LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina

Tesis destacadas del año académico 2014-2015

Rocío Comas

Román De Antoni

Pamela Alejandra Donoso Norambuena

Lucía Marcela Hidalgo Garza

Lenin Miranda Maldonado

DIEZ AÑOS

UNSAM EDITA

LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y
Democratización para América Latina

Rocío N. Comas ... [et al.].
Maestría en derechos humanos y democratización en América Latina y el Caribe : tesis destacadas del año académico 2014-2015

1a edición - San Martín : UNSAM EDITA, 2016.

376 pp. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-4027-40-5

1. Derechos Humanos. 2. Democratización. I. Comas, Rocío N.

CDD 323

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

1ª edición, octubre de 2016

© 2016 Rocío Comas
© 2016 Román De Antoni
© 2016 Pamela Alejandra Donoso Norambuena
© 2016 Lucía Marcela Hidalgo Garza
© 2016 Lenin Miranda Maldonado
© 2016 UNSAM EDITA de Universidad Nacional de General San Martín

Campus Miguelete, Edificio Tornavía
Martín de Irigoyen 3100, San Martín (B1650HMK), provincia de Buenos Aires
unsamedita@unsam.edu.ar
www.unsamedita.unsam.edu.ar

Se imprimieron 300 ejemplares de esta obra durante el mes de octubre de 2016 en Albors Adrián y Trabucco Carlos S. H., California 1231, CABA

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723
Editado e impreso en la Argentina
Prohibida la reproducción total o parcial, incluyendo fotocopia, sin la autorización expresa de sus editores.

LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina

Tesis destacadas del año académico 2014-2015

Rocío Comas

Román De Antoni

Pamela Alejandra Donoso Norambuena

Lucía Marcela Hidalgo Garza

Lenin Miranda Maldonado

DIEZ AÑOS

UNSAM EDITA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN

Carlos Ruta
Rector

Daniel Di Gregorio
Vicerrector

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Jorge Taiana
Director General

Verónica Gómez
Dirección de Investigación, Enseñanza y Comunicación

Marina Pecar
Dirección de Gestión y Planeamiento

Claudia Couso
Coordinación de Publicaciones

Jorge Taiana **Prólogo** 9

Rocío Comas **La invisibilidad de género y el interés superior del niño en la administración de justicia del Estado argentino: análisis sobre la solicitud de arresto domiciliario de Ana María Fernández** 11

Román De Antoni **La aplicación y control de los estándares de la convención de derechos humanos a nivel judicial respecto de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires** 99

Pamela Alejandra Donoso Norambuena **Modalidades de participación en los reclamos territoriales de los pueblos indígenas en Chile: el caso de las comunidades mapuche del Lof Butakura de Lumako (2011-2014)** 197

Lucía Marcela Hidalgo Garza **La ley de interrupción legal del embarazo en Ciudad de México: el proceso de construcción legislativa y sus efectos** 251

Lenin Miranda Maldonado **La construcción discursiva sobre el proyecto ambiental Yasuní-ITT a través de los discursos de Rafael Correa** 317

Sobre los autores 375

PRÓLOGO

El presente volumen incluye la producción más destacada de la cohorte 2014-2015 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe que dicta el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), con la participación de las universidades que conforman la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina (REDALDH), el Campus Global de Derechos Humanos y de destacados académicos, expertos, personalidades y funcionarios nacionales e internacionales provenientes de América Latina y de otras regiones del mundo.

Este programa de posgrado está destinado a la formación profesional de graduados provenientes de diversas disciplinas, con un enfoque interdisciplinario y regional. El programa de estudios involucra la participación de docentes de las universidades de San Martín, Buenos Aires, Quilmes, Lanús, General Sarmiento, Mar del Plata y Villa María (Argentina); Mayor de San Andrés (Bolivia); Federal de Río Grande do Sul (Brasil); FLACSO (México); San Francisco de Quito (Ecuador), del Pacífico (Perú) y de la República (Uruguay). Asimismo, integra el concierto de maestrías regionales ofrecidas en marco del Campus Global de Derechos Humanos y se nutre de intercambios de docentes y expertos de los programas regionales que se dictan en Europa comunitaria (Venecia), los Balcanes (Sarajevo), el Cáucaso (Ereván), África (Pretoria), Asia-Pacífico (Bangkok), con la participación de un centenar de universidades en todo el mundo.

La cohorte 2014-2015 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe se desarrolló en un estimulante ambiente multicultural, con estudiantes provenientes de once países de América Latina y Europa. Los trabajos ofrecidos en este volumen fueron producidos en el marco del taller de tesis dictado en forma paralela a la cursada de materias troncales y seminarios, en los que se brindó apoyo epistemológico en la definición y desarrollo de los planes de tesis. Vaya nuestro agradecimiento especial a los integrantes del Comité Académico de la Maestría, Susana Méndez, María Sondereguer y Víctor Abramovich; a la docente responsable por el taller de tesis, la doctora Nancy Cardinaux; al tutor de la Maestría, Diego López; al coordinador académico, Sebastián Scioscioli; y a los tutores académicos que supervisaron la escritura de las tesis junto a los estudiantes, por el acompañamiento brindado durante el intenso período de producción de estos trabajos.

Las tesis seleccionadas a efectos de integrar este volumen se destacan por su actualidad, relevancia y valor testimonial, siempre con rigor académico, perspectiva interdisciplinaria y visión sobre los temas de la realidad latinoamericana en materia

de derechos humanos y democracia. Concretamente, versan sobre la perspectiva de género y el interés superior del niño en la administración de justicia; el control de convencionalidad respecto de personas privadas de la libertad; la participación indígena en los reclamos de territorios ancestrales en Chile; la ley de interrupción legal del embarazo en México y la construcción del discurso político frente a la explotación petrolera en el Ecuador. Corresponde destacar y agradecer el trabajo de la coordinadora de publicaciones del CIEP, Claudia Couso, y muy especialmente, el apoyo de Daniela Verón y el equipo de UNSAM EDITA, en la edición y publicación de este volumen.

El Centro Internacional de Estudios Políticos de la UNSAM se enorgullece de difundir la producción de sus graduados, con la convicción de que esta publicación constituye un aporte al debate continuo sobre el fortalecimiento de la cultura democrática y de respeto y promoción de los derechos humanos en América Latina.

Jorge E. Taiana
Director general del CIEP
Buenos Aires, julio de 2016.

LA INVISIBILIDAD DE GÉNERO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL ESTADO ARGENTINO:

ANÁLISIS SOBRE LA SOLICITUD DE ARRESTO DOMICILIARIO DE ANA MARÍA FERNÁNDEZ

ROCÍO COMAS

Director: Martiniano Terragni

El sistema de signaturas invierte la relación de lo visible con lo invisible. La semejanza era la forma invisible de lo que, en el fondo del mundo, hacía que las cosas fueran visibles; sin embargo, para que esta forma salga a su vez a la luz, es necesaria una figura visible que la saque de su profunda invisibilidad.

Michel Foucault

INTRODUCCIÓN

El número de mujeres privadas de libertad ha ido creciendo sostenidamente a lo largo de los últimos años. Según el Servicio Penitenciario Federal de Argentina, en el año 1990, la población femenina en cárceles federales era de 298 reclusas, mientras que en el año 2013 era de 2839, es decir que aumentó alrededor de diez veces en apenas trece años.[1] A su vez, conforme a una investigación de 2008 basada en personas detenidas en cárceles federales, casi 9 de cada 10 mujeres son madres, ejercen la función de encabezar familias monoparentales y, en promedio, tienen entre dos y tres hijos menores de 18 años de edad.[2]

En este sentido, las mujeres que son encarceladas dejan de ocupar un rol central en el cuidado cotidiano de su familia y ello afecta indefectiblemente la vida de sus parientes más cercanos. Los niños[3] que pierden la convivencia con su madre sufren los efectos de esta situación: la separación de sus hermanos, el traslado por diferentes hogares, la institucionalización o colocación en familias sustitutas, el contacto irregular con la madre y otros familiares, el aumento del grado de vulnerabilidad económica, el rol de cuidado asumido por hermanos menores, la afectación a la salud, la depresión y los intentos de suicidio, entre otras consecuencias.[4]

Para evitar la ruptura del vínculo materno filial, existen en la actualidad, dos alternativas: la primera es la que contempla la Ley de Ejecución de la Privación de

1 Ultimo año registrado por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). Ver Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). *Informe anual. República Argentina SNEEP 2013.* Buenos Aires, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Subsecretaría de Política Criminal. Secretaría de Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, documento electrónico disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/2736750/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202013.pdf. Acceso 7 de julio de 2015. No obstante, se debe advertir que el SNEEP no brinda información sobre la totalidad de personas en conflicto con la ley penal privadas de libertad en el país, ya que no contabiliza aquellas que se encuentran recluidas en los centros de detención, como las comisarías, Prefectura y Gendarmería, entre otras.

2 Elaboración de la investigación sobre la base de entrevistas a 148 detenidas en cárceles federales. Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo.* Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 199.

3 Con el objetivo de simplificar la redacción del presente trabajo, se utilizará la expresión "niño" en el sentido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "El término niño abarca (…) niños, niñas y los adolescentes" (Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A Nº 17, del 28 de agosto de 2002, nota 45). En adhesión a ello, una de las partes intervinientes en el caso es ciertamente un niño.

4 Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión, op. cit.*, pp. 199-200; Oliver Robertston. *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos, Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez en el Día del Debate General 2011.* Ginebra, Quaker United Nations Office. Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos, agosto 2012, p. 2.

la Libertad, Nº 24.660,[5] de alcance nacional,[6] y que prevé en su art. 195 la posibilidad de las madres de mantener a sus hijos hasta los cuatro años de edad con ellas en la unidad penitenciaria;[7] la segunda posibilidad, es la contemplada por la Ley Nº 26.472 que reformó, a comienzos de 2009, el art. 32 de la mencionada Ley Nº 24.660, el art. 10 del Código Penal (CP) y el art. 502 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), al disponer que el Juez de Ejecución, o juez competente, podrá otorgar el beneficio de la prisión domiciliaria[8] a mujeres embarazadas y madres de niños menores de cinco años.[9]

La nueva modalidad que permite acceder al arresto domiciliario por medio de la ampliación de los supuestos contemplados en el art. 32 de la Ley Nº 24.660 parte de la hipótesis de que la cárcel no es un lugar apropiado para una mujer gestante que va a concebir a un niño.[10] Supone, además, el cuestionamiento a la posibilidad que tienen las madres de criar a sus hijos menores de cuatro años en una unidad penitenciaria por medio de la facultad que le otorga el art. 195 de la mencionada ley de ejecución. Por este motivo, con la nueva ley se facilitan las condiciones para el egreso de la madre de las unidades penitenciarias, antes que el ingreso de los hijos a estos establecimientos.[11]

A pesar de ello, en el Sistema Penitenciario Federal prevalece un número elevado de mujeres embarazadas o con niños privados de su libertad, y también madres que consideraron no tener a sus hijos con ellas. Por ello, resulta necesario reflexionar sobre el real acceso a las medidas alternativas a la privación de la libertad en una unidad penitenciaria, como es el arresto domiciliario.

En este sentido, el objetivo del trabajo de investigación es analizar el papel asignado a derechos relacionados con el interés superior del niño y la perspectiva de género a través del estudio de casos de solicitud de arresto domiciliario en la República Argentina.

Se toma como caso paradigmático el de Ana María Fernández, único fallo hasta el año 2013 sobre arresto domiciliario, que ha sido resuelto por la Corte Suprema de la Nación Argentina en relación con la perspectiva de género y el interés superior del

5 La Ley N° 24.660 fue sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 8 de julio del mismo año.

6 La Constitución Nacional, en el art. 75, inc. 12, establece que el Congreso dictará de manera exclusiva y excluyente la materia penal, por ende la ejecución de la pena. Asimismo, el art. 228 de la Ley N° 24.660 establece el plazo de un año para que las provincias concordaran sus disposiciones a la normativa nacional, es decir que prevé su adhesión. A su vez, en el art. 229 hace expresa mención de sus alcances como complementaria del Código Penal de la Nación.

7 Ley Nº 24.660, art. 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.

8 Se utilizará en adelante, indistintamente, los términos prisión domiciliaria, arresto domiciliario, arresto o instituto de arresto.

9 La Ley Nº 26.472, sancionada el 17 de diciembre de 2008 y promulgada de hecho el 12 de enero de 2009, modificó, entre otros, el art. 32 de la Ley Nº 24.660: El juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: f) a la madre de un niño menor de cinco (5) años (…); el art. 10 del Código Penal: Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo; y el art. 502 del Código Procesal Penal de la Nación: 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 aquel. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

10 Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe anual 2012*. Buenos Aires, 2012, p. 404, documento electrónico disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202012%20completo.pdf. Acceso 10 de julio de 2015.

11 Ibíd.

niño.[12] Se consideran como ejes principales, la forma de aplicación de la nueva modalidad de arresto domiciliario por parte de los tribunales intervinientes, como así también su abordaje en relación con el interés superior del niño y la perspectiva de género.[13] A partir de ello, se analiza el principio de interés superior del niño para el efectivo acceso al instituto de arresto domiciliario poniendo, además, en debate el vínculo materno filial en relación al concepto de identidad de género y orientación sexual.[14]

El trabajo se divide en tres capítulos, sucedidos por unas consideraciones finales y un glosario que aclara terminologías vinculadas al género.

El primer capítulo se inicia con un marco teórico enfocado sobre el niño, la madre y el derecho. Para ello, se contemplan las definiciones sobre interés superior del niño –tanto como principio jurídico garantista y como pauta interpretativa–, mientras que con respecto a la madre, se estudiará la perspectiva de género en relación con la identidad y la orientación sexual. Con respecto a ello, para un mayor abordaje sobre el concepto de género se han establecido puentes entre las distintas disciplinas de las ciencias jurídicas y sociales. Asimismo, se identifican patrones dentro del derecho y de su efectiva aplicación por parte de los funcionarios judiciales.

En el segundo capítulo se da cuenta de los compromisos internacionales que tiene el Estado argentino en relación con los derechos del niño y de la madre en un contexto de encierro. Se identifican criterios hermenéuticos de interpretación, que brindan una mayor claridad para el análisis de las normas internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, como son los principios *pro homine*, de no discriminación y la interpretación teleológica. Posteriormente, se define el bloque de constitucionalidad, con el fin de comprender la jerarquía de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico argentino. Se finaliza el capítulo, al identificar, en el sistema nacional, aquellas leyes que por razones de especificidad protegen los derechos de niños (interés superior), madres (identidad de género y orientación sexual) y su vínculo materno filial.

En el tercer capítulo se analiza cronológicamente la aplicación jurisprudencial del instituto de arresto domiciliario en el caso de Ana María Fernández, tanto por parte del Tribunal Oral en lo Criminal de Primera Instancia, como la Cámara de Casación de Segunda Instancia hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se identifican, por medio de herramientas como el interés superior del niño y la perspectiva

12 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156, de fecha 18 de junio de 2013. Asimismo, se utilizará en adelante, indistintamente, los términos Corte, Corte Suprema, Alto Tribunal o CSJN.

13 En el marco conceptual de la perspectiva de género basado en cuatro elementos (institucional, simbólico, subjetivo y normativo), se incluye la orientación sexual y la identidad de género. Se desarrollará la categoría de análisis en el capítulo 1, pto. 2: La madre y la perspectiva de género.

14 Se entiende la homosexualidad/lesbianismo como categoría de identidad y de sexualidad propiamente dicha. La orientación sexual y la identidad de género se producen a través de la relación entre la identificación y el deseo. La teoría *queer* sostiene un marco conceptual en el que confluyen el género y la sexualidad. Ver C. Fonseca Hernández y M. L. Quintero Soto. "La Teoría *Queer*. La de-construcción de las sexualidades periféricas", *Sociológica*, Año 24, N° 69, enero-abril de 2009, pp. 43-60. Asimismo, la identidad de género es entendida como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Se incluyen otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. A su vez, la orientación sexual es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas" (Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. *Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos*, 2013, p. 3, documento electrónico disponible en: http://acnudh.org/2013/11/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/. Acceso 13 de julio de 2015. Los conceptos se desarrollarán con mayor profundidad en el capítulo 1, pto. 2: La madre y la perspectiva de género.

de género en el plano legal, los argumentos esgrimidos tanto en las denegatorias al acceso de arresto domiciliario de Fernández, así como también en su otorgamiento. Ello nos permite evidenciar qué tipo de limitaciones[15] se dan en su aplicación, y si estas están fundamentadas mediante una interpretación acorde a la protección de los derechos humanos contemplada tanto de manera nacional como internacional.

15 Es necesario mencionar que este trabajo de investigación ha sido escrito en su versión original en idioma español, debiéndose considerar como la lengua española es atravesada por el control de la producción de significados. En este sentido, George Orwell, en su novela *1984,* lo precisó de esta manera: "¿No ves que la finalidad de la neolengua es limitar el alcance del pensamiento, estrechar el radio de acción de la mente? Al final, acabamos haciendo imposible todo crimen del pensamiento (…) Cada año habrá menos palabras y el radio de acción de la conciencia será cada vez más pequeño. Por supuesto, tampoco ahora hay justificación alguna para cometer crimen por el pensamiento. Solo es cuestión de autodisciplina, de control de la realidad" (George Orwell. *1984*, p. 32, documento electrónico disponible en: http://antroposmoderno.com/word/George_Orwell-1984.pdf. Acceso 13 de julio de 2015). En esta dirección, se señala, a su vez, que el español propiamente dicho ha sido penetrado por dominaciones de poder: "saber decir y saber escuchar requiere mirar a las mujeres y escuchar sus voces que recuerdan a los canverberos de la lengua que el castellano, a diferencia de otras lenguas, enuncia los géneros e indica si quien existe, habla, nombra, crea, goza, trasciende, es mujer o es hombre (…) El hombre universal no es una construcción lingüística, sino filosófica y política con la que se subsume la categoría mujer en la categoría hombre, y se desaparecen todos sus contenidos de especificidad humana. Se construye en la historia, en las mitologías, las religiones, a través de las políticas de dominio y sus ideologías cotidianas. Los procesos que traicionan la pluralidad del castellano se nombran en esta lengua cultural patriarcal" (En Marcela Lagarde. *Ponencia* presentado en la *Conferencia de mujeres. Visión futura de la mujer y la familia en el desarrollo nacional. Las mujeres y la familia en el fin del milenio*, Tegucigalpa, Honduras, 5 de julio de 1996, documento electrónico disponible en: http://www.sidocfeminista.org/images/books/02154/02154_00.pdf. Acceso 13 de julio de 2013.

Capítulo 1

CONCEPTOS FUNDAMENTALES ACERCA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. El interés superior del niño

Se entiende por fuente del derecho, un mandato normativo por el cual los órganos estatales están obligados a su aplicación. Su comprensión es de vital importancia para la correcta interpretación y aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Es decir que es necesario delimitar qué es lo que se entiende como el interés superior.

Philip Alston se refiere a este como una lente a través de la cual se ven todos los demás derechos.[16] Una lente que está contemplada en la Convención de los Derechos del Niño en su art. 3, entendida como un principio garantista,[17] y en los restantes artículos, como pauta interpretativa para dirimir potenciales conflictos que se dan entre los derechos del niño tutelados por la CDN.[18] Es decir que funciona de manera simultánea como principio y como derecho en sí mismo, por medio del cual los demás derechos deben ser vistos e interpretados.

Al mismo tiempo, se entiende como la plena satisfacción de todos los derechos del niño, en la que su función primordial es iluminar la conciencia del juez o la autoridad, para que tome una decisión correcta, es decir, aquella que tutele mejor la satisfacción de sus derechos. El ejercicio de la autoridad debe estar orientada y limitada por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los niños. A su vez, el interés superior del niño permite resolver conflictos de derechos recurriendo a la ponderación de unos derechos sobre otros.

Así lo sostiene Miguel Bruñol:

> Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios

16 Philip Alston. "The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, N° 1, p. 5.

17 CDN, art. 3, inc. 1, dispone 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". Se ampliará su desarrollo en el capítulo 2.

18 CDN, art. 9, inc. 1, 3; art. 18, inc. 1; art. 21; art. 37; art. 40, inc. 2.

> derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, solo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".[19]

En sede judicial se considera que una correcta aplicación al principio requiere un análisis por medio de la resolución de una autoridad determinada sobre los derechos afectados y sobre aquellos que pueden afectarse. Eso implica que la decisión no solo debe satisfacer la mayor cantidad de derechos posibles, sino también debe considerar su relevancia con respecto a los demás. No obstante, la discrecionalidad por parte del Poder Judicial y del propio Estado ha llevado a la crítica sobre el real alcance del interés superior.[20] Así, es señalado como:

> Una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en el interés superior se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.[21]

Es por este motivo, y para evitar cierto grado de discrecionalidad por parte de las autoridades estatales en su interpretación y aplicación, que se lo define por medio del paradigma de la protección integral.[22] Freedman señala que el principio del interés superior del niño implica el vínculo de dos conceptos: como principio jurídico garantista, y como pauta interpretativa.[23]

1.1. Principio jurídico garantista

El fundamento como principio jurídico garantista,[24] que se desprende del interés superior, es tomado por Ferrajoli como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales.[25] Es decir que existe una obligación preexistente que las limita a actuar en detrimento de la afectación de los derechos por medio de los principios garantistas. Con base en esta teoría, se induce que existe un deber del Estado de garantizar el goce efectivo de los derechos subjetivos de los niños.

El problema se encuentra, entonces, en la dificultad de dirimirlos por medio de la ponderación de ciertos derechos sobre otros, en caso de un conflicto dado. Por este motivo, es interesante la interpretación de Freedman sobre los derechos, quien establece que la CDN no permite una limitación y, de esa forma, llega a la idea que existe:

---

19 Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño.* 1998, p. 1, disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf. Acceso 15 de junio de 2015.

20 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internacionale e della politica globale*, 2005, p. 1, documento electrónico: http://www.juragentium.org/topics/latina/es/interes.htm. Acceso 15 de junio de 2015.

21 Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, *op. cit.*, p. 71

22 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *op. cit.*, p. 1.

23 Ibíd.

24 CDN, art. 4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

25 L. Ferrajoli. *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid, Trotta, 2001, p. 45.

> Un "núcleo duro" de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal.[26]

Es decir que los derechos pertenecientes al núcleo duro no pueden discrecionalmente dejarse de lado, ni por las autoridades judiciales ni por las estatales. En relación con ello, y en el mismo orden de ideas, Freedman establece que el Estado está obligado a priorizar el destino de políticas públicas que garanticen el núcleo duro de los derechos tutelados de la CND.[27]

1.2. Pauta interpretativa

El interés superior, a su vez, actúa como pauta interpretativa cuando se presenta un conflicto entre diferentes derechos del niño. La doctrina establece que, en este tipo de casos, el interés superior del niño funciona como un criterio sistemático de interpretación:

> Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño. Permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.[28]

Freedman asimismo considera que la CDN, al establecer que el interés superior hace ceder un derecho del niño determinado, está contemplando que ciertos derechos prevalecen en detrimento de otros que sufren una limitación. Es lo que el autor llama el núcleo duro de la Convención.[29] Por lo tanto, el interés superior del niño funciona como una manera de limitar la discrecionalidad del Estado, al ser una herramienta que permite, cuando hay una disputa entre dos derechos protegidos por la CDN, dilucidar la ponderación de los derechos que forman parte del núcleo duro, por aquellos que no gozan de tal jerarquía.

Por consiguiente, Freedman concluye que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, que impone al Estado el deber de ponderar los derechos pertenecientes al núcleo duro frente a otros; y en ese mismo orden de ideas, diseñar e implementar políticas públicas con el mencionado orden de jerarquía. A la vez, funciona como un método de resolución de conflictos entre los derechos que pertenecen al núcleo duro y los que no. Así, de esta forma, se garantiza la limitación al poder discrecional estatal.[30]

A renglón seguido, se analizará la perspectiva de género en relación con la mujer, que a su vez es madre, al ser la otra parte interviniente del caso de estudio. En este

26 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *op. cit.*, p. 2.

27 Ibíd., p. 3.

28 Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, op. cit.*, p. 81.

29 Diego Freedman. "Funciones normativas del interés superior del niño", *op. cit.*, p. 3.

30 Ibíd.

sentido, como ya se anticipó en la introducción, se analizarán desde distintas disciplinas la categoría de género, para luego relacionarla con el derecho y su aplicación por parte de las autoridades judiciales.

2. La madre y la perspectiva de género

El ser humano, en tanto vive en sociedad, ha moldeado su comportamiento de acuerdo a una serie de normas y principios que cambian de un lugar a otro. Se define qué es el hombre y qué es la mujer, y cuáles son las influencias que inciden en la manera de percibir lo que corresponde a lo masculino y a lo femenino, lo adecuado y lo socialmente aceptable para cada género. A partir de la premisa "que uno no nace sino que se hace" y trabajando con distintos enfoques desde la perspectiva de la sociología, la antropología, la filosofía y el derecho, se busca desentrañar las desigualdades de género.[31]

La sociología, ciencia que se enfoca en la estructura social, va a analizar la perspectiva de género a partir de la construcción ideológica consumada por instituciones como la familia, la Iglesia y el propio Estado.[32] Se caracteriza a la desigualdad como un carácter interactivo, relacional y jerárquico. La antropología social, con una mirada sobre la cultura, propone que la construcción de la perspectiva de género se base en la cotidianidad ritual de cada sociedad que forma estructuras y relaciones de poder.[33] Desde la mirada de la filosofía, se vislumbra la construcción de las identidades sexuales y del género, así como su carácter simbólico, en la determinación de usos, prácticas y modos de pensar, sentir, hacer, ser y estar en una sociedad atravesada por lo diferencial. En el ámbito del derecho, el género connota un carácter jurídico normativo, que define conductas, responsabilidades, deberes y derechos de mujeres y hombres al cumplir un rol específico en la sociedad.

