

# SESIONES ORDINARIAS

## 2006

### ORDEN DEL DIA N° 1261

#### COMISION DE LEGISLACION PENAL

**Impreso el día 6 de noviembre de 2006**

Término del artículo 113: 15 de noviembre de 2006

**SUMARIO:** Ley 24.660 sobre ejecución de la pena privativa de libertad. Modificación al artículo 32.

1. **Conti.** (269-D.-2006.)
2. **Rodríguez (M. V.) y García Méndez.** (4.820-D.-2006.)
3. (639-O.V.-2006.)

#### Dictamen de comisión

*Honorable Cámara:*

La Comisión de Legislación Penal ha considerado los proyectos de ley de la señora diputada Contí, de los señores diputados Marcela Rodríguez y García Méndez y del procurador penitenciario de la Nación, por los que se modifica la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de libertad, ampliando los supuestos en que el condenado tiene derecho al arresto domiciliario; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconseja la sanción del siguiente

#### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados,...*

Artículo 1º – Modifícase el artículo 32 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Podrán cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no corresponda su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Art. 2º – Modifícase el artículo 33 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente.

En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social.

El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

Art. 3º – Modifícase el artículo 35 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:

- a) Se revocare la detención domiciliaria;

- b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;
- c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;
- d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia;
- e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

Art. 4º – Deróganse los artículos 192 a 196 de la ley 24.660.

Art. 5º – Modifícase el artículo 10 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Podrán cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no corresponda su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Art. 6º – Modifícase el artículo 502 del Código Procesal Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patrocinio de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

Art. 7º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de la comisión, 24 de octubre de 2006.

*Rosario M. Romero. – Esteban E. Jerez. – María A. Carmona. – Alberto J. Beccani. – Diana B. Conti. – Oscar E. Massei. – Araceli E. Méndez de Ferreyra. – Ana M. Monayar. – Cristian R. Oliva. – Paola R. Spatola. – Gerónimo Vargas Aignasse. – Marta S. Velarde.*

En disidencia parcial:

*Mirta Pérez.*

En disidencia total:

*Nora R. Ginzburg.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

La Comisión de Legislación Penal, al considerar los proyectos de ley de la señora diputada Conti, de los señores diputados Marcela Rodríguez y García Méndez y del procurador penitenciario de la Nación, por lo que se modifica la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de libertad, ampliando los supuestos en que el condenado tiene derecho al arresto domiciliario, ha considerado conveniente proceder a la unificación de las iniciativas propuestas, en tanto que los fundamentos que las acompañan contienen todos los extremos de la cuestión planteada, por lo que la comisión los hace suyos y así lo expresan.

*Rosario M. Romero.*

## FUNDAMENTOS

1

Señor presidente:

El presente proyecto de ley reedita la propuesta del expediente S.-1.971/05 de mi autoría; es una modificación al régimen de detención domiciliaria a fin de adecuarlo a la normativa constitucional y a los estándares internacionales. Para ello, se proponen modificaciones a la ley 24.660 (ejecución de la pena privativa de la libertad), al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación procurando uniformidad y coherencia.

En síntesis, se propone establecer los supuestos en que procede esta medida, a saber:

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

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

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es in-

adecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.

- d) El interno mayor de setenta años.
- e) La mujer embarazada.
- f) La madre de un niño menor de cuatro años.

Asimismo, se regula que en los tres primeros supuestos se requerirá un previo informe médico, psicológico y social que justifique la decisión judicial de determinar la procedencia de la detención domiciliaria en el caso concreto.

A fin de adecuar la normativa a esta modificación, se propone la derogación del régimen de la ley 24.660 que regula las condiciones de detención en los establecimientos penitenciarios de las mujeres embarazadas y de las madres de un niño menor de cuatro años.

A continuación, expondremos con mayor detalle la argumentación que justifica esta modificación.

El ámbito carcelario, más allá del mal estado, la deficiente infraestructura de las instituciones penitenciarias de nuestro país y la constante interacción violenta, ya de por sí es inadecuado para alojar a ciertas personas vulnerables.

En algunos casos, se han establecido instituciones penitenciarias especiales como sucede con los niños y niñas o los dementes. En otros casos, directamente, se considera que debe procederse al alojamiento en un ámbito extracarcelario correspondiendo la prisión domiciliaria. En consecuencia, la prisión domiciliaria es la posibilidad de cumplir la sanción penal fuera del ámbito carcelario, del “espacio sin ley”<sup>1</sup>.

Este instituto responde a una serie de valores y normas de jerarquía constitucional y estándares internacionales, que desarrollaremos a continuación.

### *Fundamentos jurídicos*

#### *Valores normativos en juego*

El principal valor que pretende resguardar la prisión domiciliaria, a nuestro juicio, es la preservación de la salud –integridad física– de la persona internada. Este derecho debe ser entendido con amplitud de la definición de la observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “...el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano [...] [sino que] entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con in-

clusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de la protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud: el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. Esto va a determinar que el Estado no sólo tenga deberes negativos, sino que también deba realizar una serie de conductas a favor de las personas.

Este derecho se encuentra reconocido expresamente en las normas internacionales de derechos humanos (el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–<sup>2</sup>, el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– que habla de integridad física, psíquica y social<sup>3</sup>, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>4</sup> –DADDH– y el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>5</sup> –DUDH–). En la Constitución Nacional de 1853/60 no se había incluido una disposición expresa que reconozca este derecho y era deducida de otras disposiciones o considerado un derecho implícito previsto en el artículo 33<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> PIDESC, artículo 12: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

<sup>3</sup> CADH, artículo 5: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

<sup>4</sup> DADDH, artículo XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

<sup>5</sup> DUDH, artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”.

<sup>6</sup> “El derecho a la salud goza de reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional (CN) desde la reforma de 1994. Hasta entonces no existía ningún texto con jerarquía constitucional que lo consagrara de modo explícito. Podía predicarse su reconocimiento tácito en el artículo 33, CN, o afirmarse que las obligaciones del Estado en la materia ‘podían inferirse de la mención al carácter «integral» de la seguridad social’ y de la obligatoriedad de un ‘seguro social, contenido en el artículo 14 bis CN’”, Filippini, Leonardo; Plat, Gustavo; Plazas, Florencia, *VIH/sida: los derechos de las personas privadas de la libertad...*, obra citada.

<sup>1</sup> Tomamos la expresión de Alberto Bovino en *Control judicial de la privación de la libertad y derechos humanos*, revista “¿Más Derecho?”, N° 1, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2000, página 219.

Este derecho es general, nadie debe ser privado del acceso a la salud; por ende, las personas institucionalizadas en establecimientos penitenciarios deben gozar del derecho a la salud. Lo que significa que "...el Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, (tiene) la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo condena o la detención preventiva la adecuada custodia, que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral"<sup>7</sup>. En esta línea de ideas, resulta ilegítimo que el Estado al aplicar una pena, que en principio sea sólo privativa de la libertad, vulnere otros derechos como la salud; más cuando el mismo Estado es el que impide por medio del encierro el acceso a los servicios de salud<sup>8</sup>. Lo que conlleva a que el Estado debe tener una política de

<sup>7</sup> En el precedente "Badín, Rubén, y otros v. Provincia de Buenos Aires", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de octubre de 1995, "Jurisprudencia Argentina", 1995-4 142.

<sup>8</sup> La Corte Suprema recientemente ha considerado que "el tribunal interamericano (Corte Interamericana de Derechos Humanos) señaló que 'quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna' [...] la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente. 'Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal'" (Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte general*, tomo II; Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960)", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, "La Ley", 9/5/2005, 6.

"Cuando el Estado priva de su libertad a una persona, no sólo lo hace limitadamente, dentro del marco que fija su propia esfera de intervención (legalidad, juicio previo, prohibición de malos tratos, etcétera), sino que se arroga con ello, además, una posición específica respecto de la persona detenida pues, sin perjuicio de la legitimidad de origen de la relación en virtud de la cual el Estado practica el encierro, frustra con ello las posibilidades de un eventual usuario del servicio de salud de procurarse por sí, prevención y asistencia. Luego, lejos de poder justificar un menor reconocimiento del derecho a la salud con base en la relación jurídica del encierro, el Estado compromete, a través de él, su responsabilidad por la merma en el acceso a los servicios de salud que sufre el detenido. El título en virtud del cual procede una detención, sólo

salud para las personas privadas de su libertad que garanticé condiciones similares a las extramuros.

Pero convengamos que el ámbito carcelario para el tratamiento de ciertas enfermedades y dolencias o para el alojamiento de algunas personas vulnerables –ancianos, mujeres embarazadas o discapacitados– no es adecuado por sí mismo, independientemente de las mejoras que puedan realizarse. Es por ello que es justificable aplicar una medida coercitiva de menor intensidad sobre el individuo sacrificando los fines de la pena –en el caso que consideremos que sean aceptables y razonables– para garantizar el derecho de jerarquía constitucional a la salud.

