

“El interés superior del niño. Fundamentos de una reforma”

Por Cintia Marina Guardia

Sumario: I. Introducción. II. Carcel e Infancia: Fundamentos empíricos de una reforma legislativa. A. Deficil de la infraestructura carcelaria. B. Situación de los niños en la cárcel. III. El sistema legal argentino. Fundamentos legales de una reforma legislativa. IV. Respuestas del sistema Penal. A. Fallos dictados con anterioridad a la reforma. B. Resoluciones dictadas con posterioridad a la reforma. V. Percepción Social. VI. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El diecisiete de diciembre de dos mil ocho, el Congreso de la Nación dictó la ley 26472, introduciendo modificaciones a la antigua ley 24660, conocida como «De Ejecución De Las Penas Privativas De La Libertad».

La nueva normativa tomada como manifestación de nuestra política criminal, será abordada en torno a tres ejes principales: 1- La relación de la nueva normativa con el marco legal existente en nuestro país; 2- las consecuencias intrasistémicas que genera su aplicación directa en el ámbito del sistema penal (justicia y servicio penitenciario); y 3- el significado de la misma en la sociedad. Ello, en la inteligencia de que una ley podrá tenerse por legitimada cuando la misma, y las decisiones que se tomen a partir de ella, comprometa la consideración de tales áreas conjuntamente.

El Poder Penal puede definirse “como la fuerza de que dispone el Estado para imponer sus decisiones al ciudadano en materias que afectan derechos fundamentales, como la vida, la libertad, la integridad física, la salud pública y relaciones como la propiedad, la confianza pública y la seguridad común”.¹ . La reflexión sobre la ley dictada recientemente, como expresión de ese poder penal, y las relaciones que su aplicación genera, se hará bajo la perspectiva sistémica, que permitirá un mejor abordaje de las

¹ BINDER, M. ALBERTO *Política Crimina, Derecho Penal y Sociedad democrática*, en BINDER, ALBERTO, *Política Criminal: de la formulación a la praxis, Ad hoc*, Buenos Aires, 1997, p 29 y ss

realidades complejas con las que trata el sistema penal (derecho penal y de procedimiento penal, leyes penitenciarias, etc.)

Hasta la reforma analizada, el artículo 33 de la *Ley de Ejecución de la Pena*, disponía que el condenado mayor de setenta años o el que padeciera una enfermedad incurable en período terminal, podía cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, cuando una resolución fundada de juez competente así lo autorizara.

No obstante, la realidad mostraba que existían otros supuestos - amparados por las normas y valores internacionales- que debía contemplarse por merecer especial protección; tal era el caso de las mujeres en estado de gravidez o de las madres de niños menores, que cumplían con una pena privativa de su libertad. En consonancia, y procurando mantener unidos a la madre con su niño, existieron dos opciones legislativas: la primera, la privación de la libertad de la madre y del niño, tal como lo contempla nuestro ordenamiento: “*La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado*” (Ley 24660, art. 195) y la otra, regular la prisión domiciliaria de la madre, situación ésta regulada también en el sistema penal argentino, para unos pocos supuestos, que disponen la procedencia de la prisión domiciliaria para casos en que la pena de prisión no excede de los seis meses y la persona condenada es una mujer honesta, es mayor de sesenta años o es valentudinaria (C.P., art. 10). En estos supuestos, la *Ley de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad*, establece que la prisión domiciliaria debe ser concedida por el juez competente confiándole la supervisión a un patronato de libertados o a un servicio social calificado; prohibiendo el control por organismos de seguridad; en tanto el *Código de Procedimiento Penal de la Nación* preceptuaba “*la detención domiciliaria prevista por el Código Penal se cumplirá bajo inspección o vigilancia de la autoridad policial, para la cual el tribunal de ejecución impartirá las órdenes necesarias*”(Código Procesal Penal de la Nación, art. 502).