2.1. El género como categoría de análisis

Un primer antecedente en la utilización del término "género", fue en el año 1949 por Simone de Beauvoir, al plantear un gran desafío en la concepción biológica del ser humano –hombre/mujer–, al afirmar que la mujer no nace, sino que se hace:

> No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres. No existe ningún destino biológico, psicológico o económico que determine el papel que un ser humano desempeña en la sociedad; lo que produce ese ser indeterminado, entre el hombre y el eunuco, que se considera femenino es la civilización en su conjunto.[34]

A partir de dicha afirmación, fue posible sostener que el significado de ser mujer es el resultado de una construcción social y que no deviene de ciertas características que son naturalmente femeninas. La diferencia entre sexos funcionaba como base sobre la cual se imprimían ideas, normas y valores que formaban el concepto de ser mujer.

31 Estas cuatros disciplinas han sido elegidas, ya que responden a la conceptualización que realiza Joan Scott sobre la perspectiva de género, como se verá a continuación.

32 Pierre Bourdieu. *La dominación masculina.* Barcelona, Anagrama, 2000, p. 1.

33 Françoise Héritier. *Masculino/Femenino. El pensamiento de la diferencia*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 21.

34 Simone De Beauvoir. *El Segundo Sexo.* México, Alianza/Siglo XXI, 1989, p. 240.

Fue en el año 1968 que Robert Stoller estableció la diferencia conceptual entre sexo y género. En cuanto al primero, estaba definido en relación a un hecho biológico, mientras que el segundo término dependía de la significación que cada sociedad le atribuía a ese hecho. A partir de los años ochenta, el concepto de género se complejizó aún más. Joan Scott lo define de esta manera: "el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder".[35]

Sobre la primera afirmación, el género se define por medio de la interrelación de cuatro elementos que son: i) el institucional, referido a la familia, relaciones de parentesco, educación, política; ii) el simbólico, que son aquellas representaciones múltiples y a veces contradictorias; iii) el subjetivo, en relación con la construcción de la identidad; y iv) el normativo, que expresa interpretaciones de símbolos basados en doctrinas educativas, religiosas, científicas, legales y políticas que sostienen categóricamente el significado de lo masculino y lo femenino.

En lo que se refiere a la segunda afirmación, la autora devela que el género es un campo que al distinguir lo femenino de lo masculino, se ha podido legitimar el poder y la dominación de lo público.

Señalados los cuatro elementos que constituyen la categoría del género, es que se organizaron los próximos conceptos en función del modelo desarrollado por Joan Scott en el párrafo anterior. Por este motivo, se analizará primeramente el elemento institucional, seguido por el simbólico, el subjetivo y por último el normativo.

a) La dominación masculina como elemento institucional:

Para Bourdieu, es necesario preguntarse por los principios históricos responsables de la producción y reproducción de relación entre géneros y las estructuras de la división sexual:

> El orden de las cosas no es un orden natural contra el que nada puede hacerse, sino que es una construcción mental, una visión del mundo con la que el hombre satisface su sed de dominio. Una visión que las propias mujeres, sus víctimas han asumido, aceptando inconscientemente su inferioridad.[36]

En definitiva, la forma o idea que las personas poseen del mundo son construcciones divididas de manera bipolar, que se tienden a naturalizar. Ello se fundamenta en la arbitrariedad de la división de las cosas y actividades de acuerdo con lo femenino y masculino. De esta forma, tomando como base la diferencia biológica entre los sexos, y más específicamente sobre los órganos sexuales, se justifica naturalmente tal diferenciación por medio de la dominación del hombre sobre la mujer.

En ese orden de ideas, los dominados aplican los mismos esquemas de dominación sobre la concepción de la división sexual del trabajo (alto/bajo, duro/blando, seco/húmedo) que las hace concebir una forma negativa de su propio sexo. Desde el comienzo, tales estructuras se imponen en las mujeres para asumir el papel de dominadas, gracias a la construcción social e histórica de los cuerpos, una visión

35 Joan Scott. "El eco de la fantasía: la historia y la construcción de la identidad", en Marta Lamas (comp.): *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual.* México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp. 289-292.

36 Pierre Bourdieu. *La dominación masculina*, *op. cit.*, p. 1.

androcéntrica del mundo desde que se organiza la división del género, marcando la concepción de la jerarquía de las esencias sociales.

El autor pone en tela de juicio la heterosexualidad como la manera natural y jerárquica de relacionarse entre sí:

> La historia debería dedicarse sobre todo a describir y a analizar la reconstrucción social siempre recomendada de los principios de visión y de división de generadores de los géneros y, más ampliamente, de las diferentes categorías de prácticas sexuales –heterosexuales y homosexuales en particular–, al ser la heterosexualidad construida socialmente y socialmente constituida en patrón universal de cualquier práctica sexual normal.[37]

Por este motivo, Bourdieu señala que para comprender cabalmente la condición de las mujeres y la relación entre los sexos, se tiene que partir del análisis de las estructuras que las producen, reproducen y perpetúan el orden, y las transformaciones de esos mecanismos. La dominación masculina se manifiesta históricamente en las estructuras subjetivas y objetivas. Por ello plantea la necesidad de analizar las permanencias ocultas dentro de los cambios.

La perpetuación del dominio y el mantenimiento del orden de los sexos quedó asegurado a través del trabajo permanente de tres instancias principales: la Familia, la Iglesia y el Estado. Ellas operan de manera de que el dominio y el orden quedan perpetuados operando conjuntamente sobre las estructuras inconscientes. La familia, señala Bourdieu, es la que asume el papel principal en la reproducción de la dominación y la visión androcéntrica: "en la Familia se impone la experiencia precoz de la división sexual del trabajo y de la representación legítima de esa división, asegurada por el derecho e inscrita en el lenguaje".[38]

En lo que atañe a la Iglesia, caracterizada por un profundo antifeminismo dispuesto a condenar todo tipo de faltas femeninas a la decencia –es el ejemplo de la vestidura– y marcando su papel como "notoria reproductora de una visión pesimista de las mujeres y de la feminidad, inculca explícitamente una moral profamiliar, enteramente dominada por los valores patriarcales, especialmente por el dogma de la inferioridad natural de las mujeres".[39]

Como tercera institución marcada por la dominación masculina, se encuentra el Estado, "que ha acudido a ratificar e incrementar las prescripciones y las proscripciones del patriarcado privado con las de un patriarcado público, inscrito en todas las instituciones encargadas de gestionar y de regular la existencia cotidiana de la unidad doméstica".[40]

Bourdieu establece que los Estados más moderados, sin considerar los extremos de paternalismo y autoritarismo que son sedes de la visión que convierte a la familia patriarcal en el principio y en el modelo del orden social como natural, han impreso en el derecho de la familia, especialmente en las normas sobre el estado civil de las personas, todos los principios del sistema de dominación androcéntrico.

Asimismo, más allá de la habitualidad de las conductas de las personas y del derecho, que tiende a no transformar los órdenes dados sobre la familia real, que es

37 Ibíd., p. 106.

38 Ibíd., pp. 106-107.

39 Ibíd.

40 Ibíd.

heterosexual, legítima y orientada a la reproducción, donde se organizan las maneras de relacionarse de manera tradicional, aparecen nuevos tipos de familia, como así también nuevos modelos de sexualidad que contribuyen a repensar y romper con el orden dado. Ello produce la ampliación de la cosmovisión que se tiene sobre qué es lo tradicionalmente correcto en materia sexual y qué no.[41] Bourdieu considera a la sexualidad como un invento histórico, pero que ha sido producto de la formación progresiva a medida que se realizaba la división de los diferentes campos.

En este orden de ideas, Bourdieu señala que:

> La eclosión de la sexualidad como tal es indisociable asimismo de la aparición de un conjunto de ámbitos y de agentes en concurrencia con el monopolio de la definición legítima de las prácticas y de los discursos sexuales, ámbito religioso, ámbito jurídico, ámbito burocrático, y capaces de imponer esa definición en las prácticas, especialmente a través de las familias y la visión familiarista.[42]

El autor plantea hacer un giro hacia el análisis estructural de las relaciones asimétricas de dominación, para trascender las apariencias y plantear políticas y trabajos mutuos colectivos entre mujeres y hombres. Todos los individuos están llamados a romper con las estructuras dicotómicas y asimétricas que están selladas y entendidas como naturales en nuestros cuerpos. La posibilidad de esa misión dependerá del pleno reconocimiento de las propias estructuras de dominación cuya fuerza impide desarmarla fácilmente.[43]

b) La diferencia de los sexos como elemento simbólico

Desde la antropología, Françoise Héritier establece un sistema binario de los opuestos, donde esa relación se despliega de manera natural, en la que un lado es positivo y el otro indefectiblemente negativo: caliente/frío, alto/bajo, grande/pequeño, masculino/femenino. Atribuye tal afirmación y la sitúa a partir de la propia emergencia del pensamiento de los hombres, donde lo observable más de cerca eran el cuerpo y el medio en el cual estaba inmerso: "el cuerpo humano, lugar de observación de constantes –asiento de órganos, funciones elementales, humores–, presenta un rasgo notable y ciertamente escandaloso: la diferencia de sexos y el papel distinto de estos en la reproducción".[44]

El texto citado analiza las relaciones del sexo por medio de sistemas de representación, sin implicarse en las categorías propias del sexo y del género. La construcción social del género, sostiene Héritier, es un orden general basado en la división sexual de las tareas –junto con la prohibición del incesto y la forma reconocida como unión– y constituye uno de los tres pilares de la sociedad y la familia.[45] Asimismo, esa construcción social funciona como artefacto de orden particular, resultado del proceso de manipulación por medio de símbolos concretos que afectan a los individuos. Esta construcción se adhiere a la primera.[46]

41 Ibíd., p. 102.

42 Ibíd., p. 129.

43 Ibíd., p. 141.

44 Françoise Héritier. *Masculino/Femenino*, *op. cit.*, pp. 17-19.

45 Claude Lévi-Strauss ("La famille". *Annales de l'Uuniversité d'Abidjan*, serie F, T III, 1971) citado en ibíd.

46 Ibíd., p. 20.

La autora parte de la hipótesis de que la valencia de los sexos se da de manera universal, y no se trata de una carencia por parte de la mujer (fragilidad, embarazo, lactancia), sino en cuanto al propio control sobre la reproducción de los que no tienen ese poder particular.[47] Es la propia necesidad del varón de dominar la capacidad de procreación de la mujer, de establecer alianzas entre sus pares y de tener la certeza sobre su paternidad para traspasar su herencia.

> No cabe prescindir, cuando se trata de las categorías de sexo, de todas las representaciones relativas a la procreación, a la formación del embrión, a las aportaciones respectivas de los progenitores y, por tanto, a las representaciones de los humores del cuerpo: sangre, esperma, leche, saliva, linfa, lágrimas, sudor, etc. Se observan por lo demás estrechas articulaciones entre esas representaciones y los datos más abstractos sobre todo del parentesco y la alianza. Los humores del cuerpo son en todas partes datos de observación, sometidos a trituración intelectual, si es que no son reductibles en todos los lugares a un mismo núcleo elemental indisociable de su carácter fluido, que se puede derramar y proyectar fuera del cuerpo.[48]

Asimismo, la autora reflexiona sobre la idea de Aristóteles, al explicar la procedencia de la debilidad natural de la mujer, que es por su frialdad y humedad. Fiel reflejo de ello es la pérdida de sustancia sanguínea que la mujer experimenta, carente de la posibilidad de oponerse al proceso. El hombre, en cambio, pierde la sangre de manera voluntaria. Ejemplos de ello son la caza, la guerra o la competición. Es decir que la pérdida de sustancia no se produce de la misma manera entre la mujer y el hombre:

> En esta desigualdad –lo controlable frente a lo incontrolable, lo deseado frente a lo sufrido– podría hallarse la matriz de la valencia diferencial de los sexos, la cual también estaría, por tanto, inscripta en el cuerpo, en el funcionamiento fisiológico, o más exactamente procedería de la observación de este funcionamiento fisiológico.[49]

Así es que, de manera natural (anatómica y fisiológicamente) existe una diferenciación entre los sexos. De las mismas observaciones de los datos recolectados, es que se desprenden nociones abstractas como lo idéntico/diferente, en donde se utiliza tanto de otras oposiciones conceptuales como las clasificaciones asimétricas que concluyen en una atribución de valor. La relación conceptual que se orienta de manera subjetiva se puede traducir en una desigualdad en la práctica. La imposición universal de la valencia diferencial de los sexos es la respuesta de las propias necesidades, donde se trata de construir lo social y las distintas reglas que le permitan funcionar:

> A los tres pilares que para Claude Lévi-Strauss eran la prohibición del incesto, el reparto sexual de las tareas y una forma reconocida de unión sexual, añadiré un cuarto, tan evidente que no se advertía, pero absolutamente indispensable para explicar el funcionamiento de los otros tres, que tampoco tienen en cuenta más que la relación de lo masculino y lo femenino. Este cuarto pilar o, si se prefiere, la cuerda que liga entre sí los tres pilares del trípode social, es la valencia diferencial de los sexos.[50]

47 Ibíd., p. 24.

48 Ibíd., p. 25.

49 Ibíd.

50 Ibíd., p. 26.

La autora, aclara que las posiciones binarias tienen que ser entendidas como "signos culturales y no como portadoras de un sentido universal. El sentido reside en la existencia misma de estas oposiciones y no en su contenido; tal es el lenguaje del juego social y del poder".[51] Es decir que no por la misma naturaleza se da este orden jerárquico de ideas, sino que es del sentido de la propia recolección de datos que se imponen ciertos valores que son preponderantes sobre otros. La fecundidad, entonces, es lo que diferencia al hombre de la mujer, y el dominio del primero consiste "fundamentalmente en el control, en la apropiación de la fecundidad de la mujer en el momento en que esta es fecunda".[52]

En el lenguaje de la autora, la atribución de valores (positivo/negativo) de manera implícita sobre las categorías binarias principales (masculino/femenino, alto/bajo, etc.) funciona de manera positiva para el hombre y, en consecuencia, negativamente para la mujer.[53]

c) El feminismo y la subversión de la identidad como elemento subjetivo

Judith Butler plantea el cuestionamiento a las identidades de género, de lo que propiamente se entiende como masculino y como femenino, y afirma que no hay un original detrás de esta dupla de términos. Entonces, por medio de la apropiación de ciertas normas y códigos, se demuestra que lo heterocentrado se posa en estructuras de débil sedimento. Las normas, entendidas como gestos y actuaciones, se despliegan antes del nacimiento del propio sujeto y son concebidas, según Butler, por un orden simbólico, es decir, el lenguaje. Un código que traduce significados y que determina el origen de la subjetividad sobre la percepción de los cuerpos. Desde el momento del nacimiento, se denomina aquello como "un niño" y aquella como "una niña". Sostiene que son enunciados performativos, que distan de la constatación real, porque carecen de una descripción en tanto que responden a una normatividad impuesta. Los considera más bien como invocaciones o citaciones ritualizadas de la heterosexualidad normativa.

Plantea que el sexo, entendido como la base natural del género –concepto de raigambre cultural– es el efecto de una concepción que se da en el interior de un sistema social determinado ya atravesado por la normativa del género, es decir, por la lógica del binarismo. Considera primeramente, que la diferencia sexual se aclama y se sostiene por razones materiales. Sin embargo, no hay que dejar de soslayar que la diferencia trasciende lo material y es marcada por la interpelación de prácticas discursivas que la interpretan.[54] Agrega, a su vez, que la categoría del sexo es, desde sus comienzos, normativa:

> El "sexo" no solo funciona como norma, sino que además es parte de una práctica reguladora que produce los cuerpos que gobierna, es decir, cuya fuerza reguladora se manifiesta como una especie de poder productivo, el poder de producir-demarcar, circunscribir, diferenciar los cuerpos que controla. De modo tal que el "sexo" es un ideal regulatorio cuya materialización se impone y se logra –o no– mediante ciertas prácticas sumamente reguladas. En otras palabras, el "sexo" es una construcción ideal que se materializa obligatoriamente a través del tiempo. No es una realidad simple o una condición estática de un cuerpo, sino un proceso

51 Ibíd., p. 221.

52 Ibíd., p. 227.

53 Ibíd., p. 291.

54 Judith Butler. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo.* Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 17.

> mediante el cual las normas reguladoras materializan el "sexo" y logran tal materialización en virtud de la reiteración forzada de esas normas.[55]

La identidad sexual, señala Butler, es el resultado de prácticas discursivas y teatrales del género: "el género en sí mismo es una ficción cultural, un efecto performativo de actos reiterados, sin un original ni una esencia".[56] Ello no quiere decir que niegue el sexo como tal, sino que existe una obturación en el acceso directo a la materialidad del cuerpo y se alcanza defectuosamente a través de los discursos, las prácticas y las normas. La idea de existencia de un sexo natural sistematizado en un orden de conceptos opuestos (mujer/hombre) es un dispositivo[57] por el cual el género se ha estabilizado dentro de una la matriz heterosexual.[58]

El género, entonces, no es la expresión de un ser interior o un análisis del propio sexo anterior al género; más bien se tiene que tomar como una categoría de cierta inestabilidad que ha sido construida en el tiempo por medio de la repetición de actos. La identificación del yo como un constante es el resultado de la perspectiva del mundo sobre la mirada de estilos, movimientos y gestos: "la apariencia de sustancia es precisamente eso, una identidad construida, una realización performativa en la que el público mundano, incluidos los mismos actores, llega a creer y a actuar en la modalidad de la creencia".[59] Por lo tanto, la construcción de un modelo de identidad está reflejado solamente en un tiempo social determinado. Por ello, la autora cree que la institución del género es el resultado de una mecánica discontinúa de producción de actos.

La necesidad de la acción de reiteración por parte de determinadas conductas le hace pensar a Butler que el proceso de materialización es de una forma incompleta, es decir que los cuerpos aún se resisten, en cierta medida, a la imposición de su materialización. Allí mismo, en la inestabilidad, se da un margen que puede ser aprovechado para la rematerialización, en donde la fuerza reguladora puede ir en su contra y originar, en consecuencia, rearticulaciones que cuestionen la hegemonía de la normativa reguladora.

Hablar sobre la performatividad del género implica que la conducta de los sujetos está afectada por normas sociales que no pueden controlar:

> No como un acto singular y deliberado, sino, antes bien, como la práctica reiterativa y referencial mediante la cual el discurso produce los efectos que nombra. Las normas reguladoras del "sexo" obran de una manera performativa para constituir la materialidad de los cuerpos y, más

55 Ibíd., p. 18.

56 Judith Butler. *El género en disputa*. México, Paidós, 2001, p. 172.

57 El dispositivo es entendido como: "Aquello sobre lo que trato de reparar con este nombre es (…) un conjunto resueltamente heterogéneo que compone los discursos, las instituciones, las habilitaciones arquitectónicas, las decisiones reglamentarias, las leyes, las medidas administrativas, los enunciados científicos, las proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas. En fin, entre lo dicho y lo no dicho, he aquí los elementos del dispositivo. El dispositivo mismo es la red que tendemos entre estos elementos. (…) Por dispositivo entiendo una suerte, diríamos, de formación que, en un momento dado, ha tenido por función mayoritaria responder a una urgencia. De este modo, el dispositivo tiene una función estratégica dominante (…) He dicho que el dispositivo tendría una naturaleza esencialmente estratégica; esto supone que allí se efectúa una cierta manipulación de relaciones de fuerza, ya sea para desarrollarlas en tal o cual dirección, ya sea para bloquearlas, o para estabilizarlas, utilizarlas. Así, el dispositivo siempre está inscripto en un juego de poder, pero también ligado a un límite o a los límites del saber, que le dan nacimiento pero, ante todo, lo condicionan. Esto es el dispositivo: estrategias de relaciones de fuerza sosteniendo tipos de saber, y [son] sostenidas por ellos". Ver Michel Foucault. "Dits et écrits", vol. iii, p. 229 y ss, citado en Giorgio Agamben. "¿Qué es un dispositivo?", *Sociológica*, Año 26, N° 73, mayo-agosto de 2011, pp. 249-264.

58 Judith Butler. *Cuerpos que importan*, *op. cit.*, p. 20.

59 Ibíd.

específicamente, para materializar el sexo del cuerpo, para materializar la diferencia sexual en aras de consolidar el imperativo heterosexual.[60]

La performatividad está atravesada por la obligatoriedad de la repetición de normas, cuya existencia no depende del sujeto, sino que tiene una temporalidad anterior a este, y por ello este no puede, en términos generales, voluntariamente cambiar su dirección. El carácter fijo del cuerpo, su superficialidad, es plenamente material, e insiste en que:

> La materialidad deberá reconcebirse como el efecto del poder, como el efecto más productivo del poder. Y no habrá modo de interpretar el género como una construcción cultural que se impone sobre la superficie de la materia, entendida o bien como "el cuerpo" o bien como su sexo dado. Antes bien, una vez que se entiende el "sexo" mismo en su normatividad, la materialidad del cuerpo ya no puede concebirse independientemente de la materialidad de esa norma reguladora. El "sexo" no es pues sencillamente algo que uno tiene o una descripción estática de lo que uno es: será una de las normas mediante las cuales ese "uno" puede llegar a ser viable, esa norma que califica un cuerpo para toda la vida dentro de la esfera de la inteligibilidad cultural.[61]

Es decir que existe una inexorable relación entre la normatividad de lo que se entiende por sexo y lo que se entiende por su materialidad. La materia de los cuerpos no puede separarse de las normas reguladoras que gobiernan su materialización y construyen el significado del sexo, no como una diferencia corporal dada, "sino como una norma cultural que gobierna la materialización de los cuerpos".[62] La propia percepción de los sexos está afectada de antemano y depende de lo que la norma quiere establecer como identidad a través de un sistema de recompensas y castigos. La performatividad del género es una práctica social, es decir, una práctica constante y reiterada, en la que la normativa de género se negocia, ya que el sujeto no realiza cualquier tipo de conducta que le plazca, sino que se ve obligado a actuar en función de una normativa genérica que promueve y legitima o sanciona y excluye.

Existe una matriz excluyente por la cual el sujeto se encuentra condicionado en el momento de adoptar una determinada identidad –influida también por los medios discursivos que emplea la normativa heterosexual–, que le permite adoptar ciertas identificaciones y excluir otras. De esta manera, se forman sujetos y al mismo tiempo se excluyen otros, los llamados seres abyectos, es decir, los no sujetos que forman el universo exterior del campo de los sujetos:

> Lo abyecto designa aquí precisamente aquellas zonas "invivibles", "inhabitables" de la vida social que, sin embargo, están densamente pobladas por quienes no gozan de la jerarquía de los sujetos, pero cuya condición de vivir bajo el signo de lo "invivible" es necesaria para circunscribir la esfera de los sujetos. Esta zona de inhabitilidad constituirá ese sitio de identificaciones temidas contra las cuales –y en virtud de las cuales– el terreno del sujeto circunscribirá su propia pretensión a la autonomía y a la vida. En este sentido, pues, el sujeto se constituye a través de la fuerza de exclusión y la abyección, una fuerza que produce un exterior constitutivo del sujeto, un exterior abyecto que, después de todo, es "interior" al sujeto como su propio repudio fundacional.[63]

60 Ibíd., p. 18.

61 Ibíd., p. 19.

62 Ibíd., p. 20.

63 Ibíd.

Ello genera el rechazo de los sujetos, cuya identidad es impuesta por la normativa heterosexual. En consecuencia, aquellos cuerpos abyectos o deslegitimados que no llegan a ser considerados cuerpos crean una amenaza para el propio orden. Estas áreas de exclusión, al convertirse en el exterior del mundo, de lo humano, de lo legítimo, limitan su propia existencia al representarse como un peligro para tales fronteras, pues ello indica la oportunidad de reestructuraciones y cambios.[64]

La autora, al definirse como *queer,* invierte la fuerza performativa por medio del lenguaje que disciplina lo diferente. Propone, al mismo tiempo, un espacio de recodificación al interpelar el lenguaje de palabras y sus efectos performativos por medio de la resistencia sobre los discursos dominantes:

> Sugiero que esta estrategia es esencial para crear el tipo de comunidad en la que no sea tan difícil sobrevivir con sida, en la que las vidas queer lleguen a ser legibles, valoradas, merecedoras de apoyo, en la cual la pasión, las heridas, la pena, la aspiración sean reconocidas sin que se fijen los términos de ese reconocimiento en algún otro orden conceptual de falta de vida y de rígida exclusión.[65]

Apela a una resignificación radical en relación con el mundo simbólico y desviar, al mismo tiempo, la cadena de citas hacia la expansión de un pensamiento que considera un cuerpo valuado y valorable.

d) Género y derecho como elemento normativo

El derecho como ciencia jurídica está atravesado por el lenguaje. Se lo denomina también como un universo simbólico, es decir, un mundo de signos y de significados cuyo alcance normativo depende de cómo vienen concretamente entendidos y practicados.[66] No solo se compone de leyes, sino que es reflejo de valores, mitos, dogmas, imaginarios e ideologías de una sociedad. Al mismo tiempo, esos componentes que forman parte del derecho se transforman en supuestos que garantizan y legitiman su existencia. Se entiende al derecho, también, como el resultado de un proceso de construcción social atravesado por discursos, subjetividades y relaciones de poder.

Asimismo, un ordenamiento jurídico está compuesto por normas entendidas como signos, y su interpretación no es del todo precisa o unívoca. Las normas, a su vez, son reflejo del conflicto de ciertos actores por ponderar ciertos principios en detrimento de otros.[67] El impacto de la ley no está tanto relacionada con la motivación simbólica del principio, sino más bien con la forma en que la ley ha sido aplicada e interpretada por los operadores judiciales. En este sentido, se plantea el rol de la mujer dentro de las ciencias jurídicas en relación con la figura que ocupó en la historia hasta la actualidad.