También se ha considerado que la prisión domiciliaria resguarda la afectación al derecho a la vida<sup>9</sup> y evita cierta modalidad de tortura<sup>10</sup>, asumiendo una

facultad al Estado a limitar la libertad ambulatoria, sin afectar los demás derechos y por ello, al restringir la libertad de un individuo, el Estado asume una posición de garante en virtud de la cual debe, como mínimo, compensar los efectos lesivos sobre la salud y los demás derechos que pudieran haberse evitado de no haber mediado la detención", Filippini, Leonardo; Plat, Gustavo; Plazas, Florencia, *VIH/sida: los derechos de las personas privadas de la libertad. Normas, jurisprudencia y prácticas en la prevención y el tratamiento de VIH/sida*, Cels, Lusida, elaborado en el marco del Proyecto "Condiciones para la prevención y el tratamiento de VIH/sida en población penitenciaria", financiado por el Proyecto PNUD ARG 96/011 del control de sida y ETS-Lusida, convenio préstamo BIRF 4.168/ARG, Ministerio de Salud de la Nación, Argentina 2002.

<sup>9</sup> Este derecho se encuentra expresamente garantizado en el PIDESC, artículo 6, cuando dice que "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". La CADH establece en el artículo 4 que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". La DADDH dispone en el artículo 1 "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". La DUDH establece en el artículo 3 que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

<sup>10</sup> Se ha considerado que "...cuando el encierro resulte ser incompatible con la enfermedad de modo que ésta se agudice, debe adoptarse una solución que impida que se ponga en peligro la vida de los detenidos, ya que, en caso contrario, la cárcel pasa a ser un espacio de tortura", Vázquez Acuña, Martín, E., *El VIH-sida...*, obra citada.

El deber normativo surge de los siguientes instrumentos normativos, a saber: el PIDCP establece en el artículo 7 que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". La CADH establece en su artículo 5 que "2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...". La DUDH establece en el artículo 5 que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Recordemos que el artículo 18 de la CN ya establecía que "Quedan abolidos para siempre [...] toda especie de tormento y los azotes". La ley 24.660 dispone en el artículo 9º que "la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes...".

definición estrecha del concepto de salud para evitar superposiciones.

Muy vinculado con la prohibición de torturar se encuentra el deber de trato humanitario que también se ve garantizado por el instituto de la prisión domiciliaria<sup>11</sup>. Este derecho se encuentra reconocido expresamente en las normas internacionales de derechos humanos: el PIDCP, artículo 10<sup>12</sup>; la CADH, artículo 5<sup>13</sup> y la DADD, los artículos XXV y XXVI<sup>14</sup>.

Se recurre a este valor para comprender las situaciones en las que se le debe asegurar una muerte digna, fuera del espacio carcelario, a la persona privada de su libertad. Evidentemente, la salud de un enfermo terminal no va mejorar en el ámbito extracarcelario, pero se ha considerado que es deseable que las personas no agonicen ni mueran en una institución penitenciaria. También se recurre a este argumento jurídico cuando para procurar la prisión domiciliaria de las personas discapacitadas que por sus capacidades disminuidas, la privación de la libertad les significa un trato indigno o incluso una tortura<sup>15</sup>.

Puede argumentarse que otros supuestos en los que resultaría aplicable el instituto es para las embarazadas y las madres de niños pequeños. Eso se

debe a que la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente (principio de instrascendencia penal)<sup>16</sup> y se considera que la privación de la libertad afecta sensiblemente al feto –más allá del valor jurídico que se le asigne a este ente–.

Además, las normas internacionales protegen a las embarazadas y las mujeres en época de lactancia<sup>17</sup>. También entran en juego las normas internacionales que protegen a los niños<sup>18</sup>. Por otro lado, se arguye que el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos)<sup>19</sup> y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño<sup>20</sup> como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo.

<sup>11</sup> A este argumento recurre el decreto reglamentario del instituto en sus fundamentos, “la posibilidad de que en esos casos la ejecución de la pena continúe en prisión domiciliaria se fundamenta esencialmente en razones humanitarias. Que la finalidad de la ejecución establecida en el artículo 1º de la ley 24.660 debe ceder en los casos previstos en el artículo 33 ante irrenunciables imperativos humanitarios”, decreto 1.058/97.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que “2 - La prisión domiciliaria viene a constituir una de las formas por las que el legislador ha receptado el principio del trato humanitario en la ejecución de la pena, que tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa (CN, artículo 75, inciso 22; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV; Convención Americana sobre los Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, artículo 5, 2; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 10; Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 10; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes - A.G. ONU 10-12-1984, Considerandos)”, “Pastor Bernardo s/P.S.A. de lesiones graves, etcétera. Recurso de casación”, Trib. Sup. Just. Córdoba, Cafure De Battistelli, Rubio, Tarditti, 23/8/2000.

<sup>12</sup> PIDCP, artículo 10: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

<sup>13</sup> CADH, artículo 5: “2. [...] Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

<sup>14</sup> DADD, artículo XXV: “...Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”. DADD, artículo XXVI: “...Toda persona acusada de delito tiene derecho [...] a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”.

<sup>15</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos “dictaminó que el Reino Unido había violado el mismo artículo [artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ‘No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment’] al encerrar a Adele Price, una víctima de la talidomida sin brazos ni piernas, durante siete días en una celda no adaptada en modo alguno para sus discapacidades; allí no tenía un lugar adecuado para dormir, ni tampoco para hacer sus necesidades (caso ‘Price v. The United Kingdom’, sentencia del 10 de octubre de 2001)”, “Verbitsky, Horacio”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, “La Ley” 9/5/2005, 6.

<sup>16</sup> CADH, artículo 5: “3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

<sup>17</sup> DADD, artículo VII: “Toda mujer en estado de gravedad 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 asistencia especiales”.

<sup>18</sup> DUDH, artículo 25: “[...] Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

<sup>19</sup> Ley 24.660, artículo 195: “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”.

<sup>20</sup> Tengáse en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– dispone en el artículo 37 que “Los Estados Partes velarán por que: [...] b) La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

## *Estándares internacionales*

La reciente interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que el ámbito penitenciario, aparte de las reglas constitucionales antes mencionadas, se encuentra regido por los estándares internacionales fijados por las normas de la ONU<sup>21</sup>. Vamos a considerar que esta doctrina judicial es aplicable no sólo a las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos sino también a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) -Rmnumnpl-.

Debe considerarse que la prisión domiciliaria está comprendida en las medidas no privativas de la libertad<sup>22</sup> y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos, realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado<sup>23</sup>.

Estas medidas deben ser aplicadas igualitariamente<sup>24</sup> y estar determinadas previamente por la ley<sup>25</sup>. Deben quedar sujetas al control judicial para garantizar que se cumplan sus fines y que no se afecten los derechos del beneficiario<sup>26</sup>. El plazo de duración debe estar determinado previamente al aplicarse<sup>27</sup>.

Para la adopción de estas medidas deben considerarse “las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda”<sup>28</sup>. Se le debe asegurar al beneficiario el conocimiento de “las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos”<sup>29</sup>.

## *Conclusiones preliminares*

Una vez analizadas las normas constitucionales y los estándares internacionales se concluye que la prisión domiciliaria debe estar regulada para ser aplicada a las personas enfermas –terminales o no–, los ancianos, las embarazadas, los discapacitados y las madres de niños pequeños en aras de resguardar el derecho a la salud, a la vida, la protección contra la tortura, el trato humanitario al condenado, la intrascendencia de la pena y la tutela especial de los niños y las embarazadas.

Esta medida debe ser dispuesta por la ley –legalidad– y aplicada y controlada por un juez –judicialidad–. Su implementación debe ser igualitaria –generalidad– garantizando que el beneficiario conozca la regulación y las restricciones que va a sufrir y permitiéndole, en los casos que corresponda, la participación de la víctima.

A continuación, veremos como ha sido regulada en el ámbito nacional para verificar su adecuación a estas normas constitucionales y estándares internacionales.

## *Regulación infraconstitucional*

La prisión domiciliaria, en el ámbito federal, se encuentra reconocida en los artículos 32 a 34 de la ley 24.660 (Ley de Ejecución Penitenciaria)<sup>30</sup>. Asimismo, este instituto se encuentra regulado en diferentes normas del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación (este último sólo para el ámbito federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

<sup>21</sup> “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”, “Verbitsky, Horacio”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, “La Ley” 9/5/2005, 6.

<sup>22</sup> Rmnumnpl, artículo 8: “2 Las autoridades sancionadoras podrán disponer del caso de los modos siguientes: [...] k) Arresto domiciliario...”.

<sup>23</sup> Rmnumnpl, artículo 5.1.

<sup>24</sup> Rmnumnpl, artículo 2.2: “Las presentes reglas se aplicarán sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, procedencia nacional o social, posición económica, nacimiento u otras circunstancias”.

<sup>25</sup> Rmnumnpl, artículo 2.3: “...El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles debe estar determinado de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”.

<sup>26</sup> Rmnumnpl, artículo 3: “5. Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sujetas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente. 6. El delincuente estará facultado a presentar pedidos o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad”.

<sup>27</sup> Rmnumnpl, artículo 11: “1. La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley”.

<sup>28</sup> Rmnumnpl, artículo 8.

<sup>29</sup> Rmnumnpl, artículo 12.

<sup>30</sup> La provincia de Buenos Aires tiene un régimen muy similar, pero es aplicable a los mayores de 70 años, los valetudinarios, los discapacitados que no puedan valerse por sí mismos y los que padecieren una enfermedad incurable en período terminal. Ver la ley 12.256 de la provincia de Buenos Aires.