Dentro del plexo normativo existente – hasta el dictado de la ley 26472- los tribunales debieron resolver solicitudes de arresto domiciliario para casos no contemplados por aquél; sin poder aplicar normas infraconstitucionales, valiéndose para ello principalmente de los estándares fijados por la Constitución Nacional y los tratados

internacionales, fundando sus resoluciones en razones humanitarias y en valores jurídicos superiores tal como son los derechos del niño. Tal situación, más la realidad que ofrecían los establecimientos penitenciarios que alojaban a hijos menores de madres detenidas, evidenciaba la necesidad de ampliar los alcances del instituto a otros supuestos. Ameritaba, pues, que el Estado legislara alternativas al encierro, en pos del resguardo de los derechos del niño por nacer o del niño o incapaz dependiente de su madre; quienes además estaban amparados por el “*principio de intrascendencia de la pena*” que implicaba que la misma “*debe ser personal y no trascender de la persona del delincuente*”².

De lo que se trataba era de resolver el conflicto planteado entre el interés legítimo del Estado en privar a una persona de su libertad – en cumplimiento de una condena o para asegurar la consecución de los fines del proceso hasta la realización del juicio- y el derecho de un niño a vivir en familia³, con sus padres y no ser separados de ellos⁴ y a ser cuidados por éstos⁵.

CARCEL E INFANCIA. Fundamentos empíricos para una reforma legislativa

Nuestro legislador fundó la necesidad de la reforma no sólo en un andamiaje jurídico, referido a la necesidad de adecuar nuestra legislación a los parámetros internacionales que protegen con especial énfasis a las mujeres embarazadas y a las madres con niños pequeños; sino también en dos cuestiones – vinculadas entre sí - pertenecientes al plano de la realidad: la primera, la capacidad – o incapacidad - de los establecimientos carcelarios para alojar a los niños que permanecían con sus madres; y segundo, el modo en que tal contexto condiciona el crecimiento de los menores. Seguidamente, nos referiremos sintéticamente a cada una de ellas.

Déficit de la infraestructura carcelaria

En relación a este tópico, los fundamentos del Proyecto de Ley, que fuera aprobado en la Comisión de la Cámara de Diputados de la Nación, explicitan que en función de la regulación existente hasta ese momento - Ley de Ejecución de la pena, art. 195 - muchos

² ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Manuel de Derecho Penal, Parte General*, p 124

³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16.1

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, art.9.

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7.1.

niños se encontraban en instituciones carcelarias. Seguidamente, se afirmaba que esta cuestión adquiriría mayor gravedad, si se tenían en cuenta las deficientes condiciones de los establecimientos penitenciarios en los que se alojan los hijos de las personas detenidas.

Desde otros ámbitos, también se advierte que la especificidad “*que plantea esta problemática es la carencia de unidades penitenciarias adecuadas para albergar a niños y niñas, hijos de madres que han transgredido la normativa penal. Se observan un déficit de estructuras edilicias apropiadas, y principalmente la falta de políticas y programas que faciliten y potencien el vínculo materno filial en estas particulares circunstancias ...*”⁶.

A modo de ilustrativo, tenemos el diagnóstico elaborado en el 2008 por el *Comité Contra la Tortura*- de la Comisión Provincial por la Memoria, de la provincia de Buenos Aires- junto a la Asociación por los Derechos Civiles sobre “*Acceso a la educación de los niños/as alojados junto a sus madres en la unidad nro. 33*”, que denunciaba, a modo de ejemplo, que: a- el jardín maternal donde asisten los hijos de las mujeres detenidas y los del personal penitenciario, es supervisado por la *Coordinación de Establecimientos Pre-escolares* que depende del *Servicio Penitenciario*, sin intervención de la *Dirección de Cultura y Educación de la provincia*. Ello impide que la propuesta pedagógica y la capacitación de los docentes sea adecuada a las necesidades de la población, no contemplando la particularidad de la experiencia de estos niños, definida en términos de una brusca ruptura entre los vínculos y la modalidad que estos adquieren en el interior de la unidad carcelaria y los que construye en el exterior; b- Los pabellones cuentan con dos pisos y una escalera sin medidas de seguridad para el desplazamiento de los chicos; c- la designación de personal médico especializado en la atención de los niños, no ha aumentado en proporción al aumento en la cantidad de niños alojados en la unidad; etc.

En algunos casos, las falencias en infraestructura descriptas, son mitigadas en razón de existir pabellones exclusivos, con condiciones especiales, para albergar a niños y mujeres en estado de gravidez, tal como sucede en la provincia de Córdoba Complejo Carcelario Padre Luchesse, Establecimiento Penitenciario nro. 3, en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal o en la Unidad nro.33 “Los Hornos” de La Plata.

