]. Nunca se intentó ni consideró ubicar [al padre del niño], para investigar la posibilidad de concederle el cuidado de su hijo. Como mencionó el [padre peticionario], si bien vivía en otro país, él mantenía una relación familiar con su hijo y no había desatendido sus responsabilidades con respecto [al niño]. Una vez enterado de lo sucedido, el [peticionario] se apersonó en el expediente y presentó un recurso de revisión contra la declaratoria de abandono, posteriormente unió su recurso al de la [madre] y en últimas, asumió la representación de ambos padres en el proceso. [El padre] intentó por todos los medios legales a su alcance recuperar a su hijo y al hermano de éste, a pesar de que las diferentes autoridades estatales que intervinieron en el caso jamás lo consideraron al separar a su hijo de su familia, entregarlo en adopción internacional y removerlo del país. Por tanto, en este caso los estereotipos sobre la distribución de roles parentales no solo se basaron en una idea preconcebida sobre el rol de la madre, sino también en un estereotipo machista sobre el rol del padre que asignó nulo valor al afecto y cuidado que el señor [peticionario] podía ofrecer [al niño] como su padre. De esta manera, se privó al señor [...] de sus derechos parentales, en cierta medida presumiendo e insinuando que un padre no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos” (párr. 298).

CORTEIDH. “FORNERÓN E HIJA V. ARGENTINA”. 27/4/2012.

“El estado civil de soltero del [padre peticionario], equiparado por uno de los jueces a ‘la ausencia de familia biológica’, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre” (párr. 96).

“Asimismo, esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño [hay nota]. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia” (párr. 99).

CORTEIDH. “ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE”. 24/2/2012.

“Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño [hay nota]. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños [hay nota]” (párr. 111).

TEDH. “KONSTANTIN MARKIN V. RUSIA”. 22/3/2012.

“[E]n tanto militar de sexo masculino, fue tratado de forma diferente a los civiles de ambos sexos y a las militares femeninas, categorías todas ellas con derecho a un permiso parental, y que la negativa a acordar tal permiso se basaba en la combinación de dos motivos: el estatuto del militar y el sexo. Asimismo declaró que, con respecto a las relaciones con los niños durante la duración del permiso paternal, hombres y mujeres se encuentran en situaciones análogas” (párr. 98)

“El Tribunal [...] considera que el Gobierno invoca el concepto de discriminación positiva erróneamente a propósito. De hecho, la diferencia de trato entre los militares del sexo masculino con las de sexo femenino en lo relativo al derecho al permiso parental no tiene por objeto corregir la desigualdad que sufrirían las mujeres en la sociedad de ‘desigualdad fáctica’ entre hombres y mujeres [...]. El Tribunal piensa, al igual que el demandante y el tercero interviniente, que esta diferencia tiene el efecto de perpetuar los estereotipos de género y constituye una desventaja tanto para las carreras de las mujeres como para la vida familiar de hombres” (párr. 141).

“Asimismo, no se puede justificar la diferencia de trato en cuestión sobre la base de las tradiciones imperantes en un determinado país. El Tribunal ya ha declarado que los Estados no pueden imponer un reparto tradicional de roles entre los sexos ni estereotipos ligados al género [...]. Además, dado que en la legislación rusa ambos, hombres y mujeres que trabajan en el ámbito civil tienen derecho a un permiso parental y que son los padres quienes deciden cuál de ellos toma el permiso para ocuparse del recién nacido, el Tribunal no coincide con la afirmación de que la sociedad rusa no está preparada para aceptar la misma igualdad entre hombres y mujeres que sirven en las fuerzas armadas” (párr. 142).

“El Tribunal concluye que el reparto tradicional de roles entre los sexos en la sociedad no puede servir de justificación para la exclusión de los hombres, incluidos los que trabajan en el ejército, del permiso parental. Al igual que la Sala, la Gran Sala considera que los estereotipos ligados al sexo, como la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de los niños, mientras que los hombres ganan dinero, no puede, en sí misma constituir una justificación válida de la diferencia de trato en cuestión, de la misma manera como tampoco lo pueden los estereotipos de mismo tipo basado en la raza, origen, color u orientación sexual” (párr. 143).

CSJN. “FERNÁNDEZ”. CAUSA N° 17.156. 18/6/2013.

“[La mayoría] del tribunal oral [valoró] la circunstancia de que [el niño] tiene dos madres. La frase ‘existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que puede demandar el menor’ [...] indica que la orientación sexual de la madre fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria. En tal sentido, de acuerdo con los artículos 16 de la Constitución Nacional y 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe recordarse que ponderar la orientación sexual de una persona no puede ser motivo para restringir un derecho, si no existe una justificación objetiva y razonable [hay cita]”.

5.3. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

CORTEIDH. “LÓPEZ Y OTROS V. ARGENTINA”. 25/11/2019.

“[L]a familia, sin establecer que sea un modelo específico [hay nota], es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y el Estado. Dada la importancia de ese derecho, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar [hay nota]. Así, está obligado a realizar acciones positivas y negativas para proteger a las personas contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia [hay nota] y favorecer el respeto efectivo de la vida familiar [hay nota]” (párr. 98).

“[E]ntre las más severas injerencias que el Estado puede realizar en contra de la familia están aquellas acciones que resultan en su separación o fraccionamiento. Dicha situación recubre especial gravedad cuando en dicha separación se afectan derechos de niños, niñas y adolescentes [hay nota]” (párr. 99).

CIDH. “ÁLVAREZ GIRALDO V. COLOMBIA”. 5/10/2018.

“[L]a obligación positiva reservada al Estado de crear condiciones que aseguren el mantenimiento de las relaciones interpersonales de una persona bajo su custodia, atiende a que se relaciona con un ámbito de su vida privada y su intimidad, que es absolutamente propio de cada individuo y una esfera que nadie puede invadir. Desde esta perspectiva, la Comisión considera que la consecuencia lógica que resulta de fijar la resocialización como uno de los fines previstos para el régimen de privación de libertad, es que el respeto a la vida privada no es sólo uno de los derechos cuyo ejercicio debe hacerse efectivo aún bajo dicho régimen, sino que la supresión absoluta del mismo desvirtuaría la razón de ser de la aplicación de penas privativas de libertad en el ejercicio del poder punitivo del Estado” (párr. 192).

“En casos de las personas privadas de libertad, [...] las restricciones al derecho a la vida privada y familiar de éstas, tienen legitimidad en la medida en que se derivan de la naturaleza misma del encarcelamiento, ajustándose a los requisitos ordinarios y razonables del mismo. En ese sentido, una de las formas a través de las cuales se materializa el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar de las personas privadas de libertad, es la concesión de un régimen de visitas periódicas, que reúna los requisitos establecidos por las autoridades, en el marco de las competencias que les son atribuidas para hacer cumplir los fines esenciales de la privación de libertad” (párr. 193).

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL N° 14”. 29/5/2013.

“La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5)” (párr. 59).

“Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige ‘que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño’. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho ‘a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño’ (art. 9, párr. 3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha” (párr. 60).

“Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres” (párr. 61).

5.4. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

CIDH. “GARANTÍA DE DERECHOS. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”. 30/11/2017.

“[L]a transformación más profunda operada por la Convención sobre los Derechos del Niño fue el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos, al igual que todas las personas, además de reconocerles el derecho a una protección especial, adaptada y reforzada, debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento” (párr. 38).

“Esta nueva visión supone dejar atrás el paradigma de la ‘situación irregular’ y un modelo de protección tutelar, en el cual el Estado intervenía ante lo que consideraba como un ‘hecho anti-social’ cometido por el niño o cuando éste se encontraba ‘en estado de peligro o abandono material o moral’” (párr. 39).

“[S]iempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños o a los niños en general [...] el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. Asimismo, el Estado tiene la obligación de garantizar que el interés del niño sea evaluado y constituya una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por los proveedores de servicios destinados a la niñez, ya sean públicos o privados, además de recogerse en las normas que rigen su funcionamiento” (párr. 330).

CORTEIDH. “ATALA RIFFO Y NIÑAS V. CHILE”. 24/2/2012.

“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 [hay nota]. 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’ [hay nota]” (párr. 108).

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL N° 14”. 29/5/2013.

“[E]l concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto...” (párr. 32).

“El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso” (párr. 67).

“El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño” (párr. 76).

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL Nº 10”. 25/4/2007.

“En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes...” (párr. 10).

CORTEIDH. “OPINIÓN CONSULTIVA 17/2002”. 28/8/2002.

“La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella” (párr. 53).

“Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (párr. 54).

CSJN. “FERNÁNDEZ”. CAUSA Nº 17.156. 18/6/2013.

“[E]l interés superior del niño incluye su derecho a desarrollarse en un entorno adecuado, a la libertad personal, a mantener su vínculo materno filial y a no ser separado de su familia salvo en condiciones de absoluta necesidad. En tal sentido, las soluciones propiciadas por la cámara de casación no logran tutelar, de la mejor manera posible, el interés superior del niño. Crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños. Máxime, en casos como el de estas actuaciones, en que el contacto permanente con la madre se convierte en condición necesaria para que [el niño] pueda acceder a la lactancia materna protegida en diversos instrumentos internacionales (artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que protegen la maternidad).

Esta, por otra parte, es la regla que surge del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada, la que debe ser interpretada a luz de las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas. Estas reglas, luego de considerar ‘los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de los padres’ establecen como pauta de interpretación que ‘[c]uando 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’ (A/RES/65/229, Regla 64).

Cuando en casos como el de este proceso, no existen motivos que justifiquen la separación del niño de su madre, los jueces deben actuar con especial prudencia ya que, la decisión de rechazar el arresto domiciliario puede acarrear el alojamiento del niño en una prisión. Esta alternativa puede servir en casos excepcionales para evitar la disolución del vínculo materno filial, pero no puede dejar de observarse que, además de los derechos señalados, lesiona el derecho a la libertad personal, a la integridad personal de las niñas y niños y el principio de intrascendencia de las penas según el cual la sanción privativa de la libertad no puede trascender de la persona condenada penalmente (artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

5.5. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. “OBSERVACIÓN GENERAL Nº 5”. 27/10/2017.