*El artículo 33 de la ley 24.660: personas mayores de setenta años o enfermos incurables en estado terminal*

Se dispone que la persona condenada mayor de setenta años o que padezca de una enfermedad incurable en período terminal tiene derecho a solicitar la prisión domiciliaria, sin importar la pena recibida ni el lapso cumplido<sup>31</sup>.

En relación con el término de “enfermedad”, el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Federal entiende que se refiere “...al conjunto de síntomas y signos, que tienen una determinada evolución y que proceden de una causa de origen no siempre conocido”<sup>32</sup>. Respecto al concepto de “enfermedad incurable”, la OMS entiende que es “aquella que adopta un curso de irreversibilidad y, alerta sobre la seria dificultad de establecer cuándo se produce el ingreso de una enfermedad a una etapa terminal”<sup>33</sup>. Por lo tanto, ambos términos son bastante vagos haciendo discrecional la aplicación de la ley. Por ello, desde el Poder Ejecutivo nacional se trató de limitar esta discrecionalidad dictando el decreto 1.058/97 que reglamenta que “se considerará enfermedad incurable en período terminal aquella que, conforme los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de seis (6) meses”. Se agrega que se tendrán en cuenta los criterios generales de la medicina para realizar esta evaluación.

En relación con esta disposición normativa, se ha considerado que el lapso fijado por el decreto es arbitrario y puede ser dejado de lado en un caso concreto por el juez competente<sup>34</sup>.

En el mismo decreto se intenta limitar el acceso a la prisión domiciliaria de los enfermos de HIV exigiendo que se encuentren dados los siguientes clínicos y de laboratorio: a) Serología confirmatoria para HIV; b) Más de una patología marcadora de

sida (fuente: categoría C.-CDC 1993) según la siguiente nómina: candidiasis traqueal-bronquial o pulmonar, candidiasis esofágica, carcinoma de cérvix invasivo, coccidioidomicosis diseminada (en una localización diferente o además de los pulmones y los ganglios linfáticos-cervicales o hiliares), criptococcosis extrapulmonar, criptosporidiosis con diarrea de más de un (1) mes de duración, infección por citomegalovirus de un órgano diferente del hígado-bazo o ganglios linfáticos, retinitis por citomegalovirus, encefalopatía por HIV, infección por virus del herpes simple que cause una úlcera mucocutánea de más de un (1) mes de evolución o bronquitis-neumonitis o esofagitis de cualquier duración, histoplasmosis diseminada (en una localización diferente o además de los pulmones y los ganglios linfáticos cervicales o hiliares), isosporidiosis crónica [más de un (1) mes], sarcoma de Kaposi, linfoma de Burkitt o equivalente, linfoma inmunoblástico o equivalente, linfoma cerebral primario, infección por *M. avium intracellulare* o *M. Kansasii* diseminada o extrapulmonar, tuberculosis pulmonar, tuberculosis extrapulmonar o diseminada, infección por otras micobacterias diseminada o extrapulmonar, neumonía por *P. carinii*, neumonía recurrente, leucoencefalopatía multifocal progresiva, sepsis recurrente por especies de salmonella diferente de *S. typhi*, toxoplasmosis cerebral, *wasting syndrome*; c) Dosaje de CD4 determinado con citometría de flujo inferior a cincuenta (50) células por milímetro cúbico en dos (2) estudios sucesivos con treinta (30) días de diferencia; d) Falta de respuesta al tratamiento antirretroviral con indicación adecuada y cumplimiento fehaciente; e) Manifiesta dificultad psicofísica para valerse por sí mismo”.

Desde el campo jurídico, se ha considerado criticable esta enumeración taxativa de los requisitos, sosteniéndose que es revisable judicialmente<sup>35</sup>.

Por su parte, desde el saber médico, el doctor Pedro Cahn, jefe del Servicio de Infectología del Hospital “Juan A. Fernández”, ha sostenido que “...el lis-

<sup>31</sup> La jurisprudencia ha sostenido que “...a través de lo establecido por el artículo 33 de la ley 24.660 (“ADLA”, LVI-C, 3375), que permite que el condenado mayor de setenta años pueda cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, se crea una nueva hipótesis de la misma, sea cual fuere el tiempo total de condena, distinta de la prevista en el artículo 10 del Código Penal, toda vez que la misma ley, en su artículo 229, establece su carácter de complementaria del ordenamiento sustancial”, “Olguín, Emma Luisa s/recurso de casación”, C. Nac. Casación Penal, Sala 1<sup>a</sup>, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci, 14/5/2002.

<sup>32</sup> Vázquez Acuña, Martín, E., *El VIH-sida...*, obra citada.

<sup>33</sup> Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

<sup>34</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, Argentina, 2000, página 909.

<sup>35</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal...*, obra citada, página 909.

Asimismo, se ha dicho que “...esta reglamentación presenta algunas deficiencias y lo cierto es que su aplicación ha conducido a reducir el ámbito de interpretación judicial. En primer lugar, la administración no puede ‘reglamentar’ la interpretación de una ley. Los jueces sólo están atados en la ley emanada del Congreso y a ella deben sujetarse, no a las reglamentaciones del Poder Ejecutivo nacional. Por otra parte, y aun asumiendo que entre las potestades de la administración se encontraba la de regular la cuestión, es bien discutible que los criterios que se utilizaron para la elaboración de la reglamentación tengan actualidad o sean correctos hoy. La jurisprudencia, con todo, no ha corregido estas falencias”, Filippini, Leonardo; Plat, Gustavo; Plazas, Florencia, *VIH/sida: los derechos de las personas privadas de la libertad...*, obra citada, página 31.

tado incluido en el punto *b*) del artículo 3 de la mencionada reglamentación comprende patologías de distinta gravedad, algunas de las cuales cumplen en opinión del suscripto plenamente con los criterios de terminalidad, por ejemplo: linfoma cerebral, *wasting syndrome*, mientras que otros, como candidiasis esofágica o infección por virus de herpes simple no pueden considerarse terminales, dado que no cumplen con los criterios determinados en el artículo 2 [...] más allá del criterio específico, resultaría más criterioso centrar la definición de terminalidad en el punto ‘e’ del artículo 3 que expresa ‘manifiesta dificultad psicofísica para valerse por sí mismo’”<sup>36</sup>. Por su parte, el doctor Jorge A. Benetucci, jefe de una sala del Hospital Muñiz, concluye que “ante la imposibilidad de emitir reglas generales estoy convencido de que rotular a un paciente como estadio terminal es un tema que exige del análisis por una junta médica conformada por especialistas en el tema y que puedan analizar el caso individual con todos los elementos necesarios a disposición”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

<sup>37</sup> Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

<sup>38</sup> Ley 24.660, artículo 33.

<sup>39</sup> Artículo 16 y normas de los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho al trato igualitario.

<sup>40</sup> Ley 24.660, artículo 11: “Esta ley, con excepción de lo establecido en el artículo 7º, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente”. Resulta evidente el carácter beneficioso de la medida de prisión domiciliaria, por su parte, no implica prejuzgamiento sobre la culpabilidad del imputado, ya que el juez sólo evalúa si la persona queda comprendida en algunos de los supuestos de procedencia –enfermo terminal, mayor de setenta años–, que no tienen que ver con el juicio acerca de la responsabilidad penal del sujeto.

La doctrina ha considerado que “debe entenderse que esa previsión es aplicable a las penas anticipadas sin condenas (prisiones preventivas), pues sería contrario a toda lógica que el derecho a la salud se le negase a los que están favorecidos por el principio de inocencia”, Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal...*, obra citada, página 909.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que “...si bien el artículo 33 de la ley 24.660 (“ADLA”, LVI-C, 3375), que establece la posibilidad de los condenados a cumplir detención domiciliaria cuando sea mayor de setenta años, se refiere a quien cumple condena, resulta equitativo que se aplique también a los procesados, puesto que, respecto a estos últimos, rige el principio de presunción de inocencia; tal extensión aparece reafirmada en el artículo 11 de la norma citada y en el principio de igualdad contemplado en el artículo 16 de la Constitución Nacional”, “Olgún, Emma Luisa s/recurso de casación”, C. Nac. Casación Penal, Sala 1<sup>a</sup>, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci, 14/5/2002. En

La solicitud de prisión domiciliaria debe ser efectuada por un familiar, una persona o una institución responsable que asuma el cuidado del prisionizado. Debe ser concedida por el juez competente sobre la base de informes médico, psicológicos y sociales<sup>38</sup>.

La medida puede favorecer tanto a una persona condenada como a un procesado con prisión preventiva a causa del deber de trato igualitario reconocido en nuestra CN<sup>39</sup>, en la propia ley 24.660 (artículo 11)<sup>40</sup>. En este caso, el juez competente es el juez de instrucción. En cambio, cuando el beneficiario es una persona condenada, el juez competente es el de ejecución.

El juez tiene criterio discrecional para conceder una supervisión de la prisión a cargo del patronato de liberados o de un servicio social calificado (queda prohibido el control por organismos de seguridad)<sup>41</sup>.

Se dispone en la norma reglamentaria (decreto 1058/97) que 6 meses antes que la persona cumpla

igual sentido en “Lovecchio, Nicolás”, causa 6.545, C.N. Casación Penal, Sala VI, 10/4/97, “La Ley”, 1998-B, 415; “D.J.”, 1998-2-43.