⁶ CASTRO NATALIA ELOISA, “Hacia una propuesta de equidad de género en el campo penitenciario”, en ROBERTO BERGALLI- IÑAKI RIVERA BEIRAS, GABRIEL BOMBINI, *Violencia y sistema penal*”, Ediciones Puerto, Bs.As., 2008, p. 112.

Situación de los niños en la cárcel

Este problema, reconocido en la literatura criminológica, pone de relieve los perjuicios de la cárcel para el normal desarrollo de los niños alojados en ellas. En tal sentido, según un informe realizado por psicólogos de la *Universidad Complutense de Madrid*, y que fuera citado en una nota publicada en el periódico *La Nación*⁷, “*en un entorno de crianza pobre en estímulos, los niños en prisión con sus madres pueden calificarse de niños en riesgo*”, advirtiéndose además que: “*su desarrollo no plantea problemas especiales hasta los dos años. Después, el internamiento es discutible, pues disminuye la incidencia de la herencia filogenético en el desarrollo y cobra importancia el entorno*”, y agregando que la vida de los niños en las prisiones está ordenada según la rígida disciplina .que deriva tanto de las limitaciones horarias como del necesario sometimiento de sus madres a la vigilancia propia del medio penitenciario. La misma fuente periodística, transcribe la opinión de *Lic. María Virginia Delgado* – psicopedagoga del penal 31 del Servicio Penitenciario Federal- quien manifiesta que desde el punto de vista pediátrico se detecta un importante retraso en las pautas madurativas; y que, por más de que el jardín de infantes tenga dibujos de Disney en las paredes, ello sigue siendo una cárcel donde la mayoría de las veces el día termina a las siete de la tarde, cuando tienen que volver a la celda, un cubículo de dos metros por dos, describiendo el entorno como un mundo monótono desde el punto de vista sensorial y carente de la presencia de varones, y en donde las relaciones con el padre se limitan, en el mejor de los casos a visitas esporádicas, lo mismo que sucede con el resto de la familia.

El mismo panorama, fue descrito por *Claudia Ruiz* – Subdirectora del Establecimiento Penitenciaria nro. 3 para Mujeres- cuya entrevista fuera publicada en el diario “*La Mañana de Córdoba*”⁸ quien sostuvo que lejos de la rutina de un hogar, hay que considerar que se trata de niños que dan sus primeros pasos dentro de la cárcel y que sus primeras representaciones visuales pertenecen al entorno penitenciario. Ello motiva que las salidas de las criaturas al exterior, cuando cumplan cuatro años, deban ser programadas.

⁷ LA NACIÓN, “*Infancia en riesgo. Nota II. Cómo es la vida de un chico que se cría dentro de la Cárcel*” (en línea), Dirección URL: www.lanacion.com.ar/informaciongeneral/nota.asp?nota_id=851627 (consulta: 03/07/2009),

⁸ LA MAÑANA, “*Habilitan pabellón exclusivo para madres y embarazadas*”, (en línea), dirección URL:

En síntesis, el ámbito carcelario para el alojamiento de ciertas personas – y en caso que nos ocupa, para hijos de mujeres detenidas-, no resulta adecuado por sí mismo, independientemente de las mejoras que puedan realizarse. Así, de los testimonios reseñados, surge claramente el dilema, que enfrentan las autoridades de los establecimientos penitenciarios, a fin de resguardar el derecho de los niños “ *a no ser separados de sus madres*” y a crecer en un “*ambiente que permita desarrollarse física, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal*”.

La realidad graficada, es la que aparece como justificativo para aplicar una medida coercitiva impuesta legalmente, fuera de los muros de una cárcel.

SISTEMA LEGAL ARGENTINO. Fundamentos legales de una reforma legislativa.

La iniciativa de reforma de la ley 24660⁹ y la modificación del régimen de detención domiciliaria, tuvo como uno de sus postulados básicos, la adecuación de tal instituto a las normas y principios contemplados por nuestro bloque constitucional, enriquecido con la incorporación de numerosos tratados internacionales, que propiciaban por un lado, el trato más humano y respetuoso de la dignidad de las personas privadas de su libertad, y por otro, una protección especial de las mujeres en estado de gravidez o en época de lactancia y de la niñez¹⁰.