“El artículo 9, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados partes ‘velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño’. Los Estados partes en la presente Convención ‘prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño’, según se garantiza en el artículo 18, párrafo 2. Además, el artículo 20, párrafo 1, establece que ‘los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado’, y el párrafo 2 dispone que ‘los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños’. Sería discriminatorio prestar otros tipos de cuidado a causa de la discapacidad” (párr. 11).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAD. “INFORME SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”. 9/12/2016.

“[L]a Convención hace especial hincapié en los niños con discapacidad y establece que los Estados deben tomar medidas para que los niños con discapacidad puedan ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones. Para ello es necesario aplicar medidas en favor de la igualdad en todas las esferas, respetando el interés superior de los niños y sus opiniones sobre las cuestiones que los afectan, y proporcionarles una asistencia adecuada a su discapacidad y edad” (párr. 16).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANO. “INFORME SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 5 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”. 9/12/2016.

“[L]a igualdad se complementa con el principio de no discriminación, en el que se basan todos los tratados de derechos humanos, y trata de evitar toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que deje sin efecto u obstaculice el reconocimiento y ejercicio en igualdad de condiciones

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

de los derechos por diferentes motivos, como la raza, el origen étnico, el género y la nacionalidad, entre otros, sin justificación objetiva. Si bien las acciones del Estado sobre la base de este principio y con el objetivo de la igualdad son constantes y evolucionan progresivamente, el principio de no discriminación establece obligaciones inmediatas. La aplicación de este principio no ha estado sujeta a ninguna condición para otros grupos. En la práctica, sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo objeto de condiciones que socavan la aplicación del principio de no discriminación en su caso; por ejemplo, ninguna mujer puede ser privada de su libertad en razón de su sexo, pero la mayor parte de las legislaciones nacionales permiten que las personas con discapacidad psicosocial sean privadas de su libertad en razón de su deficiencia” (párr. 5).

6. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA

6.1. UN VARÓN CON HIJOS O HIJAS MENORES DE 5 AÑOS

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA III. “SCL”. REGISTRO N° 476/2018. CAUSA N° 55164/2006. 8/5/2018.

Un hombre con cinco hijos e hijas –tres menores de edad, de 14, 4 y 2 años– se encontraba detenido. Dado que su madre había fallecido, los dos niños más pequeños se encontraban al cuidado de sus nietas de 9 años. En ese marco, la defensa solicitó que se le concediera el arresto domiciliario. La petición fue rechazada por el tribunal. Contra esa decisión se interpuso un recurso de casación. La Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional anuló la resolución y remitió las actuaciones para que se realizaran una serie de medidas antes de resolver la incidencia. Una vez cumplidas, el tribunal denegó de nuevo la petición por considerar que los niños gozaban de buena salud, estaban escolarizados y que, en definitiva, no se encontraban en una situación de abandono o desamparo. Contra esa decisión su defensa interpuso un recurso de casación.

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por mayoría, hizo lugar al recurso de casación, casó la decisión y concedió la prisión domiciliaria (jueces **Jantus** y **Huarte Petite**).

“El padre también debería estar incluido aunque la ley sólo mencione a la madre, y este es uno de los supuestos, en que la madre falleció, por lo menos de los dos que todavía no llegan a los 5 años. [...] El tema [...] que haya dos menores que tengan todavía 2 y 4 años es particularmente importante, no hay que olvidar que la **Observación General N° 5** habla específicamente de los especiales cuidados que tienen que tener los niños de la primera infancia, y habla de los niños hasta los 5 años, y en este caso, están y en esto coincide con la defensa, prácticamente en una situación de extrema vulnerabilidad, porque no hay un adulto que pueda ocuparse de ellos como se deben ocupar los adultos y el Estado, de los niños de esa edad...” (voto del juez **Jantus** al que adhirió el juez **Huarte Petite**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “CAGNONE LAVAQUE”. REGISTRO N° 1135/2020. CAUSA N° 71003830/2012. 27/8/2020.

Un hombre fue detenido en julio de 2011 por la comisión de un delito y en octubre de ese año fue excarcelado para realizar un tratamiento por su adicción a los estupefacientes. Por esa razón, estuvo internado en una institución bajo modalidad “cerrada” hasta noviembre de 2012. En agosto de 2015 contrajo matrimonio con una mujer y tuvieron dos hijas. En 2018 se divorciaron y acordaron judicialmente el cuidado compartido indistinto de las niñas, de tres y dos años, que

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

habitaban en el domicilio del hombre como “sede principal”. En septiembre de 2019, la condena del imputado quedó firme. Entonces, se presentó de manera espontánea en sede policial y quedó detenido. Desde su detención, la hija menor comenzó con espasmos sollozos y le fue diagnosticada epilepsia, mientras que la hija mayor había vuelto a usar pañales. La madre de las niñas tuvo que ausentarse de su empleo para proporcionarles los cuidados necesarios. Frente a ese contexto, la defensa solicitó que le concedieran el arresto domiciliario a su asistido. El asesor de menores acompañó el pedido. En ese sentido, sostuvo que debía prevalecer el interés superior de las menores de edad y debía evitarse que la pena recaída en contra del padre las perjudicara. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal se expidió de manera favorable al pedido. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Para decidir de esa manera, explicó que el inciso f) del artículo 32 de la Ley de Ejecución Penal no contemplaba el supuesto de arresto domiciliario para menores de cinco años. Además, agregó que no se encontraba comprometido el interés superior de las niñas ya que no atravesaban una situación de desamparo. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar a la impugnación, anuló la resolución y reenvió las actuaciones al tribunal de origen para que dictara un nuevo pronunciamiento (jueces **Yacobucci** y **Slokar**¹).

“[L]os argumentos del tribunal para apartarse de la postura del representante del Ministerio Público no consultan adecuadamente las finalidades y *ratio* de la ley 24.660 y de la normativa convencional (Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849, art.3.1 y 4, Observación General n°14, [...] del Comité de los Derechos del Niño). Y esto, por cuanto se pretende limitar la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria, en los términos del art. 32, inc. F de la citada norma, solo a las progenitoras mujeres. Contrariamente a lo sostenido en la sentencia puesta en crisis, donde se dice textualmente que ‘*Resulta evidente que el supuesto de ‘padre de menores de 5 años’ no está previsto en la ley para la concesión del beneficio*’, la consideración de estos casos debe estar guiada necesariamente por el interés superior de los menores; no por limitaciones rígidas basadas en el sexo del solicitante o en los rangos etarios de aquellos.

Esa aproximación hermenéutica, además del literalismo formalista que supone, entra en crisis con las exigencias sistemáticas, teleológicas y consecuencialistas que disciplinan una interpretación justa y razonable de los enunciados legales.

En efecto, para adherir la fiscalía a la morigeración reclamada, tomó de sostén la condición particular de vulnerabilidad en la que se encontraban ambas niñas; quienes, hasta la detención de su padre, estaban al cuidado de éste. Además, fueron gravemente afectadas, en términos que, normativamente, son alcanzados por las previsiones legales arriba citadas. Estas circunstancias se exhiben, objetivamente, por ejemplo, en el caso de su hija menor, que padece una enfermedad que la llevó a sufrir asiduamente convulsiones, o en el caso de la mayor, que comenzó a manifestar regresiones en lo que refiere a control de esfínteres”.

“[N]o se advierte en el fallo criticado en el recurso que se identifique alguna necesidad jurídica de padecimiento de castigo empírico carcelario, que trascienda el reproche y la pena atribuida, y no pudiera ser atendido mediante detención domiciliaria. Este aspecto que, en otros supuestos, puede omitirse sin más, resulta por el contrario exigible en el caso particular, pues la cuestión fue oportunamente introducida por las partes y, sin embargo, soslayada en el decisorio.

¹El juez Slokar remitió a su voto en CFCP, Sala II, “Guarnieri”, Reg. N° 360/2020, 21/5/2020. Allí, a su vez, remitió al fallo “Ruffa” de la misma sala, resuelto el 2 de junio de 2017, en donde expuso que la exclusión de los padres como posibles beneficiarios del arresto domiciliario sólo podía explicarse a través de la utilización de prejuicios que reforzaban los estereotipos de género que asignaban a las mujeres una función preponderante en la esfera doméstica.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En virtud de lo expresado y en lo que aquí interesa frente a este contexto excepcional, no observo necesidad de que la pena se satisfaga mediante el padecimiento de su ejecución carcelaria por parte del condenado, coincidiendo así con la opinión favorable del fiscal. De ese modo, por los motivos procesales y materiales adelantados y desenvueltos precedentemente, considero que la sentencia recurrida carece en este punto de una debida fundamentación” (voto del juez **Yacobucci**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “MEDINA”. REGISTRO N° 2730/2019. CAUSA N° 55652/2017. 23/12/2019.

Un hombre se encontraba detenido por la comisión de un delito. Desde su detención, su hija de cuatro años presentaba un cuadro de estrés reactivo postraumático. Frente a ese contexto, la defensa solicitó el arresto domiciliario de su asistido en los términos del inciso f de los artículos 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución. En ese sentido, presentó un informe psicológico sobre el estado de la niña y un informe del colegio al que asistía que indicaba que se habían observado cambios negativos en la menor de edad desde la detención de su padre. Por su parte, el Asesor de Menores se expidió de manera favorable al pedido. Entre otras cuestiones, explicó que la presencia del hombre en el hogar favorecería el desarrollo y crecimiento de su hija. El tribunal rechazó el pedido. Para decidir de esa manera, efectuó un repaso de los informes presentados por la defensa y concluyó que no había prueba que acreditara que la concubina del detenido se encontraba imposibilitada de cumplir con su rol de madre. Agregó que no se verificaba una lesión al interés superior de la niña que justificara hacer una excepción al inciso f) del artículo 32 de la ley N° 24.660. Contra esa decisión, la defensa presentó un recurso de casación.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar al recurso de casación y anuló la decisión impugnada. Asimismo, aclaró su decisión no implicaba anticipar juicio respecto de la procedencia de la detención domiciliaria (juez **Slokar** y jueza **Ledesma**).