“Es procedente el arresto domiciliario del imputado mayor de setenta años de edad –en el caso, cumple prisión preventiva– toda vez que el artículo 33 de la ley de ejecución de la pena 24.660 (‘ADLA’, LVI-C, 3375) es extensible y aplicable respecto de quien aún goza de una mejor situación procesal que la que presenta todo condenado, pues no se quebró la presunción de inocencia.

”Viola el principio de igualdad ante la ley y el de razonabilidad (artículos 16 y 28, Constitución Nacional) la denegatoria de cumplimiento de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario de una persona mayor de setenta años, pues si la ley de ejecución de la pena 24.660 (‘ADLA’, LVI-C, 3375) la autoriza cuando está descartada la presunción de inocencia en razón de mediar una condena, con mayor razón es aplicable la excepción cuando subsiste dicha presunción.

”Son irrelevantes a los fines del cumplimiento de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario –en el caso, el imputado posee setenta años de edad– la gravedad del delito imputado, el rol que desempeñó en la organización investigada y la carencia de domicilio fijo en el país.

”Sin perjuicio de lo manifestado, no puede dejar de advertirse que la decisión a adoptar tendrá plena acogida en lo asentado por el artículo 3º, de la ley 24.660, artículos 1º y 4º del decreto 1.058/97 que reglamenta el artículo 33 ya citado; artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 25 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 11.1 y 29.2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 5.1, 2 y 6, artículos 7.3 y artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 9.3, 10.1 y 14.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, “Riveros Esparza, Angel”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 21/12/2000, “La Ley”, 2001-E, 489.

<sup>41</sup> Ley 24.660, artículo 33.

los setenta años, el servicio social del establecimiento le informa los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria. En el caso que exprese la voluntad afirmativa, se realizan los informes debidos. De este modo, se garantiza que no se retrase el acceso al beneficio por la tramitación necesaria.

En estos supuestos, se advierte que entra en juego en mayor medida la garantía de trato digno del condenado –muerte digna–, más que la protección de la salud<sup>42</sup>, tratando de evitarse que los enfermos y los ancianos mueran en prisión. Esto es muy claro por el hecho que el enfermo recién puede solicitar el acceso una vez que su deceso sea inminente. Por su parte, la persona anciana recién puede acceder cuando cumple la avanzada edad de 70 años y su fallecimiento se avecina.

*Supuestos del Código Penal: mujeres honestas, personas valetudinarias y personas mayores de sesenta años*

El Código Penal en su artículo 10 dispone que procede la prisión domiciliaria cuando 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 valetudinaria. Esta norma es complementada por el artículo 32 de la ley 24.660, que establece que la prisión domiciliaria debe ser concedida por el juez competente confiándole la supervisión a un patronato de liberados o a un servicio social calificado; prohibiendo el control por organismos de seguridad. Lo cual se contradice francamente con el Código Procesal Penal de la Nación, que establece el control policial bajo la instrucción de la autoridad judicial<sup>43</sup>.

Por “mujer honesta” se ha entendido que es la que no ejerce la prostitución. Esta norma del Código Penal es inconstitucional, ya que resulta claramente arbitraria la discriminación al permitir que sólo las “mujeres honestas” sean beneficiarias de esta medida<sup>44</sup>. Por lo tanto, debemos considerarla inválida.

Por otro lado, las personas valetudinarias son los que sufren de los achaques de la edad, enfermizos, delicados o de salud quebrada<sup>45</sup>. Se ha considerado que “no requiere que la enfermedad no le permita soportar la privación de libertad en prisión, sino que basta con que el encierro sea susceptible de empeorar la enfermedad física o psíquica que padece, concepto que es válido por las disposiciones de la ley 24.660”<sup>46</sup>. Podría entenderse que bajo este concepto quedan comprendidos los enfermos y los discapacitados, de todos modos hay que argüir que el término resulta ajeno a una dogmática jurídica que tenga como fuentes los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Estos supuestos son aplicables cuando la pena de prisión no excede los seis meses, lo cual es poco factible por la vigencia del régimen de libertad condicional, a menos que la persona condenada sea reincidente.

Debe agregarse que estos supuestos son aplicables cuando a un procesado se le ha dictado la prisión preventiva<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> “Corresponde conceder el beneficio de la detención domiciliaria a un condenado que presenta una enfermedad de base crónica y terminal –en el caso, incidida por un proceso infeccioso con diagnóstico de potencial riesgo para su vida, con tratamiento de diálisis cuatro veces al día y prescrita la amputación supraconirlea de su pierna derecha–, porque su alojamiento como condenado a una pena privativa de libertad en una unidad penitenciaria que no cuenta con instalaciones hospitalarias adecuadas, acarrea un padecimiento cuya magnitud obliga a reconocer la contradicitoriedad de su encierro carcelario con la genérica garantía de respeto a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de toda persona, así como el reconocimiento constitucional al individuo que se encuentra privado de su libertad el principio de humanidad en el tratamiento penitenciario, exigiendo en esa etapa de ejercicio del poder punitivo estatal el respeto a la dignidad inherente al ser humano y la proscripción de cualquier forma de sometimiento cruel, inhumano o degradante”, “Martínez, Hugo G. s/recurso de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 4-11-2003, Sup. Penal 2004 (abril), 53.

<sup>43</sup> Código Procesal Penal de la Nación, artículo 502: “La detención domiciliaria prevista por el Código Penal se cumplirá bajo inspección o vigilancia de la autoridad policial, para lo cual el tribunal de ejecución impartirá las órdenes necesarias”.

<sup>44</sup> “Mujer honesta para el artículo 10 es la mujer que no es prostituta. De cualquier manera, es inconstitucional que la norma no excluya taxativamente a las prostitutas. Esta exclusión no puede justificarse desde ningún aspecto que haga al cumplimiento de la pena: hay otras actividades que, desde esta perspectiva, pueden ser ejercidas por las mujeres o por los hombres mayores de sesenta años (como vivir de la prostitución ajena, por ejemplo) que quizás podrían interesar más al respecto, pero que no están excluidas. Por ende, debe entenderse que se trata de un vestigio de antiquísima tradición legislativa, que no puede sostenerse razonablemente, todo ello sin contar –por supuesto– con que también es inconstitucional, por atender a una cuestión moral reservada al ámbito de privacidad, en función del artículo 19”, Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal...*, obra citada, página 907.

<sup>45</sup> Real Academia Española.

<sup>46</sup> Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal...*, obra citada, página 908.

<sup>47</sup> Código Procesal Penal de la Nación, artículo 314: “El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio”.

Esta medida debe ser dispuesta por la autoridad judicial competente (juez de ejecución para los condenados, juez de instrucción para los procesados), de oficio o a pedido de parte.

#### *Revocación de la prisión domiciliaria*

Se dispone en el artículo 34 de la ley 24.660 que el juez competente debe revocar cuando el beneficiario no cumpliera sin justificativo la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión lo aconsejen.

Sin embargo, la propia ley 24.660, en el artículo 35, establece que el juez dispondrá la prisión discontinua o la semidetención en los supuestos de revocación de la prisión domiciliaria del artículo 10 del CP o de la persona mayor de 70 años de la ley 24.660<sup>48</sup>. Esto ha llevado a concluir que cuando el Estado no ha establecido estos regímenes (prisión discontinua o semidetención) o carece de establecimientos adecuados “corresponde establecer o restablecer la detención domiciliaria”<sup>49</sup>.

#### *Conflictos con las normas constitucionales y los estándares internacionales.*

Se observa que se ha limitado en extremo la procedencia de la prisión domiciliaria en el supuesto de la persona enferma, exigiéndose que esta enfermedad esté en grado terminal para que proceda la medida mencionada (artículo 33 de la ley 24.660) o que la condena sea inferior a los 6 meses de prisión (artículo 10, CP). Debe señalarse que la ley 24.660 prevé que los enfermos tengan servicio médico en el establecimiento penitenciario o sean trasladados provisoriamente a una institución especializada<sup>50</sup>. De todos modos, sería conveniente permitirle al juez

<sup>48</sup> Debemos agregar que el Código Procesal Penal de la Nación dispone en el artículo 502 que “si el penado quebrantare la condena pasará a cumplirla en el establecimiento que corresponda”. Como se observa, no dispone expresamente cuál es el establecimiento que le corresponde a la persona que se le ha revocado la prisión domiciliaria debiendo recurrirse a la norma penitenciaria.

<sup>49</sup> Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal...*, obra citada, página 910.

<sup>50</sup> Ley 24.660, artículo 143: “El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos.

“Los estudios diagnósticos, tratamientos y medicamentos indicados, le serán suministrados sin cargo”.

Artículo 147: “El interno podrá ser trasladado a un establecimiento penitenciario especializado de carácter asistencial médico o psiquiátrico o a un centro apropiado del medio libre, cuando la naturaleza del caso así lo aconseje”.