Ahora bien, como manifestación básica en materia de ejecución penitenciaria, ya teníamos el *artículo 18* de la *Constitución Nacional* que dispone “(...) *las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para la seguridad y no para el castigo de los reos detenidos en ellas, toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice*”. En este postulado, puede verse una toma de partido con relación al problema de la finalidad de pena. Y en este sentido, pareciera que el art. 18 in fine, imposibilita la adopción de una

⁹ Cámara de Diputados de la Nación. Sesiones Ordinarias 2006. Orden del día N°1261. Impreso el día 6 de noviembre de 2006.

¹⁰ DADD, artículo VII: “*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales*”. DUDH, artículo 25:”2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales*”.

concepción retributiva: pena- castigo y de modo más concreto, introduce el principio de humanidad en la ejecución de las penas de encierro.

Por su parte, el trato humanitario en la ejecución de la pena tiene expresa consagración normativa a través de la recepción de los instrumentos internacionales enumerados por el art. 75 *inc.* 22 de nuestra Carta Magna : “Declaración Americana de los derechos del Hombre”, XXV; “ Convención Americana sobre los Derechos Humanos” – Pacto de San José de Costa Rica-, art. 5,2; “ Pacto Internacional de los Deberes Civiles y Políticos”, art. 10; “Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” A.G., ONU, 10/12/84, Considerandos. Además, la atenuación de los efectos del encierro ha sido fruto de un anhelo que viene modernamente desde la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (1948); las “Reglas mínimas para el Tratamiento de Sentenciados” (Ginebra, 1955) y “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Asamblea General ONU, 1966, aprobada por la República Argentina por ley 23.313).

Los principios y reglas contenidos en estos instrumentos fueron plasmados y profundizados por la Ley 24660, que en la *Sección Tercera* bajo el título “*Alternativas para situaciones especiales*”, previó entre otros, el instituto de “*prisión domiciliaria*” (arts. 32 a 34).

Así, pues, dentro este sistema legal, con fecha 20 de enero de 2009, se publicó en el Boletín Oficial la Ley 26472, modificatoria, entre otros preceptos, del artículo 33 de la ley 24.660, que en su nueva redacción reza que el juez de ejecución podría disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria, entre otros casos a “(...) *la madre de un niño menor de (5) años...*”. Recordando, como se adelantara en la Introducción de este trabajo, que en procura de mantener unidos a la madre con su niño, la legislación disponía que: “*La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado*” (Ley 24660, art. 195). Este dispositivo, junto a las reglamentaciones expresadas en los arts. 190¹¹, 192¹², 193¹³ y 194¹⁴ implicó la

¹¹ “*Las mujeres serán alojadas en establecimientos separados, los que estarán a cargo exclusivamente de personal femenino*”

recepción una norma contenida en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos – regla 8.a.- que reza: “*Los hombres y las mujeres deberán ser reclusos hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes...*” y representaba un intento de tutela de la familia, del niño y de las condiciones dignas respecto de la mujer encinta. Ahora bien, si bien ello constituía un avance, la opción de permitir que las mujeres detenidas permanecieran con sus niños, implicaba someter a éstos a un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle el contacto con su madre.

Esta situación contrariaba, en primer lugar, el principio penal de que la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente, receptado en *Convención Americana de Derechos Humanos* (artículo 5), incumpliendo asimismo lo establecido por la normativa que en su artículo 19, refiere que: “*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”. En segundo lugar, parecía violentar la Convención sobre los Derechos del Niño – tratado internacional con jerarquía constitucional- que en su artículo 2.2. dispone: “*que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de (...), las actividades (...), de sus padres...*” y el artículo 3.1. que estipula que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Así, en orden a armonizar la legislación interna con los imperativos impuestos por los acuerdos internacionales, parece acertada la incorporación de nuevas hipótesis que prevean la posibilidad de que una persona embarazada, o con hijos menores o incapaces a cargo, pueda ser incluida en el instituto regulado por el artículo 33 de la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Ello, en razón de que las medidas de coerción que toma el Estado, deben abstenerse de perjudicar intereses superiores como

¹² “*Habrá dependencias especiales para las internas embarazadas y para las que hubiesen dado a luz*”

¹³ “*La interna embarazada queda eximida de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado*”

¹⁴ “*No podrá ejecutarse ninguna sanción disciplinaria respecto de la interna embarazada, que pueda afectar al hijo en gestación*”

los de personas inocentes- en el caso los niños dependientes de sus madres - que serán victimizados por el aparato punitivo, paradójicamente, mientras intenta cumplir con el mandato constitucional de afianzar la justicia y cumplir con el objetivo resocializador.