“[D]e la decisión en crisis se advierte que si bien el *a quo* realizó un repaso de los informes glosados en autos, con respecto a la hija de 4 años del encausado limitó su conclusión a señalar que: ‘...no hay prueba que acredite que [la mujer] esté imposibilitada de cumplir con su rol de madre o cuidar a la niña o a su otra hija y que sea eventualmente necesaria indispensablemente la presencia [del detenido] para cumplir tal rol o brinda dicha protección’, y que: ‘...no se aprecian elementos para tener por verificada una lesión al interés superior de los derechos del niño, ocasionada por el cuidado por parte de [la madre] de la niña de 4 años de edad [...] que justifique hacer excepción a la letra del art. 32 de la Ley 24.440 [sic]’.

En este contexto, se advierte que se omitió el tratamiento de aquellos extremos señalados por la defensa y por el asesor de menores en punto al informe psicológico, el informe del Colegio de Psicólogos y el del jardín de infantes, los que resultaban conducentes a los efectos de evaluar la procedencia de la modalidad de detención cautelar impetrada en favor del encausado, en particular aquellos inherentes a la evaluación global de todos los informes y al impacto de la posible revinculación de la niña con su padre de acuerdo a su interés superior” (voto del juez **Slokar**, al que adhirió la jueza **Ledesma**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “URBINA”. REGISTRO N° 2138/2019. CAUSA N° 9948/2018. 25/10/2019.

Un hombre que se encontraba detenido tenía un hijo de dos años. El niño se encontraba al cuidado de su madre, quien tenía una alta carga horaria laboral, y de su abuela que realizaba un tratamiento oncológico. En ese contexto, la defensa del hombre solicitó que se le concediera la

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

prisión domiciliaria. La Asesora de Menores acompañó el pedido y sostuvo que el niño se encontraba en una situación de vulnerabilidad psico-emocional. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Contra esa decisión, la defensa y la Asesora de Menores interpusieron sendos recursos de casación.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por unanimidad, hizo lugar a la impugnación, casó la sentencia recurrida y concedió el arresto domiciliario (jueces **Yacobucci** y **Slokar** y jueza **Ledesma**).

“[L]a resolución cuestionada fundó su decisión en que las circunstancias del caso no se adecuan a ninguna de las causales establecidas por el art. 32 de la ley 24.660. Además, que no se advertía que el menor en cuestión se encuentre en una situación de desamparo, abandono o inseguridad material o moral que habilite a hacer lugar a la excepcionalidad pretendida, pero no ha desarrollado el contenido de este concepto.

En ese sentido, el *a quo ha* omitido valorar que, de acuerdo a lo manifestado por la defensa y la documentación acompañada en el incidente, la abuela materna del menor [...], una de las personas que integrarían el grupo de adultos encargados de velar por su interés, transita un tratamiento intenso de quimioterapia y no podría hacerse cargo del cuidado del menor, mientras que toda la familia paterna se encuentra radicada en la provincia de San Salvador de Jujuy [...]. Tampoco ha considerado que del informe socio-ambiental se desprende que, actualmente, la progenitora del menor trabaja en relación de dependencia [...] y su jornada laboral es de 12 a 22 hs. más sábados y domingos de 13 a 21:30 contando con un solo franco semanal los días viernes [...].

Por otra parte, en el resolutorio recurrido no se analizó la posibilidad de incorporar al imputado [...] al ‘Protocolo para la asignación prioritaria del dispositivo electrónico de control’ dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación” (voto del juez **Yacobucci** al que adhirieron el juez **Slokar** y la jueza **Ledesma**).

“Sobre el particular, corresponde examinar si la situación de [el hombre] está comprendida en los supuestos del artículo 10 del CP y 32 de la ley 24.660. Nótese que [su hijo], de dos años y cuatro meses de edad, es hijo del imputado [...], y la circunstancia de que sea el padre del menor quien solicita la medida, no puede ser un obstáculo a su concesión en los términos del art 10 inc. f) del CP y 32 inc. f) de la ley 24.660, ello así pues ‘*lo que la norma pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre, más allá del género de la persona privada de la libertad*’”.

“Por otra parte, es dable remarcar que la decisión del Tribunal no se ajusta a los parámetros exigidos por las normas vigentes que imponen dar preeminencia al interés superior del niño [...]. ‘*Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...)* A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos’ (Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que ‘(l)a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales’ (Fallos 324:975)” (voto concurrente de la jueza **Ledesma**).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA, SALA II. “VRB”. CAUSA N° 21710/2019. 24/4/2020.

Un varón había sido condenado por el delito de transporte de estupefacientes a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, y se encontraba alojado en el Complejo Penitenciario Federal III del NOA en la ciudad de Güemes, provincia de Salta. El hombre era padre de dos niños de cuatro años y dos meses de edad, quienes vivían con su madre en una casa prestada en Chubut. La mujer se dedicaba al cuidado exclusivo de sus hijos, por lo que no podía trabajar y su único ingreso económico provenía de una indemnización laboral y de la asignación universal por hijo. Por esa razón, la defensa solicitó que se le concediera la prisión domiciliaria. El asesor de menores señaló que el hombre contribuiría en la crianza de sus hijos, lo que afianzaría los vínculos familiares y el derecho de los niños a vivir en un núcleo familiar adecuado. El juzgado de ejecución rechazó el pedido. Para decidir de esa manera, sostuvo que los hijos no se encontraban en una situación de desprotección ya que la madre estaba a su cargo. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de revisión.

La Cámara Federal de Apelaciones de Salta hizo lugar a la impugnación, revocó la decisión recurrida y concedió el arresto domiciliario al imputado (jueces **Castellanos, Elías y Catalano**).

“[N]o obstante el hecho [...] no encaja en la literalidad de ninguno de los incisos [del artículo 32 de la ley N° 24.660], las circunstancias particulares acreditadas en el marco de esta incidencia, especialmente referidas a la situación de sus hijos, amerita excepcionalmente un trato favorable a su pedido [...]. En efecto, el principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los menores, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de la infancia y a la promoción y preservación de sus derechos...”.

“[A]unque [...] la solicitud de autos se refiere a un individuo de sexo masculino, se estima que como todo padre, él es también un sostén fundamental para la crianza de los hijos, indispensable –en el caso– porque se demuestra que la madre se encuentra superada por un contexto adverso y el corto tiempo de vida del segundo bebé, cuando el mayor no llega a los cinco años. Sobre tales bases y como se anticipó, existe en autos una situación de vulnerabilidad de la pareja del interno y de sus dos hijos [...]. Tales circunstancias [...], llevan a considerar que la nombrada es la única persona adulta a cargo de los niños, cuya subsistencia depende de los ingresos percibidos por el cobro de una indemnización (se infiere que por el despido de su trabajo) y una Asignación Universal por Hijo, lo que se agrava desde que cuenta con un hijo recién nacido, ya que mengua su capacidad para realizar tareas laborales con normalidad”.

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA. “RJR”. CAUSA N° 91001074/2010. 28/4/2017.

Un varón fue condenado a una pena privativa de la libertad y se dispuso su alojamiento en el Complejo Penitenciario Federal I. El hombre tenía siete hijos, de los cuales seis eran menores de edad. Los niños se encontraban al cuidado exclusivo de su madre. Tanto la mujer como algunos de sus hijos tenían problemas de salud. Sin embargo, desde la detención del hombre dejaron de realizar consultas y exámenes médicos debido a la falta de medios económicos. En ese contexto, los hijos mayores perdieron la regularidad escolar y la mujer se vio imposibilitada de trabajar. La defensa solicitó la prisión domiciliaria de su asistido. A tal fin, se aportaron diversos informes médicos y socio ambientales que daban cuenta de la apremiante situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la familia. El representante del Ministerio Público Fiscal se opuso al pedido.

La Secretaría de Ejecución Penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia dispuso la prisión domiciliaria del imputado bajo el régimen de vigilancia electrónica (juez **Guanziroli**).

“Que terminológicamente la regla se refiera al carácter femenino del progenitor no quita que se extienda a la otra persona de la especie, dado que la restricción generaría un inaceptable prejuicio inconstitucional (art. 16 CN)”.

“[L]a circunstancia que la regla legal sea facultativa y no imperativa no resulta impeditiva para que [se valoren] todas las circunstancias fácticas que rodean al peticionante...”.

“El interés superior del niño derivado de los informes socioambientales [...] no se conjuga con suscitar actuaciones burocráticas, sino, en todo caso, con controlar la actividad del beneficiario en su ámbito familiar”.

“No hay que olvidar que la C.A.D.H. en su art. 5.3 declara que ‘[l]a pena no puede trascender de la persona del delincuente’ lo que significa que sólo él debe sufrirla aunque en los hechos, al imponerse una pena privativa de libertad, puede decirse que es evidente que la pena afecta a terceros cercanos en las relaciones intra e interfamiliares aunque se puedan limitar sus alcances...” (voto del juez **Guanziroli**).

6.2. UN VARÓN CON HIJOS O HIJAS MAYORES DE 5 AÑOS

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA II. “CALDERÓN MAYURI”. REGISTRO N° 2579/2020. CAUSA N° 12594/2020. 26/8/2020.

Un hombre fue condenado a la pena única de un año y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento. El hombre había sido sometido a una intervención quirúrgica por la cual le habían extraído el vaso y el páncreas y, en consecuencia, debía alimentarse con una dieta restringida. Además, tenía tres hijos de 2, 6 y 10 años, que se encontraban al exclusivo cuidado de su madre. Frente a la situación de emergencia sanitaria, la defensa solicitó que se le concediera el arresto domiciliario en los términos del inciso i) del artículo 210 del CPPF. Luego, amplió el pedido en función del inciso f) de los artículos 10 CP y 32 de la Ley de Ejecución. En esa dirección, presentó un informe del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación en el que daba cuenta que la mujer tenía un tumor en el cuello y que, desde el aislamiento social preventivo y obligatorio, no había podido continuar con su trabajo habitual. En ese sentido, el informe concluyó que la familia del detenido atravesaba una delicada situación socioeconómica ya que contaba con las Asignaciones Universales por Hijo como único ingreso monetario fijo. Por su parte, la Dirección de Asistencia para Personas Bajo Vigilancia Electrónica informó que estaban dadas las condiciones para incorporar al hombre al programa y que su presencia en el hogar tendría un impacto positivo para sus hijos. Además, el asesor de menores se expidió de manera favorable al pedido. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Entre otras cuestiones, sostuvo que los hijos del condenado no se encontraban en una situación de abandono ni de inseguridad material que habilitara la concesión del instituto.