Artículo 152: “Los tratamientos psiquiátricos que impliquen suspensión de la conciencia o pérdida de la autonomía psíquica, aunque fueran transitorias, sólo podrán ser realizados en establecimientos especializados”.

disponer de la prisión domiciliaria cuando sea lo más aconsejable para el resguardo de la salud de la persona institucionalizada. Resulta incongruente que sólo se permita esta prisión cuando la persona no tiene esperanzas, más cuando si se hubiera aplicado la prisión domiciliaria, tal vez, hubiese sanado. Por ello, la jurisprudencia, ante casos concretos, ha procedido a dictar la prisión domiciliaria sin hacer una aplicación rígida de las normas infraconstitucionales, permitiendo así que las personas enfermas puedan gozar de esta medida cuando es la más adecuada para el restablecimiento de su salud<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> “Si bien corresponde confirmar la resolución que rechazó el pedido de prisión domiciliaria solicitada por la imputada, corresponde ordenar la realización de nuevos informes médicos para que se informe acerca de la evolución de su estado de salud pues, si se constata que el mismo se viene deteriorando por el lugar de detención, aunque todavía no se configure una situación *in extremis* como la consignada en el artículo 33 de la ley 24.660 (“ADLA”, LVII-C, 3375), no resulta atinado ni legalmente correcto, mantener la detención a la espera del agravamiento de tal deterioro, cuando existe otra vía menos gravosa de detención de una persona sometida a proceso en donde todavía no ha recaído sentencia.” “Suárez, Norma B.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, 27/8/2004.

“El Código Procesal Penal de la Nación (ver artículo 317) no contempla la posibilidad de excarcelar a aquellas personas que padecieran alguna dolencia grave y que pudiera empeorar por el alojamiento en una comisaría o en una cárcel.

“Ello ha forzado a los tribunales, hasta que entró en vigencia la ley 24.660, a echar mano a lo normado en el inciso 2 del artículo 495 de la ley ritual, que dispone que si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de dos peritos designados de oficio, la ejecución de la pena podrá ser diferida.

“En tal sentido, el Trib. Oral Crim. Fed. Mar del Plata, en la causa ‘A. M. J. L. s/tenencia ilegítima de estupefacientes con fines de comercialización’ decidió, el 27/6/96, otorgar la excarcelación, en atención a lo dispuesto en la norma referida y a lo previsto en el artículo 18 CN., a un portador del VIH, que los médicos indicaban que presentaba un fuerte deterioro en su salud y que su patología podía ser ubicada en un estadio IV, con grandes probabilidades de complicaciones (tenía diagnosticada una tuberculosis y una encefalitis subaguda); que las propias autoridades de la unidad penitenciaria XV (Batán, provincia de Buenos Aires) reconocieron la inexistencia de drogas específicas sugeridas como tratamiento (3tcritonavir, etcétera), así como las mínimas previsiones para efectuar radiografías por falta de funcionamiento del equipo de servicio de sanidad, y que en las conclusiones del informe suministrado los responsables admitieron que el tratamiento brindado no era suficiente, pudiendo las falencias apuntadas provocar ‘severas complicaciones’, con eventual riesgo de la vida (así también, el Juzg. Crim. y Corr. Mar del Plata en la causa ‘E.J.J.O.M.J.D.’, del 5/11/97 en la cual se utiliza el artículo 502 ley 11.922 -ley de ejecución de la provincia de Buenos Aires; causa ‘C.M.’ del 30/10/96, del mismo tribunal; ver también fallo en la causa ‘R.R.R.E. s/excarcelación’ de la C. Fed. San Martín, reg. 761)”, Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

Una de las enfermedades más comunes y nocivas del medio carcelario es el sida. La situación actual es dramática ya que se ha estimado que un 7,07 % de la población carcelaria tiene HIV, superando casi en doce veces a la tasa estadounidense (0,6 %) y siendo superior al por-

---

En doctrina se dice: "...en cuanto al artículo 33, su adecuada interpretación constitucional no puede admitir que la pena de detención domiciliaria sea sustituto de la prisión sólo en los casos de muerte segura, cuando el condenado se halle afectado por una enfermedad incurable e irreversible pues, por vía de principio, trato humano al condenado no es sólo desplazar su cuerpo para que muera en el domicilio, lo que sería bien poco y desnaturalizaría el sentido del instituto como alternativa a la prisión, pero, además, si se tolerase que se siguiese cumpliendo la pena de prisión cuando una enfermedad no le permita soportar la privación de libertad sin riesgo para la vida o la salud física o psíquica, o cuando se pruebe que el encierro en un establecimiento sea susceptible de empeorar un delicado estado de salud, se impone la sustitución, pues de lo contrario la pena privativa de libertad se convierte en una pena privativa de salud o corporal, constitucionalmente prohibida. La propia ley 24.660 incurrió en contradicción si se interpretase literalmente el artículo 33, porque esa interpretación sería violatoria del artículo 143, que le reconoce expresamente el derecho a la salud (sin perjuicio de que ese artículo sea redundante en cuanto a la Constitución y al derecho internacional), lo que indica claramente que la respuesta punitiva tiene como límite cualquier peligro para la salud o la integridad física o psíquica que provenga de la ejecución penal [...] del contexto de disposiciones de la propia ley debe concluirse que cuando existe riesgo de agravamiento de una enfermedad o peligro para terceros en el ámbito del encierro carcelario, el juez de la condena o de la ejecución puede disponer su detención domiciliaria o su internación en una institución médica pública o privada, en último caso a cargo del condenado, y sólo podrá revocar este derecho, cuando exista seguridad de que el condenado, en prisión, no agravaría sus condiciones de salud", Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal...*, obra citada, páginas 908 y 909.

Por su parte, se ha agregado que "...se coincide con Clariá Olmedo, quien, comentando el inciso 2 del artículo 528 Código Procesal de Córdoba, de idéntico texto al Código Federal, señala que este artículo no solamente contempla los casos en que el condenado sufre un grave padecimiento y que el encierro pusiera en peligro su vida, sino que entiende correcto interpretar que comprende los supuestos en que el encierro pudiere agravar la enfermedad que el condenado esté sufriendo, en consideración a sus especialísimas características. Es decir que no es necesario para adoptar una decisión que se dé una situación de peligro inmediato para la vida", Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

Se ha concluido que "5. Postergar la libertad de una persona hasta que se dé una situación crítica de enfermedad terminal agravia el derecho a la vida y a la salud, por lo que el artículo 33 ley 24.660 y su decreto reglamentario son inconstitucionales", Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

centaje de personas adultas infectadas en toda América Latina (entre 0,5 % y 1 %)<sup>52</sup>. Debe agregarse que "...el sida es la principal causa de muerte en las cárceles. Durante el año 2001 se han producido 35 muertes, casi la mitad por dicha enfermedad"<sup>53</sup>.

En el caso de los enfermos de HIV debe considerarse que "esta enfermedad es todavía incurable, una oportuna intervención permite un control del proceso de replicación viral y una disminución de la carga viral y una prevención de la inmunodeficiencia progresiva; asimismo, debe tenerse en cuenta que toda interrupción del tratamiento debe considerarse de alto riesgo de selección de cepas resistentes"<sup>54</sup>. En este sentido, el ingreso y la permanencia en el medio carcelario es sumamente nocivo para el tratamiento de esta enfermedad<sup>55</sup>. Por ello, la jurisprudencia ha considerado este supuesto particular como uno de los casos de procedencia de la prisión domiciliaria, independientemente que la enfermedad esté en la fase terminal según la delimitación dada en el decreto reglamentario. Se ha recurrido al argumento de que la enfermedad es "in-

---

<sup>52</sup> Cfr. Petrone, Daniel, *Cárceles sanas y limpias*, Unidos por la Justicia, Buenos Aires, 2004.

<sup>53</sup> Petrone, Daniel, *Cárceles sanas y limpias*, obra citada.

<sup>54</sup> Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

<sup>55</sup> "La ausencia de un procedimiento veloz destinado a verificar el tratamiento de VIH/sida que viene realizando la persona que ingresa a un establecimiento penitenciario motiva su suspensión y la consecuente repercusión de ello en el éxito de la acción terapéutica oportunamente adoptada.

"Tal falencia, ha sido reconocida por los funcionarios y considerada como un 'bache insalvable'. El mismo inconveniente se presenta, en sentido inverso, al momento en el que la persona egresa del establecimiento. En tal situación, hemos advertido que no se asegura la entrega de información a la persona que recupera la libertad a fin de permitirle continuar con los tratamientos médicos iniciados en prisión.

"El suministro de una síntesis escrita de los aspectos más relevantes del tratamiento recibido o de los antecedentes clínicos para permitir una adecuada atención –evolución y seguimiento– de la salud de las personas que han obtenido la libertad, no es una práctica adoptada en el ámbito penitenciario. Así, las personas que realizan tratamiento antirretroviral ven obstaculizada su continuidad tanto al ingreso al sistema penitenciario como a su egreso, hasta tanto se vincule con otra institución pública que lo provea de la medicación", Palmieri, Gustavo; Plat, Gustavo, *VIH/sida en el sistema penitenciario federal. Modificación de hábitos y prácticas para la correcta prevención y tratamiento*, CELS, LUSIDA, elaborado en el marco del proyecto "Condiciones para la prevención y el tratamiento de VIH/sida en población penitenciaria", financiado por el proyecto PNUD ARG 96/011, Control de Sida y ETS-LUSIDA, convenio de préstamo BIRF 4.168/ARG., Ministerio de Salud de la Nación, página 17.

curable” y a una supuesta afectación del derecho a la vida y de trato digno<sup>56</sup>.