RESPUESTAS DEL SISTEMA JUDICIAL

Como fuera expuesto en la introducción – hasta el dictado de la ley 26472- , los tribunales – tanto en el ámbito federal como provincial- debieron resolver solicitudes de arresto domiciliario para casos no contemplados por la ley; valiéndose para ello principalmente de los estándares fijados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, fundando sus resoluciones en razones humanitarias, en valores jurídicos superiores tal como son los derechos del niño; y en el “*principio de intrascendencia de la pena*” que implica que la misma “*debe ser personal y no trascender de la persona del delincuente*”¹⁵.

En este capítulo se traerán a consideración en primer lugar, decisiones tomadas con anterioridad al nuevo dispositivo, a fin de dilucidar el modo en que fueron resueltos los conflictos de intereses planteados con motivo de una solicitud de arresto domiciliario para mujeres con hijos menores de edad; para luego analizar los criterios jurisprudenciales seguidos a posteriori del dictado de aquél.

Fallos dictados con anterioridad al dictado de la Ley 26.472

Primer caso¹⁶

El *Tribunal Oral Criminal Federal de Córdoba*, Nro. 1, resolvió con fecha 12/06/2007, incorporar a una mujer condenada a cumplir con una pena de 4 años de prisión, al beneficio de la prisión domiciliaria en atención a la situación de abandono que padecían sus ocho hijos menores de edad. La resolución citada permite rescatar los siguientes criterios: a- *Interpretación integral del ordenamiento jurídico*: “*Que a partir de la reforma constitucional de 1994, ha sido incorporada a la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que debe hacerse una interpretación integral del ordenamiento jurídico que permita la integración de los derechos humanos*

¹⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Manuel de Derecho Penal, Parte General*, p 124

¹⁶ Tribunal Oral Criminal Federal de Córdoba, nro. 1,” *Vera Elia del Carmen*”, A.I. nro. 58/07, fecha 12/06/2007.

constitucionales a las normas del derecho positivo de fondo”; b - El artículo 33 de la ley 24660, constituye una excepción al principio general, en razón de ello, debe interpretarse la procedencia de la prisión domicilia a la luz de las constancias de cada caso particular, evaluando principalmente Informes socio Ambientales, Informe Social del Establecimiento Penitenciario, Constancias del Ministerio de Educación, certificados de discapacidad, entre otros; c - Se concilian los derechos en pugna en función de asegurar el interés superior de los niños “...corresponde asegurar el superior interés de los niños involucrados, cuya tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior...por lo que corresponde conciliar los derechos constitucionales del niño con la pena privativa de la libertad impuesta a la madre de los menores, y por ello, la concesión del beneficio de prisión domiciliaria ... aparece como la solución más adecuada al caso”.

Segundo Caso¹⁷

La *Cámara Nacional de Casación Penal*, hizo lugar a un recurso de casación interpuesto contra la resolución emanada del Tribunal Oral en los Penal Económico Nro. 2 de la Capital Federal, que denegaba la solicitud de arresto domiciliario. Resolvió anular la decisión recurrida y disponer que el tribunal a quo diera intervención a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces. Fundó dicha resolución en las siguientes consideraciones: a- *Los Tribunales deben realizar un escrutinio estricto para revelar si lo que se persigue es el mejor interés del niño o de modo decisivo un interés en la madre de obtener un interés procesal mejor*, para ello deberá recurrirse a personas competentes y no comprometidas con el interés de la detenida en recuperar su libertad (v.gr. *informes de psicología forense, historias clínicas, entrevista a los menores*, etc.). b- *El derecho del niño a ser oído* (Convención de los derechos del Niño, art. 12)¹⁸ directamente o a través de un representante u órgano apropiado (v.gr. *Defensoría Pública de Menores e Incapaces*).