En esta dirección, Tamar Pitch sostiene que la mujer, entendida como sujeto de derechos, no tiene el pleno dominio de su cuerpo:

> El cuerpo de las mujeres, a diferencia del cuerpo de los varones siempre ha sido un espacio conflictivo sometido a los discursos públicos –jurídicos, éticos, políticos–, a prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. Dicho de otro modo ha sido, es

64 Ibíd., p. 26.

65 Ibíd., p. 47.

66 Tamar Pitch. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid, Trotta, 2003, p. 16.

67 Ibíd., p. 235.

> todavía, objeto de derecho y de derecho de otros, como cuerpo no autónomo, sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios.[68]

Es decir que la libertad de la mujer es analizada en estrecha conexión con su cuerpo. El cuerpo femenino ha sido durante muchos años, y hasta la actualidad, tratado como un objeto antes que un sujeto de derechos. Y por este motivo, la proposición de alcanzar la real y efectiva libertad femenina se parte aún hoy en día como "una lucha de liberación de los cuerpos de las mujeres".[69] Una libertad de la mujer que se convierte en un paradigma de doble sentido:

> En cuanto que tal libertad es inmunidad del cuerpo frente a constricciones, vejaciones y discriminaciones; en cuanto que la mujer constituye el paradigma del otro y por ello su opresión-discriminación son paradigmáticas de todas las desigualdades que hoy persisten bajo el velo de la igualdad de derechos.[70]

En el siglo XIX y gran parte del XX, el derecho penal contribuyó a atribuir y reproducir un determinado significado al ser social de la mujer. Por un lado, se entiende a la mujer como una persona sujeta a tutela y sin responsabilidad de sus actos y, por otro, se despliega un control social sobre la sexualidad femenina y estereotipos determinados sobre su sexualidad.[71]

En los años setenta, muchos estudios abordaron las latentes discriminaciones en las normas penales y en las sentencias dictadas por los jueces. En los años ochenta, surge la idea de que la paridad de los sexos en las normas jurídicas no implica la igualdad material del hombre y la mujer ante el derecho. Y ello lleva a pensar que la justicia a nivel formal no es condición *sine qua non* de la existencia de una justicia igual en el plano material, ya que las normas que son para toda la sociedad han sido aplicadas a grupos con grandes desigualdades sociales. La mujer criminalizada, entonces, debe "enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionalizadas profundamente marcadas por las relaciones patriarcales".[72] Ello se comprueba en estudios sociojurídicos y criminológicos llevados a cabo, en los que se muestra una mayor marginación y discriminación sufridas por la mujer en conflicto con el derecho penal.[73] En palabras de Bodelón:

> En ambos casos, hay un elemento común, el hecho de que el sistema de justicia penal tiende a consolidar la estructura de géneros y a reproducir los elementos que provocan la discriminación sexual. Por lo tanto, desde la perspectiva de las mujeres criminalizadas se debe afirmar que no solo el derecho penal no ayuda a resolver los conflictos planteados, sino que la aplicación del derecho penal origina nuevas discriminaciones.[74]

---

68 Ibíd., p. 12.

69 Ibíd., p. 15.

70 Ibíd.

71 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *Delito Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, N° 11/12, 1998,p. 126.

72 Ibíd., p. 127.

73 Ann Lloyd. *Doubly deviant, doubly dammed. Society's tratment of violent women.* London, Penguin Books, 1995. Especialmente significativos resultan los estudios de las mujeres en prisión y sobre el tratamiento de estas ante los tribunales penales en Mary Enton. *Justice for Women? Family, Court and Social control.* London, Open Universtity Press, 1986.

74 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*, pp. 127-128.

Surge, en los años ochenta, lo que se denominó teoría legal feminista. Consistía en el estudio que analiza las relaciones entre el género y el derecho, y se nutrió de disciplinas como la antropología, la sociología y la economía. Buscó visualizar las limitaciones que tienen las reformas normativas en relación con sus políticas. Así es que, diez años atrás, parte del movimiento feminista volcó su lucha en las reformas legales, como son las políticas de empleo, derecho de familia y derecho penal. Luego de diez años, esas reformas parecieron haber llegado a su tope y empezaron a generar dudas sobre la real eficacia de las reformas legislativas. Ello hizo que los movimientos feministas cambiaran el foco de la discusión y comenzaran a encontrar que las razones de las obstrucciones de cambios se encontraban en características de la doctrina legal moderna y de las estructuras políticas.[75] Visibilizar el hecho de que el derecho estaba atravesado por la diferencia de los sexos hizo que se tomen en cuenta determinadas prácticas que eran desplegadas en la justicia penal:

> El sexismo se podía predicar tanto de la norma, como de su aplicación. El Código penal o las prácticas del sistema penal eran sexistas en la medida en la que se proponía o se efectúa una aplicación diferente de la norma en función del sexo –por ejemplo, el hecho de que los tribunales valoraran de forma diferente la misma conducta sexual en función de si se trata de un hombre o una mujer–.[76]

De la misma manera que se denunció el sexismo dentro del derecho penal, se consideró de qué forma la justicia analizaba la misma conducta y la diferencia de tratos, según si el sujeto que la realizaba era un hombre o una mujer.

En la década de los ochenta, Gelsthorpe realizó un estudio donde analizaba el funcionamiento de los tribunales de menores en los casos de mujeres en conflicto con la ley penal.[77] Con ello, la autora no solo consideraba analizar las sentencias dictadas por los tribunales, sino también hacer el análisis de la compleja actividad que tiene un tribunal en su cotidianeidad y de las diferentes instancias del sistema de la justicia criminal. Detenerse en esas conductas pudo revelar los criterios de normalidad con los que eran juzgados niñas y niños. El problema, señala la autora, estaba en que en la práctica, los tribunales ignoraban, o pasaban por alto, circunstancias distintas, o también que generalizaban, por medio de prototipos, a los hombres y mujeres. Y con ello, concluyó, se afianzan discriminaciones preexistentes.[78]

La idea de masculinidad en el derecho contempla la existencia de ciertas características relacionadas con la masculinidad en sentido cultural. Realizar esta afirmación hace pensar que el derecho no discrimina por su aplicación desigual entre el hombre y la mujer, sino porque en la apariencia se aplican criterios objetivos y neutrales pero que, quitándoles el velo, responden a un conjunto de valores que son masculinos.[79]

Durante los años noventa, los estudios que habían comenzado denunciando la aplicación sexista del derecho penal, se abocan a analizar la forma en que se produce la discriminación de manera un poco más compleja. El trabajo de Mary Eaton

75 Ibíd., p. 129.

76 Ibíd., p. 130.

77 Loraine Gelsthorpe. *Sexism and the Female Offender*. Vermont, Gower Publishing Company, 1989.

78 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*, p. 130.

79 Ibíd.

estuvo enfocado en la actividad de los tribunales.[80] Analizó, a su vez, el tratamiento que recibían las mujeres y llegó a la conclusión de que los jueces solían basar sus razonamientos en consideraciones de tipo familiar. Afirmó que los tribunales reproducían las relaciones entre sexos, pues consideraban a la mujer no como un sujeto, sino en función de las relaciones familiares. El funcionamiento rutinario de los tribunales pasó a ser el foco de análisis:

> Se ilustra cómo los diversos operadores jurídicos incorporan a su actividad cotidiana estereotipos y valoraciones sobre la división de géneros. Estas referencias familiares aluden a cuestiones tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. Es decir, refuerzan un concepto tradicional de familia tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres.[81]

En este orden de ideas, se hace la salvedad de que, al fortalecerse el modelo tradicional familiar, se consolidan las relaciones familiares. Esto significa una clara desventaja para las mujeres. La reproducción de la división de los géneros se da más por la aplicación sistemática y rutinaria de ciertos criterios de normalidad, que por la manera desigual de aplicación de un criterio.

Luego de analizar la categoría de género por medio de la interrelación de los cuatro elementos que de alguna forma intenta evitar la ambigüedad del término,[82] en el capítulo 2 se abordará la normativa que contempla los derechos del niño y de la mujer.

80 Mary Eaton. *Justice for Women?, op. cit.*

81 Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*, p. 131.

82 Joan Scott, en ese sentido, ha señalado que la confusión en el uso de las palabras sexo y género forma parte de la "dificultad de representar los cuerpos como artefactos sociales completos dentro de la oposición entre naturaleza y cultura" (en *Género e historia*. México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Autónoma de México, 2008, p. 246. En este sentido, Bordieu lo denuncia como "la deshistorización y la eternización relativas de las estructuras de la división sexual y de los principios de división correspondientes" (en *La dominación masculina*, *op. cit.*, p. 8).

Capítulo 2

NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA MUJER

En este capítulo se expone tanto lo referido a la legislación internacional como la del Estado argentino. A modo de introducción, se abordará el concepto de derechos humanos y su utilización en cuanto herramienta hermenéutica para la interpretación de las distintas fuentes del derecho. Posteriormente, se explicitarán cuestiones referentes a los derechos del niño, la noción de *corpus juris* y los principios derivados de la Convención de los Derechos del Niño. Luego, se analizará la particular situación que atraviesa una madre con su hijo privados de libertad, para después seleccionar aquella normativa que protege la orientación sexual y la identidad de género. Finalmente, se tomarán aquellas leyes nacionales que amparan a las partes en el caso de estudio, interpretadas, asimismo, bajo el concepto de bloque de constitucionalidad. El énfasis de este capítulo está puesto, entonces, sobre las normas internacionales en el sistema universal y sobre los sistemas regionales interamericano y en determinados puntos por su particularidad, del africano.[83]

1. Normativa internacional

Las ciencias jurídicas, entendidas como pautas de convivencia dentro de una sociedad, no siempre han reconocido la aptitud y el goce de los derechos humanos por parte de sus integrantes. Ello no implica que las personas, por el solo hecho de existir, no hayan podido gozar de la libertad, sino que esta no era ejercida por todos de igual modo, ni tampoco era reconocida como un derecho en sí.[84]

Por este motivo, antes de avanzar en el desarrollo del presente capítulo, es necesario aclarar que derechos humanos se define como "el derecho a tener derechos". Es el doble poder de la palabra y de la acción que produce, como consecuencia, efectos a nivel de la vida de la comunidad. No obstante, este derecho es aquel que ha sido arrebatado a los excluidos de la humanidad como tal. Arendt señala que el conflicto no es la pérdida de la libertad, sino la naturalización de que ciertos individuos no están

83 En este sentido, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos coexisten entre sí, tanto el universal como los regionales (interamericano, africano y europeo). "Ello implica que los diferentes sistemas se nutren y se complementan mutuamente en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos". Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.* 2a ed., capítulo I, párrafo 52.

84 Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, Del Puerto, 2009, p. 1.

en condiciones para luchar por ella. Para ello, la autora pone el foco sobre la relación indisoluble del individuo con la comunidad política a la cual pertenece. El ámbito público es en el que se goza de la igualdad creada:

> La igualdad, en contraste con todo lo que está implicado en la simple existencia, no nos es otorgada, sino que es el resultado de la organización humana, en tanto que resulta guiada por el principio de la justicia. No nacemos iguales; llegamos a ser iguales como miembros de un grupo por la fuerza de nuestra decisión de concedernos mutuamente derechos iguales.[85]

En resumidas palabras, las personas que viven por fuera de la ley pierden su carácter de iguales. Es decir que la existencia de los derechos humanos, en cuanto normativa creada, implica el otorgamiento de una igualdad guiada por aquello que es justo, una relación intrínseca y relacional entre la igualdad y la organización humana en sociedad. A *contrario sensu*, aquellos que no interpelan aquellas reglas carecen de la igualdad alcanzada y concretada por los que han decidido organizarse en sociedad.

Por ello, es fundamental entender al derecho por su carácter deconstruible y por el rol que juega en el marco del cambio social:

> el papel del derecho (…) depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política.[86]

Por este motivo, es necesario pensar el derecho de una forma que se pueda acceder a él, por medio de la crítica, pero no de su rechazo absoluto, y develar su sistema de códigos e interpretaciones, para lograr una mejor comprensión de su funcionalidad.

1.1. La hermenéutica de los Derechos Humanos

La vastedad de fuentes de derecho de los derechos humanos, tanto de origen interno así como internacional, hace que resulte de vital importancia señalar el alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por parte de los Estados. Tal necesidad surge a partir de que en ciertas ocasiones análogas, las normativas se superponen y, en consecuencia, pueden producir soluciones dispares.

Las fuentes de derecho, como son las declaraciones de derechos humanos, entendidas como normas consuetudinarias, tratados universales y regionales, son adoptadas por los Estados e integradas a su normativa doméstica que también contiene, entre otros preceptos, la protección de los derechos humanos. Mónica Pinto señala que:

> Sin perjuicio de la autonomía de cada orden jurídico para determinar los modos de su integración, para establecer el orden jerárquico de sus normas y, por lo tanto, individualizar los criterios para resolver y superar los eventuales conflictos que puedan plantearse, la pluralidad de fuentes apuntada impone [la necesidad de desarrollar criterios específicos que deriven en] una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.[87]

---

85 Hannah Arendt. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid, Taurus, 1998, p. 251.

86 E. Marí *et al. Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 152.

87 Mónica Pinto. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en M. Abregú y C. Courtis (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires*. Centro de Estudios

En términos generales, los tratados de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones permite la limitación de derechos protegidos en mayor medida que la establecida, reducir el goce y ejercicio de cualquier otro derecho reconocido en otra norma internacional o interna, ni limitar o excluir el efecto que puedan tener las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.[88]

Al mismo tiempo, se utilizan una serie de principios del derecho internacional, en general, y de principios del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, que brindan mayor claridad para la interpretación de las normas referidas al derecho internacional de los derechos humanos. Primeramente, es dable destacar el principio *pro homine*, entendido como:

> Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.[89]

En otras palabras, en los casos donde se presenta una disyuntiva sobre la aplicación de las fuentes del derecho en relación con la protección de los derechos humanos, la interpretación de las normas debe ampararse en su peso sustantivo y no en criterios formalistas que atenten contra su ejercicio efectivo.

Como segundo principio general para la correcta interpretación y aplicación de normas que protegen derechos humanos, se encuentra el de no discriminación. Vale aclarar que es un derecho en sí mismo, y a la vez se lo entiende como condición de ejercicio de todos los derechos protegidos:

> Por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones públicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera.[90]

El principio a la no discriminación está íntimamente relacionado con la noción de igualdad. Toda persona, sin distinciones, tiene derecho a disfrutar de todos los derechos humanos, incluidos los derechos a la igualdad ante la ley y el derecho a ser protegido ante cualquier eventual discriminación por diversos motivos.

Al mismo tiempo, se distingue, como tercer herramienta, la denominada interpretación teleológica que surge del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:[91] "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de

---

Legales y Sociales, Del Puerto, 1997, p. 163.

88 Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; Convención contra la Tortura, art. 1.1; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 41; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5.

89 Mónica Pinto. *El principio pro homine, op. cit.,* p. 163.

90 Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos, op. cit.,* p. 85.

91 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscripta el 23 de mayo de 1969, aprobada en Argentina por la Ley N° 19.865 el 3 de octubre de 1972, y su entrada en vigor fue el 27 de enero de 1980.

estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".[92] En este sentido, Pinto señala que en lo que atañe a la protección de los derechos humanos, se considera como primordial la última parte del fragmento del mencionado artículo, es decir, el objeto y fin de las normas en esta materia.[93]

A fin de evaluar cómo mejor atender las necesidades y derechos de un menor y una madre privados de su libertad, a renglón seguido se revisarán aquellos derechos sobresalientes previamente identificados como los más relevantes en estas circunstancias.

1.2. Antecedentes sobre los derechos del niño y la noción de corpus juris

La positivización de las normas surge aproximadamente en el año 1919, cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró una serie de convenciones sobre normativa laboral para niños trabajadores. Recién con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño adoptada por la Liga de Naciones en el año 1924, se reconocieron sus derechos de manera general. Hubo un incremento de su desarrollo en el año 1959, por medio de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Las prescripciones eran de tinte proteccionista, es decir que el niño "no estaba en posición de ejercer sus propios derechos; los adultos los ejercían por ellos y al hacerlo estaban sujetos a ciertas obligaciones. Así, podía decirse que un niño o niña tenía una condición jurídica especial por su incapacidad de ejercer sus derechos".[94]

Con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño[95] en el año 1989, hubo una ampliación en cuanto al reconocimiento del niño como sujeto activo de derechos.[96] La Convención contiene derechos como el de la vida, así como también civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. No obstante, es necesario mencionar la observación realizada por el Comité de los Derechos del Niño[97] en cuanto a

92 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Entrada en vigencia el 27 de enero 27 de 1980.

93 "En esa perspectiva, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si recordamos además que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados partes, sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente" (en Pedro Nikken. *Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos, en Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington D. C., CIDH, 1984, citado en Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*, *op. cit.*, p. 84.

94 Delegado francés en la Comisión de Derechos Humanos en 1959, según citado en Philip Verrman. *The rights of the child and the changing image of childhood.* Dordrecht, Nijhoff, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 164.

95 La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Argentina por la Ley N° 23.849 el 27 de septiembre de 1990, y su entrada en vigor fue el 2 de septiembre de 1990.

96 "En este sentido, la idea de que los niños son sujetos de derecho internacional no comienza con la Convención sobre Derechos del Niño. Este tratado es, hasta la fecha, su expresión más acabada, más completa, un hito en un largo proceso jurídico-cultural, ejemplo de un *continuum* en la historia de la protección jurídica a la infancia más que ejemplo de una ruptura –más allá de lo relacionado con la mayor exigibilidad que implica el tratado como norma convencional respecto de normas no convencionales–" (Mary Beloff. *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, en Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia.* S/l., Defensoría General de la Nación, La Ley, 2008, p. 360).

97 "El Comité de los Derechos del Niño ha sido creado como órgano de control, integrado por expertos independientes que supervisan la aplicación de la Convención. Está compuesto por diez integrantes, duran cuatro años en sus funciones y sesionan tres veces por año en Ginebra. Todos los Estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de observaciones finales. El Comité a su vez, también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general". Arts. 43, 44 y 45 de la CND. Información extraída de la

que no es la única herramienta para la protección de los derechos del niño, sino que "refleja una perspectiva holística sobre el desarrollo temprano en la niñez en base a los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos".[98] A su vez, es necesario adherir que los Estados parte han asumido la obligación de respetar y garantizar todos los derechos contemplados en la CDN dentro de su respectiva jurisdicción, sin ningún tipo de discriminaciones e independientemente de la condición procesal progenitores.

En este orden de ideas, y acorde a lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño en el párrafo anterior, para una mayor profundización en relación con el análisis normativo internacional de los derechos humanos, se introduce el concepto de *corpus juris*[99] implementado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y reconocido como:

> Un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.[100]

El concepto de *corpus juris* en materia de niñez significa el reconocimiento de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el objetivo de proteger los derechos humanos del niño. Asimismo, la Corte IDH lo ha reconocido a través de la aplicación jurisprudencial al fusionar instrumentos de protección, como son la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana, y lo refleja de la siguiente manera: "forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana".[101]

La Corte IDH, a su vez, ha señalado que el concepto de *corpus juris* es el resultado de un desarrollo evolutivo sobre el derecho internacional de los derechos humanos, que tiene como núcleo de protección al niño entendido como sujeto de derechos. Es decir que el ámbito que toma la Corte para ejercer su protección no solamente se limita a considerar el art. 19 de la Convención Americana (CADH),[102] sino que incluye, entre otros,[103] las disposiciones comprendidas en las Declaraciones sobre los

---

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, documento electrónico disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/. Acceso 4 de julio de 2015. Para más información, ver Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 121-124.

98 Comité sobre los Derechos del Niño. *Day of Discussion on Implementing Child Rights in Early Childhood*. 17 de septiembre de 2004, párrafo 1. Traducción propia.

99 "*Corpus juris* es una expresión en latín simple y elocuente para aludir no solo a normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas" (Mary Beloff. *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, en Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, op. cit.*).

100 Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 115.

101 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 37, 53 y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros).* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194.

102 La Convención Americana fue firmada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 y aprobada por la Argentina por medio de la Ley N° 23.054 el 1 de marzo de 1984. El art. 19 expresa 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".

103 La Corte IDH también considera a los fines de interpretación: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de

Derechos del Niño de 1924 y 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, sin dejar de mencionar aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que poseen alcance general.

En este sentido, con la introducción del concepto mencionado es que se permite utilizar herramientas de interpretación normativa y jurisprudencial adoptadas incluso fuera del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Por ello, es dable considerar no solamente el propio texto de la CDN, sino también aquellas decisiones por parte del Comité de Derechos del Niño, para interpretar el contenido y el alcance de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CADH. Por este motivo, se entiende que el *corpus juris* reviste una importancia medular,[104] ya que amplía el sistema de protección regional por medio de la incorporación de principios receptados por parte de la CDN como son: el principio de no discriminación, del desarrollo y supervivencia, y el interés superior.[105]

La perspectiva, entonces, introducida por el concepto *corpus juris*, genera una expansión y un avance que evidencia la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos que protegen al niño y, a su vez, genera vínculos interdependientes en el ámbito internacional entre los distintos sistemas en materia de niñez, como es el universal y el interamericano.[106] Por este motivo, a continuación se desarrollarán brevemente aquellos principios generales que el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado y que a su vez resumen la CDN: i) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; ii) el interés superior del niño; iii) la participación y iv) la no discriminación.[107]

1.3. Principios generales de la Convención del Derecho del Niño

a) El derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Para delimitar lo que se entiende por niño, la CDN establece, en su art. 1, la definición como el "ser humano menor de dieciocho años de edad".[108] El primer dere-

---

Justicia de Menores (Reglas de Beijing de 1985), las Reglas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad de 1990), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

104 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.* 2a ed., capítulo I, párrafo 44.

105 Es necesario mencionar una de las primeras oportunidades en que la Comisión se refirió al principio de interés superior del niño: "en todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño". Ver CIDH. *Informe Anual 1997.* Capítulo VII. OEA/Ser.L/V/II.98 Recomendaciones a los Estados miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

106 A modo de ejemplificar la interacción entre el Sistema Interamericano y el Sistema Universal en materia de niñez se ha dado en los ámbitos: i) de desarrollo sustantivo por medio de la aplicación del *corpus juris* que permite que los sistemas se influencien entre sí para un mayor alcance de protección; ii) de prueba: el valor probatorio de las decisiones adoptadas entre los dos sistemas, por ejemplo en peticiones individuales en el sistema interamericano cuando se presenta como medio de prueba una situación particular que evidencia el Comité de Derechos del Niño por medio de la emisión de observaciones finales respecto del país que se acusa; iii) de monitoreo y evaluación de situaciones generales: en el caso del sistema universal, el Comité sobre los Derechos del Niño evalúa la situación de los países que ratificaron la CDN, y por el lado de la Comisión del sistema interamericano puede evaluar a los Estados que con parte de la CADH y aquellos que no han ratificado dicho instrumento pero que son parte de la OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.* 2a ed., capítulo I, párrafo 52.

107 Comité sobre los Derechos del Niño. Comentario General N° 5, CRC/GC/2003/5, pp. 3-5.

108 Entre las reservas y declaraciones que realizó la Argentina al momento de ratificar la CDN, formuló lo siguiente: "con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido

cho está contemplado en el art. 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[109] así como también en el art. 6 de la CDN. Se reconoce el derecho de los niños a vivir, sobrevivir y desarrollarse. El derecho a la vida tiene un valor fundamental, por el cual sin su respeto y garantía, los demás derechos perderían el sentido de existencia. El Estado está obligado a proteger la vida del menor y garantizar al mismo tiempo su desarrollo y supervivencia.

El derecho al desarrollo,[110] debe definirse según lo estipulado por el Comité sobre los Derechos del Niño, de manera similar a como el derecho se define en el art. 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo de 1986,[111] y lo expresa al denominarlo como "crecer de manera saludable y protegida, libres de temores y deseos, y desarrollar su personalidad, talentos y capacidades mentales y físicas en todo su potencial de acuerdo a sus capacidades en desarrollo".[112]

b) El interés superior del niño

El interés superior, en cuanto principio, puede verse plasmado en diversos instrumentos internacionales. A modo de ejemplo, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW),[113] en su art. 5 (b), cuando expresa que en "la educación y al desarrollo de sus hijos (…) el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos". En esta línea, el art. 16 del mismo cuerpo normativo establece la prevalencia del interés con respecto al matrimonio y las relaciones familiares.

El interés en la CDN surge en el art. 3 (1): "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Con ello, se busca enfatizar la importancia de los derechos del niño en el momento, por ejemplo, en que el juez debe evaluar qué derechos ponderar por sobre otros. Los derechos del niño están, a su vez, sujetos a los derechos e intereses de los demás. La tensión que proviene del reproche de una determinada conducta por parte de la sociedad no indica que se pueda anular los derechos del menor, que son, por ende, a preservar el vínculo materno filial. En cuanto al art. 3 (2) de la CDN:

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

---

que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad", documento electrónico disponible en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf. Acceso 4 de julio de 2015.

109 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, aprobado en Argentina por la Ley N° 23.313 el 17 de abril de 1986, y su entrada en vigor fue el 23 de marzo de 1976, A/RES/2200A (XXI).

110 Directamente relacionado con el derecho al desarrollo, está el art. 18 de la CDN, en el que se expresa el papel primordial que tienen los progenitores en relación al cuidado y desarrollo del niño: "Los Estados Parte pondrán al máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

111 M. Nowak. *Article 6 – The right to life, survival and development.* Leiden, Nijhoff, 2005, p. 2.

112 Ibíd.

113 La CEDAW fue adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, aprobada en Argentina por la Ley N° 23.179 el 8 de mayo de 1985, y su entrada en vigor fue el 3 de septiembre de 1981, A/RES/34/180.