Tampoco se prevé la prisión domiciliaria para las mujeres embarazadas<sup>57</sup> o para las que tienen hijos

<sup>56</sup> En este sentido, el Trib. Oral Nº 1 de la Capital Federal, en la causa “O.G.L.G sobre el delito de robo”, fallo del 13 de agosto de 1996, decidió que si bien el imputado no se hallaba en un estado terminal, sí presentaba un estadio de C-3 de su enfermedad, con grandes posibilidades de agravarse por la visita de enfermedades oportunistas, las que por otra parte ya había padecido (neumonías múltiples, herpes zóster) y que de continuar alojado en el Servicio Penitenciario, por sus condiciones de habitabilidad, podía llegar a poner en peligro su vida. También, el Trib. Oral Crim. Fed. Mar del Plata en la causa Nº 68 (“A. M. y otros sobre infracción ley 23.737”), en un fallo del 27 de junio de 1996, aunque en el caso se trataba de un enfermo terminal dejó sentado, haciendo suyos los conceptos de Bustos Ramírez (*Manual de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1994, página 303), que “hoy el problema de padecimientos incurables por enfermedades graves, se hace más intenso en razón del sida en que ‘incurable’ debería entenderse no en el sentido de ‘terminal’, sino que no hay solución médica ya para él (comentando el artículo 60 del Reglamento Penitenciario Español que prevé el adelantamiento de la libertad condicional en el caso de enfermos graves o con padecimientos incurables).

“En este sentido, el artículo 189 bis del Código Procesal Penal italiano –específicamente referido a personas que viven con VIH– (introducido por decreto ley 139 de mayo de 1993) dispone que cuando el juez entienda que la situación de encierro es incompatible con el estado de la enfermedad debe suspenderse la ejecución de la sentencia. Respecto a esta norma, el Tribunal Constitucional de Italia señaló que la misma es constitucional, pues la finalidad del legislador ha sido la de garantizar el derecho a la salud en el interior de las prisiones”, Vázquez Acuña, Martín E., *El VIH-sida...*, obra citada.

Por su parte se ha sostenido que “...quien padece una enfermedad incurable puede obtener la excarcelación bajo las condiciones generales; en el caso del sida se ha otorgado por razones de humanidad y por el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (TOC 14, “D.J.”, 1999-2, pág. 1226, f. 14520, con disidencia del juez Cataldi, quien se inclina por la prisión domiciliaria cuando no medie causalidad entre la ejecución de la pena y el peligro de vida)”.

<sup>57</sup> “La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en los autos 32.673, reg. 1.212, del 14 de diciembre de 2000 ha señalado que ‘...habiéndose acreditado el estado en el que se encuentra la imputada, sin perjuicio de que en la unidad en la cual se encuentra pueda tener la debida asistencia médica, el derecho reconocido por el ordenamiento procesal resulta extensible y aplicable al presente caso y su denegatoria conculcaría las garantías constitucionales ya indicadas, perjudicando no sólo derechos que tiene el encausado sino también el niño por nacer y, luego de nacido hasta los seis meses de vida’, resolviendo en consecuencia suspender la ejecución de la prisión preventiva ordenando el arresto domiciliario hasta que la persona por nacer cumpla seis meses de vida”, Martínez de Buck, Perla I.; Plesel de Kiper, Patricia, *Detención domiciliaria. Ley 24.660. Aplicación a procesados no condenados*, “La Ley”, 2003-A, página 813.

pequeños afectando el principio de intrascendencia de la pena y provocando la institucionalización de los niños que son hijos de mujeres prisionizadas. Debe señalarse que el Código Procesal Penal de la Nación permite diferir la aplicación de la pena en estos supuestos –embarazada, madre de niño menor a los seis años y enfermo grave–<sup>58</sup>.

Finalmente, debe señalarse que no se prevé la aplicación de la prisión domiciliaria para los discapacitados, a menos que queden comprendidos dentro del concepto de valetudinarios. En ese caso, el CP sólo permite la medida en forma muy restrictiva, ya que es aplicable sólo si la pena es inferior a los 6 meses.

### *El problema de la superpoblación carcelaria*

La superpoblación carcelaria<sup>59</sup> por sí misma debe ser considerada un trato inhumano y degradante, dificulta el acceso a derechos fundamentales como

<sup>58</sup> Código Procesal Penal, artículo 495: “La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2º) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente”.

<sup>59</sup> En la provincia de Buenos Aires se produjo un crecimiento exponencial de la población carcelaria causado, principalmente, por la modificación del régimen de exención y excarcelación. Se señala que “el Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1.132/01.

“De aquél se desprende la existencia de un incremento notable (296,70 %) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 –acentuándose desde 1998–, los que representan el 75 % del total de las personas privadas de su libertad.

“Por otra parte, también consta que la situación de las cárceles provinciales es crítica en materia de capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04.

“Al respecto, mencionó que la cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31 % en el término de tres años”, “Verbitsky, Horacio”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, “La Ley”, 9/5/2005, 6.

“Con respecto a las condiciones de detención en las cárceles de la provincia, indicó que, a septiembre del pasado año, la distorsión de plazas oscilaba entre las 7.700 y las 10.114 de acuerdo con los diversos mecanismos utilizados para medirla. Este dato ponía de relieve que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30 % la capacidad máxima prevista, llegando incluso –según otras mediciones– al 50 % de superpoblación.

la alimentación, la salud, la educación o el trabajo. Por otro lado, hace que la infraestructura sea inadecuada, provocando que sean insuficientes las camas, los sanitarios o las duchas, además de promover las interacciones violentas<sup>60</sup>.

Esta situación obliga al Estado a la adopción de inmediato de medidas adecuadas. En este sentido, un mecanismo para reducir este problema sería extender la aplicación de la prisión domiciliaria. En consecuencia, más allá de las razones jurídicas, existe una realidad muy seria que justifica una modificación legal de este instituto.

---

<sup>60</sup>Con 220 para el 2004 esta tasa sólo es superada por Chile. Sin embargo, su nivel de crecimiento ha sido superior no sólo al de Chile sino inclusive a los niveles de incremento de la tasa de prisión en los Estados Unidos de América.

"De esta manera mencionó que en los últimos seis años las reformas legislativas introducidas en el ordenamiento procesal local por las leyes provinciales 12.405 y 13.183 –que modificaron la regulación en materia de excarcelación–, así como también las modificaciones efectuadas a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177, trajeron aparejado un significativo aumento en la cantidad de personas privadas de su libertad en el ámbito local.

"Asimismo señaló que, en virtud de estas reformas legislativas, se incrementó significativamente el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años, pasando del 20 % del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4 % en el año 2003". "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, "La Ley", 9/5/2005, 6.

En el ámbito federal, la situación no es tan grave, pero se registra superpoblación carcelaria, ya que la capacidad es para 8.375 personas y se alojan 9.231 internos. Sin embargo, cabe reparar que la población prisionizada viene incrementándose.

<sup>60</sup> "19. Que no se trata en el caso de discutir cuestiones importantes pero no esenciales, como el exactísimo cubaje de aire, dos o tres grados más o menos de temperatura u horarios de recreos y provisión de trabajo carcelario, media hora más o menos del horario de visitas, etcétera, sino que lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, "La Ley", 9/5/2005, 6.

"37. Que la situación no controvertida de los detenidos en la provincia de Buenos Aires pone en peligro la vida y la integridad física del personal penitenciario y policial, además de que genera condiciones indignas y altamente riesgosas de trabajo de esos funcionarios y empleados.

"Una prisión es un establecimiento en el que hay un fino equilibrio entre presos y personal, y la superpoblación provoca descontrol y violencia llevando ese equilibrio siempre precario al límite de la fragilidad", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/5/2005, "La Ley", 9/5/2005, 6.

– La prisión domiciliaria debe ser aplicable a enfermos, discapacitados, ancianos, embarazadas y madres de niños pequeños.

– Se procura resguardar el derecho a la salud, a la vida, la protección contra la tortura, el trato humanitario al condenado, la intrascendencia de la pena y la tutela especial de los niños y las embarazadas.

– Resulta vetusta la regulación del artículo 10 del Código Penal.

– Son muy estrictos los requisitos establecidos para la aplicación de la prisión domiciliaria a enfermos de HIV.

– La aplicación más frecuente de esta medida aliviará ligeramente la superpoblación penal.

Por todo lo expuesto, solicito a mis colegas que me acompañen en este proyecto de ley.

*Diana B. Conti.*

## 2

### FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente proyecto propicia modificar los supuestos que habilitan la prisión domiciliaria a fin de adecuar este instituto a las pautas fijadas en numerosos tratados internacionales de derechos humanos que, conforme el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, gozan de rango constitucional. Para ello, se proponen diversas modificaciones al Código Procesal Penal y a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, 24.660.

La Ley de Ejecución de la Pena dispone, en su artículo 33, que el condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, pueden cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, cuando una resolución fundada del juez competente así lo autorice.

A estos casos ya contemplados, se propone agregar otros en los que también se pueda habilitar el cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio. Estos nuevos supuestos son: cuando el condenado padezca una enfermedad o discapacidad graves y que por tal condición requiera tratamiento o atención especial que no pueda recibir en el establecimiento donde cumple la privación de la libertad o en un establecimiento hospitalario; cuando se trate de una mujer embarazada; y cuando se trate de la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, cuando estén a su cargo.