¹⁷ Cámara de Casación Penal, -Sala IV, “Moro Beatriz v. Recurso de casación.”, fecha 17/11/2008

¹⁸ Convención de los Derechos del Niño, art. 12: “ Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos lo asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin: se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante y de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Tercer Caso¹⁹

La *Cámara de Casación Penal*, sala II, rechazó un Recurso de Casación presentado contra la resolución del Tribunal Oral Penal Económico nro. 2, que no hizo lugar a la solicitud de prisión domiciliaria realizada. Los argumentos expuestos fueron los siguientes: a- *Los derechos del Niño no pueden ser interpretados en abstracto, en forma absoluta sino que debe evaluarse cada caso particular*, en efecto, se sostiene que el encierro decretado en el marco de un proceso penal de uno o ambos progenitores determina un razonable impacto emocional, tanto en el sujeto privado de su libertad, como en su entorno familiar, principalmente en los menores de edad, empero, prosigue el fallo citado, esta circunstancia por sí sola no puede erigirse en el argumento para convalidar una excepción al art. 33 del la ley 24.660; b- *El modo en que la separación del niño con su madre, afecte al primero no puede ser conjetural sino real*: debe demostrarse en cada caso concreto, cuáles son las consecuencias que el encarcelamiento acarrea para el bienestar de esos niños y para el derecho a su desarrollo en consonancia con la evolución de sus facultades (Convención de los derechos del Niño, arts. 5 y 6.2); c- *El artículo 3.1. de la Convención de los Derechos del Niño²⁰, no crea derechos ni deberes, es sólo un principio de interpretación*; d- *No se hará lugar a presentaciones dogmáticas y generales*: pues todos los niños tienen los derechos que se enuncian, pero el interés del superior del niño se evaluará de acuerdo a las circunstancias del caso y del niño de que se trata; pues este derecho no puede prevalecer de modo absoluto, frente al derecho del Estado a mantener a una imputada de un delito de prisión por una decisión judicial cuyos fundamentos y legitimidad no han sido puestos en discusión. Lo contrario, llevaría al resultado de que la ejecución de toda prisión de padre o madre en un establecimiento estatal de régimen cerrado sería siempre y en todo caso incompatible con la Convención de los Derechos del Niño.

¹⁹ Cámara de Casación Penal, Sala II, “R.C.C.”, fecha 22/09/2008.

²⁰ Convención de los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Resoluciones dictadas con posterioridad a la entrada de vigencia de las modificaciones incorporadas por la ley 26.472

Primer Caso²¹

El *Tribunal Oral Criminal Federal de Córdoba*, resolvió incorporar a la condenada al régimen de prisión domiciliaria, conforme los artículos 1 y 2 de la ley 24.672 modificatoria de los arts. 32 y 33 de la ley 24660. Los argumentos esgrimidos fueron los siguientes: a- *La concesión del beneficio deberá ser evaluada por el juez a la luz de la circunstancias de cada caso*: así, para el supuesto de la madre de un niño menor de cinco años, deberá evaluarse la existencia de un vínculo real y efectivo de la imputada y el niño, que éste haya estado y vaya a estar a su cargo y que su permanencia con la madre no sea riesgosa o peligrosa; b- En el supuesto de la prisión domiciliaria, *la reinserción se cumple en la medida que la madre cumpla efectivamente con su rol*, lo que debe ser vigilado y controlado por el Estado de manera que se verifique que ello efectivamente ocurre, precisamente como una forma de asegurar que la finalidad de su reinserción social se ha logrado o se está logrando.

Segundo caso²²

El *Juzgado de Ejecución Penal de Ira. Nominación de Córdoba*, no hizo lugar a la prisión domiciliaria peticionada por la interna, por los motivos que se exponen a continuación: a- *La concesión del beneficio de prisión domiciliaria no es automática*, es decir, verificado el dato cronológico y la maternidad, estas circunstancias ea ipso, no generan un deber de concesión, ello se pone de manifiesto en que la norma en análisis utiliza el operador deóntico “podrá”; b- *la ratio iuris responde al reforzamiento del principio de mínima trascendencia de la pena respecto de terceros*, en razón de que es imposible que la pena no trascienda de ningún modo a la persona del autor del delito, el sentido del principio será que la trascendencia a terceros no exceda de lo razonable; c - *El menor debe estar a cargo de la madre*, por lo tanto, el instituto será procedente en los casos en que encontrándose el menor en la franja etaria, el niño se encuentre en la hipótesis del artículo 195 de la ley 24.660.-

²¹ Tribunal Oral Crim.Fed., n°1 Cba., “*Bazán, Vanesa s/ legajo ejecución*”, A.I. 14/09, fecha: 23/02/09.