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional no logró conformar una mayoría. En ese sentido, el juez Días votó por declarar inadmisibles los recursos, el juez Sarrabayrouse propuso hacer lugar de manera parcial al recurso y conceder la prisión domiciliaria, y el juez Morín consideró que debía declararse la nulidad del dictamen fiscal. Por esa razón se convocó a un cuarto juez y, por mayoría, hizo lugar parcialmente al recurso, casó la decisión impugnada y concedió la prisión domiciliaria al condenado (jueces **Sarrabayrouse** y **Huarte Petite**).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

“En el caso, se solicitó la prisión domiciliaria porque la pareja [del detenido] con quien tiene dos hijos y una hija menores de edad se encontraba atravesando una delicada situación socioeconómica, y que los niños y la niña se encontraban bajo su cuidado exclusivo. Conforme surge de la compulsión del legajo, se han producido diversos informes que dan cuenta de la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentra inmersa tanto la referente propuesta como los menores [...]. En este contexto, [se debe] atender la situación de los niños y la niña, y también la de su madre” (voto del juez **Sarrabayrouse** al que adhirió el juez **Huarte Petite**).

“[E]l supuesto definido en el inciso ‘f’ no encuentra su fundamento en el interés del condenado, sino en el interés superior del niño que en cada caso se viese afectado, pues lo que se busca preservar por medio de esta norma es el beneficio de los menores involucrados. Por ello, es que la norma en cuestión no debe entenderse como limitada a la ‘madre’ del niño, sino que dadas ciertas circunstancias, que [...] concurren en el caso, debe extenderse su alcance también al ‘padre’.

[Además] corresponde evaluar concretamente en cada supuesto qué es lo que resulta mejor para los menores cuyo padre o madre estuviesen privados de libertad. Con ese norte, [...] son varios los elementos que dan cuenta de la situación de vulnerabilidad que atraviesa el entorno familiar del condenado, a lo que se sumó el dictamen favorable al otorgamiento de la prisión domiciliaria por parte del Sr. Defensor de Menores (representante de los intereses de los niños involucrados en el caso de autos), y lo expuesto, en el mismo sentido, por el Programa de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica, que concluyó en que se encuentran dadas las condiciones para que [el hombre] ingrese al mencionado programa” (voto del juez **Huarte Petite**).

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA III. “SAR”. REGISTRO N° 677/2018. CAUSA N° 166913/2017. 14/6/2018.

Un hombre –padre de dos hijos de 6 y 12 años y concubino de una mujer con discapacidad– cumplía una pena privativa de la libertad. Entonces, solicitó que se le concediera el arresto domiciliario en los términos de los incisos b) y f) del artículo 32 de la ley N° 24.660. El representante del Ministerio Público Fiscal dictaminó de modo favorable al pedido. Sin embargo, el Juzgado de Ejecución lo rechazó por considerar que el artículo 32, inciso f, de la ley N° 24.660 no contemplaba la posibilidad de que una persona del género masculino cumpliera una pena bajo la modalidad de arresto domiciliario. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por mayoría, hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y concedió la prisión domiciliaria (jueces **Jantus** y **Huarte Petite**).

“[N]o existe duda acerca de que el fundamento de este supuesto de arresto domiciliario es garantizar el interés superior del niño –a diferencia de los restantes casos previstos por el legislador en el mismo artículo, referidos a la persona del condenado–...”.

“[L]a hermenéutica de la norma en cuestión exige ir más allá de la mera literalidad de la regla e integrarla, en su definición y contenido, en función del *interés superior del niño*; y que si bien en principio corresponde estar a la expresa letra de la ley y atender a sus términos, una aplicación analógica *in bonam partem* no se encuentra prohibida –no la limita el principio fundamental de legalidad–, con lo que el precepto debe ser exceptuado en estos supuestos para garantizar la satisfacción del estándar en cuestión”.

“No se trata únicamente de la repercusión del encierro del padre en el vínculo con el hijo y en la organización y en la economía del hogar, o de la angustia que la detención de aquél le genera a éste –todo lo que, más allá de encontrarse aquí acreditado podría considerarse común a la mayoría de los casos– sino de la desatención de las necesidades básicas del niño a raíz de los severos

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

impedimentos físicos que padece su madre como consecuencia de una extendida y grave enfermedad, y de la ausencia de otros familiares y referentes afectivos.

En función de las características propias de los niños tan pequeños, establecer un límite de edad y sostener que debe ser aplicado a todos los casos sin excepción vulnera abiertamente el mandato convencional –y, por ende, constitucional– de analizar cada caso en particular, según sus propias características y contexto, y resolver en función del mejor beneficio de aquellos”.

“En consecuencia, rechazar la aplicación del instituto porque el niño ha superado en pocos meses el límite en cuestión resulta arbitrario a mi modo de ver, por la absoluta desconexión con la norma que debe guiar su interpretación y con las circunstancias del caso” (voto del juez **Jantus** al que adhirió el juez **Huarte Petite**).

“En efecto, una interpretación del artículo 32, inciso f, de la ley 24.660, con arreglo a las disposiciones de jerarquía constitucional mencionadas en forma precedente, impone concluir en primer término [...] que la disposición de marras no debe entenderse como limitada a la ‘madre’ del niño, sino que, dadas ciertas circunstancias, como las que se verifican en el caso, debe extenderse la norma también al ‘padre’.

En segundo lugar [...] verificada una determinada situación de hecho, como ocurre en autos, debe extenderse la norma a aquellos supuestos en los cuales, si bien se ha excedido el límite etario por ella fijado, no lo ha sido de un modo tal que superase con holgura la edad establecida y pudiese todavía predicarse que el niño se encuentra aún en lo que se ha denominado, conforme lo precisó aquel magistrado, la ‘primera infancia’” (voto concurrente del juez **Huarte Petite**).

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA I. “SMA”. REGISTRO N° 256/2018. CAUSA N° 33981/2017. 20/3/2018.

Un hombre detenido de manera preventiva tenía tres hijos de 8, 9 y 13 años. Además, se había constituido como padre afín de una adolescente de 17 años, hija de su ex pareja. Los cuatro niños se encontraban al cuidado de su abuela paterna, ya que su madre no podía hacerse cargo de ellos. Por esa razón, con base en el interés superior del niño, la defensa solicitó que se le concediera la prisión domiciliaria a su asistido. El Tribunal Oral rechazó el planteo. Para decidir de esa manera, consideró, entre otros motivos, que la situación del hombre no encuadraba en ninguna de las causales previstas por el inciso f) de los artículos 10 del Código Penal y 32 de la ley N° 24.600. Contra esa decisión la defensa interpuso un recurso de casación.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por mayoría, casó la resolución recurrida y concedió la prisión domiciliaria al imputado bajo el régimen de vigilancia electrónica (jueza **Garrigós de Rébori** y juez **Niño**)

“Si bien es cierto que el art. 32 de la ley 24.660, no contempla específicamente la procedencia de la prisión domiciliaria en estos supuestos –al padre para hacerse cargo de niños y niñas menores de cinco años–, no resulta menos cierto que la CDN impone al Estado argentino la obligación de proteger el interés superior de éstos, y que, en virtud del art. 27 de la Convención de Viena, los Estados no pueden alegar disposiciones de derecho interno para incumplir las obligaciones asumidas internacionalmente.

Esta circunstancia torna [...] imperativa en este caso la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 32, inc. f), de la ley 24.660, a fin de cumplir con la manda asumida por nuestra nación de tutelar el interés superior de niños y niñas [...]. En otro orden de ideas, esta analogía, de ningún modo puede considerarse prohibida por nuestro ordenamiento jurídico; la aplicación extensiva del inc. f) de la norma bajo análisis, no resulta en detrimento del imputado [...] y, el beneficio para los niños resulta indubitable. Por lo que, lejos de encontrarse vedada, en este caso, la analogía es alentada por el ordenamiento jurídico, e incluso, necesaria”.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

“[Dada] la necesidad de los niños de contar con la asistencia y cuidado de uno de sus progenitores, y la necesidad estatal de garantizar la comparecencia del imputado al proceso para viabilizar el efectivo ejercicio de la acción penal [...], las facilidades que brinda el control electrónico de arresto domiciliario, satisface ambas necesidades, por lo que, de adoptarse esa modalidad no [habría] posible conflicto entre estas posturas” (voto de la jueza **Garrigós de Rébora** al que adhirió el juez **Niño**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA IV. “CEJAS”. REGISTRO N° 197/2021. CAUSA N° 5742/2018. 10/3/2021.

Un hombre fue detenido y condenado por el delito de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas. El hombre pertenecía a la comunidad Wichi y tenía cuatro hijos e hijas de 10, 9, 4 y 3 años. Desde su detención, su concubina tuvo que asumir la manutención del hogar con la venta de artesanías a turistas y los niños quedaban al cuidado de su hermana mayor de diez años. En ese contexto, la defensa solicitó que se le concediera la prisión domiciliaria a su asistido. El Asesor de Menores indicó que la concesión del instituto sería beneficiosa para sus hijos a los fines de fortalecer el vínculo paterno-filial. Así, sostuvo que la observancia del principio del interés superior de la niñez requería particular atención debido a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraban al ser integrantes de la comunidad indígena Wichi. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal se opuso al pedido. Entre otras cuestiones, consideró que los hijos del condenado no se encontraban en situación de desamparo. El Tribunal Oral rechazó la solicitud. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar a la impugnación, anuló la resolución y reenvió las actuaciones al tribunal de origen para que dictara un nuevo pronunciamiento (juez **Carbajo** y jueza **Ledesma**).

“[S]i bien el presente no encuadra estrictamente en [las disposiciones previstas por el inciso f de los artículos 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución], ello no implica *per se* el rechazo de esta morigeración de cumplimiento de la pena fuera de la cárcel, pues el sentido de las normas atiende a circunstancias de índole humanitarias, amalgamándolas con el caso concreto y teniendo en cuenta fundamentalmente los principios de interés superior del niño y *pro homine*, entre las que se encuentran aquéllas en las que los niños –sin perjuicio de ser mayores de 5 años– puedan hallarse en una situación de desamparo o desprotección tal que amerite su concesión”.

“[L]a Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la consideración rectora del interés superior del niño –establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño–, ‘... *lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos...*’ (Fallos 324:975)”.