Esta parte del artículo obliga al Estado a asegurar el cuidado y protección sobre los niños, sin dejar de lado los derechos y deberes de sus progenitores. El art. 3 (3) expresa que:

> Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado a la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Esta parte del artículo de la CDN obliga a los Estados a garantizar el adecuado funcionamiento de las instalaciones que estén destinadas al cuidado de los niños.

c) La participación y la no discriminación

El principio de participación del niño está consagrado en el art. 12 de la CDN y estipula que el Estado debe garantizar que el niño sea oído, si está en condición de expresar su opinión, en situaciones en que se ve afectado de una manera libre, en función de su edad y madurez. Es interesante señalar la particularidad del art. 12 de la CDN por medio de la interpretación del Comité de los Derechos del Niño al observar en el Comentario General N° 5, que la participación activa es, además de uno de los cuatro principios de la CDN,[114] un derecho autónomo.[115] El núcleo de este principio y derecho a su vez, señala el Comité, yace en lo que denominó un nuevo contrato social, donde no solo se los reconoce como sujetos de derechos, sino partícipes en toda situación pasible de afectación a sus derechos.[116]

En cuanto al principio de no discriminación, se mencionará brevemente que está consagrado en el art. 2 de la CDN y estipula que el Estado debe tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido de todas las formas de discriminación y castigo. En cuanto al art. 2 (2), el Estado parte está obligado a garantizar que ningún niño sea discriminado por las acciones de sus progenitores.[117]

1.4. Niños y madres privados de libertad

Los derechos del niño, como se ha mencionado anteriormente, han sido desarrollados por medio de la promulgación de tratados, tanto regionales como internacionales, para su protección, respeto y garantía. Sin embargo, se presentan situaciones donde los niños merecen una tutela aún mayor, y es en el momento en el que su madre se encuentra privada de su libertad, y ello, en consecuencia, produce o la separación y la ruptura parcial del vínculo, o la estadía del niño en una unidad penitenciaria. Son estos los casos donde los principios mencionados juegan un papel fundamental en las decisiones de los tribunales respectivos. El interés superior, en cuanto principio, dependerá de factores visibles, como las instalaciones disponibles para su desarrollo, la correcta alimentación para su edad, las aptitudes del personal penitenciario, el

114 Comité sobre los Derechos del Niño. Comentario General N° 5, CRC/GC/2003/5, 4 p.

115 Comité sobre los Derechos del Niño, Recomendaciones finales después del *Day of General Discussion on the Right to be heard*, septiembre de 2006.

116 Comité sobre los Derechos del Niño, Preámbulo de las Recomendaciones finales después del *Day of General Discussion on the Right to be heard*, septiembre de 2006.

117 El principio de no discriminación tiene sus raíces en otros instrumentos internacionales, pero para evitar su reiteración, se remite al Capítulo II, Hermenéutica de los derechos humanos; y orientación sexual e identidad de género.

acceso efectivo de personal especializado para la atención de niños, la cercanía de la cárcel para las visitas familiares, entre otros.

Los niños afectados por estas circunstancias pueden sufrir efectos colaterales que derivan en problemas como: la pérdida de contacto con su progenitora, y por ende impedir la crianza por parte de ella, la pérdida de ingresos y estabilidad y la propia reacción del niño frente a tal problemática. Los impactos negativos que producen la separación y el encarcelamiento de un progenitor han sido los argumentos para realizar medidas que atiendan esta cuestión. A modo de buena regulación legislativa específica, se encuentra en el sistema regional africano la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez,[118] en la que se establece que "siempre se considerará primero una sentencia sin encierro al sentenciar a (…) madres".

Un punto esencial a considerar es el papel de la familia como referente y sentido de pertenencia. El propósito y uso de los tribunales al sentenciar a un progenitor por medio de la pena que la priva de su libertad debe ser tomado en cuenta en un sentido más amplio, es decir, se tienen que tener en cuenta principios como el interés superior del niño, para evitar que se imparta una doble sanción. Por este motivo, es que se desarrollarán en los renglones siguientes las particularidades que afectan directamente a una madre y un hijo al cohabitar en una institución privados de libertad.

a) La decisión de privar a una madre de su libertad

En virtud de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados están obligados a velar por el interés superior del niño; por lo tanto, para decidir sobre la encarcelación de la madre, los jueces deben tener en cuenta el impacto que su encarcelamiento tendrá sobre sus hijos. El Consejo de Derechos Humanos reconoció, por medio de la Resolución 7/29 del año 2008, sobre los derechos del niño, lo siguiente:

> Hace un llamado a todos los Estados para que pongan atención al impacto que el arresto y encarcelamiento de un progenitor tendrá en sus hijos/as y, en particular: para que den prioridad a las medidas sin privación de la libertad al dictar sentencia o al decidir sobre medidas preventivas para una persona que es única o principal cuidadora de un menor, en concordancia con la necesidad de proteger a la comunidad y al menor.[119]

En el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, los Estados expresaron que el uso de la pena privativa de libertad en madres con niños debería estar restringido y que se debía hacer un esfuerzo especial para evitarlo.[120] La oficina de las Naciones Unidas contras las Drogas y

118 La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez establece en su art. 30: "hijos e hijas de madres encarceladas: 1. Los Estados Partes en la presente Carta deberán encargarse de proporcionar tratamiento especial a las embarazadas y madres de infantes o niños/as pequeños/as que hayan sido acusadas o halladas culpables por infringir la ley penal y deberán, en particular: (a) garantizar que siempre al sentenciar a dichas madres se considere primero una sentencia sin privación de la libertad; (b) establecer y promover medidas alternativas sin encierro institucional para el tratamiento de dichas madres; (c) establecer instituciones alternativas especiales para alojar a dichas madres; (d) garantizar que ninguna madre será encarcelada con su hijo/a; (e) garantizar que no se impondrá sentencia de muerte a dichas madres; (f) los objetivos esenciales del sistema penitenciario serán reformar, integrar a la madre a su familia y su rehabilitación social. La Carta estipula la especificidad de este colectivo. Se le exige a los Estados que siempre consideren sentencias que eviten el encarcelamiento como primera opción y que se promuevan alternativas para la morigeración del encierro".

119 Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos del Niño, A/HRC/7/29, párrafo 31.

120 Informe del 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UN Doc.A/Conf.144/28/Rev. 1, 1990, p. 164. El Relator Especial sobre Cárceles y Condiciones de Detención en África expresa que: "La cárcel no es un lugar seguro para mujeres embarazadas, bebés e infantes y no se recomienda separar a los bebés e infantes de sus madres. Sin embargo, es posible encontrar soluciones de modo que estas mujeres no estén encarceladas: aplicar fianza para mujeres en detención preventiva, sentencias sin privación de la libertad o pronta liberación o liberación condicionada, libertad condicional, sentencias suspendidas para las reclusas sentenciadas" (V. Chirwa. *Report of the Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa: Prisons in*

el Delito observó que "las mujeres embarazadas y madres lactando tienen problemas particulares relacionados con su estado, y no debería ser encarceladas a menos que existan circunstancias excepcionales".[121]

Los tribunales basan sus argumentos en principios limitados que han sido establecidos mediante la jurisprudencia y cualquier pauta existente en los instrumentos nacionales. Los casos complejos basados en el bienestar de los niños ofrecen un amplio margen para que el Poder Judicial interprete conceptos mal definidos y los aplique al caso particular que tiene en estudio.

b) Madres pre y posparto

Las mujeres, tanto en un período de embarazo así como también en la lactancia, encuentran especial protección en los distintos instrumentos internacionales que se verán a continuación. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[122] establece, en su art. 10, el especial cuidado sobre las madres antes y después de concebir a un niño.[123] A su vez, en el art. 12 se le reconoce a toda persona el disfrute del más alto nivel en relación tanto con su salud física como mental.[124] También se establece que entre las medidas que debe adoptar el Estado figura el sano desarrollo de los niños. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, órgano de control encargado de interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),[125] en su observación general 28, sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, establece que:

> Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención médica y de salud ofrecen a esas madres y a sus hijos.[126]

Malawi. 17-28 de junio de 2001, p. 36).

121 UN Office on Drugs and Crime. *Criminal Justice Assessment Toolkit, Non Custodial and Custodial Measures: 1 The Prison System*. New York, 2006, p. 27.

122 El PIDESC fue adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, aprobado en Argentina por la Ley N° 23.313 el 17 de abril de 1986, y su entrada en vigor fue el 3 de enero de 1976, A/RES/2200ª (XXI).

123 PIDESC, art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto".

124 PIDESC, art. 12: 1. 2. a) "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. 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: La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los/las niños/as".

125 El Comité de Derechos Humanos es "el órgano de expertos independientes encargado de la supervisión del PIDCP por sus Estados parte. Todos los Estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera que ejercitan los derechos. Inicialmente los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite cada cuatro años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones en forma de observaciones finales. Además, el art. 41 del Pacto establece que el Comité debe examinar las denuncias entre Estados. También tiene competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación a supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados parte en el Protocolo. El Comité se reúne en Ginebra o en Nueva York y celebra normalmente tres períodos de sesiones al año. El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas o sus métodos de trabajo". Información extraída de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, documento electrónico disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/.Acceso 4 de julio de 2015.

126 UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, párrafo 15, pp. 209-210.

Los niños con pocos meses de edad requieren chequeos periódicos. Las mujeres lactantes tienen necesidades especiales de nutrición y salud que, por lo general, en las cárceles no se suele satisfacer de manera completa.[127]

c) El derecho del niño y la madre a la familia

El concepto de familia ha sido pasible de transformaciones en relación a factores como la temporalidad y lugar geográfico.[128] En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[129] la define, en su art. 16 (3), como el "elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado". Asimismo, el PIDESC, en su art. 10, y el PIDCP, en su art. 17, le conceden la misma protección.[130] En relación con la CEDAW, en su art. 16 establece que:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) (c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

Las mayores angustias de las mujeres privadas de libertad derivan de la preocupación por sus hijos, y ello se refleja en formas como: enojo, ansiedad, tristeza, depresión, vergüenza, culpa, baja autoestima y un sentimiento de pérdida.[131] La DUDH establece, en su art. 25 (2), la importancia de la protección sobre la maternidad y la infancia en relación con su cuidado y asistencias especiales.[132] Así también el PIDCP, en su art. 24, y el PIDESC, en su art. 10, expresan la importancia de la familia en relación con su constitución y cuidado.[133]

---

127 En este mismo orden de ideas, el 8° Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, por medio de la Resolución 19 sobre el manejo de la justicia penal y desarrollo de políticas en torno a dictar sentencias, solicitó la limitación del uso del encarcelamiento para cierta categoría, entre otras, mujeres embarazas madres de niños pequeños. Informe del 8° Congreso de las Naciones Unidas. Informe del 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990, UN Doc.A/Conf.144/28/Rev. 1, p. 164.

128 "El núcleo familiar era la unidad más común en la época preindustrial y aún sigue siendo la unidad básica de organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas. Sin embargo, la familia moderna ha variado con respecto a su forma más tradicional, en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres". Hoy en día, se define como: "La familia es considerada también como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, trascendiendo la figura de unidad jurídica, social y económica. La familia es una comunidad de amor y de solidaridad" (Enciclopedia Británica en Español. *La Familia: Conceptos, Tipos y evolución*. S/l., 2009, p. 6. Asimismo, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación General N° 21, dispone que: "La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención" (párrafo 13, 1994); Recomendación General N° 19: "La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos constituye discriminación, como la define el art. 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden: (…) (f) El derecho a igualdad en la familia" (párrafo 7, 1992).

129 La DUDH fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, en París.

130 PIDESC, art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. PIDCP, art. 17: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

131 E. Stanley y S. Byrne. *Mothers in prison. Coping with separation from children. Documento* presentado en la *Conferencia Women in Corrections. Staff and Clients*, Adelaide, 31 de octubre-1 de noviembre de 2000, p. 3.

132 DUDH, art. 25(2): "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños (...) tienen derecho a igual protección social".

133 PIDCP, art. 24 (1): "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen

El derecho de la familia a tener privacidad sin la intervención estatal está contemplado en los arts. 17, 23 y 24 del PIDCP.[134] En el caso de una sentencia privativa de libertad a uno de sus progenitores, responsables primarios de la obligación de proteger el cuidado del niño, incide directamente en la efectiva protección de los derechos amparados por el Pacto.

Asimismo, en el art. 9 de la CDN se puede soslayar la importancia del cuidado que merece el niño con respecto a sus progenitores. En el primero de sus cuatro párrafos, el Estado se ve obligado a garantizar la unión del niño con su familia y asegurar que no se lo separe en contra de su voluntad –con la salvedad en que el caso amerite la separación por su interés superior–. En el segundo párrafo procura la intervención de las partes en los casos que existe el riesgo de separación. En relación al tercer párrafo, en el caso que se produzca la separación del niño con sus progenitores, el Estado debe garantizar el mantenimiento de contacto periódico con ellos –siempre en aras de su interés superior–. En cuanto al último párrafo, el Estado como responsable de esa separación proporcionará al niño la información necesaria para dar con el paradero de dicho progenitor.[135]

El derecho del niño a ser cuidado y estar acompañado por su madre está reconocido universalmente por medio de diversos instrumentos internacionales y regionales. La importancia del cuidado de la madre hacia su hijo se ve plasmada, a su vez, en el sistema regional interamericano por medio del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[136] sobre el derecho del niño a ser parte de una familia, y el art. 16 del Protocolo Adicional de la Convención.[137] Sobre el derecho a la lactancia,

---

nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. PIDESC, art. 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

134 PIDCP, art.17: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Art. 23: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos". Art. 24: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

135 CDN, art. 9: "1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos 3 particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte –incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado– de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas".

136 El art. 19 ha sido mencionado en el presente capítulo II, 1.2. Antecedentes sobre los derechos del niño y la noción de *corpus juris*.

137 El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en material de derechos económicos, sociales y

está específicamente contemplado en el art. 15 del mencionado Protocolo y recepta la obligación de "garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de la lactancia como durante la edad escolar".[138]

d) Alternativas sin privación de la libertad para las mujeres con hijos

Los funcionarios judiciales, al momento de aplicar una pena que implique la privación de libertad, deberían tener en cuenta la forma en que impacta en las mujeres, y en particular la situación de ellas con sus hijos. La cárcel debería ser utilizada como medida de último recurso. En las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio),[139] los Estados asumieron la obligación de evitar el uso innecesario del encarcelamiento por medio de la implementación de una serie de medidas que van desde disposiciones preventivas hasta las postsentencia. Las Reglas pueden ser útiles en tanto que pueden servir de manual sobre distintos tipos de alternativas sin privación de libertad que deberían hacerse efectivas, como las siguientes: la liberación condicionada, sentencias suspendidas o aplazadas, libertad condicional, órdenes comunitarias, libertad bajo fianza y procesos de justicia reparadora.[140] La prisión domiciliaria, por su parte, es una de las medidas previstas por las Reglas mencionadas.

1.5. Orientación sexual e identidad de género

Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans,[141] intersexuales y queer (LGBTIQ) están protegidas por medio de derechos ya amparados en normas internacionales de derechos humanos, tanto de la DUDH como también de tratados internacionales. Sin embargo, a lo largo de los años han sido víctimas de vulneración de sus derechos.[142] Luego de casi veinticinco años se ha comenzado a transformar la cosmovisión que se tiene sobre las personas LGBTIQ, y por eso resulta necesario que tanto los Estados como la sociedad tomen conciencia de este cambio.

La protección de los derechos humanos para las personas LGBTIQ se basa en dos principios fundamentales: igualdad y no discriminación. La orientación sexual y la identidad de género, al igual que la raza, el sexo, el color o la religión, no son fundamentos permisibles para establecer diferencias ni distinciones. En este sentido, las palabras que inician la DUDH reseñan que: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Es decir que su protección no exige la creación de nuevos derechos ni la concesión de derechos especiales, sino que es necesario que se

culturales (Protocolo de San Salvador) fue adoptado por la Asamblea General en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, sancionada en Argentina por la Ley Nº 24.658 el 19 de junio de 1996, y su entrada en vigor fue el 16 de noviembre de 1999. Establece el art. 16: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo".

138 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en material de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), art. 15.

139 Las Reglas de Tokio fueron adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, el 14 de diciembre de 1990.

140 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.

141 El término trans se refiere a travestis, transexuales y transgéneros.

142 El 17 de mayo de 1990, la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobó la 10ª Revisión de la Estadística internacional de Clasificación de las Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados, en la cual se reconoció que la orientación sexual no es un trastorno. Hoy en día, el 17 de mayo se considera como el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia.

cumpla la garantía universal de la no discriminación en el goce de todos los restantes derechos.[143]

La prohibición a la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género está contemplada en el art. 2 de la DUHN,[144] art. 2 del PIDECSC y el art. 2.1 del PIDCP, y obliga a cada Estado a respetar y garantizar los derechos contemplados en los instrumentos, sobre todo a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. En relación con la igualdad, el art. 26 del PIDCP, y el art. 7 de la DUHN, de manera similar, expresan que:

> Todos son iguales ante la ley tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.[145]

Estos artículos no especifican las categorías de orientación sexual ni tampoco la identidad de género, pero las figuras se pueden subsumir en la parte que predica cualquier otra distinción o cualquier otra condición social. Es decir que la muestra de opciones que pueden llegar a ser pasibles de discriminación están de algún modo abiertas para la inclusión de otros supuestos que no se detallan expresamente.

Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados han sostenido a lo largo del tiempo que la diferenciación en relación con la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos y van en contra de los preceptos de derecho internacional.[146] El Comité de Derechos Humanos, en la causa Toonen,[147] ha establecido que el concepto sexo estipulado en los arts. 2 y 26 del Pacto incluyen el término orientación sexual. A partir de esta causa, el Comité de Derechos Humanos ha solicitado a los Estados parte a "garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual".[148]

Las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas a diversas áreas, como el derecho al trabajo, al agua y a la salud, han establecido que la garantía de no discriminación del Pacto contiene, a su

143 Así lo ha expresado el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon en un discurso dado en Nueva York sobre la igualdad de las personas LGBTI al pedir que se adoptaran medidas contra la discriminación: "como hombres y mujeres de conciencia, rechazamos la discriminación en general y en particular la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género (…) donde existan tensiones entre las actitudes culturales y los derechos humanos universales, los derechos deben prevalecer" Naciones Unidas. Libres & Iguales, *Igualdad y no discriminación*, p. 2, documento electrónico disponible en: https://unfe.org/system/unfe-21-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1c.pdf. Acceso 17 de junio de 2015.

144 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.".

145 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7.

146 El derecho internacional define a la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferenciado que se base, directa o indirectamente, en un fundamento prohibido de discriminación y que tenga la intención de causar o anular o afectar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos garantizados por el derecho internacional", Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 18, párr. 7; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 20, párr. 7. Véase a su vez, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 1; y Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 2.

147 CCPR/C/50/D/499/1992, párrafo 8.7.

148 CCPR/C/USA/CO/3, párr. 25.

vez, la orientación sexual.[149] En esas líneas se expidió el Comité de los Derechos del Niño, que ha considerado incluir la orientación sexual[150] y la identidad de género[151] en el art. 2 de la CDN. Al respecto, el Comité Contra la Tortura, en sus observaciones finales, manifestó que: "la normativa sobre las buenas costumbres puede dar un poder discrecional a la policía y a los jueces que, junto a prejuicios y actitudes discriminatorias, puede resultar en abusos hacia este grupo poblacional".[152]

En este mismo orden de ideas, el Comité de la CEDAW ha expresado que:

> La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación y la identidad de género (…) los Estados parte deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas.[153]

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos aprobó, en junio de 2011, la primera resolución de las Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género, y ello generó la realización de un reporte oficial llamado Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género".[154]

Por otra parte, los Principios de Yogykarta[155] son una herramienta útil para la correcta aplicación de la legislación internacional de derechos humanos sobre cuestiones que se relacionan con la orientación sexual y la identidad de género. Ratifican estándares internacional vinculantes para el cumplimiento por parte de los Estados. Es decir que no crean nuevos derechos, sino que son la enunciación de derechos preexistentes. Cada uno de los principios es acompañado por recomendaciones para los Estados. Al mismo tiempo, esta serie de principios atribuye responsabilidad a todos los actores para promover y proteger los derechos humanos, es decir que van dirigidos no solo a los Estados, sino también a los medios de comunicación, a las ONG, a las instituciones nacionales de derechos humanos, entre otros.

El primer principio recepta la igualdad de los seres humanos en relación con su dignidad y sus derechos.[156] En directa relación está el segundo principio, que esta-

149 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (No discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales), párr. 32; N° 19 (Derecho a la seguridad social), párr. 29; N° 18 (Derecho al trabajo), párr. 12 b); N° 15 (Derecho al agua), párr. 13; N° 14 (Derecho al nivel de salud más alto posible), párr. 18.

150 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño), párr. 6, y Observación General N° 3 (El VIH/SIDA y los derechos del niño), párr. 8.

151 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13 (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia), párrafo. 60 y 72 g) (en que se destaca que los Estados parte deben abordar la discriminación contra los grupos de niños vulnerables o marginados, incluidos lesbianas, gays o transgénero).

152 CAT/C/CRI/CO/2, párr. 11.

153 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 28 (sobre las obligaciones básicas que incumben a los Estados parte en virtud del artículo 2), párr. 18. Asimismo, en la Recomendación General N° 27, el Comité manifestó que: "'con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad o la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual o identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 27 (sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos), párr.13.

154 El reporte fue preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, A/HRC/19/41.

155 Los Principios se celebraron en Yogykarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada del 6 al 9 de noviembre de 2006. Fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un grupo de expertos en derechos humanos de distintas zonas geográficas.

156 Principios de Yogykarta, ppio. 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos".

blece la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, y a la vez eleva su grado de vulnerabilidad al incluir otras causales como la raza, edad y religión.[157] Vinculado al principio anterior, se encuentra el relacionado a un juicio justo:

> Toda persona tiene derecho a ser oída en audiencia pública y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra, sin prejuicios ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.[158]

El principio 3 exige el reconocimiento de la personalidad jurídica en relación con la diversidad de la orientación sexual e identidad de género, comprendida como una parte esencial para su personalidad y que constituye, a su vez, un aspecto fundamental de su autodeterminación, dignidad y libertad.[159] Los principios del 19 al 21 señalan la importancia de la libertad de expresión sobre la propia identidad y la sexualidad, sin la intervención del Estado. Incluye la expresión de la identidad mediante "el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección del nombre o por cualquier otro medio".[160] El principio 24 se basa en el derecho a formar una familia y apela a la existencia de la diversidad sobre las configuraciones en que se puede formar una.[161]

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos[162] se hace eco sobre el reconocimiento de cuestiones relacionadas con orientación sexual e identidad de género en el Caso Atala Riffo Vs. Chile.[163] Entre los argumentos esgrimidos por el Tribunal,

---

157 Principios de Yogykarta, ppio. 2: "Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica".

158 Principio de Yogykarta, ppio. 8.

159 Principio de Yogykarta, ppio. 3: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género".

160 Principio de Yogykarta, ppio. 19.

161 Principio de Yogykarta, ppio. "24: Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes".

162 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre antecede a la DUDH y marca el inicio del sistema interamericano de derechos humanos, que fue aprobado por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Colombia, en 1948. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –que fue aprobada en 1969 y entró en vigor en 1978– es actualmente la piedra angular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Veinticinco de los treinta y cinco países de la OEA han ratificado y son Estados partes de la Convención.

163 "Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la

se identificaron algunos como los potenciales riesgos o daños que puede traer a las niñas la orientación sexual de su primogénita. La sentencia se basó principalmente en el interés superior del niño por sobre otros derechos pertenecientes a sus progenitores. De esta forma, el padre obtuvo la custodia de las hijas, y al mismo tiempo significó que el Tribunal ignorase los derechos de la madre, así como también el derecho de las menores de ser oídas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos[164] ha indicado que:

> En casos de cuidado y custodia de menores de edad (...) no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (…) que una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño.

El fallo devela que el interés superior del niño no puede entenderse como una mera formalidad jurídica, sino que su concreción debe iluminar interpretaciones que estén plasmadas en hechos reales, sin mermar derechos de terceros. En consecuencia, la Corte consideró que la madre debía adaptar su vida hacia una concepción tradicional, es decir, más acorde al rol social de una mujer en función de madre, según lo que la sociedad espera de ella. La mujer, al llevar la responsabilidad principal de la crianza de sus hijas, debía renunciar entonces a un aspecto esencial de su propia identidad. Esa lógica no puede servir de medida idónea para la afectación de un derecho protegido como el que garantiza el pleno ejercicio de derechos humanos sin discriminación alguna. En otras palabras, la Corte dedujo que al no tener una familia heterosexual como la de sus compañeros, llevaría como resultado la potencial situación de que sean discriminadas, ignoradas, y por ello afectaría su desarrollo. El Tribunal no pudo probar tales conjeturas, ni tampoco existió un test de razonabilidad exhaustivo que habilitara a fallar con base en estándares internacionales.

2. Normativa nacional

En este apartado se señala la relevancia de los tratados internacionales en relación con las demás fuentes del derecho, por medio del análisis del bloque de constitucionalidad. Asimismo, se incluye en esta parte el estudio de las leyes nacionales que

---

Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva". Información extraída de la ficha técnica de Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, documento electrónico disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=196&lang=es. Acceso 6 de julio de 2015.

164 La Corte IDH fue establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son los dos órganos que tienen como función asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención. Asimismo, la Corte IDH "es una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA aunque sean terceros respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, elegidos a título personal por los Estados partes en la Convención, en ocasión del desarrollo de las sesiones ordinarias de la Asamblea General de la OEA. El mandato es por seis años y pueden ser reelegidos una vez". En Mónica Pinto. *Temas de derechos humanos*, *op. cit.,* p. 147.

protegen los derechos de niños, madres y su vínculo filio maternal. Se han ponderado dos leyes por su grado de protección de derechos y su especificidad para el caso de estudio: la ampliación de los supuestos del instituto de arresto domiciliario en la ley de ejecución sobre la pena privativa de libertad, junto con su debate parlamentario, y la ley de identidad de género.