El primer caso mencionado, esto es, cuando el condenado se ve afectado por una enfermedad o discapacidad graves, guarda semejanza con el caso ya incluido en la Ley de Ejecución de la Pena, relativo al interno que padece una enfermedad incurable en período terminal. En ambos supuestos, exigir

el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el establecimiento penitenciario implica una grave afectación a los derechos fundamentales de las personas, en especial los derechos vinculados a un trato humanitario en la privación de la libertad.

Al respecto, la Constitución Nacional, en su artículo 18 establece que "...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, establece en su artículo 16: "Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes...".

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el inciso 2 del artículo 5º referido al derecho a la integridad personal, establece: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7º dispone: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", y en su artículo 10 establece: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Además, la Ley de Ejecución de la Pena, establece en su artículo 9º: "La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder". Este derecho es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad, conforme lo establece el artículo 11 de la ley. De ahí que todo aquello que regula la ejecución de la pena es aplicable a toda etapa del proceso penal previo a la ejecución de la pena (vgr. a la prisión preventiva).

En este orden de ideas, entendemos que nuestro ordenamiento jurídico impide que prevalezca el interés general de la sociedad en reprimir ciertos delitos con la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario, cuando ello trae aparejado la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y a la dignidad de los condenados o procesados. Esto no implica eliminar todo reproche penal en tales casos, sino que la sanción punitiva se cumpla en el domicilio, de forma tal que no constituya un trato inhumano o degradante de la persona que sufra una enfermedad o discapacidad grave. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el

cumplimiento de la pena privativa de la libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: del derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de la libertad, ésta debe ser morigerada a través de su cumplimiento domiciliario. Más aún, cuando esta privación de la libertad en establecimiento carcelario afecta a un sujeto distinto del condenado, como por ejemplo, los niños.

Otro de los supuestos que se propicia incorporar, se refiere a la mujer embarazada. En estos casos, consideramos que el cumplimiento de la pena en el domicilio resulta un imperativo de numerosos tratados internacionales de derechos humanos. En particular, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece en su artículo 12 que "... los Estados Partes, garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asignarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza en su artículo 7º el derecho a la protección de la maternidad y a la infancia, disponiendo que "toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia tiene derecho a la protección, cuidado y ayuda especiales". En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, inciso 2, establece: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales", y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10, inciso 3, dispone que "se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto". Finalmente, el artículo 24, inciso d), de la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona que es deber de los Estados "asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres".

Nuestro ordenamiento reconoce la necesidad de una atención especial a estos supuestos. Así, el artículo 495 del Código Procesal Penal, dispone que la ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio cuando deba ser cumplida por una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia, y en los casos en que la persona se encuentre gravemente enferma y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida.

Finalmente, también se promueve incluir la posibilidad de establecer el cumplimiento de la pena privativa de la libertad en el domicilio cuando se trate de la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, cuando estén a su cargo.

Por ello, con este proyecto se intenta dar idéntico tratamiento a situaciones idénticas, sin perjuicio de los vaivenes del proceso penal. Dicho en otros términos, la mujer embarazada o con un niño menor de cinco años o con un hijo con discapacidad a su cargo, podrá: 1) durante la instrucción, la etapa intermedia y la de juicio ser detenida en su domicilio cuando el juez estimare que se dan los supuestos en los que correspondería la prisión preventiva de la imputada; 2) en los casos en que no correspondía la prisión preventiva, y por tanto ninguna medida restrictiva de la libertad fue dictada respecto de la imputada con anterioridad a la condena, puede ver diferido el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, en los términos indicados en el proyecto para el artículo 495, CPPN; 3) cuando es condenada puede cumplir la pena privativa de la libertad en su domicilio; 4) cuando no corresponda la detención en domicilio, el tratamiento en establecimientos carcelarios será diferenciado.

Como es sabido, la Ley de Ejecución de la Pena establece que “la interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años” (artículo 195). En función de esta norma, muchos niños actualmente se encuentran en instituciones carcelarias, junto a sus madres que cumplen penas de prisión o reclusión. La cuestión adquiere mayor gravedad aún, si tenemos en cuenta las deficientes condiciones de los establecimientos penitenciarios en los que se ven alojados. Por ello, facultar al juez a disponer la prisión domiciliaria en estos casos, en vistas a las deficientes condiciones carcelarias y en defensa de los derechos de los niños, es una solución que no puede faltar en el catálogo previsto por el legislador.

La conveniencia de que los niños de corta edad queden al cuidado de sus padres está reconocida en distintos instrumentos. En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone al respecto:

Artículo 9º. 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.

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. Incumbrá 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.

El artículo 206 del Código Civil, relativo a los efectos de la separación personal, presume que es mejor para los niños menores de 5 años quedar al cuidado de la madre. Afirma al respecto que “los hijos menores de cinco años quedan a cargo de la madre y los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedan a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo”.

La recientemente sancionada ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, conduce a igual conclusión. Así, los artículos 7º, 35 y 37, entre otros, privilegian el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares.

Es decir, permitir que las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad mantengan consigo a los niños menores de cinco años posee fuerte asidero en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, consideramos que la solución de la Ley de Ejecución de la Pena –que permanezcan con sus madres en el servicio penitenciario– resulta aberrante a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. En lo que aquí interesa, establece este tratado:

Artículo 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Artículo 24. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo

en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

*d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;*

*e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;*

*f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.*

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud 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.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Artículo 31. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

En particular, cuando el niño padezca alguna discapacidad, dispone la convención:

Artículo 23. 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Por ello, coincidiendo en la importancia de que no sean separados madre e hijos, proponemos que la pena de privación de la libertad sea cumplida en el domicilio, a fin de asegurar el cumplimiento de la sanción penal, respetando los derechos de todos los sujetos involucrados. Entendemos que esta opción da cabal cumplimiento a la convención ya citada, conforme a la cual “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3º, párrafo1). La ley 26.011, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, interpreta el concepto, entendiendo que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (artículo 3º, último párrafo).

Por todo lo expuesto, resulta imperioso legislar los casos aquí previstos para dar una solución acorde a las pautas fijadas en tratados de derechos humanos de rango constitucional. En razón de ello, solicitamos la aprobación del presente proyecto de ley.

*Marcela V. Rodríguez. – Emilio García Méndez.*

## ANTECEDENTES

1

## PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados,...*

## DETENCION DOMICILIARIA

Artículo 1º – Modifíquese el artículo 32 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 32: Deberán cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria:

*a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar*

adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cuatro (4) años.

**Art. 2º – Modifícase el artículo 33 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:**

**Artículo 33:** La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente.

En los supuestos a), b) y c) del artículo 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social.

El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

**Art. 3º – Modifícase el artículo 35 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:**

**Artículo 35:** El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:

- a) Se revocare la detención domiciliaria;
- b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2, del Código Penal;
- c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;
- d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia;
- e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

**Art. 4º – Deróganse los artículos 192 a 196 de la ley 24.660.**

**Art. 5º – Modifícase el artículo 10 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:**

**Artículo 10: Deberán cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:**

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cuatro (4) años.

**Art. 6º – Modifícase el artículo 502 del Código Procesal Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:**

**Artículo 502:** El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

**Art. 7º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.**

*Diana B. Conti.*

2

PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados,...*

**Artículo 1º – Modifícase el artículo 32 de la Ley de Ejecución de la Pena, 24.660, el que quedará redactado de la siguiente forma:**

**Artículo 32:** El juez de ejecución o juez competente confiará la supervisión de la detención domiciliaria a un patronato de liberados o servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

**Art. 2º – Modifícase el artículo 33 de la Ley de Ejecución de la Pena, 24.660, el que quedará redactado de la siguiente forma:**

**Artículo 33:** Podrán cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria:

- a) El condenado mayor de setenta años;
- b) El condenado que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El condenado que padezca una enfermedad o discapacidad graves y que por tal condición requiera tratamiento o atención especial que no pueda recibir en el establecimiento penitenciario u hospitalario;
- d) La mujer embarazada;
- e) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Si lo estimare conveniente, el juez podrá disponer una supervisión adecuada en la forma prevista en el artículo 32.

**Art. 3º – Modifícase el inciso a) del artículo 35 de la Ley de Ejecución de la Pena, 24.660, el que quedará redactado de la siguiente forma:**

- a) Se revocare la detención domiciliaria;

**Art. 4º – Modifícase el artículo 314 del Código Procesal Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma:**

**Artículo 314: Prisión domiciliaria.** El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder cumplimiento de la pena de prisión en domicilio.

**Art. 5º – Modifícase el artículo 495 del Código Procesal Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma:**

**Artículo 495: Suspensión.** La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser deferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos:

1. Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia.
2. Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio.

Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente.

El diferimiento de la condena no podrá ser ordenado cuando el juez considere que corresponde el cumplimiento de la pena de prisión en domicilio y el condenado manifestara su intención de no diferir el cumplimiento de la condena.

**Art. 6º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.**

*Marcela V. Rodríguez. – Emilio García Méndez.*

3

Buenos Aires, 6 de octubre de 2006.

Expediente 5.331

Nota 1.275/PPN/06

S/D.