“[P]ara la concesión de la prisión domiciliaria debe hacerse un análisis integral de las peculiaridades que rodean al pedido pues, como se advierte, el texto del art. 32 de la ley 24.660 establece que el juez ‘podrá’ disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria [...]. Tal conclusión se impone a partir de la existencia de ese verbo –‘podrá’– empleado por el legislador y guarda coherencia con la conocida pauta de interpretación según la cual la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820 y 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149 y 327:769) y que este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940;

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937 y 312:1484) [...]. Por tanto, resulta claro que se trata de una facultad encomendada por el legislador al juez, quien deberá evaluar, luego del análisis global de las constancias del expediente, si resulta razonable conceder el instituto peticionado”.

“[N]o puede colegirse de modo automático que la pertenencia a una comunidad indígena acredite por sí sola la situación de vulnerabilidad del grupo familiar [del detenido]. Empero [...] en autos se ha delineado un peculiar panorama de fragilidad y padecimientos que impone conocer más de cerca la situación de su familia antes de pronunciarse acerca del instituto que se procura obtener. [A]ntes de determinar el curso del pronunciamiento que resolverá la cuestión debatida, [debe] indagarse con mayor profundidad cuál es la situación de los hijos del requirente, como paso previo imprescindible para dilucidar si se encuentra o no menoscabado el interés superior del niño como fue denunciado en autos y debe garantizarse.

En esa línea, invalidado el resolutorio en estudio y reenviada la causa a su sede, corresponderá que el órgano a cargo de la ejecución de la pena disponga que, con la celeridad que el caso amerita, se practique un amplio y pormenorizado informe socio ambiental por parte de profesionales de la entidad especializada pertinente, en el lugar de su residencia [...]. Cumplida que sea esa medida, deberá oírse a todas las partes interesadas, con carácter previo a que se decida nuevamente acerca de la procedencia del instituto propiciado” (voto del juez **Carbajo** al que adhirió la jueza **Ledesma**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA IV. “GONZÁLEZ”. REGISTRO N° 1065/2018. CAUSA N° 25005863/2012. 24/8/2018.

Un hombre se encontraba detenido por la comisión de un delito. Su grupo familiar se encontraba conformado por su concubina y el hijo de trece años de ésta, con quienes convivía y era el único sostén económico previo a su detención. La mujer se encontraba bajo tratamiento de quimioterapia y realizaba una serie de estudios para los que necesitaba estar acostada por varios días. Desde la detención del hombre, el adolescente se encargaba de los cuidados de su madre, lo que le ocasionaba un gran trastorno emocional. Entonces, la defensa aportó numerosa documentación que daba cuenta de la situación de vulnerabilidad que atravesaba la familia de su asistido y solicitó informes médicos y sociales para constatar ese escenario. En ese marco, peticionó que se le concediera el arresto domiciliario. El Tribunal Oral rechazó el pedido sin dar intervención al Asesor de Menores. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar a la impugnación, anuló la decisión recurrida y remitió las actuaciones al tribunal de origen para que dictara un nuevo pronunciamiento (jueces **Hornos** y **Gemignani**).

“Cabe señalar que, en el caso de autos, la edad del menor en cuyo interés superior se solicita la prisión domiciliaria, no se condice con el límite etario establecido por nuestra legislación. [E]n cuanto a que para casos de este tipo, la concesión de la detención domiciliaria es de carácter facultativo; ya que se trata de una potestad y no de un imperativo, debiendo el magistrado fundar razonablemente su decisión, basándose en las características personales del justiciable y demás circunstancias del caso para analizar la procedencia o no del instituto”.

“[L]e asiste razón a la defensa en cuanto a que la decisión cuestionada resulta arbitraria, ello así, dado que la petición fue rechazada sin haberse corroborado las condiciones socio-ambientales en las que se encuentra el menor con su madre y el estado de salud de la mujer [...].

Corresponde señalar que la defensa aportó numerosa documentación que da cuenta de una situación delicada que debe ser analizada por el *a quo*, solicitando informes médicos y sociales para

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

constatar dicho escenario [...]. Por lo expuesto [...] debieron recabarse también informes psicológicos y socio-ambientales, así como verificarse el estado de salud de la [concubina del detenido], a los fines de realizar un análisis adecuado para la ponderación de los intereses en juego.

Por ello, es que corresponde anular la decisión impugnada, sin que ello implique un análisis axiológico en orden a la cuestión de fondo aquí recurrida” (voto del juez **Gemignani**).

“En el caso de autos, cobran relevancia las disposiciones previstas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación relativas al ‘progenitor afín’, describiéndolo como ‘*el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente*’ (cfr. artículo 672 del Código Civil y Comercial). [...] El artículo 673 dispone que el ‘*cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia*’ [...]. Y el art. 674 establece que el progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando ‘*...no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente*’ [...]. El articulado incorporado a partir de la reciente reforma operada en la materia responde a la realidad de las nuevas formas de relaciones familiares; el padre y la madre afines que conviven con los niños/as y asumen roles diariamente”.

“[C]uando se invoca ‘el Interés Superior del Niño’ en los términos del artículo 3.1 del CDN, resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los jueces de la información pertinente y suficiente para decidir si la morigeración del régimen de prisión preventiva que se solicita en función del interés del niño, sería necesaria e idónea para asegurarlos en los términos de la normativa citada [hay cita].

En función de ello, 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 lo ha separado —en el caso— de su padre y el pedido de prisión domiciliaria es efectuado principalmente en su nombre (artículo 12 de la C.D.N.), pues es aquel 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).

En atención a que dicho órgano no ha intervenido en el caso sino recién ante esta instancia [...], la decisión recurrida aparece desprovista de fundamento, pues al momento de resolver el tribunal no contó con el dictamen del Asesor de Menores; defecto que acarrea la nulidad del fallo recurrida (art. 123 del C.P.P.N.).

Asimismo, [...] el fallo recurrido debe analizarse también desde una perspectiva igualitaria y evolutiva de género, teniendo especialmente cuenta la situación de salud de la madre del niño” (voto del juez **Hornos**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “TEJADA AGUILERA”. REGISTRO N° 1041/2020. CAUSA N° 4262/2020. 19/8/2020.

Un hombre había sido detenido e imputado por la comisión de un delito. Al momento de su detención, sus hijos —de once y trece años— quedaron al cuidado de su tía paterna. Frente a la emergencia sanitaria, la situación de vulnerabilidad del grupo familiar se agravó y basaba su subsistencia en el retiro de bolsones de mercadería que ofrecía la Dirección General de Escuelas de

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

Mendoza. En ese contexto, la defensa solicitó que se concediera la prisión domiciliaria a su asistido en los términos del artículo 32, inciso f) de la ley N° 24.660. El Asesor de Menores sostuvo que, si bien el tope legislativo para conceder el instituto era de cinco años, los hijos del imputado seguían siendo niños y ese límite no resultaba infranqueable. Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal adhirió al pedido de morigeración de la detención. En particular, consideró que debía prevalecer el interés superior de los niños y consideró no existía peligro de obstrucción a la investigación por parte del detenido. El juez a cargo de la instrucción rechazó el pedido. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de apelación. La Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza no hizo lugar a la impugnación y confirmó la decisión apelada. Entonces, la defensa interpuso un recurso de casación.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso de casación, anuló la resolución impugnada y reenvió las actuaciones al tribunal de origen para que dictara un nuevo pronunciamiento (jueces **Yacobucci, Slokar y Mahiques**).

“[L]os argumentos del tribunal para apartarse de la postura fiscal, no consultan adecuadamente las finalidades y *ratio* de la ley 24.660 y de la normativa convencional (Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849, art.3.1 y 4, Observación General n°14, [...] del Comité de los Derechos del Niño).

En efecto, la fiscalía adhirió a la morigeración de la detención reclamada por la defensa y, para esto, tomó como fundamento la condición particular de vulnerabilidad en la que se encuentran ambos niños, quienes basaban su subsistencia en el retiro de bolsones de mercadería que ofrece la DGE por el contexto de cuarentena. En este marco, destacó también que, ante la solicitud de actualización de informes al Área de Niñez, Adolescencia y Familia de la Municipalidad de Ciudad, la respuesta del organismo había sido negativa, debido a la situación de pandemia y porque se encontraban trabajando con guardias en otras actividades específicas. A su vez, meritó que los mismos estaban siendo cuidados por su tía paterna, la cual se veía imposibilitada de retornar a su hogar en Comodoro Rivadavia junto a su familia, considerando también que su padre es la figura de contención de ambos niños.

Adujo, finalmente, que la necesidad de salvaguardar el interés superior de los niños y *‘permanecer al cuidado de sus hijos se ha visto robustecido debido a la especial situación de emergencia sanitaria por la pandemia COVID-19’*, situación que implicaría un mayor arraigo del peticionante, máxime cuando considera que no existía peligro de obstrucción a la investigación en tanto *‘las diligencias probatorias que restan producir no podrían ser obstaculizadas o impedidas por el imputado, aun estando en libertad (art. 222 C.P.F.)’*” (voto del juez **Yacobucci**).

“[L]a situación de Tejada Aguilera guarda adecuado correlato con el supuesto del inc. f) del art. 32 de la ley 24.660, por ser padre de menores de edad, y dado el particular contexto reseñado por el fiscal de la anterior instancia. [E]ntonces, a ese respecto, [...] no media en el auto recurrido una adecuada fundamentación que neutralice los argumentos del reclamante...” (voto del juez **Mahiques**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “CORONEL”. REGISTRO N° 803/2020. CAUSA N° 16854/2016. 17/7/2020.

En abril de 2017, un hombre fue detenido e imputado por la comisión de un delito. Tres meses después fue excarcelado y se mantuvo en esa condición durante todo el proceso, que culminó con una sentencia condenatoria y su nueva detención en agosto de 2019. El grupo familiar del hombre se componía por sus dos hijas de cinco y siete años, su pareja y otra hija de ella, de doce años. Frente a la situación de emergencia sanitaria, la madre de las niñas se vio imposibilitada de

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

salir a trabajar y el único ingreso con el que contaba era la Asignación Universal por Hijo. La defensa del hombre solicitó que se le concediera el arresto domiciliario. El representante del Ministerio Público Fiscal se expidió de manera favorable al pedido. El Tribunal Oral rechazó la solicitud. Para decidir de esa manera, sostuvo que solo las madres de niños menores de edad podían ser beneficiarias del instituto. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación. En esa instancia, se dio intervención al Asesor de Menores, quien explicó que la prisión domiciliaria respondía a la necesidad de cohesión familiar y a la valoración plena del interés superior de la niñez.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por unanimidad, hizo lugar al recurso de casación, casó y anuló la resolución recurrida (jueces **Mahiques, Yacobucci** y **Slokar**). Luego, por mayoría, otorgó la prisión domiciliaria al condenado (jueces **Mahiques** y **Yacobucci**).