2.1. Bloque de constitucionalidad

Luego de la reforma constitucional de 1994, se incorporó el nuevo inc. 22 del art. 75, que establece que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes", es decir que aprobados y firmados con el procedimiento requerido por el cuerpo normativo –aprobados por el Congreso por medio del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara– gozarán de jerarquía constitucional.[165] El bloque de constitucionalidad, entonces, consiste en ponderar los tratados sobre la ley y, a su vez, situarlos al mismo nivel de la Constitución. Entendido por Bidart Campos como "la asignación de jerarquía constitucional, a más de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la Constitución, comparten supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico".[166]

Sobre la aplicación de los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno del Estado parte, en concordancia con la Convención de Viena[167] sobre derecho de los tratados, que establece en su art. 27 la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno del Estado parte, cada Estado asume la obligación de adoptar medidas para garantizar el ejercicio y goce de los derechos protegidos. Un ejemplo de ello, anterior a la reforma de la Constitución, es cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el 7 de julio de 1992 en el caso Ekmekdjián contra Sofovich, argumentó que:

> Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.[168]

165 Constitución de la Nación Argentina, art. 75, inc. 22: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

166 Germán Bidart Campos. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. T. III. Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 276. Refuerza este concepto en el inc. 22 al establecer que no se deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que debe entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

167 Aprobada por la Ley N° 19.865, el 3 de octubre de 1972, y entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

168 *La Ley*, 1992-C:547.

La Corte en este caso, hizo una interpretación del art. 27 de la Convención de Viena de 1969, que estipula que el Estado parte no podrá invocar su ordenamiento interno para exceptuarse al incumplir una norma convencional.

La nueva jerarquía constitucional establecida implica una igualdad entre las normas de la Constitución y los instrumentos internacionales que se introdujeron al cuerpo normativo por medio del art. 75, inc. 22. Y ello conlleva a pensar que tanto los Tribunales de Primera y Segunda Instancia, así como también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, deberían tener en cuenta la normativa mencionada para dirimir un caso en concreto, a la luz de las competencias que la Constitución les estipula en los arts. 116 y 117.[169]

Es necesario destacar la interpretación que posee la CSJN sobre la norma *ius cogens*[170] en casos como Cabrera, W. J. E. Vs. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, donde la definió como "norma imperativa de Derecho Internacional General, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados".[171] Sigue, de este modo, la terminología utilizada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.[172]A continuación, como se adelantó a comienzos del capítulo 2, se analizarán aquellas leyes que amparan a las partes del caso de estudio.

2.2. La Ley de Ejecución de la Privación de la Libertad Nº 24.660 y su modificatoria Ley Nº 26.472

Con la sanción de la Ley Nº 26.472 –modificatoria de la Ley Nº 24.660, el CP y el CPPN–[173] se ampliaron las causales para acceder al régimen de detención domiciliaria. Hasta diciembre de 2008, el instituto, según versa el anterior art. 33 de la Ley Nº 24.660, estaba contemplado solamente para "el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena

169 Constitución de la Nación Argentina, art. 116: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero". Art. 117: "En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".

170 La figura del *ius cogens* "consiste en el conjunto de normas internacionales llamadas 'imperativas', recogidas en su ámbito con el rasgo de la inderogabilidad o indisponibilidad –sea que su existencia provenga de tratados o del derecho consuetudinario (de gentes)–. El *ius congens* no puede ser dejado de lado por normas opuestas o distintas de un tratado y, por ende, si echamos mano del diseño piramidal, podemos decir que la pirámide del derecho internacional se encabeza en su vértice con el *ius cogens* (…) Después de la reforma de 1994, los tratado con jerarquía constitucional coinciden con nuestra constitución, por lo que no se plantea problema alguno, dados los similares contenidos de ambos y la igual prelación compartida que revisten en el derecho interno", según Germán Bidart Campos. "El 'ius cogens'", punto 21, en: *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II. Documento electrónico: http://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/material-libros-pdf/.

171 CSJN, 05/10/1983 –Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/despido –Fallos 305:2150.

172 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: art. 53: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

173 La Ley Nº 26.472 fue sancionada el 17 de diciembre de 2008 y promulgada de hecho el 12 de enero de 2009, documento electrónico disponible en: http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/149566/norma.htm. Acceso 21 de junio de 2015.

impuesta en detención domiciliaria (...) previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique". Es decir, que la ley no tenía en cuenta situaciones que excedían el único supuesto contemplado. Entre otras razones,[174] existía la imperiosa reforma de la ley por las dispares soluciones que se presentaban en los casos de solicitud de arresto en relación con madres privadas de libertad junto con sus hijos. Frente a las limitaciones que la norma imponía, hubo distintos tratamientos sobre el asunto.[175]

Debido a la discrepancia en las soluciones dadas por los Tribunales ante el vacío legal que producía el art. 33 de la mencionada ley, se ampliaron los supuestos. El juez de ejecución o competente, en la actualidad, puede conceder el arresto domiciliario en los siguientes casos: i) al 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; ii) al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; iii) al interno discapacitado, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario fuere inadecuada por su condición; iv) al interno mayor de 70 años; v) a la mujer embarazada; vi) a la madre de un niño menor de 5 años o con discapacidad a su cargo.

a) El origen de la reforma

La modificación de la ley fue el resultado de la elaboración de un proyecto por las diputadas Diana B. Conti[176] y Marcela V. Rodríguez, que obtuvo el día 7 de noviembre de 2007 media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación. La diputada Rosario M. Romero expresó en la sesión,[177] que el proyecto era sostenidamente reclamado por los jueces de ejecución penal y por las autoridades estatales que se encargan de la ejecución de la pena. El fin perseguido, explicó la diputada, era ampliar, por razones humanitarias, los casos en que se contempla el acceso a la prisión domiciliaria. De un total de 138 diputados presentes, hubo 130 aprobaciones, 6 abstenciones y 2 votaron en contra.

En relación con las condiciones de las cárceles, la diputada Marcela Rodríguez expresó lo siguiente:

> Ya que como todos los tratados y la propia Constitución lo indican, las cárceles no pueden ser lugares de tortura ni de tratos degradantes ni tampoco ámbitos hacinados. Todos sabemos de los problemas de superpoblación y de la falta de provisión de condiciones mínimas de salud que existen. Esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los

174 Una de las cuestiones que ha derivado en discrepancias jurisprudenciales, y por ello ha sido una de las causales la reforma legal, ha sido la situación de las personas con discapacidad –sin llegar a ser terminal– con tratamiento permanente. En "Peralta, Ricardo N. s/recurso de casación" [J 22.6243] la sala II de la Cámara Nacional Casación Penal (causa 3880) resolvió el 30/8/2002 revocar la decisión del Juzgado de Ejecución Penal Nº 2 que concedía el arresto domiciliario a un enfermo con serias secuelas neurológicas, porque su condición no se encontraba contemplada en el art. 33 de la Ley Nº 24.660.

175 "Abregú, Adriana T. s/recurso de casación", causa 6667 (rta. el 29/8/2006), la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió revocar la decisión del Tribunal Oral de San Martín N° 3 y conceder el beneficio a la imputada –madre de cuatro hijos–. En un razonamiento contrario, con fecha 6 de julio de 2007, Abeledo Perrot N° 35050950; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal y Económico resolvió denegar el arresto domiciliario en Ruiz Díaz de Almirón, I. S., porque para concederlo –madre de 3 hijos y 1 nieto de 3 años de edad–, ser el único sostén del hogar no es razón suficiente ya que el resguardo de los menores puede lograrse por otros medios. Abeledo Perrot N° 1/70040269-1. Para una completa compilación de la jurisprudencia sobre el tema existente con anterioridad a la ampliación de los supuestos de arresto domiciliario, ver Ministerio Público de la Defensa/Unicef. *Mujeres presas. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad. Límitaciones al encarcelamiento.* Buenos Aires, DGN/UNICEF, 2008.

176 El proyecto inicial de la diputada Conti se encuentra publicado en trámite parlamentario 3 del 3/3/2006, expte. 0269D2006.

177 Reunión 22a de la 14a Sesión Ordinaria, correspondiente al tratamiento del proyecto, incluido en el orden del día 1261.

> derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.[178]

Recién el 17 de diciembre de 2008, un año después de su tratamiento y aprobación en la Cámara de Diputados, en la 21ª Sesión del mismo año de la Cámara de Senadores de la Nación, el senador por la provincia de La Pampa señaló que el proyecto tiene como fin:

> Extender el beneficio a cuatro grupos vulnerables no comprendidos hasta el momento: la mujer embarazada; la madre de un niño menor de 5 años o de una persona con discapacidad a su cargo; al discapacitado, cuando la prisión efectiva en una cárcel sea inadecuada a su condición, implicándole así un trato indigno, inhumano o cruel; y al interno enfermo en tratamiento, cuando las condiciones del encierro impidan su recuperación, siempre y cuando no correspondiere ser internado en un hospital.[179]

Reafirmó la importancia de prevalecer la figura de los niños para su cuidado: "Me parece que el objetivo que se busca y que trata de ampliar esta figura de la prisión domiciliaria tiene un tema esencial, que es el cuidado de los menores e, indudablemente, adecuar nuestra legislación a los convenios internacionales". En esta línea de ideas, la diputada Paola R. Spatola afirmó que "tal como lo indicó la diputada Rodríguez en oportunidad de fundamentar su proyecto, lo que estamos haciendo es blanquear entre comillas lo que establecen las diferentes convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país".

El diputado Alberto J. Beccani expresó que:

> Cuando se analizaron en la comisión los diversos proyectos existentes y se trató de compatibilizarlos, la primera discusión que surgió consistió en si se debía incluir la palabra "podrá" o "deberá", como facultad del juez. Finalmente, en la comisión primó el criterio de que quedara la palabra "podrá", de manera que fuese una facultad y no una obligación del juez.[180]

Asimismo, la diputada Rosario M. Romero especificó que el criterio esgrimido por la Comisión de Legislación Penal que ella preside fue la facultad del juez de decidir por el otorgamiento del arresto domiciliario o por su denegatoria, y no una obligación impuesta. Es decir que los diputados encargados de la elaboración del proyecto han dejado en claro que el acceso al instituto no es de manera automática si la persona encuadra en alguno de los supuestos.

La diputada Alicia M. Cornelli, al intervenir en el debate, realizó el aporte de una pauta hermenéutica:

> Considero que el proyecto en tratamiento es atendible si el juez tiene en cuenta las medidas de protección de la sociedad, los intereses de las víctimas que son importantes, las necesidades de rehabilitación de los presos y, sobre todo, el respeto por los derechos humanos, porque, obviamente, no debe medir con la misma vara al delincuente... quien administra justicia desde el Estado.

Del debate parlamentario se traduce que el espíritu de la reforma es la protección de un colectivo que, en cierta forma, tiene un grado mayor de vulnerabilidad

178 Sergio Delgado. *La modificación de la detención domiciliaria.* RDP 2009-5-804, 2009, p. 2.

179 Ibíd.

180 Ibíd., p. 3.

en relación con las demás personas en cárceles. Se consideraron, entonces, las razones humanitarias para aumentar los supuestos, así como también la protección del niño[181] y el vínculo materno filial en sus primeros años de vida. Por este motivo es que se entiende que la prisión domiciliaria configura una herramienta que las autoridades judiciales deben utilizar para conciliar los objetivos de política criminal y aquellos que sirven de protección a los derechos humanos.

2.3. Ley de Identidad de Género Nº 26.743

La sanción y promulgación de la ley[182] fue el resultado de una lucha histórica promovida tanto por organizaciones de la sociedad civil, así como también de organizaciones LGBTI,[183] que lograron el reconocimiento a la libre expresión de género, en cuanto derecho humano, y a un trato de igualdad y no discriminación.[184] La ley garantiza el libre desarrollo de las personas conforme a su identidad de género, sin necesidad que corresponda con el sexo al momento del nacimiento y se reconozca de pleno derecho su identidad.[185]

La identidad de género es definida en el art. 2 de la siguiente manera:

> Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia corporal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.[186]

El surgimiento del concepto propone un nuevo paradigma, en el que la propia identidad y expresión de la persona está plasmada por una multiplicidad de vivencias y experiencias. Con esta nueva ley, se hacen visibles una variedad de identidades que

181 La Ley Nº 26.061 ha sido sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005, en su art. 3 dispone el interés superior del niño como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Es decir que se enfatiza el respeto por: i) Su condición de sujeto de derecho; ii) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; iii) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; iv) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; v) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; vi) Su centro de vida –entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia–.

182 La Ley de Identidad de Género fue sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 23 de mayo de 2012 y promovida en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012.

183 Entre ellas, la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Federación Argentina LGBT, 100% Diversidad, Frente Nacional por la Identidad de Género, Lesmadres y Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de la Argentina. En *Clarín.* "Paso clave en la ley de identidad de género", 9 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/Paso-clave-ley-identidad-genero_0_587941314.html.

184 Pedro Paradiso Sottile, secretario y coordinador del área jurídica de la CHA, destacó el gran paso hacia la igualdad de derechos y la no discriminación que significa la promulgación de la Ley de Identidad de Género. "Es un acto de justicia y reparación, un grito de libertad y dignidad frente a los años de silencio cómplice, de exclusión y discriminación, que sufren las personas en base a su identidad de género autopercibida y sus diversas expresiones. Con la promulgación de esta ley, Argentina cumple con sus obligaciones y responsabilidades nacionales e internacionales y nos coloca nuevamente a la vanguardia en el camino de una ciudadanía plena a nivel mundial, donde se respeten y garanticen los derechos humanos de todas y todos, sin discriminación alguna". Ver: http://www.cha.org.ar/ley-de-identidad-de-genero-ley-no-26-743-promulgada-y-publicada-en-el-boletin-oficial-el-24-de-mayo-de-2012/. Acceso 22 de junio de 2015.

185 Ley Nº 26.743, art. 1: "Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) al ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombres/s de pila, imagen y sexo con los que allí queda registrada".

186 Ley Nº 26.743, art. 2.

hasta el momento no eran tomadas en cuenta, y en consecuencia las personas no identificadas con las formas hombre-mujer eran invisibilizadas, al no ser entendidas como sujetos de derecho.

El art. 13 de la ley establece el derecho a no sufrir discriminación por identidad de género y va en consonancia con el art. 16 de la Constitución Nacional[187] y art. 1 de la Ley sobre Actos Discriminatorios Nº 23.592.[188] Establece que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas y que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas. La interpretación y aplicación de las normas siempre tienen que estar a favor del acceso al mismo. Es decir que se establece que la identidad autopercibida no puede ser causal de discriminación esgrimida por el Estado o los particulares para el goce y ejercicio de las personas.

No obstante, la Ley de Identidad de Género ha sufrido críticas,[189] entre otras, en cuanto al control social del Estado por medio de la clasificación de la identidad (masculino/femenino). Es una ley que, en síntesis, visibiliza la diversidad y está en la clara dirección hacia un nuevo paradigma sobre la lectura de los cuerpos.

187 Constitución Nacional, art. 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

188 Ley Nº 23.592 sancionada el 3 de agosto de 1998 y promulgada el 23 de agosto de 1988, art. 1: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

189 Marlene Wayman, activista trans del Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género, en una nota dada al suplemento Soy, del diario *Página/12* expresó: "Cada compañerx que hace el cambio en el DNI estará des-inscribiéndose de una identidad trans para un Estado que lx leerá como eso que dicen que lx identifica 'hombre' y 'mujer'. Quienes nos propongamos otrxs, y sobre todo en la arena política, tendremos que seguir demandando una manera en que el Estado nos lea. Es tan simple como que si muero y mi lápida coincide con los datos que hoy figuran en mi DNI, sería un hombre y mi identidad estará vulnerada seriamente; si hago el cambio en mi DNI y tanto en mi lápida como en él figuran los nuevos datos Marlene Wayar sexo femenino, estarían vulnerando mi identidad travesti (trans) de modo no menos serio". En *Página/12*. "¿Qué pasó con la T?", 11 de mayo de 2012, documento electrónico disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-2436-2012-05-14.html. Acceso 22 de junio de 2015.

Capítulo 3

ANÁLISIS DEL CASO ANA MARÍA FERNÁNDEZ

En el siguiente capítulo se analiza el caso de arresto domiciliario promovido por la defensa de Ana María Fernández. El criterio de selección, como se adelantó en la introducción, fue debido a que es el único caso de prisión domiciliaria que ha sido tramitado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con la perspectiva de género y el interés superior del niño. En adhesión a ello, es importante señalar que la CSJN no solamente es la última instancia de revisión a nivel nacional, sino también es el órgano máximo del Poder Judicial. En consecuencia, sus decisiones poseen una repercusión y trascendencia político-institucional.[190]

Para entender visualmente el caso, se propone su acercamiento por medio de la utilización de un esquema de organización derivado del átomo.[191] Se emplea el modelo mencionado para mostrar cómo, de hecho, funcionan los componentes del

190 En este sentido, Bidart Campos sostiene que: "en el gobierno tripartito que organiza nuestro derecho constitucional del poder, la Corte también gobierna, o sea, comparte dentro del poder estatal las funciones en que eses poder se exterioriza y ejerce. Y las comparte reteniendo una de ellas, que es la administración de la justicia (…) La Corte gobierna, en el sentido de que integra la estructura triangular del gobierno, pero no en el de apoyar o combatir hombres o ideas que ocupan el gobierno en un momento dado. La Corte toma a los otros departamentos del gobierno impersonalmente, como órganos-instituciones y no como órganos-personas físicas. En este concepto científico de la política, la Corte es tan política como políticos son el poder ejecutivo y el congreso; todos gobiernan, y gobernar es desplegar política sobre el poder (…) Así, cabe recordar que la Corte: a) da desarrollo a la doctrina constitucional en diversos campos, a medida que sus sentencias despliegan la interpretación y la aplicación de la constitución; b) ejerce en instancia última el control judicial de constitucionalidad, incluso cuando el derecho provincial discrepa con la constitución; esta especie de 'intervención' judicial de la Corte le asigna un papel relevante en el diseño de las políticas estatales, según cuál sea la materia sobre la cual juzga la constitucionalidad de sus contenidos; c) actúa como custodio del sistema de derechos; d) vigila que los tratados internacionales no se violen, ni por acción ni por omisión, para resguardar la responsabilidad internacional del Estado que los ha incorporado a nuestro derecho interno; e) tiende a concertar armoniosamente las competencias federales y las provinciales para evitar la pugna entre unas y otras; f) integra los vacíos normativos de la constitución y del derecho infraconstitucional, y confiere desarrollo y contenidos a las normas que, por su generalidad y apertura, requieren irse completando; g) controla la correcta aplicación del derecho, especialmente cuando se hace cargo de las sentencias arbitrarias dictadas por tribunales inferiores –sean federales o locales–; h) ejerce –según ya lo dijimos– un 'poder' del Estado, por lo que comparte el gobierno en orden a las competencias que le son propias; o sea, es 'tribunal' y es 'poder'". Ver Germán Bidart Campos. "El 'ius cogens'", punto 21, *op. cit.*

191 Para sostener el modelo de composición del átomo, Nietzsche denomina la metáfora como forma de pensar el universo. Es decir que el universo es pensable en virtud de ella y asimismo el territorio de la significación humana es metafórico. La semejanza construye relaciones distintas entre lo identificable y este procedimiento será el origen de la productividad del lenguaje, "la extraordinaria productividad del entendimiento, es una vida en imágenes" (Friedrich Nietzsche. *El libro del filósofo seguido de Retórica y lenguaje.* Madrid, Taurus, 1974, p. 37). "Este instinto que impulsa a la formación de metáforas, este instinto fundamental del hombre, del que en ningún momento se puede prescindir, porque en tal caso se habría prescindido del hombre entero" (Ibíd., p. 98). La creación metafórica que deviene del impulso e instinto del ser humano es la necesaria condición de su existencia. El descubrimiento de las semejanzas es producto de la unión de una sensación y una imagen visual por medio de la analogía. "Se abren todas las palabras y los armarios del ser: todo quiere hacerse palabra, todo devenir quiere aprender a hablar en metáfora" (Friedrich Nietzsche. *Así habló Zaratustra.* Madrid, Alianza, 1985, p. 259). "Nuestros sentidos imitan la naturaleza retratándola constantemente. La imitación presupone una recepción y después una transposición continuada de la imagen recibida a mil metáforas, todas eficaces, Lo análogo" (Ibíd., p. 69). Se trata, entonces, de un modelo que revela vías de pensamiento a partir del despliegue del significado de una intuición originaria dada en una metáfora también originaria.

caso de análisis. Su núcleo está compuesto por protones con carga positiva (el *corpus juris* de protección del niño) unidos a neutrones con carga neutra (el derecho aplicado por órgano jurisdiccional) y los electrones con carga negativa (el derecho a la orientación sexual y a la identidad de género). Los electrones, asimismo, orbitan alrededor del núcleo atómico dentro de una matriz normativa.[192] Luego de haber realizado el esquema representativo del átomo, se volverá a su tratamiento en las consideraciones finales.

Antes de comenzar a analizar el caso de arresto domiciliario de Ana María Fernández que motivó este trabajo de investigación, no debe dejarse de mencionar la causa principal por la cual derivó en su privación de libertad, que no atañe, como se verá, al caso de análisis pero sí a su situación procesal penal en la actualidad.[193] *A posteriori*, se analizarán las sentencias impartidas por los tribunales que estuvieron a cargo de la solicitud de arresto domiciliario de manera cronológica. Por último, se examinarán causales de la invisibilidad de género por parte de las autoridades judiciales en el caso de estudio, por medio de las distintas disciplinas analizadas en el capítulo 1.

1. Antecedentes del caso: causa Cromañón

De las actuaciones judiciales se pudo extraer la siguiente información:[194] El día 30 de diciembre de 2004, durante una presentación del grupo musical Callejeros en el local bailable República Cromañón, ubicado en la Capital Federal, alrededor de las 22.50 horas, uno de los asistentes al concierto detonó un artefacto pirotécnico que, al impactar contra el techo del lugar, provocó un foco ígneo. Ello derivó en la combustión del género que cubría el cielorraso. Humo espeso por la inflamación del material invadió el interior del local y en respuesta, las personas que habían concurrido al evento se dirigieron estrepitosamente a las salidas. Tres factores convergieron para derivar en un desenlace fatal: la excesiva cantidad de concurrentes –cuatro veces superior a la habilitada–; la obturación de las vías de evacuación –con alambre y candado– y el corte de luz que se produjo en el lugar. Ello motivó la imposibilidad de muchos de abandonar el lugar a tiempo. Como resultado, 193 personas perdieron su vida y 1432 sufrieron lesiones.[195]

192 La composición del átomo –proviene del griego, y significa indivisible– está compuesto por tres partículas fundamentales: electrón (carga negativa), protón (carga positiva) y neutrón (carga neutra). Los protones y neutrones –llamados nucleones– forman el núcleo del átomo –se concentra la mayor parte de la masa atómica– y se logra su unión a través de la energía nuclear, mientras que los electrones permanecen orbitando alrededor del núcleo del átomo por medio de la fuerza electromagnética. La fuerza nuclear tiende a ser generalmente más fuerte que la fuerza electromagnética. Asimismo, una reacción nuclear se produce mediante el bombardeo del núcleo con un proyectil nuclear. La fisión nuclear, por su parte, produce la liberación de neutrones y de energía. Por cada neutrón absorbido para producir una fisión, se emiten más de dos neutrones, y ello hace posible que ocurra una reacción en cadena. Ver M. Alonso y E. J. Finn. *Física*. Buenos Aires, Addison-Wesley Iberoamericana, 1995, pp. 7, 874, 897.

193 En este sentido, el día 14 de julio de 2015 se cumpliría el plazo de 20 días hábiles que fijó la Sala IV en la última audiencia. Ver *Télam*. "Se realiza una audiencia clave para revisar condenas por Cromañón", 15 de junio de 2015; *Clarín*. "Familiares de Cromañón reclaman una resolución final en la causa", 14 de julio de 2015.

194 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156, de fecha 18 de junio de 2013; Procuración General de la Nación, Fernández, Ana María s/causa N° 17.516, de fecha 29 de mayo de 2013.

195 Es necesario mencionar que en estas cifras no se contabilizaron los fallecimientos posteriores a lo ocurrido en Cromañón. Para más información, ver: *Página/12*. "Cromañón, el drama que no se termina. Sociedad", 9 de febrero de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-265746-2015-02-09.html. Acceso 13 de julio de 2015.

Específicamente, en relación con la situación procesal de Ana María Fernández se pudo señalar que el 19 de agosto de 2009 fue condenada por considerarla autora penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a la pena de dos años de prisión y cuatro años de inhabilitación especial (art. 29, incs. 3, 45 y 258 "in fine" del CP, y arts. 403 y 531 del CPPN). El fallo de agosto de 2009 fue apelado, y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) resolvió que la funcionaria sabía de la situación irregular en el boliche y por ello fue condenada por el delito de "omisión de los deberes de funcionario público en concurso ideal con el delito de incendio culposo seguido de muerte".[196]

Con posterioridad a la sentencia de la Sala III, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24, el día 29 de abril de 2011 resolvió condenar a Fernández a la pena de tres años y seis meses de prisión como autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte.[197] La pena fue apelada y nuevamente confirmada por la Sala III, el 17 de octubre de 2012.[198]

La defensa de Fernández, el día 15 de noviembre del mismo año, solicitó al Tribunal Oral Nº 24 que disponga el cumplimiento de la pena de prisión impuesta bajo la modalidad de prisión domiciliaria. El 21 de diciembre se rechazó el pedido y en consecuencia, Ana María Fernández se puso a disposición del Tribunal e ingresó junto a su hijo a la Unidad Nº 31 del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. De forma simultánea, el día 20 de diciembre de 2012, la Sala III rechazó el recurso presentado por la defensa y ordenó el inmediato cumplimiento de la sentencia condenatoria.[199] La defensa de Ana María Fernández interpuso un recurso de queja ante la Corte, que fue concedido.[200]

La Corte Suprema de Justicia, el 5 de agosto de 2014, solicitó la designación de una nueva sala para la revisión de la sentencia condenatoria impartida por la Cámara Revisadora.[201] Por lo tanto, el Tribunal Oral Nº 24 dejó sin efecto el arresto domiciliario concedido a Fernández y le otorgó su inmediata libertad.[202] Un día después se hizo efectiva por medio del Tribunal Oral Nº 24.[203] Según el fallo del Tribunal mencionado, se expresó lo siguiente:

---

196 *Página/12*. "Todos condenados por el incendio de Cromañón", 21 de abril de 2011, documento electrónico disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-166689-2011-04-21.html. Acceso 13 de julio de 2015.