²² Juzgado de Ejecución Penal, 1ra. Nom., Cba., “*Salguero Miriam Raquel s/ ejecución de pena privativa de libertad*”, Resoluc. Interlocutoria nro. 27/2009, Fecha 07/04/2009

De los fallos que se expusieron precedentemente, puede apreciarse que los criterios empleados antes y después de la reforma, para la concesión del beneficio del arresto domiciliario, coinciden en señalar que el interés superior del niño, constituye la directiva de interpretación para aplicar este instituto. En efecto, en todos los casos, los tribunales consideraron que la posibilidad de aplicar la modalidad analizada – prisión domiciliaria a madres de niños menores de cinco años de edad – tiene en miras tutelar superior el interés de los niños involucrados, y cuyo aseguramiento viene impuesto por un orden jerárquicamente superior, principalmente, la *Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 3) incorporada por la *Constitución Nacional* en su art. 75 inc. 22. No obstante ello, pareciera que en las resoluciones anteriores a la reforma, los Tribunales exigían que la afectación que la detención producía en los derechos del niño – a la vida familiar²³, a vivir con sus padres no ser separados de ellos²⁴, a ser cuidados por ellos²⁵- fuera demostrada en cada caso, en razón de que tal afectación no debía ser conjetural sino real. En cambio, la reforma legislativa ha ameritado adecuadamente los perjuicios que sobre los menores produce la ausencia de una figura adulta que desempeñe las funciones de cuidado y crianza cuando sus madres cumplen encarcelamiento y los perjuicios que se derivan en el caso de que los niños permanezcan con ellas – en la cárcel-. Por lo tanto, verificado el vínculo real y efectivo, entre la imputada y el niño y que éste haya estado y vaya a estar a su cargo, se concederá el beneficio, salvo, que la permanencia de ese niño con su madre represente un riesgo o peligro para el menor.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Principio de interpretación.

El interés del menor se presenta como el principio que permitió a los distintos tribunales resolver los planteos formulados con el objeto de obtener el beneficio de la prisión domiciliaria a mujeres madres de niños pequeños – antes y después de la ley 26.472 - y como el fundamento que guió la reforma analizada.

La fuente normativa debe buscarse en los lineamientos erigidos desde nuestra propia Carta Magna que receptó – con jerarquía constitucional - los preceptos contenidos en Convenciones Internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del

²³ Convención de los Derechos del Niño, art. 16.1.

²⁴ Convención de los Derechos del Niño, art.9.

²⁵ Convención de los Derechos del Niño, art. 7.1.

Niño. Este cuerpo legal, en su Preámbulo reconoce a la familia como *“grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños”* y reconoce que el niño *“para el pleno desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia”*; y en su artículo tercero dispone que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Así pues, la tutela de los niños – en este caso, confinados al encierro a los fines de asegurar el contacto con sus madres - venía impuesta por un orden jerárquicamente superior. Y la necesidad de tal protección es la que se contraponía, con el derecho del Estado a mantener a una persona privada de su libertad, mediante una decisión judicial cuyos fundamentos y legitimidad no estaban puestos en discusión. Para superar tal conflicto, es que el interés superior del niño aparece como una pauta hermenéutica tendiente a resolver la inconveniencia de una institucionalización prematura de menores, respecto de quienes sus progenitoras pretendían hacer valer lo preceptuado por el artículo 195 de la ley 24.660.

La visión jurisprudencial en aras de resolver tal controversia – conforme fuera reseñado el capítulo anterior – dejó sentado claramente que el principio mencionado – ni ninguno de los derechos enumerados por la Convención de los Derechos del Niño – no es absoluto, que no crea derechos o deberes; sino que actúa como un principio de interpretación. Asimismo, trató de llevar al plano de la realidad los criterios seguidos a fin hacer operativo tal principio, y en este sentido fueron contestes en señalar que la afectación al interés superior del niño debía demostrarse en cada caso en particular, tratando de evitar presentaciones dogmáticas y generales.