“[S]egún el análisis específico de cada caso, a través de una interpretación que atienda al sentido de la norma, corresponde su aplicación analógica *in bonam partem*, alcanzando también al padre del niño, debido a que la razón de ser del supuesto allí contemplado radica en el interés superior del menor [...].

Es que más allá de las razonables limitaciones y dificultades que genéricamente trae aparejada la detención para quien la padece y su entorno, en el plano fáctico del caso en trato, la gravedad de situación económica y familiar hace presumir la existencia de una vulnerabilidad tal que supera el apuntado y por ello habilita su otorgamiento.

Sobre tal postura, de modo razonable se argumentó en la instancia anterior que la hermenéutica de la normativa aplicable exigía ir más allá de la mera literalidad de la regla e integrarla, en su definición y contenido, en función del interés superior del niño.

En consecuencia, y por fuera de cualquier otro extremo que pudiera merecer un examen jurisdiccional, los argumentos que determinaron al fiscal a pronunciarse en favor del otorgamiento de la prisión domiciliaria, superan el test de razonabilidad y legalidad y deben ser atendidos en esta sede” (voto del juez **Mahiques**).

“[Corresponde] atender a la nulidad de la resolución en crisis, a partir de observar que en el *sub examen* el arresto domiciliario se solicitó con invocación del interés superior del niño, en razón de que el condenado es padre de niñas menores de edad, maguer lo cual se ha decidido la cuestión sin haber dado intervención a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces para que se pronuncie respecto del mejor interés de las menores, lo cual resultaba ineludible a los fines de garantizar el invocado interés superior del niño [...].

En este sentido, la presentación del defensor de menores en esta instancia no suple la de la instancia anterior, donde debía darse cumplimiento a un amplio contradictorio, lo cual evidencia que el magistrado justipreció sin contar con la totalidad de los elementos relativos al caso.

Asimismo, cabe recordar [...] que la exclusión de los padres como posibles beneficiarios del instituto en cuestión sólo puede explicarse recurriendo a prejuicios que ‘refuerza[n] los estereotipos de género que asignan a las mujeres una función preponderante en la esfera doméstica’...” (voto del juez **Slokar**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “PASCUA”. REGISTRO N° 2749/2019. CAUSA N° 106204/2018. 23/12/2019.

Un hombre fue detenido e imputado por la comisión de un delito. Su grupo familiar se conformaba por su concubina y cuatro hijos, tres menores de edad y uno de quince años. Desde el

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

momento de su detención, la mujer pasó a ser el único sostén económico del hogar y el hijo mayor debió abandonar sus estudios secundarios para hacerse cargo del cuidado de sus hermanos menores. La defensa del hombre solicitó que le concedieran la prisión domiciliaria. Fundó el pedido en las graves condiciones de salud física y psicológica de su familia. Por su parte, el equipo interdisciplinario del programa de Asistencia a Personas Bajo Vigilancia Electrónica observó que la presencia del hombre en el domicilio aportaría que sus hijos e hijas recibieran contención cercana y sostenida. El juez rechazó el pedido. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de apelación. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín confirmó la resolución de la instancia anterior. Para decidir de esa manera, sostuvo que en el caso no se daba una situación extraordinaria de desamparo o inseguridad. Contra dicha resolución, la defensa del imputado y la Defensora Pública de Menores interpusieron recursos de casación.

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por unanimidad, hizo lugar a los recursos de casación, anuló la decisión impugnada (jueza Ledesma y jueces Yacobucci y Slokar) y, por mayoría, concedió el arresto domiciliario al imputado (jueza **Ledesma** y juez **Yacobucci**).

“[S]e omitió el tratamiento de [los] extremos señalados por los profesionales que elaboraron los diferentes informes glosados en autos, los que resultaban conducentes a los efectos de evaluar la procedencia de la modalidad de prisión impetrada en favor de la encausada”.

“[E]l decisorio recurrido exhibe una fundamentación tan sólo aparente, constituyendo tal defecto una causal definida de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la vez que desatiende el artículo 123 del rito, en cuanto exige que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas en la causa, todo lo que conduce necesariamente a su descalificación” (voto del juez **Slokar**).

“[E]n la resolución objeto de impugnación, no se valoraron las conclusiones del informe social, en cuanto, ‘...durante el día los niños quedan bajo el cuidado de L.D.P. de 15 años de edad (hijo mayor) ya que [la] (pareja de Pascua) es el único sostén económico del hogar y trabaja como empleada doméstica’. Esta situación ha provocado que el menor tenga que abandonar el secundario y abocarse al cuidado de sus hermanos pequeños, cuestión que también se resalta en el informe mencionado [...]. De esta manera, el tribunal incurrió en un supuesto de arbitrariedad [...] que descalifica el pronunciamiento examinado como acto jurisdiccional válido” (voto de la jueza **Ledesma** al que adhirió el juez **Yacobucci**).

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE BAHÍA BLANCA. “FERREIRA”. CAUSA N° 19781/2017. 30/4/2020.

Un hombre había sido condenado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por el delito de transporte de estupefacientes y se encontraba detenido en la Unidad Penitenciaria N° 4 del Servicio Penitenciario Federal en Santa Rosa. Su familia estaba compuesta por su pareja y sus tres hijos de 8, 6 y 2 años, quienes residían en una localidad a más de trescientos kilómetros de la unidad. La pareja carecía de un trabajo formal y debido a la distancia y la falta de recursos económicos no podía ir a visitarlo con sus hijos. El hombre había alcanzado el requisito temporal para acceder al régimen de salidas transitorias y, frente a la declaración de emergencia sanitaria, solicitó *in pauperis* que se le concediera la prisión domiciliaria. Luego, su defensa fundamentó el pedido y la fiscalía lo rechazó.

El Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca, de manera unipersonal, concedió el arresto domiciliario al imputado (juez **Aguerrido**).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

“[E]l núcleo familiar primario del condenado integrado por su pareja y tres hijos menores de edad [...] distante a más de 300 kilómetros del lugar de alojamiento del nombrado [...]. Ello sumado los magros ingresos informados con los que cuenta su grupo familiar, torna imposible el contacto en el establecimiento penitenciario. Por lo que, en aras de favorecer la unión y el acercamiento familiar, teniendo en consideración los derechos de los niños y con el fin de salvaguardar los mismos, [se considera que] la concesión de la medida solicitada habrá de restablecer el vínculo paterno-filial” (juez **Aguerrido**).

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE ROSARIO. “PHM”. CAUSA N° 8100022/2010. 7/4/2017.

Un hombre había sido imputado por el delito de tenencia simple de estupefacientes. Estuvo detenido diecisiete días, fue excarcelado y permaneció en libertad durante todo el proceso. Siete años y medio después de la comisión del hecho, el imputado fue condenado a la pena de dos años de prisión y se lo declaró reincidente. Esa sentencia motivó su detención. El imputado tenía cinco hijos menores de 10 años que se encontraban al exclusivo cuidado de su madre. La mujer era el único sustento económico de la familia, por lo que debía salir a trabajar y dejar solos a los niños. Frente a esta situación, la defensa solicitó que se concediera el arresto domiciliario a su asistido. La presentación fue acompañada de diversos informes que daban cuenta de la severa situación de pobreza en la que se hallaba el grupo familiar, entre lo que se destacaban necesidades básicas insatisfechas. El representante del Ministerio Público Fiscal se opuso al pedido. En su dictamen, entendió que no se daban en el caso ninguno de los presupuestos contemplados en la Ley de Ejecución Penal para el otorgamiento del instituto solicitado.

{ El Tribunal Oral Federal N° 1 de Rosario, de manera unipersonal, ordenó el cumplimiento de la condena bajo el régimen de vigilancia electrónica llevado a cabo en el domicilio del imputado (juez **Paulucci**). }

“[L]a situación de crisis familiar [...] sólo puede acentuarse con la permanencia del encartado en un centro de detención carcelario, [lo que] atenta directamente contra el principio de no trascendencia de la pena a terceros, atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad de aquellos sobre quienes él ejercía la manutención económica y emocional”.

“[L]a detención domiciliaria, lograría en el presente caso, un equilibrio entre el principio que se pretenda proteger y la aplicación del rigor estatal para garantizar el cumplimiento de la pena impuesta”.

“[L]a situación [del imputado] no encuentra recepción cabal en las previsiones del art. 10 del Código Penal y el art. 32 de la ley 24.660 (tal como lo sostuvo el Fiscal General [...]), el presente caso reviste características excepcionales que ameritan la concesión de un a medida morigerada del encierro [...] a efectos de poder alcanzar los fines de reinserción social...” (juez **Paulucci**).

6.3. UN VARÓN CON HIJOS O HIJAS CON DISCAPACIDAD

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA III. “CJA”. REGISTRO N° 1031/2016. CAUSA N° 247/2005. 20/12/2016.

Un hombre que se encontraba detenido en una unidad penitenciaria solicitó que se le concediera el arresto domiciliario para cuidar a su hijo de 15 años. El adolescente tenía autismo y estaba bajo el cuidado de su madre, que cursaba un embarazo con fecha de parto próxima. El juez de Ejecución rechazó el pedido, sin conferirle intervención al asesor de menores. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por unanimidad, hizo lugar a la impugnación, anuló la sentencia y remitió las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dictara un nuevo pronunciamiento (jueces **Mahiques, Magariños y Jantus**).

“No hay duda de que los artículos citados en sus respectivos incisos [artículos 32 inciso ‘f’ de la Ley 24.660, 10 inciso ‘f’ del Código Penal] [...] tienen como razón de ser de la prisión domiciliaria, el interés del niño, a diferencia de los restantes incisos en donde la atención está puesta directamente en la persona del condenado, y su razón de ser es propia de su persona. Indica que aquí, la voluntad del legislador es atender al interés del niño...”.