197 Conforme lo resuelto por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Nº 11684 "Chabán, Omar Emir y otros s/recurso de casación" del 20/4/2011 (arts. 12; 26, inc. 3,;45; 54; 249; 189, párr. 2 del Código Penal; 403; 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

198 *Agencia Nacional de Noticias Jurídicas. Infojus Noticias*. "Cromañón: los puntos emblemáticos del proceso judicial", 28 de diciembre de 2013, documento electrónico disponible en: http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/cromanon-los-puntos-emblematicos-del-proceso-judicial-2758.html. Acceso 13 de julio de 2015.

199 *La Nación*. "Cromañón: los 14 condenados a prisión", 21 de diciembre de 2012, documento electrónico disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1539141-cromagnon-los-14-condenados-a-prision. Acceso 24 de junio de 2015.

200 Corte Suprema de la Nación Argentina, recurso de hecho: "Chabán, Omar Emir y otros s/causa Nº 11.684" de fecha 5 de agosto de 2014.

201 "La Corte Suprema, en el expediente C.11/2013.XLIX interpuesto por la defensa de Fernández resolvió hacer lugar a la queja y declarar procedente el recurso extraordinario, ordenando la remisión de las actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal para que una nueva sala proceda a la revisión de la sentencia condenatoria (cfr. Fs. 73.910/911)". Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24, causa N° 11.684 "Chabán Omar Emir y otros s/recurso extraordinario", de fecha 6 de agosto de 2014.

202 *Agencia Nacional de Notificias Jurídicas. Infojus Noticias*. "Cromañón: los puntos emblemáticos del proceso judicial", *op. cit.*

203 *Página/12*. "Orden de liberación para Callejeros y otros imputados", 6 de agosto de 2014, documento electrónico disponible en:

> La sentencia condenatoria dispuesta por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal ha perdido vigencia en relación a los imputados a quienes se les hizo lugar al recurso extraordinario, hasta tanto sea revisada por otra sala de ese mismo tribunal de casación. De modo que, dada la naturaleza suspensiva de los recursos en trámite, corresponde retrotraer la situación procesal ambulatoria de esos condenados por sentencia no firme a la que gozaban hasta el 20 de diciembre de 2012.[204]

Los tres jueces que integran la Sala IV decidirán si confirman, revocan o modifican las penas impuestas por la Sala III de Casación.[205] Con su decisión, aplicarán el doble conforme exigido por la Corte Suprema de Justicia.[206] Es decir que en la actualidad, la sentencia condenatoria de Ana María Fernández no se encuentra firme y, en consecuencia, aún se desconoce si ella y su hijo menor permanecerán en libertad.[207]

2. Presentación y desarrollo del caso

En este apartado se extraen fragmentos argumentativos considerados trascendentales, para comprender las distintas formas de interpretación ejercidas por las autoridades judiciales en relación con la aplicación del art. 32, inc. f) de la Ley Nº 26.472. Principalmente, se enfocará sobre aquellos fundamentos que le dieron sustento a los Tribunales para dirimir sobre su otorgamiento o denegatoria. El análisis de las argumentaciones se hará por medio del uso de herramientas como la perspectiva de género y el interés superior del niño. Como parte complementaria, se mirará también las normativas internacional y nacional seleccionadas en el capítulo 2. Para mejor entendimiento del lector, en el paso siguiente se procederá a relatar el camino que transitó la solicitud de arresto domiciliario por las distintas instancias del Poder Judicial.

Según surge de las actuaciones judiciales,[208] la solicitud de arresto domiciliario fue interpuesta en el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 por la defensa de Ana María Fernández el día 15 de noviembre de 2012. El Tribunal resolvió denegarle la

---

http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-252373-2014-08-06.html. Acceso 24 de junio de 2015.

204 *Agencia Nacional de Noticias Jurídicas. Infojus Noticias.* "En un fallo inédito liberaron a los músicos de Callejeros", 28 de diciembre de 2013, disponible en: http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/en-un-fallo-inedito-liberaron-a-los-musicos-de-callejeros-5132.html.

205 *La Nación.* "En marzo, audiencia en Casación", 30 de diciembre de 2014, documento electrónico disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1756308-en-marzo-audiencia-en-la-casacion. Acceso 13 de julio de 2015.

206 En el caso Cromañón se aplicó la novedosa doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la cual en los procesos en los que se ha dictado sentencia condenatoria en la Cámara de Casación –con base en un recurso de parte acusadora contra una sentencia anterior absolutoria– el imputado tiene el derecho a que ese fallo sea revisado por otros jueces de la misma Cámara de Casación Penal con revisión plena y amplia del fallo garantizándose así el derecho al recurso de rango constitucional. Asimismo, surge también de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 8, inc. 2, ap. H), y el art. 14, inc. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver, a su vez, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Duarte, Felicia s/recurso de casación XLVIII", de fecha 5 de agosto de 2014.

207 En virtud de ello, es necesario señalar que la Unidad N° 31 de Ezeiza ha sufrido cambios desde que a Ana María Fernández le otorgaron la prisión domiciliaria. Por medio de la resolución Nº 557/14 DNSPF, del Servicio Penitenciario Federal, se ha trasladado a personas detenidas por crímenes cometidos en la última dictadura cívico-militar argentina por motivos de superpoblación, para alojarlos transitoriamente a la Unidad N° 31, hasta la construcción de una residencia específica en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. En consecuencia, la Unidad N° 31 ha visto reducidos espacios vitales que disponen las madres y niños, como restricciones sobre el acceso a prestaciones y servicios. Para más información, ver Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe Anual 2014.* Buenos Aires, 2014, pp. 337-338, documento electrónico disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf. Acceso 13 de julio de 2015. Luego de presentado el presente trabajo de investigación se agrega un Anexo para actualizar la situación procesal de Ana María Fernández.

208 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.

solicitud el 21 de diciembre del mismo año e hizo efectiva la condena, por ende, su situación ambulatoria. La defensa ante la denegatoria apeló por medio de un recurso en casación en contra de la resolución dictada por el Tribunal Oral Nº 24. El Tribunal le concedió el remedio. La Sala de Feria de la Cámara de Casación resolvió rechazar nuevamente el recurso de casación con costas. Dicha sentencia motivó la interposición de dos recursos extraordinarios de la defensa de Fernández y del representante del menor, cuyas denegatorias por parte de la Sala III motivaron la presentación de las quejas ante la Corte Suprema de Justicia. El día 18 de junio de 2013, el Alto Tribunal hizo lugar a las quejas deducidas, declaró procedentes los recursos extraordinarios y dejó sin efecto la sentencia apelada. Por último, la Sala III compuesta por los jueces Hornos, Borinsky y Madueño tomó conocimiento del recurso de casación interpuesto por la defensa y resolvió hacer lugar a la solicitud de prisión domiciliaria.

2.1. Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24

La solicitud de arresto domiciliario interpuesto por parte de la defensa de Fernández fue rechazada por el Tribunal de Primera Instancia, como se adelantó en el apartado anterior. De las argumentaciones sobre su denegatoria, se seleccionó la siguiente:

> Así, el art. 32 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad –que la defensa plantea aplicable a Fernández en virtud del art. 1–, produce una tensión entre el principio general del cumplimiento de la pena de prisión en un establecimiento (cfr. arts. 5 y 6 del Código Penal) y el interés superior del niño a no ver afectado sus derechos básicos de vinculación con la madre en los primeros meses y años de vida, reconocidos expresamente en el Tratado Internacional invocado.[209]

El Tribunal arguyó que existía un conflicto entre la finalidad punitiva dispuesta en la sentencia de condena (arts. 5 y 6 del CP) y el interés superior del niño contemplado en la Convención de los Derechos del Niño. Es decir que al fundamentar el rechazo de arresto, el Tribunal ponderó el interés del Estado de hacer cumplir una condena, en desmedro de normas de rango constitucional y tratados internacionales que protegen el interés superior del niño y el vínculo materno filial. En este orden de ideas, el Tribunal los equiparó así: "de esta forma, cuando existen conflictos entre derechos o intereses de igual rango normativo". El rango constitucional de los tratados internacionales está expresamente contemplado en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (CN).[210]

Específicamente, la Convención de los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional desde el año 1994, y ello significa "que comparte con la Constitución su misma supremacía y que por ende, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico".[211] Es decir que al "ocupar esa cabecera proyecta hacia el derecho infraconstitucional las mismas consecuencias que surgen de la Constitución: leyes, derechos,

209 Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 de la Capital Federal, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández en la causa Nº 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012.

210 Ver capítulo 2, Bloque de constitucionalidad.

211 Germán Bidart Campos. "Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", pp. 35-37, en María del Carmen Bianchi (comp.): *El Derecho y los Chicos*. Buenos Aires, Espacio, 1995.

reglamentos del poder ejecutivo (…), y sentencias, deben darle aplicación".[212] Por este motivo, la CN, al reconocer tratados internacionales de derechos humanos con un rango equivalente a ella –bloque de constitucionalidad–, hace vincular los poderes públicos por medio del impedimento de la violación de los tratados, ya sea por acción u omisión.[213] En este orden de ideas, un tratado como "la Convención sobre los Derechos del Niño impone pautas, criterios, normas de aplicación directa, descarte de leyes incompatibles, interpretación de las existentes a la luz del tratado, etc.",[214] y ello implica entenderlas como normas jurídicas, que son derecho, que obligan, vinculan y que tienen aplicabilidad directa.[215]

En relación con la Ley Nº 26.472, que amplió los supuestos para el acceso al instituto de arresto, tuvo como fundamento principal, además de un inobjetable criterio humanitario, la contemplación de ciertos grupos que merecen una protección especial al tener un grado mayor de vulnerabilidad en relación con otros que forman parte del colectivo carcelario. Entre ellos, está incluida la situación de una madre embarazada o con niños menores de cinco años a su cargo.[216] Es decir que, dadas las razones humanitarias de resaltar y proteger determinados casos, no debería injerirse que el principio de interés superior del niño está en conflicto con el cumplimiento de la pena de su madre. El objeto fin de la reforma de la ley es subsanar situaciones como las que se presentan en este tipo de casos, ya que se trata de preservar la salud física y mental del niño por medio de la permanencia del vínculo con su madre. La ley, al contemplar la edad del niño (menor a cinco años) responde a la protección del período de su desarrollo en un ambiente saludable, en un contexto que distaría de la realidad carcelaria en la actualidad.[217]

Asimismo, es importante mencionar que el instituto de arresto domiciliario es equivalente al cumplimiento de la pena,[218] ya que justamente es una modalidad

212 Ibíd.

213 Sobre la interpretación de tratados y del derecho internacional no escrito en el derecho interno, Bidart Campos señala que: "Con independencia del rango que un tratado tenga en nuestro derecho interno, conviene dejar en claro que: a) su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos es obligatoria de acuerdo con el derecho internacional, debiendo sentenciarse las causas en que es aplicable de conformidad con el mismo tratado; b) se incurre en violación del tratado tanto cuando se aplica una norma interna que le es incompatible o contraria, como cuando simplemente se omite aplicarlo; c) todo incumplimiento de un tratado –por acción u omisión– por parte de nuestros tribunales engendra para nuestro estado la responsabilidad internacional, y ello aunque acaso la desaplicación de un tratado de rango infraconstitucional se sustente en su inconstitucionalidad". Ver German Bidart Campos. "El 'ius cogens'", punto 21, *op. cit.*

214 Germán Bidart Campos. "Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", *op. cit.*

215 Ibíd., pp. 35-37.

216 Para una mejor comprensión del lector, ver el capítulo 2, el debate parlamentario de la Ley Nº 26.472.

217 Ana María Fernández y su hijo estuvieron alojados en el Pabellón 16 del Centro Federal de detención de mujeres, más conocida como la Unidad N° 31 de Ezeiza. De acuerdo con el informe de situación presentado por la Procuración Penitenciaria de la Nación (Dictamen de la Procuradora General, del 29 de mayo de 2013), el Pabellón 16 carece prácticamente de luz natural, no cuenta con asistencia pediátrica activa las veinticuatro horas y los pedidos de consultas médicas son tramitados con días de demora. Las paredes tienen humedad y se inundan los baños. Las madres deben bañar a los niños en brazos para evitar el contacto con insectos en virtud de que las fumigaciones no resultan efectivas. En el informe se concluye que el pabellón es prácticamente igual a los comunes de detención. A su vez, la investigación elaborada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Ministerio Público de la Defensa reflejó que: "es un establecimiento donde no guarda diferencias con el resto en relación a su infraestructura, tamaño ni condiciones de seguridad. El mismo jardín se encuentra alejado de los pabellones de alojamiento". Para más información, ver Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo, op. cit.*, pp. 52-54.

218 En la causa Nº 14.210 "Sáenz, Guillermo Aldo s/recurso de casación", voto del juez González Palazzo y con la adhesión del juez Diez Ojeda, de fecha 30 de agosto de 2011, la Sala IV de CFCP sostuvo que "Sin perjuicio de ello, siempre entendiendo que lo que se encuentra en discusión es la procedencia de un régimen de detención morigerado, mas que no priva a la sentencia de sus efectos ni

prevista como alternativa de ejecución de la pena privativa de libertad.[219] Posee una modalidad especial en tanto que habilita la posibilidad de cumplir con la sanción fuera del ámbito carcelario.[220] Esto significa que no hay una afectación sobre la potestad punitiva del Estado, es decir que lo que se modifica es el lugar físico de la ejecutoriedad de la pena y no su sanción en sí.[221] Surge claramente de su nombre y de su ubicación en la legislación, que se trata de una alternativa para situaciones especiales en las que los muros de las cárceles son sustituidos por un encierro domiciliario. Resulta, en definitiva, una atenuada modalidad de ejecución del encierro, pero que a su vez implica una privación de libertad. De esta forma, entonces, desmitificaría la tensión planteada por el tribunal entre el interés del Estado y los derechos protegidos del niño.[222]

En concordancia con ello, el Tribunal, al expresar que el interés superior es un principio no ilimitado, que "como todo derecho sustancial debe tenerse en cuenta su concurrencia con otros valores que el ordenamiento jurídico también protege", equiparó el interés superior con el interés social de castigar a la madre. Esta aparente disputa se disipa también, al utilizar el principio *pro homine*.[223] Es decir que debe prevalecer el principio –de rango constitucional–, ya que garantiza mejor la protección de los derechos humanos del niño. En este caso, sería correcta la interpretación de ponderar el interés superior del niño por sobre el interés social que todo delito sea castigado.[224]

El Tribunal asimismo, enfatizó que:

> No se advierte en el supuesto que el interés superior del niño (art. 3, CDN), que se pretende salvaguardar, no pueda verse satisfecho de otro modo que no sea con la presencia materna en el hogar familiar. Por el contrario, a través del informe social obrante a fs. 140 y de las restantes constancias obrantes en la causa, se encuentra corroborado que su grupo familiar podrá continuar brindándole el cuidado y asistencia que resulten necesarios.[225]

---

resulta asimilable a la ejecución condicional de la pena. Es decir, la pena privativa de libertad permanece incólume y solo resulta modificada su forma de cumplimiento, en consonancia con las particularidades características del caso".

219 A. López y R. Machado. *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley Nº 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*. Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004, p. 150.

220 Diego Freedman. "Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 6, 2010, p. 1919.

221 Virginia Sansone. "Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 5, 2010, p.834.

222 "La prisión domiciliaria (…) no debe ser concebida como un beneficio cuya concesión depende del arbitrio discrecional del tribunal, sino que, los magistrados están obligados a otorgarlo cuando se verifican los requisitos para su procedencia o se acreditan extremos que hacen inviable el cumplimiento de la detención preventiva o de la pena en un establecimiento carcelario". Ver P. Gimol y D. Freedman. "Hijas e hijos de mujeres privadas de libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables", en *Mujeres privadas de libertad: limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación. Comunicación Institucional, 2009, p. 21.

223 Ver capítulo 3, El principio *pro homine*.

224 "Como conclusión, me gustaría reiterar que mientras el castigo de las madres siga siendo la idea central e inamovible, por mucho que se hable del interés superior del menor, se seguirá subordinando este a las exigencias del derecho penitenciario. Se seguirán proponiendo medidas a modo de parche (cárceles de madres más confortables, unidades dependientes para madres en tercer grado, etc.) pero se continuará sin prestar atención a la raíz del problema: el castigo desproporcionado que el Estado impone a estas mujeres. Y, digo yo, todo esto para protegernos… ¿de quién?", según Jorge Kent. *La criminalidad femenina ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática*. Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2007, p. 17.

225 Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández, en la causa N° 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012, p. 2.

Es decir que el Tribunal infirió que su grupo familiar podrá reemplazar el vínculo materno filial entre la madre y el hijo de siete meses de vida, que por cierto se encontraba en pleno período de lactancia.[226] Para echar luz a la afirmación extraída, el art. 9 de la CDN obliga a los Estados a velar "porque el niño no sea separado de sus progenitores contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño",[227] lo cual no se verifica en el caso de estudio. Asimismo, la regla del art. 9 de la CDN debe ser interpretada a la luz de las Reglas de Bangkok.[228] Como premisa, las Reglas, luego de considerar "los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de sus padres", establecen como marco de interpretación que se preferirá imponer penas alternativas a la prisión, en el caso de madres embarazadas o con niños a cargo, y solo se recurrirá a la privación de libertad en los casos que el delito haya sido grave o violento o si la misma madre representa un peligro para su hijo.[229]

El Tribunal, al considerar la sustitución del vínculo materno filial por su grupo familiar para fundar, a su vez, el rechazo de la solicitud de arresto, estaría interpretando el art. 10 del CP y el art. 32 de la Ley Nº 24.660 de manera restrictiva, ya que justifica la ruptura en aras de satisfacer un interés estatal. Sin desmerecer la protección que le puede brindar el grupo familiar, el vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional del niño. Máxime, en casos como el de estudio, en que la permanencia del vínculo es una condición necesaria para que el niño pueda acceder a la lactancia materna.[230]

---

226 La Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que la lactancia materna es la forma ideal de aportar a los niños pequeños los nutrientes que necesitan para un crecimiento y desarrollo saludables. La OMS asimismo, recomienda la lactancia materna exclusivamente durante los seis meses, la introducción de alimentos apropiados para la edad y seguros a partir de entonces y el mantenimiento de la lactancia materna hasta los 2 años de edad o más. Documento electrónico disponible en: http://www.who.int/topics/breastfeeding/es/. Acceso 13 de julio de 2015. Ver, a su vez, OMS *¿Hasta qué edad es adecuado alimentar al bebé solo con leche materna?*, julio de 2013, documento electrónico disponible en: http://www.who.int/features/qa/21/es/. Acceso 13 de julio de 2015. Sobre la importancia de la lactancia sobre la madre, la OMS ha expresado que: "La lactancia materna contribuye a la salud y bienestar de la madres. Ayuda a espaciar sus embarazos, reduce el riesgo de cáncer de ovario y mama (...) y es una forma de alimentación segura", documento electrónico disponible en: http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/es/. Acceso 13 de julio de 2015.

227 El art. 9 de la CDN establece que la separación del hijo con sus progenitores debe ser utilizada de manera excepcional, y solo se justificará en pos del interés superior del niño por medio de revisión judicial, y a modo de ejemplo expresa que: "(…) tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

228 Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) han sido aprobadas en el sexagésimo quinto período de sesiones por la Asamblea General, el 16 de marzo de 2011

229 Reglas de Bangkok (A/RES/65/229), Regla 64: "Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños".

230 La lactancia materna está contemplada en los siguientes artículos de instrumentos internacionales: DUDH, art. 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; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"; CEDAW, art. 5: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial

Como último punto, el Tribunal, antes de rechazar la solicitud de arresto domiciliario, expresó lo siguiente:

> No se vislumbra en este caso ninguna circunstancia de magnitud excepcional que ponga en evidencia una necesidad que solo pueda ser satisfecha con la presencia materna en el hogar y no con el apoyo del entorno familiar, pues como bien lo señala el Fiscal en su dictamen, existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que pueda demandar el menor de edad.[231]

El Tribunal, con las argumentaciones esgrimidas,[232] parece haber valorado un factor determinante sobre la identidad de género y orientación sexual de Fernández, que ciertamente es contradictorio con normas internacionales y nacionales, como se verá a continuación.

Primeramente, es necesario destacar la manera en que el Tribunal se refirió al vínculo materno filial como si fuese susceptible de reemplazo. Como ya se ha señalado, la relación de la madre con su hijo es necesaria e irremplazable, y por ello ha sido protegida por diversas normas de raigambre tanto internacional como nacional. Con relación a la frase "otra madre", el Tribunal ha valorado que Fernández contrajo matrimonio con otra mujer, lo que garantizaría una madre más en el hogar. Es decir que, según esa lógica, el vínculo del niño para con sus progenitores variaría si es una unión entre una mujer y un hombre, o entre una mujer y una mujer.

En este caso, si una de las madres se encuentra privada de libertad, la otra madre supliría fácilmente ese rol. *A contrario sensu*, si la pareja de Ana María Fernández hubiese sido de sexo masculino, el razonamiento sobre los cuerpos reemplazables no habría dado lugar y quizás, si se permite la deducción, el otorgamiento de la prisión domiciliaria no hubiese sido obstaculizado por el reconocimiento de la familia heterosexual. La orientación sexual de una persona no habilita al Tribunal a la restricción de un derecho, y por ello resulta violatorio de los arts. 2 y 7, de la DUHN, del art. 2, del PIDESC, y de los arts. 2.1 y 26, del PIDCP.[233]

Precisamente, el *corpus juris,* en tanto que expande y protege los derechos del niño de manera holística, sirve para interpretar el contenido y alcance del art. 19 de la CADH, que establece que el niño tiene derecho a ser protegido por parte de su familia, la sociedad y el Estado. En este sentido, se incorpora el interés superior del niño y la no discriminación como principios receptados de la CDN. En cuanto al interés superior, el Estado está obligado a asegurar el cuidado y protección, sin dejar de lado los derechos y deberes de sus progenitores. Sobre el principio de no discriminación,

---

en todos los casos". Para mayor profundidad, ver capítulo 2, 1.4.b) Madres pre y posparto.

231 Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández en la causa Nº 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012.

232 "La sentencia no es mera aplicación automática de una norma general. Subsumir el caso judiciable en el orden jurídico vigente no es componer un silogismo. La aplicación supone interpretación –de la norma y del caso– y ello aun cuando el juez en 'su' interpretación deba acatar acaso la interpretación obligatoria de un órgano judicial superior (…) porque nunca deja él mismo de interpretar para poder aplicar la norma general al caso. De todo ello surgen dos requisitos de la sentencia: a) su motivación; b) su fundamentación. Se suele decir que la sentencia se motiva en los hechos del caso, y se funda en el derecho aplicable. La fundamentación y la motivación –razonada y razonablemente expuestas por el juez– explican por qué el caso se resuelve como se resuelve. O sea, por qué la decisión es la que es, y dónde halla sustento (...) La carencia de fundamento mínimo o el fundamento caprichoso o dogmático, insostenible o insuficiente, constituyen un vicio que tipifica uno de los casos de arbitrariedad de sentencia". Ver German Bidart Campos. "La motivación y la fundamentación", puntos 10 a 12. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo III, documento electrónico disponible en: http://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/material-libros-pdf/. Acceso 7 de julio de 2015.

233 Ver el capítulo 2, 1.5, Orientación sexual e identidad de género.

dispone que el Estado debe tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que ningún niño sea afectado por discriminación.

Asimismo, la DUDH, en su art. 16 (3), define a la familia como el elemento natural y fundamental que merece la protección del Estado. La CEDAW, en su art. 16, establece que el Estado debe adoptar todas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer, en relación con el matrimonio y las relaciones familiares, y debe asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.[234] Y con ello se entiende a la familia como un núcleo de amor y solidaridad, que trasciende la figura de unidad jurídica, social y económica.

La circunstancia sobre el estado civil de Ana María Fernández, y por ende su orientación sexual e identidad de género, no puede ser considerada como un dato que merece ser señalado por el Tribunal. Ni tampoco debe ser razón de afectación de derechos protegidos, como el vínculo entre la madre y el hijo o el efectivo acceso a una prisión domiciliaria.

2.2. Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal

En Segunda Instancia, mediante el voto conjunto y mayoritario de los integrantes de la Sala, jueza Liliana E. Catucci y Eduardo R. Riggi, y la disidencia de la jueza Ángela E. Ledesma, se resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Ana María Fernández con los siguientes argumentos:

> En efecto, de las constancias agregadas al expediente surge que el niño Fernández Aguad no se encuentra en situación de desamparo ni de inseguridad material o moral. Ilustrativo es en ese sentido el informe socioambiental glosado a fs. 140 en cuanto señala que la crianza, cuidado y atención del menor está a cargo de ambas integrantes de la pareja.[235]

Similares fundamentos han sido esgrimidos por el Tribunal de Primera Instancia en cuanto a la interpretación restrictiva del instituto de arresto domiciliario. Sin embargo, se debe señalar la valoración que hizo la Cámara de Casación sobre la situación del niño, quien no se encuentra en una situación de desamparo ni de inseguridad material o moral porque, gracias a que la madre tiene una pareja –según surge del informe socioambiental–, la primera puede ser suplida en la crianza, el cuidado y su atención. Es decir que la CFCP parecería haber creado una excepcionalidad a la ley de arresto, en tanto a que su otorgamiento dependerá si la madre privada de su libertad tenga una pareja que pueda suplir su rol, y en ese orden de ideas, si en efecto no tuvo la oportunidad de estar unida a una persona no privada de libertad, se necesitará probar que el niño tiene que encontrarse en una situación de desamparo o inseguridad material. Cuestión poco probable dado que el niño, en este caso, tenía en su momento 7 meses de edad, y ante el hipotético caso planteado por la Cámara, el rol de crianza, cuidado y atención sería suplido por el Estado mediante la institucionalización del menor.[236] El razonamiento esgrimido torna y reduce a la Ley Nº 26.472 a una forma casi impracticable de ejercer la protección de las personas amparadas en ella.