*Al señor presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Alberto Balestrini.*

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en mi carácter de procurador penitenciario de la Nación, en uso de las facultades otorgadas por ley 25.875, la que en su artículo 20, inciso c) establece que el procurador penitenciario se encuentra facultado para sugerir reformas a las normas aplicables a las personas comprendidas en su mandato a efectos de hacer más efectiva la vigencia de los derechos de los que son titulares.

En tal sentido y haciendo uso de la facultad antes reseñada, por medio de la presente elevo al señor presidente un proyecto de modificación del artículo 33 de la ley 24.660 a fin de que el mismo sea tratado en el seno de ese cuerpo legislativo.

Sin otro particular, saludo a usted con mi más distinguida consideración.

*Francisco M. Mugnolo.*

PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados,...*

**Artículo 1º – Modifíquese el artículo 33 de la ley 24.660, por el siguiente:**

El condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, deberá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria. Ello será dispuesto por el juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique.

Si lo estimare conveniente el juez podrá disponer una supervisión adecuada en la forma prevista en el artículo 32.

**Art. 2º – Incorporáse como artículo 33 bis:**

En los casos en que el/la detenido/a se encuentre impedido/a por severas razones de salud para trabajar, estudiar o permanecer en un lugar de encierro, el juez de ejecución o juez competente podrá hacer cumplir la pena im-

puesta en detención domiciliaria así como también a la mujer embarazada o con hijos menores o incapaces a cargo, sea esta circunstancia de hecho o de derecho, a pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado. La supervisión del estado de salud estará a cargo del personal médico que el juez estime pertinente.

Si lo estimare conveniente, el juez podrá disponer una supervisión en la forma prevista en el artículo 32.

Art. 3º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

## FUNDAMENTOS

Señor presidente:

I. – En atención a la experiencia reunida durante la vigencia de la ley 24.660 y con relación al instituto previsto en el artículo 33 de la misma, incluimos, entre quienes podrían cumplir la pena impuesta o la detención preventiva en prisión domiciliaria, por resolución del juez competente, a las mujeres que al momento de la comisión del hecho se encuentren en estado de gravidez o con menores o incapaces a cargo. Asimismo, y dada la gran cantidad de muertes que se producen durante el encierro por vejez o por agravamiento de enfermedades incurables, entendemos que para el reconocimiento pleno de la dignidad del detenido, el juez deberá ordenar su prisión domiciliaria.

II. – La experiencia ha demostrado que la incorporación del instituto al plexo normativo por la ley 24.660 ha sido un avance de suma importancia. La misma ha posibilitado que los jueces otorguen la posibilidad a los detenidos que padecen una enfermedad incurable, de transitirla en un lugar acorde con sus necesidades, lo que claramente hace al reconocimiento pleno de su dignidad y a merituar correctamente las dificultades con las que se enfrenta el Servicio Penitenciario ante casos de enfermedad que requieren servicios e infraestructura que no están en condiciones de brindar. En este sentido, institutos como el arresto domiciliario constituyen herramientas fundamentales que los jueces deben utilizar ante casos en los cuales el encierro no puede garantizar los estándares exigidos constitucionalmente para ser legítimo.

Sin embargo, se evidencia la necesidad de ampliar los alcances a otros casos que colocan al detenido en un estado tal de vulnerabilidad que amerita que el Estado utilice alternativas al encierro en pos del respeto a la dignidad humana, el resguardo de los derechos del niño por nacer o del niño o incapaz dependiente de su madre.

III. – Por ello, se estima pertinente la creación legislativa de una nueva hipótesis, que contempla la posibilidad de que las mujeres embarazadas al momento de la comisión del hecho o que tengan hijos

menores o incapaces a cargo, puedan ser destinadas a este tipo de prisión o detención excepcional.

Para ello se ha tenido en cuenta:

1. Que sabido es que la privación de la libertad deteriora psíquicamente a las personas que la sufren –en mayor o menor grado– y que la depresión, angustia o estrés se manifiestan en dolencias psicosomáticas de toda índole.

En el caso de la mujer gestante o la reciente parturienta privada de su libertad ambulatoria, el sufrimiento que padece se traduce en terreno fértil para afectar al feto o al infante, pudiendo dejar una secuela orgánica o psíquica en el embrión, en el feto o en el recién nacido, difícil de revertir.

El estrés generado por esta dolorosa experiencia por parte de la madre, que fue materia de una serie de estudios realizados por el grupo de Nemeroff (Anxiety Disorderg, Washington; American Psychiatry Press), altera el sistema endocrino al extremo que puede provocar daño neuronal al feto y a la gestante.

Que es importante destacar que los niños y los incapaces, dependientes de la madre, se encuentran amparados por el “principio de intrascendencia de la pena” que implica que la misma “debe ser personal y no trascender la persona del delincuente” (Eugenio Raul Zaffaroni: *Manual de derecho penal*, parte general, página 124).

Asimismo, la Constitución Nacional en el artículo 119 al definir el grave delito de traición contra la Nación toma el recaudo de aclarar que la pena “no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5.3 ratifica el principio al afirmar “que la pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

2. Que los tratados internacionales con jerarquía constitucional y específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño 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...”.

Asimismo, el artículo 3.1 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”.

También la Convención Americana, 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”. Por ello, los derechos del niño deben ser protegidos armónicamente con los fines de la prisión preventiva y los de la ejecución de la pena

para lo cual el magistrado interviniente debe contar con los institutos adecuados. Elementales razones humanitarias justifican la adopción de medidas que pongan a resguardo a las personas por nacer, de las consecuencias del comportamiento de las mujeres que los llevan en su vientre.

3. Similares fundamentos justifican la adopción de igual tesisura con respecto a las mujeres que tengan a cargo hijos menores o incapaces, toda vez que la ausencia maternal durante la infancia puede generar –de hecho lo hace la generalidad de las veces– problemas de orden psíquico que operan –a mediano o largo plazo– sobre la conducta de los menores que los puede llevar a niveles importantes de vulnerabilidad (a las drogas, a la violencia, a la marginalidad). De aquí que la necesidad de resguardar los derechos de los niños surge con la misma evidencia que en la hipótesis anteriormente considerada.

Resulta oportuno citar el fallo que ordena suspender la detención de la imputada “pues lo que se resuelve aquí incide en la salud y calidad de vida de una criatura, que no merece padecer los avatares de consideraciones formales, toda vez que a ese niño le asisten derechos constitucionales insoslayables” (J. Fed. N° 1, Mar del Plata, 2003/1/17, Basallo, María N.; “La Ley”, de 2003/12/22, S. Const., “Fallos” 106:743). Continúa el fallo traído a: colación que “sobre las reglas procesales debe primar la impuesta por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, LVIII-E, 5050), hoy de jerarquía constitucional a partir de la cual en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño y todo niño tiene derecho a que se garantice su vida, calidad de vida y adecuada salud y alimentación” (ibídem...).

Es que las medidas de coerción que tome el Estado para someter a las personas a proceso deben abstenerse de perjudicar intereses superiores como los de personas inocentes –en el caso los niños dependientes de sus madres– que serán indirectamente victimizados por el aparato punitivo, paradójicamente, mientras intenta cumplir el mandato constitucional de afianzar la justicia y cumplir con el objetivo resocializador.

En este sentido, el enfoque alternativo a la prisión debe ser contemplado en aras a los beneficios que puede acarrear a futuro y evitando, de tal forma, la institucionalización de niños. Por otro lado,

se impulsa un planteamiento diferente a la aplicación tradicional del derecho y el poder coercitivo que, excluyendo a la mujer, fue pensado desde su origen, por hombres, para ser aplicado a otros hombres.

No se busca efectuar distinciones que puedan sentirse como discriminatorias con relación a los hombres; sino de lograr congeniar ciertas particularidades de la mujer, ya sea por el estereotipo de éstas o por el rol asignado por la propia sociedad. El mejor antecedente de ello es el artículo 10 del Código Penal, claro ejemplo de discriminación positiva.

IV.– Con relación a los precedentes legislativos citamos en primer lugar el mencionado artículo 10 del Código Penal que establece: “Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas de sesenta años o valetudinarias”. Ello no es óbice para que, por razones de técnica legislativa y a los efectos de integrar totalmente el instituto del arresto domiciliario en un único dispositivo legal, se opte por sugerir la incorporación de esta reforma a la ley 24.660 como artículo 33 bis.

Otro precedente es el mismo CPPN que en el artículo 495, inciso 1, faculta al juez, no ya a disponer el arresto domiciliario, sino a suspender la ejecución de una pena “cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia” amparando incluso a la persona por nacer o al niño concebido con posterioridad a la comisión del hecho.

El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, además de incluir en su artículo 502 una norma similar a la ya comentada del artículo 495 del CPPN, introduciendo un criterio amplio de la detención domiciliaria en el artículo 509, en el artículo 159 dispone que “siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión...”.

V.– Que en orden a estos fundamentos, estimamos una medida acertada introducir una nueva hipótesis que prevea la posibilidad de que una persona embarazada, o con hijos menores o incapaces a cargo, pueda ser incluida en el instituto regulado en el artículo 33 mentado –no ya por causa de edad avanzada o enfermedad terminal– sino en resguardo del interés superior del niño.