“No puede dejar de señalarse que no constituye obstáculo, en ese sentido, la circunstancia de que se esté frente a un condenado que es el padre de un niño, esto es, que no se dé estrictamente lo que la letra de la ley establece. Precisamente, continúa, si bien en principio corresponde estar a la expresa letra de la ley, lo cierto es que una aplicación analógica in *bonam partem* no se encuentra limitada por el principio de legalidad y, en consecuencia, si la razón de ser de la norma es el interés superior del niño y éste puede estar en juego frente a un supuesto en que el condenado sea el padre y sea conveniente, entonces, efectivamente, que se conceda la prisión domiciliaria al padre en pos de dicho interés, se estará haciendo una aplicación analógica de la norma en el referido sentido. Por lo tanto, entienden que debió sustanciarse la cuestión con intervención del asesor de menores a efectos de escuchar, precisamente, al interesado según la norma, que es el niño...” (voto del juez Magariños al que adhirieron los jueces Jantus y Mahiques).

“[D]ese el punto de vista convencional, la razón de ser del arresto domiciliario en el supuesto del que se está hablando no es la situación del condenado, sino, específicamente, la del niño y, si se va a hacer valer el principio del interés superior del niño, conforme a la Observación General N° 14 y al artículo 12 de la Convención del Niño, no puede evaluarse la cuestión sin escucharlo. [L]o que [se] aprecia en este incidente, es que la razón de la prisión domiciliaria es el interés superior del niño, sumada a su situación de discapacidad. [A]quí se pasó por alto escucharlo de la manera en que hay que hacerlo, esto es, a través del asesor de menores, lo que significa desconocerlo como sujeto de derecho, siendo ese, justamente, el fin principal de la norma” (voto concurrente del juez Jantus).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “RUIZ”. REGISTRO N° 1040/2020. CAUSA N° 14049/2017. 19/8/2020.

Un hombre que se encontraba detenido era padre de tres hijos, de 15, 13 y 8 años. El mayor sufría una malformación genética y dependía de un tercero para ser movilizado a través de una silla de ruedas. Además, le habían detectado problemas de corazón y debía ser intervenido de manera quirúrgica. Desde la detención del hombre, los niños quedaron al exclusivo cuidado de su madre, que era el único sostén emocional y económico de la familia. Frente a esa situación, la defensa presentó un informe social que concluía que el joven requería constantes cuidados y la asistencia de un adulto mayor. Además, explicaba que el adolescente había abandonado los estudios secundarios desde la detención de su padre. Por esa razón, la defensa solicitó que se concediera el arresto domiciliario en los términos del artículo 32, inciso f) de la ley N° 24.660. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Para decidir de esa manera, consideró que los niños se encontraban al cuidado de la madre y no se había verificado un estado de desprotección o desamparo ni una situación de extrema vulnerabilidad que comprometiera el interés superior de la niñez. Contra esa decisión la defensa interpuso un recurso de casación.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la impugnación, anuló la decisión recurrida y devolvió las actuaciones al tribunal de origen para que dictase un nuevo pronunciamiento (jueces **Yacobucci, Mahiques** y **Slokar**).

“Se advierte una falta de fundamentación de la sentencia que impone la favorable acogida del recurso de la defensa. Ello, en tanto en la sentencia recurrida no se brindan razones por las cuales la situación por la que se encuentra atravesando [el hijo] –y que fuera debidamente acreditada por la asistencia técnica– no encuadra en las previsiones legales.

A ello, se debe agregar que el tribunal de origen no sólo ha desatendido los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino respecto del menor de edad y el deber de velar primordialmente por el interés superior del niño (art. 3.1, CDN) sino también y, especialmente, lo relativo al resguardo de los derechos del niño con discapacidad (art. 23, CDN y Observación General nº 9 del Comité de los Derechos del Niño).

En este punto, corresponde señalar que la Argentina firmó y ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuyo propósito es *‘es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente’* (art. 2).

Cabe resaltar el art. 7 de la referida Convención que establece que *‘1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño’*.

Asimismo, se debe hacer referencia al Preámbulo de dicha Convención en donde se establece que *‘la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones’*.

De esta forma, se observa que esta normativa internacional que resulta vinculante y aplicable al caso en razón de que [el niño] es menor de edad y tiene una discapacidad que lo aqueja y que fue inobservada en el caso, impone hacer lugar al recurso de casación de la defensa oficial.

Máxime cuando del informe reseñado *ut supra* surge que no se encuentra escolarizado y que la vivienda no está adaptada para las necesidades del menor, todo lo cual contradice lo consignado por los arts. 24 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y arts. 27 y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello, además de encontrarse atravesando ciertos problemas en su salud –nótese que en el informe se indicaba que debía ser operado por problemas cardíacos–. [...] Cabe aclarar que no se desconoce que [el niño] convive con su madre y hermanos de 8, 13 y 18 años, pero el tribunal no ha explicitado los motivos por los cuales esa situación alcanza a suplir las necesidades del niño.

En este punto, debe subrayarse que, en tanto se encuentra imposibilitado de movilizarse por sus propios medios, requiere de atención continua –tal como surge del certificado de discapacidad en donde se consigna que necesita de un acompañante–. Esa carga mal podría atribuirse sin más a los hermanos [...], también menores de edad, y en autos no surge que sea debidamente cumplimentada por la madre [...]. Esto último a raíz de que el menor no está escolarizado, que la

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

vivienda no está adaptada a sus especiales necesidades y que surge de su comportamiento cierto malestar. A ello se agrega que no se advierte de las actuaciones que cuente con el apoyo de otros familiares y que la progenitora debe también atender a sus otros tres hijos y, según informó el asesor de menores, padecería de cáncer de páncreas y diabetes” (voto del juez **Yacobucci**).

“[L]a concurrencia de uno de los supuestos de hecho establecidos en los incisos del art. 10 del ordenamiento de fondo, o bien en el art. 32 de la ley 24.660, es uno de los requisitos que deben verificarse cuando se examine la viabilidad de la prisión domiciliaria. Es decir, que la referida constatación, se erige como condición necesaria pero no suficiente para el otorgamiento del beneficio, debiendo el tribunal evaluar, en cada caso –al no ser automática ni excluyente su concesión–, el contexto para decidir su procedencia [...].

Las señaladas pautas de interpretación habilitan la posibilidad de conceder el instituto en un caso que no encuadre específicamente con los incisos mencionados, siempre que el mismo respete la *ratio essendi* de la norma en el cual se enrola el pedido [...]. En el caso, la situación de Ruiz se corresponde con el supuesto antes referido del inc. f) del art. 32 de la ley 24.660, por ser padre de menores de edad, uno de ellos con significativa discapacidad. A ese respecto no media en el auto recurrido una adecuada fundamentación que relativice los argumentos del reclamante, como se lo pone de manifiesto en el voto precedente” (voto del juez **Mahiques**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “AWME”. REGISTRO N° 509/2017. CAUSA N° 4736/2013. 6/4/2017.

Un hombre condenado, padre de dos niños, se hallaba detenido en un complejo penitenciario lejano al domicilio de su familia. Uno de sus hijos padecía una grave discapacidad derivada de una forma de hidrocefalia. Los niños, de 4 y 12 años, se encontraban al exclusivo cuidado de su madre, quien se hallaba imposibilitada para conseguir trabajo. Frente a esta situación, la defensa solicitó que se le concediera el arresto domiciliario al imputado en los términos del artículo 32, inciso f) de la ley N° 24.660. El pedido fue rechazado. La resolución fue recurrida y anulada por la Sala II de la CFCP, que ordenó la realización de varios informes que permitieran dar cuenta de la situación familiar del imputado. Luego, se dio intervención a diversos médicos, delegados tutelares y trabajadores sociales. De los informes elaborados surgía que el niño con discapacidad padecido severas consecuencias en su salud física y psicológica a raíz de la detención de su padre. Además, se explicó que la madre no contaba con posibilidades económicas para solventar los gastos diarios ni los tratamientos particulares que la discapacidad de su hijo requería. Frente a ese contexto, se concluyó que el arresto domiciliario del imputado resultaba el mejor instrumento para la protección integral de sus hijos. Sobre esa base, la defensa realizó un nuevo pedido de prisión domiciliaria. El juzgado de ejecución lo rechazó. Para decidir de esa manera, entendió que el cuidado de los menores de edad por parte de la madre y los fondos que la familia recibía resultaban suficientes. Contra esa decisión, la defensa oficial y el defensor público de menores e incapaces interpusieron sendos recursos de casación.

{ La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar a las impugnaciones y remitió las actuaciones al juzgado a fin de que dictara un nuevo pronunciamiento (jueza **Ledesma** y juez **Slokar**). }

“La pareja de [AWME] se encuentra a cargo de dos hijos, uno de ellos [con discapacidad], y otro de 4 años [...]. Pero incluso, dejando la cuestión etaria, de las constancias de autos surge que la madre no puede afrontar el claro empobrecimiento económico soportado por sus hijos, dada la detención del único sostén del hogar, a la vez que tampoco puede producir ingresos propios, dado que debe permanecer en el domicilio al cuidado de sus hijos, siendo que tal actividad, de

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

ser asumida por el causante, permitiría superar la compleja situación económica que atraviesan tanto [la mujer] como los niños.

Más allá de que se encuentren escolarizados y con cuidados médicos, el cuidado de las necesidades que naturalmente presenta un niño con una enfermedad como la [del niño de 11 años] difícilmente pueda ser afrontada por la madre en soledad, sin proyección en algún otro familiar adulto [...]. En consecuencia, [...] se encuentran dadas las condiciones para otorgar el arresto domiciliario [al padre], situación que se ve reforzada tomando en consideración el impacto negativo que trajo aparejado en los niños la privación de la libertad del encausado. La decisión que aquí se postula se encuentra en consonancia con los principios y lineamientos sentados en estas materias por la jurisprudencia internacional y local”.

“Pero además de todo lo dicho, la intensa actividad probatoria llevada adelante por la defensa, deja sin sustento la postura negativa de la fiscalía, que sólo funda su oposición en cuestiones dogmáticas, alejadas de la real situación observada en el caso” (voto de la jueza **Ledesma** al que adhirió el juez **Slokar**).