234 Ver el capítulo 3, 1.4.c, El derecho del niño y la madre a la familia.

235 Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa Nº 33/12 –Sala de Feria– "Fernández, Ana María s/recurso de casación", de fecha 10 de enero de 2013.

236 CDN, art. 20.3. El Comité de los Derechos del Niño se ha manifestado a través de diversas decisiones sobre la consideración de la

El espíritu de la ley mencionada contempla situaciones como la de marras *a priori*, es decir que no se tiene que probar una situación que ya de antemano ha sido el motor inicial para su promulgación.[237] A su vez, se debe añadir el análogo razonamiento del Tribunal de Primera Instancia en tanto que expresó el carácter reemplazable de la madre por sobre el grupo familiar o, en palabras del Tribunal, la otra integrante de la pareja.

En el siguiente apartado, la Cámara expresó lo siguiente:

> Se puede ir concluyendo pues en este orden de ideas que, si bien resultaría deseable que no se produjeran situaciones como las que motivan la intervención de este Tribunal en la presente causa, las disposiciones legales vigentes contienen razonables y suficientes herramientas para posibilitar que las consecuencias jurídicas de la privación de la libertad que sufren las madres debido a procesos penales seguidos en su contra, no se trasladen y sean sufridos por sus hijos menores, de manera alguna que pueda llegar a comprometer el interés superior del niño.[238]

La argumentación de la CFCP parecería ser coincidente con el espíritu de la Ley Nº 26.742, solo que interpretada de forma restrictiva al aducir un desenlace contrario al interés superior y al vínculo materno filial. Con relación a lo referido sobre "las disposiciones legales vigentes contienen razonables y suficientes herramientas", la Cámara podría haber utilizado el concepto de *corpus juris* como marco jurídico común del derecho internacional de los derechos humanos que protegen al niño y al vínculo con su madre.

En este orden de ideas, el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño reconoce que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia". En efecto, el art. 7.1 de la CDN reconoce el derecho del niño a "conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos". A su vez, el art. 8.1 dispone que "incumbirá a los padres (…) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño". Es decir que se le reconoce a la familia un estatus primordial en cuanto al cuidado de los progenitores sobre la crianza y desarrollo del niño.

El Estado, por su parte, está obligado a garantizar "en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".[239] Así también lo reconoce el art. 14 bis, tercer párrafo de la CN, al obligar al Estado a garantizar "la protección integral de la familia".[240]

El interés superior del niño que surge del art. 3.1 de la CDN debe ser utilizado por las autoridades judiciales como eje interpretativo para casos como el de estudio. Sobre este particular, la Corte IDH, que debe servir a los jueces como guía en el

---

medida de cuidados alternativos en una institución como una medida de último recurso. Ver al respecto, Comentario General N° 13, "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia", CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011, párr. 47 d) iii); y Comentario General N° 3, el VIH/SIDA y los derechos del niño, Doc. CRC/GC/2003/3 (2003) párrs. 34 y 35.

237 Se remite a lo expresado con relación al objeto fin de la ampliación de la ley en el capítulo 3, pp. 57-58. Ver, a su vez, el capítulo 2, Debate parlamentario de la Ley Nº 26.472.

238 Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa Nº 33/12 –Sala de Feria– "Fernández, Ana María s/recurso de casación", de fecha 10 de enero de 2013.

239 CDN, art. 6.2.

240 Constitución Nacional, art. 14 bis, tercer párrafo: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia. La defensa del bien de familia; a compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

momento de tomar decisiones,[241] expresó que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para separarlo de la familia".[242]

En este mismo orden de ideas, la Corte IDH señaló que "el Estado se halla obligado, no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".[243] Asimismo, el órgano mencionado ha establecido que la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como último objetivo el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que le han sido reconocidos, y es obligación del Estado la adopción de medidas para alentar su desarrollo en su propio ámbito y apoyar al mismo tiempo a la familia, que es la que naturalmente tiene al niño a su cargo.[244] Es decir que a la luz de los razonamientos impartidos por parte de la Corte IDH, la solución más propicia para el niño hubiese sido preservar el vínculo con su madre a través del otorgamiento del instituto de arresto domiciliario.

Asimismo, se debe mencionar que sobre "las disposiciones legales vigentes contienen razonables y suficientes herramientas" que ha señalado la CFCP, la Corte IDH ha entendido que el interés superior del niño constituye un límite frente a la discrecionalidad del Estado por parte de los órganos jurisdiccionales en tanto que no deben hacerse distinciones especulativas o imaginarias sobre características personales de una madre que responden a conceptos tradicionales de familia.[245] Es decir que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en esta materia. En este sentido, el Estado está obligado a utilizar el principio del interés superior para la correcta interpretación de los derechos de la Convención que, en este caso puntual, hubiese sido la permanencia del vínculo materno filial por medio de la prisión domiciliaria.[246]

En este orden de ideas, así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al definirlo como poseedor de una doble funcionalidad: como pauta de decisión ante un

241 Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallos 314:514.

242 Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 77, p. 67.

243 Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 66, p. 64.

244 Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 53, p. 60.

245 Corte IDH. Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), considerando 109. En relación a los límites en cuanto a la discrecionalidad de las autoridades judiciales en relación a la invocación del interés superior del niño, la Corte IDH ha expresado que: "Se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia". Considerando 151: Por otra parte "las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares". De esta forma, la invocación del interés superior no puede ser utilizado para justificar la discriminación en contra de la madre por su orientación sexual.

246 Corte IDH. Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2009 (excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas), considerando 134: "Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable".

conflicto de intereses y como criterio para la intervención institucional destinada a protegerlo.[247] Asimismo, la Corte, en otra oportunidad, lo definió como "un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados los menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor".[248] Por este motivo, la Cámara de Casación parecería haber tenido suficientes herramientas para evitar la afectación de los derechos del niño –que es preservar el vínculo con su madre– y resolvió rechazar la solución que mejor lo protegía.

En este sentido, es necesario señalar que, en el caso analizado, resultaría desatinado aducir que el interés superior del niño no se vería afectado por medio de la vigencia de normativa que contempla este tipo de situaciones, ya que en el caso de estudio, su interés superior estuvo afectado desde el momento en que la madre fue privada de libertad, y para ello no existen remedios legales que puedan revertir dicha situación, pero sí atenuarla por medio del otorgamiento de la prisión domiciliaria. Por este motivo, es que el Tribunal, acorde con el *corpus juris* de protección y el principio *pro homine,* debería haber orientado sus argumentos en aquellos que tutelen o protejan mejor los derechos humanos, y *a contrario sensu*, aquellos que restrinjan en menor medida su ejercicio.

Seguidamente, el tribunal señaló que:

> Por otra parte, la decisión de mantener al bebé consigo es del resorte decisivo de su progenitora, habida cuenta que su pareja no se encuentra impedida de hacerse cargo en la medida de sus posibilidades. Alternativas que no inciden en detrimento de la integralidad de los derechos del niño. [249]

Las argumentaciones esgrimidas por la Cámara de Casación dan cuenta de que a la madre le fueron concebidas dos alternativas a escoger sobre el destino de su hijo:[250] la interrupción del vínculo materno filial por medio del reemplazo de la madre por

247 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S.,C s/adopción", 2 de agosto de 2005. Voto de los magistrados Carlos Fayt, Raúl E. Zaffaroni y Carmen Argibay, considerando 5º, sostuvo sobre el interés superior del niño que: "apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos (…) El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto".

248 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias", 3 de abril de 2001. Voto de los magistrados Antonio Boggiano y Adolfo Vázquez al sostener que: "la 'protección especial' enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3° –dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos–, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes".

249 Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa N° 33/12 –Sala de Feria– "Fernández, Ana María s/recurso de casación", de fecha 10 de enero de 2013.

250 En este sentido, "la primera opción implica la privación de libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, solo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo", según Alderete Lobo, Rubén Adrián. *La expulsión anticipada de mujeres extranjeras*, Capítulo VIII, en *Violencia de género. Estrategias de litigio para las mujeres privadas de libertad*, Buenos Aires, Embajada Británica, Defensoría de la Nación, 2012, 265 p.

su pareja, o la aptitud de la madre de preservar la relación con su hijo en la unidad penitenciaria.[251]

Es decir, que el Tribunal le concedió la opción a la madre para que pueda elegir, en la medida de sus posibilidades, qué era lo mejor para la integralidad del niño. Sobre la primera alternativa que tuvo Fernández, el detrimento de la integralidad de los derechos del niño fue no mantener el vínculo materno filial y sugerir su reemplazo por la pareja.[252] En este sentido, el Estado está obligado no solo a proteger la vida del menor, sino también su desarrollo y supervivencia, según el art. 6 del PIDCP y el art. 6 de la CDN. Se puede comprender la fundamentación de la Cámara conforme a los arts. 3 y 18 de la CDN, en los que se establece el papel primordial que tienen los progenitores con relación al cuidado y desarrollo del niño.

Pero, en este caso particular, el rol de la progenitora se encontraba mermado por su privación de libertad, por este motivo, la concesión de decidir por la cohabitación con el hijo o por la irrupción del vínculo materno-filial son opciones que denotan el carácter restrictivo del instituto de arresto. Si se hubiese considerado el otorgamiento de la prisión domiciliaria no entendida de manera excepcional, las alternativas dadas por la Cámara no serían viables, dado que el domicilio de la progenitora se encontraba más acorde al interés superior del niño y por ende a su vínculo con la madre.

En relación con la habilitación que le da el art. 195 de la Ley de Ejecución a la madre, son numerosas las investigaciones que confirman que la "prisionización" de los niños acarrea efectos negativos en su desarrollo.[253] Independientemente de las instalaciones que pueda brindar una unidad penitenciaria,[254] como ya se ha señalado, una

251 Ley N° 24.660, art. 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.

252 La Procuración Penitenciaria de la Nación, desde el área de Salud Mental, elaboró un documento por el cual esgrimió su posición sobre el caso de estudio: "la vulnerabilidad y la incertidumbre más la mortificación sistematizada del yo se resumen en un grado de tensión psíquica que se expresa mediante malestares. Malestar en y con el cuerpo y en los lazos sociales. (…) por qué forzar el corte de un lazo que viene siendo de crianza por parte de una mujer avocada de modo exclusivo a su hijo. Por qué desconocer en esa mujer la función de madre, que desde nuestro campo de saber, nombraremos como la expresión de un deseo no anónimo sino singularizado. Un deseo de 'poner su cuerpo' para engendrar, parir y criar. Se podría decir que en esta decisión es que Ana adviene madre. (…) La cárcel o el corte del lazo cotidiano de una mamá con su hijo en sus primeros años de vida conlleva marcas significantes. Nos referimos a que el atravesamiento de esta situación, ya sea por la vía del distanciamiento del bebé con su madre o por la alternativa de que conviva con ella en la cárcel, puede advenir en un acontecimiento que se inscriba como una marca en el psiquismo que acarree efectos perniciosos para ese bebé (...) Los niños alrededor de los ocho meses de vida evidencian respuestas ante los desconocidos que se podrían resumir en angustia. Lo que se conoce y se nombra como 'la angustia de los ocho meses', sin entrar en disquisiciones teóricas diremos que la percepción de un rostro desconocido no coincide con las huellas anémicas del rostro de la madre. El niño transitaría por un tiempo lógico en el que diferencia el semblante de la madre adjudicándole un lugar único entre todos los demás rostros humanos, lo que daría cuenta del entramado de una 'relación' –que en psicología se denomina de objeto libidinal–. Su respuesta ante lo desconocido da cuenta de la inscripción de la ausencia de lo conocido, su madre". Licenciada Liliana Martínez. Documento electrónico disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Ana%20FErn%C3%A1ndez%20Salud%20mental.pdf. Acceso 1 de julio de 2015.

253 En el ámbito de la psicología, estudios han concluido que la privación de libertad incide de forma negativa en el desarrollo psicosocial del niño, tanto en forma directa, por la adaptación a un entorno anormal, la rigidez de horarios, la limitación espacial y de experiencias, como también indirectamente, a través de la influencia de la madre, que suele presentar una ausencia de responsabilidad, crisis de ansiedad, drogadicción, falta de perspectivas de futuro, etc. Jesus Valverde Molina. "Incidencia psicológica de la privación de libertad en los niños". *Ponencia* presentada en *Primeras Jornadas Nacionales sobre Mujeres, niños y jóvenes en prisión*, Almería, del 21 al 23 de noviembre de 1990. Asimismo, para mayor información, ver Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, *op. cit.*, pp. 199-200; Oliver Robertston. *Convictos colaterales, op. cit.*, p. 2.

254 La situación carcelaria del pabellón 16 de la Unidad N° 31 de Ezeiza, donde estaban alojados Ana María y su hijo, se encuentra plasmada en el informe realizado por la Procuración Penitenciaria de la Nación analizado en este capítulo, 2.1 Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, se remite a su lectura.

cárcel no es un ambiente propicio para la crianza de un niño con 7 meses de vida.[255] No parece ser una alternativa viable, al considerar la posibilidad de solicitar la prisión domiciliaria, que justamente contempla este tipo de casos.

La posibilidad de la madre, de preservar el vínculo materno filial significa indefectiblemente que su hijo pierda la libertad. Resulta con ello ir en contra del principio de intrascendencia de la pena,[256] es decir, aquel que limita que la condena de un familiar no pueda afectar a sus parientes más cercanos. Motivo por el cual el niño verá condicionada su libertad, si la madre elije conservar el vínculo mencionado. Las dos soluciones que arbitró el Tribunal parecerían afectar el principio citado, así como también el de *pro homine* y no discriminación.

Otro punto dable de mencionar es el factor de la temporalidad en que se promulgó la nueva ampliación del instituto de arresto domiciliario sobre la ya vigente Ley Nº 24.660. Es decir que el legislador, dadas las razones humanitarias que afectaban a madres con sus hijos en situación de cárcel, decidió ampliar los supuestos para evitar este tipo de situaciones.[257] La ley de arresto domiciliario, entonces, constituye un avance en relación con la cohabitación permitida por el art. 195, es decir que hay un progresivo aumento de derechos en lugar de un retroceso al respecto.[258]

En este sentido, se tiene que considerar el principio de legalidad, en tanto que no se puede retroceder en relación con su aplicación, ya que los derechos han sido reconocidos y consagrados con anterioridad, por medio de normativa internacional con jerarquía constitucional, de modo que la ampliación de supuestos no puede desmejorar las expectativas de una madre privada de libertad.[259] No obstante, el instituto de arresto domiciliario se entiende como una medida que ha avanzado sobre la situación de madres e hijos en cárceles, pero que aún no merece su limitación en relación con su aplicación real.[260] En esa dirección, la Corte IDH ha señalado que "si a una misma

255 La Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años, que representó al menor en causa de solicitud de arresto, presentó un informe elaborado por la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, en el que la trabajadora social concluyó que: "desde el punto de vista psicológico cualquier interrupción del vínculo entre madre e hijo, el que se desarrolla en la actualidad en forma adecuada, podría ser perjudicial para el desarrollo psicofísico del niño", y que "se considera conveniente el cumplimiento de su condena en el ámbito domiciliario".

256 Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal, Parte General*. 2a ed. Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002, p. 131.

257 El fundamento que sustenta la ampliación de arresto domiciliario es el trato humanitario en la ejecución de la pena, que en el ordenamiento jurídico argentino tiene sustento dentro de los instrumentos internacionales reconocidos en el art. 75, inc. 22, de la CN, en el art. 10 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECP),; en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV, y en el art. 5.2, de la CADH.

258 La protección de los derechos humanos se plasma en un régimen susceptible de ampliación. En este sentido: "La mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de derecho interno o de derecho internacional". Es decir que "La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la 'aparición', es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible. Asimismo, que el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de manera progresiva e igualmente irreversible, porque en materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima". En Pedro Nikken. "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, Vol. 52, 2010, pp.72-73.

259 El principio de legalidad está contemplado en la Constitución Nacional en el art. 18: Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa; y art. 19: ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

260 Entre los factores negativos del instituto de arresto domiciliario, se destaca que: "Urge ubicar el foco sobre los modos en que el encierro carcelario funciona como garante de una subsistencia para las detenidas y sus hijos, y que el arresto domiciliario les imposibilitará al no poder salir a trabajar. Esta problemática pone de manifiesto la ausencia del Estado una vez que la mujer accedió al arresto

situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana".

En resumidas palabras, la Cámara de Casación parece no haber utilizado un enfoque acertado para proteger el interés superior del niño, al contradecir los arts. 3 y 6 de la CDN. Es decir que en el caso de estudio, no se valoró la relación materno-filial en pos del interés superior, sino que se decidió rechazar la prisión domiciliaria y conceder a la madre dos alternativas: criar a su hijo en una unidad penitenciaria o privarse de ejercer la crianza y el desarrollo del niño tutelado en la CDN. En esta instancia se ha vislumbrado una interpretación restrictiva sobre el instituto de arresto domiciliario, al entender de manera excepcional la invisibilidad del género y el entendimiento parcial sobre el interés superior del niño.

2.3. Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia de la Sala de Feria de la Cámara de Casación Penal, que había confirmado la denegación de arresto previamente resuelta por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24. El pronunciamiento acotado por parte del Alto Tribunal se vio compensado con el dictamen de la Procuradora General, que acogió un criterio amplio de procedencia al instituto.

Sobre la procedencia del recurso extraordinario planteado por la defensa de Fernández, ha sido basada en el art. 14, inc. 3, de la Ley N° 48, en tanto que se puso en tela de juicio la interpretación de normas de la Constitución Nacional, de tratados de derechos humanos, y la decisión de la instancia revisadora había sido contraria al derecho apelado por parte de la defensa.[261] Asimismo, la resolución de la Cámara de Casación fue entendida como una sentencia definitiva en los términos del artículo mencionado, al provocar un gravamen en el niño de imposible reparación ulterior derivado de la imposibilidad de ejercer los derechos que la defensa invocó. La Corte entendió, a su vez, que la regla del art. 14 de la Ley N° 48 –cuestiones debatidas que remiten al examen del derecho común– admite excepciones por medio de la doctrina de arbitrariedad,[262] "puesto que si las sentencias se basan en argumentos que le otorgan fundamentos solo aparentes, y no dan, por ello, respuesta acabada a los planteos

domiciliario. Así como el Estado está ausente en la asistencia pospenitenciaria, también lo está en el cumplimiento de este tipo de medidas al no procurar el acceso al trabajo, educación, salud, etc., de las mujeres bajo arresto y sus hijos. Esto tiene la virtualidad de provocar que las propias mujeres detenidas no soliciten la medida alternativa al encierro carcelario –como relatan algunos testimonios que hemos recolectado– por no poder prescindir de los magros ingresos que obtienen de su trabajo intramuros, los cuales en muchos casos tienen una importancia vital para el sostenimiento de sus hogares" en Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2009, 290 p. En ese mismo sentido, la Procuración señaló que: "resulta preocupante la discriminación que subyace a los argumentos esgrimidos por el Poder Judicial en las denegatorias de los pedidos de arrestos domiciliarios. La condición social de las mujeres solicitantes continúa siendo el eje central de los fundamentos judiciales que obstaculizan el acceso al instituto. De este modo, las mujeres quedan inmersas, nuevamente, en una peligrosa zona marginal ya que el poder judicial les deniega el pleno ejercicio de su maternidad en virtud de su origen socioeconómico" en Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2013, 310 p. Véase a su vez Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2012, pp. 404-409; Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2014, pp. 334-336.

261 Ley N° 48, art. 14, inc. 3: "Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda dicha cláusula y sea materia de litigio".

262 La doctrina ha establecido que: "(…) (5) El recurso extraordinario no es propiamente un recurso de casación. Su ámbito de aplicación se extiende solamente a la Constitución Nacional y a las leyes federales, pero no a toda materia jurídica o de derecho, razón por la cual suele ser caracterizado como una casación constitucional, federal, limitada o parcial. Sin embargo, la extensión del recurso extraordinario a los casos de arbitrariedad de la sentencia y de gravedad institucional determina su funcionamiento en materias que, al menos de manera directa, son resueltas sobre la base de la interpretación de los hechos y no necesariamente del derecho". Según Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, 2ª ed., La Ley, 2006, pp. 1230-1231.

que formuló la defensa en sus derechos, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional".[263]

De los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal, se expresó lo siguiente:

> En efecto, en el voto de la mayoría, el a quo no solo ha omitido tratar el agravio formulado por la parte en cuanto a que la decisión de denegar el arresto domiciliario estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio, sino que también se ha limitado a analizar el planteo tomando como mira el hecho de si el bienestar del menor se veía o no afectado por la situación de encarcelamiento de la madre y, ante la opinión negativa, denegó la posibilidad de arresto domiciliario.[264]

Así, por un lado, el Alto Tribunal arguyó la omisión por parte de la instancia revisadora sobre el sustento del rechazo que estuvo basado en una valoración que va en contra del principio constitucional que veda todo trato discriminatorio; mientras que, por otro, la Corte señaló que el peso argumentativo para el rechazo de la solicitud de arresto ha sido atribuido al hecho de que la madre ha sido privada de libertad, y si esa condición afectaba de modo alguno al bienestar del menor. Es decir que la Corte presentó, por un lado, un agravio que no ha sido pasible de tratamiento y, por el otro, señaló una visión limitada del enfoque empleado por el Tribunal sobre el interés superior del niño y el instituto de arresto domiciliario.

Los planteos del Alto Tribunal conllevan observaciones en relación con los criterios de interpretación por parte de la instancia revisadora. Más específicamente sobre los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, que brindan pautas hermenéuticas claras en función del caso a estudio. Son las analizadas en el capítulo anterior, pero necesarias de repetición: de *pro homine*, no discriminación y la interpretación teleológica. Es decir que la Cámara de Casación ignoró la acusación de la defensa en tanto que no se respetó el principio de no discriminación. En este sentido, debe ser utilizada como la herramienta que ilumina la aplicación de normas de derechos humanos. A su vez, debe ser tomada necesariamente como condición para el ejercicio de todos los derechos protegidos y no para ser utilizada de modo contrario, es decir que sea la razón por la cual se afecten de derechos protegidos –al denegar el arresto– como son el vínculo materno filial y el interés superior del niño.

Por otro lado, se puede traslucir en base a lo esgrimido, que la Corte basó sus argumentos en relación con la interpretación teleológica del objeto fin de la ley, que en este caso fueron las razones humanitarias por las cuales se evita que madres con niños en situación de cárcel, como es la de *marras*, se subsanen por medio del instituto de arresto domiciliario, y no en su versión inversa en cuanto a la necesidad de probar la afectación del bienestar del niño sobre la privación de libertad de su progenitora.

A su vez, expresó:

> Mas incausadamente se omitió el análisis del caso, desde otra óptica no menos trascendente, cuál es la de determinar si el cambio pretendido en la situación de detención de Fernández, que a todas luces se ofrece como más beneficioso para la vida diaria y desarrollo del menor, podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso al que se ve sometida la imputada, y sobre dicha base, eventualmente fundar la denegatoria.

263 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.

264 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.

En este apartado, el Alto Tribunal señaló que el haber omitido el considerar el otorgamiento del arresto domiciliario basado en el principio del interés superior del niño –que está inexorablemente ligado al principio *pro homine*– fue un potencial de afectación sobre la conclusión del debido proceso y así, de esta forma, poder justificar el rechazo de la prisión domiciliaria.

Así, el Alto Tribunal adujo que la Cámara de Casación tampoco basó sus fundamentos para el rechazo del arresto domiciliario, en relación con la efectiva conclusión del debido proceso de Fernández, y confirmó, a su vez, que el domicilio de la madre es claramente más beneficioso para el menor –en concordancia con su interés superior– y si se permite la añadidura, para su progenitora también.

Por último, la Corte señaló:

> Que, en tales condiciones, debe repararse que al haber sido ignorados fundamentos conducentes íntimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, la sentencia carece de sustento suficiente y, por lo tanto, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

En este apartado, la Corte reconoció la importancia de haber omitido argumentaciones de carácter relevante sobre la suerte del arresto domiciliario, es decir, su denegatoria. En otras palabras, se ignoró la acusación de la defensa en cuanto al quebrantamiento del principio a la no discriminación, sobre la interpretación restrictiva del arresto domiciliario, y si el otorgamiento entorpecería el curso de la justicia en relación a su imputación en la causa principal.