Desde otros ámbitos, se señala que *“este interés está ‘primero’, además es el ‘mejor’ interés que le corresponde a la vida...(del niño)...de que se trate, conforme a todas las circunstancias singulares que rodean su vida: por eso está ‘ primero’, antes que otros intereses, y es ‘superior’ porque es el mejor interés para la protección y desarrollo de*

su vida”²⁶. También se sostiene que: “*como interés comprende la expectativa de una satisfacción. Como lo significa la redacción inglesa original, con el ‘best interest’, y como lo ha entendido la legislación que se ha dictado en consecuencia, comprende la expectativa de máxima satisfacción de sus derechos fundamentales*”²⁷.

Entonces, desde las distintas visiones se pretende dar entidad al principio referido – aunque con diferentes matices – tratando de conjugar – a través del mismo - el interés represivo del Estado, con el interés del niño y el principio de humanidad de la pena

CONCLUSIONES

Comenzamos este trabajo diciendo que la política criminal de un Estado, es un reflejo del poder penal que el mismo ejerce sobre sus ciudadanos, y que en tanto es poder, representa una toma de decisión respecto la forma de organizar diferentes respuestas frente al fenómeno criminal y sus consecuencias. En el caso bajo análisis, la reforma incorporada por la Ley 26472, ciertamente representa un avance en pos de lograr la armonización de nuestro sistema penal infraconstitucional con los valores de humanización en la ejecución de la pena, y específicamente, del resguardo de los intereses superiores de los niños, ambos aspectos impuestos por un orden jerárquico superior.

Los Tribunales al dar contenido al principio, han tratado de esclarecer criterios a fin de terminar que debe entenderse, en cada supuesto particular, por desarrollo integral y la protección de la persona del menor.

Asimismo, merece ser aclarado que el dictado de esta ley, en modo alguno erradica la problemática aludida en cuanto a la existencia de niños y niñas en los establecimientos de detención, pues por distintas circunstancias – de hecho y de derecho- podrá no resultar procedente la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria para sus madres. Cuestión esta que requiere el dictado de políticas y la implementación de prácticas, para

²⁶ LLOVERAS, Nora, *El interés superior del niño*, en TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *El interés superior del niño*, Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, p. 215.

²⁷ GONZALEZ DEL SOLAR José H., *El interés superior ante el niño en situación de conflicto*, en TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *El interés superior del niño*, Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, p 457

que tal circunstancia afecte de la manera menos posible, la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales de aquellos.

En otro sentido, cabe indicar que la admisión de la prisión domiciliaria, como modalidad de la ejecución de una pena privativa de la libertad, se conserva el objetivo, impuesto por la ley 24660, de que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar las normas, mediante el cumplimiento de la regla de detención en su domicilio. Su reintegración en la sociedad se cumple en la medida en que la madre cumpla efectivamente con su rol. La modalidad de detención analizada, implica la humanización de la pena, pero especialmente representa el respeto por el principio de personalidad de la pena y los derechos del menor.

Por lo tanto, nuestro sistema penal no será apto si no garantiza la tutela eficaz de los menores, tratando no de dar respuestas automáticas sino contemplando los conocimientos y conclusiones de otras disciplinas que son contundentes a la hora de señalar las reales consecuencias que la institucionalización tiene para los menores.

Ello en la convicción de la sola mención de la expresión del *interés superior del niño*, no garantiza su tutela efectivo y de que uno de los elementos más negativos de la institución carcelaria es el aislamiento. No se puede segregar personas y al mismo tiempo pretender que se reintegren la sociedad, mucho menos cuando quienes son aislados, son niños y niñas que están intentando crecer.

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, ALBERTO, Política Criminal: de la formulación a la praxis, Ad hoc, Buenos Aires, 1997.

LOPEZ AXEL, MACHADO RICARDO, Análisis del Régimen de Ejecución Penal, Ed. Fabián De Plácido, 2004

ROBERTO BERGALLI- IÑAKI RIVERA BEIRAS, GABRIEL BOMBINI, *Violencia y sistema penal*”, Ediciones Puerto, Bs.As., 2008.

TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *El interés superior del niño, Nuevo Enfoque Jurídico*, 2009.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Manuel de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, 2° Edición