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA IV. “UBALLES”. REGISTRO N° 1060/2016. CAUSA N° 14216/2003. 26/8/2016.

Un hombre había sido condenado por delitos de lesa humanidad a una pena de prisión. El condenado era padre de una niña de 16 años que padecía parálisis cerebral espástica, retraso mental profundo, cuadriplejía espástica y ceguera, entre otras patologías. Frente a ese contexto, la defensa solicitó que se le concediera el arresto domiciliario. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación y, en oportunidad de celebrarse la audiencia ante la Cámara, advirtió que la madre de la menor se encontraba con un complicado cuadro de salud que le impedía brindar adecuado cuidado a su hija.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar a la impugnación, revocó la decisión y reenvió la causa para el dictado de un nuevo pronunciamiento (jueces **Gemignani, Borinsky y Hornos**).

“Si bien es cierto que [...] no puede perderse de vista la gravedad del contexto y de los hechos [...], lo cierto que ello no puede jamás conllevar la supresión de los derechos y garantías que le asisten a todo imputado/condenado o una interpretación diferente y más perjudicial a los intereses del encausado a la legalmente establecida.

[E]n el caso de autos, si bien se trata del ‘padre’ de la menor de edad, la CDN reconoce en su art. 9 que los Estados Partes deberán velar porque el niño no se encuentre ‘separado de sus padres’, así como también en su art. 18.1 dice: ‘Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño’” (voto del juez **Gemignani** al que adhirieron los jueces **Borinsky y Hornos**).

“La perspectiva de análisis del caso es la del ‘interés superior del niño’ así si bien la cuestión bajo estudio no se encuentra expresamente contemplada en el supuesto establecido por el artículo 32, inciso f) de la ley 24.660 y artículo 10, inciso f) del C.P. –puesto que la persona cuyo interés se invoca tiene más de diez años de edad y el detenido es el padre– corresponde de todos modos analizar el planteo con seriedad en virtud del cuadro de salud y específica situación de vulnerabi-

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

lidad que presenta la progenitora de [la niña] como también los especiales cuidados y necesidades particulares que requiere la adolescente, circunstancia que en principio, torna asimilable su situación a la contemplada en la norma referida, en cumplimiento de las obligaciones internacionales emergentes (Convención sobre los Derechos del Niño –ley nº 23.849–)” (voto concurrente del juez **Hornos**).

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 3. “AGUILAR FERNÁNDEZ”. CAUSA N° 18051/2016. 28/4/2020.

Un hombre que se alojaba en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza tenía una infección crónica en las amígdalas y presentaba antecedentes de epilepsia. Su familia estaba conformada por su concubina y tres hijos menores de edad. La mujer había sido intervenida por una afección ginecológica y tenía anemia y artritis. Además, uno de los niños poseía Síndrome de Asperger y un retraso madurativo leve y otra hija tenía una hernia en su pierna que debía ser intervenida quirúrgicamente. Por esa razón, el hombre solicitó, *in pauperis*, que se le concediera el arresto domiciliario para hacerse cargo del cuidado de sus hijos. La defensa fundamentó el pedido y agregó que la situación de emergencia sanitaria implicaba un mayor esfuerzo para la mujer frente a cualquier traslado que debiera efectuarse para la atención y el cuidado de los niños. Por su parte, la Unidad Funcional para la Asistencia de Menores de 16 años señaló que debía otorgarse la prisión domiciliaria en función del interés superior del niño. Además, sostuvo que los destinatarios del artículo 32, inciso f, de la ley N° 24.660 eran los niños, por lo que el término “madre” no debía interpretarse de manera literal. Por último, el representante del Ministerio Público Fiscal prestó su consentimiento.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 concedió el arresto domiciliario al imputado (jueces **Basso, Ríos y Machado Pelloni**).

“Si bien desde una óptica interpretativa literal de la norma, el caso traído a estudio no se adecua al supuesto previsto en el art. 32, inc. ‘f’, de la ley 24.660 y art. 10, inc. ‘f’, del CP, lo cierto es que, el máximo tribunal de la república ha sostenido la primacía de la interpretación teleológica de la norma [...].

Es así, que no sólo [se debe limitar] a analizar la letra de la norma en forma literal o gramatical, sino que, en pos de garantizar una efectiva administración de justicia, es misión de los magistrados indagar sobre la voluntad del legislador al momento de su dictado, o bien la finalidad con la cual fue creada.

Sobre el particular, [no puede dejar de tenerse] en cuenta la singular situación en la que se encuentra el encartado con relación al estado de salud tanto de su pareja como así también de su hijo”.

“[L]a finalidad de la norma no es otra que respetar el interés superior del niño, de conformidad con lo estipulado por el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño por sobre otros intereses [...], el cual, a la luz de las constancias de la causa, sin el debido acompañamiento paterno-filial por parte [del imputado] no podrá ser garantizado.

Es claro entonces, que en este caso no [se puede] hallar como óbice a la concesión de la prisión domiciliaria el hecho de que el imputado solicitante sea de sexo masculino, pues se estaría obviando nuestra tarea de realizar la debida exégesis que ‘mejor asegure los grandes objetivos para los que [la norma] fue dictada’...”.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

“Al respecto, con relación al caso en estudio, [se considera atinado] señalar que, si bien la situación de [la persona detenida] no encuadra exactamente en el supuesto establecido en [el inciso] ‘f’ de los artículos antes citados, se encuentra en juego el interés superior del niño, por lo cual, teniendo en cuenta la finalidad de la normativa indicada, se impone conceder su arresto domiciliario, en tanto la presencia paterna resulta necesaria para atenderlo en virtud de su condición y porque la madre padece de problemas de salud que le impiden hacerse cargo del menor por sí sola” (jueces **Basso, Ríos y Machado Pelloni**).

JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE TUCUMÁN. “CORREA”. CAUSA N° 25855/2017. 24/7/2020.

Un hombre se encontraba detenido de manera preventiva. Su hijo de dieciséis años tenía un déficit cognitivo y trastornos en el desarrollo del lenguaje y el aprendizaje. Durante el transcurso de la detención, el joven quedó a cargo de sus abuelos. Su abuelo sufría una discapacidad por ACV isquémico y era diabético e insulino dependiente. Su abuela sufría hipertensión, era diabética y tenía polineuritis en las piernas. En ese contexto, la defensa solicitó una morigeración de la prisión preventiva y la concesión de la prisión domiciliaria. El representante del Ministerio Público Fiscal dictaminó de manera favorable a la solicitud.

{ El Juzgado Federal de Tucumán N° 2 concedió el arresto domiciliario al imputado (juez **Poviña**). }

“[L]as circunstancias invocadas por la defensa [...] no encuadran en el inciso f) del art. 10 del C.P., por cuanto el imputado es padre de [un joven] de 16 años de edad, aun con ello, en virtud de la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados con jerarquía constitucional, se establece la primacía del interés superior del niño.

En este sentido, cabe recordar la situación de vulnerabilidad y desamparo en la que se encuentra el menor, siendo este un niño discapacitado el que padece retraso mental moderado y necesidad de asistencia permanente con déficit cognitivo, trastornos en el desarrollo del lenguaje y aprendizaje” (juez **Poviña**).

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 2 DE SAN MARTÍN. “FORMIGO”. CAUSA N° 135834/2018. 17/5/2019.

Un hombre que se encontraba detenido era padre de un niño de 3 años que tenía, entre otras enfermedades, encefalopatía crónica, parálisis cerebral, microcefalia, epilepsia y dificultades en su movilidad. El niño se encontraba al cuidado de su madre, quien se dedicaba de manera exclusiva a su asistencia y se veía imposibilitada de conseguir un trabajo formal. Además, la pareja tenía otras dos hijas que vivían en la misma casa. Por tal razón, la defensa solicitó que se le concediera la prisión domiciliaria. El equipo técnico de la oficina judicial indicó que la familia se encontraba en una situación de riesgo y vulnerabilidad psicosocial. A su vez, el informe socio ambiental recomendó que se diera intervención a un equipo interdisciplinario con el objeto de que se protegieran los derechos de los niños. Por su parte, el Cuerpo Médico Forense señaló las afecciones que tenía el hijo del imputado e indicó que requería la constante colaboración de un tercero para realizar las actividades cotidianas.

{ El Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín N° 2 hizo lugar a la solicitud (jueza **Vence**). }

“[L]a apreciación judicial acerca del beneficio solicitado debe estar fundada en consideración a las circunstancias particulares de cada caso, salvaguardando siempre y sin objeciones al respecto,

Boletín de jurisprudencia
Prisión domiciliaria para progenitores varones

el interés superior del niño, a fin de decidir si procede la morigeración del régimen de prisión preventiva.

Así las cosas, el primer punto a analizar en este auto concierne al carácter de sujeto especial que se desprende del inc. f del Art. 10 del Código Penal pues remarca que podrá cumplir la pena en prisión domiciliaria la madre de un menor o discapacitado a su cargo y no escapa de nuestro conocimiento que, en el caso en estudio, la persona que ha solicitado el instituto en cuestión es el padre de un menor discapacitado”.

“[N]o puede interpretarse aquella norma en un sentido estricto y restrictivo porque lo que aquí interesa y se busca resguardar es el interés del niño y su pleno desarrollo, no el beneficio o mejora de las condiciones del adulto en detención. Razón por la cual, la discusión no puede basarse en la discriminación que hace la norma en cuanto al género de la persona a cargo de un menor discapacitado sino más bien se estima que la concesión de la prisión domiciliaria es la decisión que mejor compatibiliza con el cumplimiento de la pena por parte del progenitor con los derechos del niño”.

“Respecto a los restantes elementos objetivos de la norma, [el hijo] se encuentra dentro de ambos parámetros establecidos por el legislador pues es menor de 5 años y a su vez, dato por demás relevante y de especial atención, según el [...] Cuerpo Médico Forense posee distintas capacidades que requieren la constante colaboración de un tercero para realizar las actividades cotidianas.

En definitiva, [el imputado] reúne los requisitos para acceder al instituto en trato, pues como ya se ha dicho, es padre de tres niños y uno de ellos es menor de 5 años y discapacitado (artículo 32 de la ley 26.660 e Inc. f del Art. 10 del Código Penal)” (jueza **Vence**).