Sin embargo, el solo hecho de nombrar las argumentaciones ignoradas, fue a modo de indicador y no le otorgó un tratamiento cabal y profundizado sobre la tensión en cuestión. En ese sentido, si se analiza lo pronunciado desde la óptica de la doctrina, la Corte Suprema tuvo dos alternativas en relación con el dictamen de la sentencia: expedirse únicamente sobre la validez del pronunciamiento cuestionado y, aceptados los agravios planteados, ordenar la remisión de las actuaciones a la instancia inferior para que dicte nueva sentencia conforme la doctrina sentada por ella. O si se dan determinadas situaciones, como la del caso de estudio, el Alto Tribunal puede resolver sobre el fondo del asunto regulando sus aspectos de hecho y de derecho no federal.[265]

En palabras de la Corte Suprema, "que si bien el fallo impugnado no reviste el carácter de sentencia definitiva, debe ser equiparado a ella por cuanto habida cuenta de su naturaleza y consecuencias, podría generar perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior, derivado de la frustración de los derechos que se invocan." Es decir que para el Alto Tribunal sí existió una gravedad en relación al factor irremediable de las consecuencias del caso. Por este motivo, sería interesante indagar las razones por las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación omitió resolver

265 "(…) (7) En principio, la sentencia dictada por la Corte en el procedimiento del recurso extraordinario se limita a expedirse sobre la validez del pronunciamiento cuestionado. Si se aceptan los agravios planteados, la Corte ordenará la remisión de las actuaciones judiciales al tribunal inferior competente para que dicte nueva sentencia conforme a la doctrina o lineamientos por ella establecidos. Sin embargo, cuando se trata de la simple ejecución de un fallo, o debido a la importancia y gravedad de los intereses comprometidos, o cuando el transcurso del tiempo genere un perjuicio irreparable para los derechos reconocidos en juicio, o si el recurso se interpuso por el incumplimiento del tribunal inferior de la orden impartida por la Corte en un recurso extraordinario anterior y en la misma causa judicial, puede el Alto Tribunal resolver sobre el fondo del asunto regulando sus aspectos de hecho y de derecho no federal". Gregorio Badeni. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II, *op. cit.*, pp. 1231-1232.

sobre el fondo del asunto[266], y por efecto, limitó su pronunciamiento por medio de su devolución al tribunal inferior para el dictamen de nueva sentencia.

a) Procuración General de la Nación

Sobre el dictamen de la procuradora general,[267] se debe hacer mención al hecho de que la pronunciación mencionada sobre el otorgamiento de la solicitud de arresto domiciliario, estuvo basada casi en su totalidad en el interés superior del niño. En palabras de la procuradora general:

> La cuestión en litigio reside en determinar cuáles son los criterios que, a la luz del derecho federal aplicable, debe guiar la interpretación del juzgador al momento de conceder o denegar la solicitud de arresto domiciliario en el caso de madres con hijos pequeños. Por las razones que desarrollaré a continuación, entiendo que le asiste razón a la recurrente en el sentido de que la denegatoria del arresto domiciliario ha vulnerado derechos y garantías de B. F. A. –en particular, su derecho a que se proteja su "interés superior"–, pues no se han adoptado las medidas que protegen, de la forma más adecuada, su derecho a la libertad persona y a desarrollarse en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres.[268]

Parece correcta la apreciación de la procuradora general en cuanto a que el rechazo del arresto domiciliario ha afectado los derechos y garantías del niño. En este sentido, se debería agregar, a su vez, la afectación a los derechos y garantías de la madre por la distinción sufrida en las instancias anteriores. Por ello, se debe mencionar otro de los criterios que deben guiar la interpretación del juzgador al momento de conceder o denegar un arresto domiciliario en un caso como el de estudio, que es el principio de no discriminación.

Es decir que una causal de discriminación como es la distinción o restricción basada en motivos de sexo o cualquier otra índole o condición social, que tenga por objeto menoscabar el goce o ejercicio de los derechos humanos en cualquier esfera, corresponde tal configuración al caso de Ana María Fernández. Su identidad de género y orientación sexual ha sido una valoración de los Tribunales de Primera y Segunda Instancia que ha tenido como resultado la afectación del ejercicio de los derechos de la madre y del hijo, por el rechazo a una prisión domiciliaria. El mencionado principio proclama que toda persona sin distinciones tiene derecho al disfrute de todos los derechos humanos, incluidos los derechos a la igualdad ante la

266 Es interesante señalar, a su vez, el momento en que el fallo fue dictado, es decir, el día el 18 de junio 2013, un año y veinticinco días para ser exactos, que la ley de género fue promulgada (23 de mayo de 2012).

267 Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, se introdujo por medio del art. 120, la figura del Ministerio Público, que es definida como un órgano independiente, que tiene por función la promoción sobre la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en coordinación con los demás autoridades de la República. Con la nueva promulgación de la Ley Nº 27.148, en su art. 1 –además de la función delegada por la CN– establece su misión que es la de velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República es parte. Asimismo, la Ley Nº 24.946 organizó el Ministerio Público por medio de la concreción de pautas establecidas por el art. 120 de la CN. El Ministerio público es bicéfalo y está integrado dos ramas: el Ministerio Público de la Defensa, presidido por el defensor general de la Nación, y el Ministerio Público Fiscal presidido por la procuradora general de la Nación. La procuradora general posee una doble función: por medio de dictámenes que son dirigidos a la Corte Suprema cumpliendo el rol de fiscal, y a su vez es la jefa máxima de todos los Fiscales, coordinando su accionar y estableciendo pautas de política criminal y persecución penal del Ministerio Público. Secretaría de Coordinación Institucional de la Procuración General de la Nación. *Apuntes sobre el sistema judicial y el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina*. Documento electrónico disponible en: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/CoordinacionI/Documentos/Apuntes.pdf. Acceso 2 de julio de 2015.

268 Procuración General de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa N° 17.516", de fecha 29 de mayo de 2013.

ley y el derecho a la protección ante cualquier eventual discriminación por motivos diversos.[269]

De igual forma, es necesario destacar el carácter final que tiene el dictamen sobre el tratamiento de la afectación de derechos, como son la discriminación por razones de identidad de género y orientación sexual, al expresarlo de esta forma: "indica que la orientación sexual de la madre fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria".

En efecto, el único párrafo dedicado a este factor respondería a la trascendencia que se le otorga al tratamiento sobre una discriminación por orientación sexual e identidad de género. La función que le confiere el art. 120 de la Constitución Nacional a la procuradora general es el de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad". Es decir que la mayor parte del dictamen estuvo fundado en el interés superior del niño, y con ello no se quiere quitarle su peso, sino que, en este orden de ideas, parecería que es más conveniente aferrarse a conceptos más visibles para la sociedad que aquellos que no encuentran su eco como son la orientación sexual e identidad de género de una pareja unida en matrimonio. En este orden de ideas, parecería que la discriminación por orientación sexual e identidad de género aún no ha llegado a ser considerada un interés general de la sociedad.

Otro punto a destacar es la apreciación que se tuvo en el dictamen, al entender que los tribunales intervinientes en el caso han tenido una interpretación restrictiva sobre el instituto de arresto domiciliario. Es decir que tanto el Tribunal Oral de Primera Instancia como la Cámara Revisadora han contemplado que al solo efecto de la acreditación de una situación de desamparo se le concedería el arresto domiciliario. En sus palabras:

> El criterio debió ser el inverso. El tribunal debía merituar que la concesión del arresto domiciliario es la solución que mejor protege los derechos de B. F. A. y solo si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella, rechazar esta modalidad de cumplimiento de pena.[270]

El dictamen, entonces, apeló a un criterio más amplio en cuanto a que se tiene que fundar la excepcionalidad con base a la afectación del interés superior del niño, y ese factor debería ser el incidente para la concesión del arresto, y no a la inversa. En relación con la perspectiva de género, no ha sido interpretada como un factor determinante, y por ello el pronunciamiento fue fundado en el interés superior del niño sin analizar la discriminación sufrida por su progenitora.

2.4. Sala III Cámara Federal de Casación Penal

En el recuento de las argumentaciones que emitió la Corte, y por las cuales se denegó la solicitud de arresto domiciliario, no se vislumbra que el primer juez al esgrimir sus fundamentos haya tenido en cuenta la discriminación como factor determinante de la denegatoria. Es decir que lo atribuyó al incurrir en el defecto de no ofrecer una respuesta satisfactoria al reclamo, ya que se utilizaron fundamentos aparentes.

269 El principio de no discriminación ha sido analizado en el capítulo 2, 1.1, La hermenéutica de los derechos humanos.

270 Procuración General de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa N° 17.516", de fecha 29 de mayo de 2013.

Asimismo, el juez agregó que por razones como las garantías de debido proceso y defensa en juicio, la sentencia careció de sustento suficiente. En ese sentido, centró su análisis en el interés superior del niño como se verá a continuación:

El juez Gustavo M. Hornos dijo:

> Es así que el pronunciamiento jurisdiccional deberá ser sustentado en la finalidad de protección que fundamenta la norma, ponderándose en todo momento las características subjetivas y objetivas del caso, en pos del principio rector significado por el interés superior del niño. Este último aspecto representa, entonces, una pauta de interpretación que no puede ser ignorada.[271]

En este orden de ideas, como bien señaló el magistrado, la sentencia debió ser fundada en el espíritu de la ley por la cual fue promulgada y, a su vez, teniendo como pauta de interpretación el interés superior del niño. Sobre la ponderación de características subjetivas y objetivas que deben estar presentes en todo momento, es que se necesita hacer hincapié en aquellas valoraciones que tuvieron los tribunales sobre la vida privada de Fernández. Es decir que se entendió, como se ha analizado con anterioridad, la ponderación de características personales de la persona que de ningún modo hace a la causa. Ello, a su vez, no resultó en miras del interés superior del niño, sino que tuvo un efecto contrario directo, en la denegatoria del acceso.

Por ello, se necesita adherir a esta afirmación el principio de no discriminación, que es sustento de interpretación para el acceso efectivo al instituto de arresto. Porque no se ha tenido en cuenta el principio mencionado, es que se llega a dilatar un proceso como el de estudio, donde intervienen no solamente las tres instancias judiciales posibles, sino que la causa vuelve nuevamente en esta oportunidad para la revisión de la sentencia.

El magistrado también expresó que:

> Tal como dije antes, la ley no establece que por el solo hecho de comprobarse alguno de los extremos previstos en el artículo deba la ejecución de la pena automáticamente cumplirse bajo la forma domiciliaria, sino que lo sujeta a la apreciación judicial. Sin embargo, no es una facultad librada a la discrecionalidad del juez, sino que toda decisión concediendo o denegando esta forma de ejecución debe estar fundada en la finalidades de ejecución de la pena, y de protección que subyacen a las disposiciones legales citadas, y en la consideración de las circunstancias particulares de cada caso.

Parecería correcta la aducción del magistrado en cuanto a que la Ley Nº 26.472 no es imperativa en relación con su aplicación obligatoria, es decir que no ha sido librada a la vinculación automática de un supuesto, y con ello determinar su acceso. Sino que es una potestad del juez en otorgarla o denegarla. Resulta, entonces, que las argumentaciones deben estar fundadas sobre el fin de la ejecución de la pena y sobre la protección que subyace a las disposiciones legales citadas. En este caso de estudio, los Tribunales de Primera y Segunda Instancia han fundado sus sentencias denegatorias en argumentaciones además del entendimiento parcial sobre el interés superior del niño, en relación con la orientación sexual de la madre quebrando con el principio a la no discriminación y *pro homine*.

Así, también señaló que:

271 Radicadas nuevamente las actuaciones ante la CFCP, la Sala III –conformada por los Dres. Hornos, Borisky y Madueño– concedió el arresto domiciliario. CFCP, Sala III, "F., A.M.", 12/07/2013, en Abeledo Perrot Nº AR/JUR/27979/2013.

> Por ello, en estos casos, el análisis del interés superior del niño en los términos del art. 3.1 del CDN, debe ser integrado de forma adecuada con elementos que permitan a los magistrados valorar el interés del menor, como cuestión nuclear y emergente dentro del cúmulo de problemas que se suscitan cuando un integrante del seno familiar se encuentra privado de libertad.

El interés superior del niño, entendido como uno de los principios dentro del concepto de *corpus juris* de protección –cuestión nuclear–, debería añadirse a otros dos principios que resumen la CDN, que es el de no discriminación y el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Dos principios que, en este caso de estudio, están íntimamente relacionados y dependen directamente de la madre y su vínculo con el niño. Ello, a su vez, se debería entender en palabras de la Cámara, cuando manifestó valorar el interés superior en relación con "un integrante del seno familiar privado de libertad" que, dicho sea de paso, está unido a otro integrante del mismo sexo.

La decisión de denegación debería estar fundada, entonces, en el espíritu de la ley de ejecución, que es la resocialización de la persona, y no fundarla en la orientación sexual y la identidad de género. No solamente se debería analizar el interés superior del niño, sino la discriminación sufrida por su progenitora y su pareja, entendidas como el seno familiar del niño. Y finalizó la sentencia: "en definitiva, haciendo un balance de los intereses y valores en juego, propongo la perspectiva que resulte más valiosa para el interés superior del niño (…) considero que corresponde otorgar el beneficio solicitado".

En tenor a lo expresado por el juez Mariano H. Borinsky, basó su argumentación en la omisión sobre la suerte del arresto que podía llegar a frustrar la conclusión del debido trámite del proceso, y sobre dicha base fundar la denegatoria. De forma reiterativa, se omitió el tratamiento de la discriminación como factor determinante para la denegación arbitraria de arresto.

Del tratamiento que se realizó para la nueva revisión de la causa sobre la solicitud de arresto domiciliario, se puede dilucidar que efectivamente se otorgó en pos del interés superior del niño, y no hubo un abordaje visible en relación con la valoración sobre la orientación sexual y la identidad de género de la madre al resultar en la afectación de derechos de ella y del hijo.

3. Posibles causales sobre la invisibilidad de género

Luego del análisis del caso de estudio, se han podido dilucidar dos maneras de argumentar esgrimidas por los tribunales en cuanto a la invisibilidad de género: por acción y por omisión. Se hará, entonces, una breve explicación de tales conceptualizaciones.[272]

La invisibilidad de género por acción se despliega cuando las autoridades judiciales, en este caso preciso de Primera y Segunda Instancia, resuelven no otorgar la prisión domiciliaria por la distinción que realizan en relación con su orientación sexual

272 La invisibilidad, según la Real Academia Española, es la cualidad de lo invisible. Lo invisible, a su vez, es aquello que no puede ser visto o que rehúye ser visto. Aquello que no puede ser visto es un cuerpo físico, un objeto mesurable carente de luz que lo visibiliza o que el observador no puede ver. La invisibilidad, entonces, depende, entre otras cosas, de la luz y del observador para hacerse propiamente visible.

e identidad de género, y por efecto colateral se origina una situación desfavorable, es decir, la afectación de sus derechos, como lo son el vínculo materno filial y el acceso a la prisión domiciliaria. La invisibilidad por acción es más conocida como discriminación. En cuanto a la segunda connotación sobre la invisibilidad del género, se hace por omisión y se desarrolla cuando las autoridades judiciales dan cuenta de la restricción basada en el orientación sexual y la identidad de género y deciden igualmente no hacerla visible. La invisibilidad por omisión es la invisibilización propiamente dicha.

Hecha la salvedad en este apartado, entonces, se considerarán las dos argumentaciones pasibles de interpretaciones causales sobre la invisibilidad. Se intentará hacer un breve recorrido por las distintas disciplinas[273] que han sido tratadas en el capítulo 1, para comprender las razones por las cuales los funcionarios judiciales han optado por no visibilizar el género.

Se pueden encontrar respuestas en el campo de la sociología, si se toma en cuenta la construcción social sobre la heterosexualidad, que ha sido convertida en ley universal y por este motivo se toma a lo no normal, es decir, lo que está por fuera de esa ley, como no sujeta de derechos y que atenta contra dicha norma. Es decir, la heterosexualidad que hace unir a una mujer y a un hombre es la bandera autorizada por la cual se expulsa a aquellas conexiones que no forman parte del sistema binario opuesto y le da un orden de prelación, donde lo masculino es predominante. Estructuras sociales creadas como la Iglesia, la familia y el Estado son las que perpetúan dicha asimetría y no dejan lugar a ningún tipo de objeciones al respecto.[274]

Dentro de la antropología, también se pueden comprender patrones generalizados de comportamiento de las personas por medio de la imposición universal de la valencia diferencial de los sexos, que es el producto de la construcción social que le permite funcionar con determinadas reglas y, en efecto, obliga a no practicar otras, como es la unión de dos personas de un mismo sexo. La valencia está dada al analizar los humores del cuerpo y el rol que juegan en la reproducción, donde sí existen diferencias, solo que unas son comprendidas más preponderantes que otras y ello responde al deseo de dominación del hombre sobre el control de reproducción de la mujer.[275]

La filosofía también puede ser utilizada como fuente para una mejor comprensión, si se entiende que las personas viven en un mundo que funciona gracias a una matriz determinada que produce, por medio de una norma reguladora, la materialización de los cuerpos. La matriz que legitima ciertas identidades en detrimento de otras produce la exclusión de los sujetos que no se atan a dicha norma. Aquellos sujetos excluidos son necesarios para definir y limitar al sujeto del que no lo es y, a la vez, presentan una amenaza para el propio orden que les muestra que se puede ir en contra de la norma reguladora. Ante esa inminente amenaza los sujetos, descalifican, rechazan o también ignoran las formas de identidad que no son reconocidas por la matriz heterosexual. La norma se dice neutral, pero se trasluce como una forma de dominación que es funcional a la matriz heterosexual y legitima a los sujetos que se

273 La perspectiva de género entendida como la interrelación de cuatro elementos. Ver capítulo 1.2, La madre y la perspectiva de género.

274 Conceptos extraídos de Pierre Bourdieu. *La dominación masculina.* Barcelona, Anagrama, 2000.

275 Conceptos extraídos de Françoise Héritier. *Masculino/Femenino, op. cit.*

identifican con los patrones impuestos contra aquellos que se cuestionan y reivindican su identidad por fuera de ella.[276]

Como nexo, se construye un puente entre el derecho y las demás disciplinas, al definirlo como aquel brazo ejecutador de la matriz heteronormativa[277] que produce ficciones que legitiman prácticas en la sociedad y en la cultura. Ello produce la segregación de las identidades autorizadas, es decir, en una polaridad opuesta. Asimismo, el derecho, en cuanto ciencia jurídica, se pretende objetiva, ecuánime y neutral, pero esconde detrás de su velo estructuras de poder, dominación y exclusión. Los funcionarios judiciales, en cuanto personas sujetas y operadoras del derecho, están inmersas en el mundo de la normatividad simbólica que expresa ideologías religiosas, políticas y legales que definen determinados patrones.

Las ciencias jurídicas son, a su vez, el campo de batalla que ciertos actores utilizan para ponderar ciertos valores por sobre otros. En el campo del derecho, a la mujer se la ha definido en relación con su cuerpo y por ello se la domina en relación a su sexualidad. En el ámbito penal, como es el traído a estudio, se tiende a consolidar la estructura de género, y en consecuencia se produce una mayor vulnerabilidad en las mujeres. Los jueces tienden a considerar a la mujer no como un sujeto, sino en función de las relaciones familiares que refuerzan el concepto tradicional de familia.[278]

Quizás los fundamentos de los patrones vislumbrados en el caso de Ana María Fernández escapen a la percepción de la persona.[279] Con eso no se quiere decir que las disciplinas no hayan aportado cierta luz en los comportamientos de aquellos. Pero sí es dable reconocer que las conductas de los seres humanos no están echadas al azar ni tampoco son ejercidas con absoluta libertad. Por este motivo, resulta interesante comprender ciertas prácticas desplegadas en un lugar de poder como es el de la Justicia.

---

276 Conceptos extraídos de Judith Butler. *Cuerpos que importan, op. cit.,* p. 26.

277 La heteronormatividad es el régimen social, político y económico que impone el patriarcado y las prácticas heterosexuales mediante diversos mecanismos médicos, artísticos, educativos, religiosos, jurídicos, etc., y mediante diversas instituciones que presentan la heterosexualidad como necesaria para el funcionamiento de la sociedad.

278 Conceptos extraídos de Encarna Bodelón. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *op. cit.*

279 Immanuel Kant, en *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* intenta discernir la esencia de la moral y propone una guía de comportamiento para el individuo libre y autónomo, y lo ubica, a su vez, en una comunidad moral gobernada por leyes universales. Las leyes eran formuladas bajo la incondicionalidad del imperativo que guiaba las acciones morales. *A priori* era la manera en que se descubría su obligatoriedad mediante el uso de la razón y descarta al mismo tiempo la experiencia. Señala un imperativo categórico como "obra según la máxima que pueda hacerse a sí mismo al propio tiempo ley universal"; "obra según máxima que puedan al mismo tiempo tenerse por objeto a sí mismas, como leyes naturales universales" y "obra con respecto a todo ser racional –a ti mismo y a los demás– de tal modo que en tu máxima valga al mismo tiempo como fin en sí". Es decir que el ser humano es autónomo porque genera por sí mismo la ley moral –siempre y cuando tenga la capacidad, por medio de su razón, de legislar libremente sin necesidad de obligarse a una ley que no sea la propia–. Ver Immanuel Kant. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa-Calpe, 1983, pp. 96-97.

Capítulo 4

CONSIDERACIONES FINALES

A partir del análisis del caso de Ana María Fernández, se realizaron las siguientes observaciones sobre la aplicación del instituto de arresto domiciliario por parte de los funcionarios judiciales intervinientes, y su tratamiento en relación al interés superior del niño y la perspectiva de género. Para una mayor comprensión, en el capítulo final se utilizará la misma metodología que en el capítulo 3, es decir que contiene reflexiones en base a una breve recapitulación cronológica sobre los argumentos esgrimidos. Por último, esbozaré consideraciones específicas para la aplicación del arresto domiciliario, la perspectiva de género y el interés superior del niño.

Tanto el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 de Primera Instancia como la Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal –sin contar la disidencia de la Dra. Ledesma– utilizaron un criterio restrictivo sobre el instituto de arresto domiciliario. Interpretaron la medida alternativa de ejecución de la pena como una excepcionalidad y no como una generalidad a la regla. Es decir que el Tribunal y la Cámara apelaron a que el menor tenía que encontrarse en una situación de riesgo o desamparo, y no en su mejor interés, para el otorgamiento. Argumentación que no necesita su verificación, al haberse aprobado por medio del debate parlamentario de la Ley Nº 26.472 que, *a priori*, reconoce las razones humanitarias de tener a niños en prisión con sus madres.

Al mismo tiempo, se considera que el espíritu de la ley es su interés superior, y ello significa que no debe ser una mera fuente de inspiración por parte de las autoridades en sus decisiones, sino que están obligadas a su uso y al mismo tiempo a su limitación cuando afecta derechos amparados por medio de la discrecionalidad de fundamentos aparentes. La norma citada busca evitar la separación del niño de su madre y no puede ser sustituida sino de manera excepcional y fundada. Es decir que el Tribunal y la Cámara han tenido una interpretación parcial sobre el interés superior del niño.

En relación con la valoración que hizo el Tribunal sobre la orientación sexual y la identidad de género de la madre, esta fue un factor determinante para el rechazo del instituto, ya que se ponderó la existencia de otra madre que la pudo sustituir y ello resultó en un trato diferencial para con ella y para con el niño. Como consecuencia resultó en la afectación a sus derechos. En este mismo orden de ideas, la Sala de Feria de la Cámara de Casación utilizó argumentos similares, que denotaron la confirmación del fallo de primera instancia, por ello se remite a lo anterior.

En cuanto a las argumentaciones esgrimidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con el acceso sobre la prisión domiciliaria, se omitió abordar la discriminación sufrida por Ana María Fernández en relación con su orientación sexual e identidad de género y solicitó una nueva revisión de la sentencia por fundamentos aparentes que no guardan relación con los pedidos por parte de la defensa. Se mencionó en un solo párrafo la discriminación, en relación con la falta de fundamentación por parte de la Cámara de Casación sobre la acusación de la defensa. En este sentido, el Alto Tribunal omitió su tratamiento y ello no permitió dilucidar el grado de discrecionalidad de las autoridades judiciales para el otorgamiento o la denegatoria del instituto. Asimismo, con el solo señalamiento de un trato discriminatorio no se permite entender acabadamente si la orientación sexual y la identidad de género fueron valoraciones determinantes para el rechazo de la prisión domiciliaria. En este orden de ideas, la Corte remitió la causa a la Cámara Federal para su revisión.

Finalmente, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la prisión domiciliaria de Ana María Fernández y omitió abordar, nuevamente, la discriminación señalada por el Alto Tribunal –pero no analizada– y argüir en base al interés superior del niño.

El caso de estudio ha sido desarrollado con el objetivo de intentar comprender la aplicación jurisprudencial sobre el arresto domiciliario y las interrelaciones en relación con la perspectiva de género y el interés superior del niño. Se ha podido dilucidar que la invisibilidad de género ha sido una causa imprescindible por la cual se ha obturado el acceso al instituto. El interés superior del niño, a su vez, ha sido la herramienta por la cual los funcionarios judiciales, al otorgar el arresto, han utilizado como paraguas de protección. Ello significa que los tribunales no han abordado el interés superior del niño en clave con la permanencia del vínculo materno filial y la visibilidad de género. Es decir que, dados los hechos del caso, se prefirió argumentar con base al interés superior del niño y no señalar la invisibilidad por acción sufrida en las instancias previas a su otorgamiento.

Sobre el acceso efectivo a la prisión domiciliaria, como bien señaló la procuradora general en su dictamen, tiene que ser tomado como una regla y no como excepción. Sin dejar de mencionar que la medida alternativa de privación de libertad analizada es una solución parcial y tiene aún un largo camino por recorrer. La progresividad alcanzada hasta el momento no es de ninguna manera un límite para seguir buscando mejores estándares que protejan los derechos humanos, en este caso, de niños y madres privados de libertad.

Es necesario detenerse en el factor determinante que infirió en la conclusión del caso: la invisibilidad del género. En este sentido, el *corpus juris* de protección del niño tutela el derecho a tener una familia, y no por ello debe entenderse como aquella integrada por dos sexos opuestos, sino que los trasciende al definirla como una unión de amor y solidaridad. El niño pensado en una familia tradicional debe ser observado sin una concepción basada en un pilar binario de sexo genérico que polariza y relaciona asimétricamente los opuestos. La mirada familiar reproductiva no debería ser la razón determinante que obligue a las personas a unirse entre sí. Las personas se relacionan y se conectan de múltiples maneras que no necesariamente van de la mano con la normatividad preponderante que tiene como eje fundador la

reproducción y la dominación de ciertos seres sobre otros. La libertad de elección sobre una orientación sexual y una identidad de género es un derecho humano que no merece un trato desigual. Es decir que como todo derecho humano, debe comprenderse de manera universal, indivisible e interdependiente al ser inherente a toda persona.

En este sentido, se debe señalar que en la actual posmodernidad ya no alcanzan categorías étnicas, sexuales, genéricas para una descripción cabal del individuo. Categorías como nación, clase y familia han comenzado a mutar y, hasta cierta medida, a desintegrarse, y ello produce una incertidumbre que origina inseguridad, aun cuando esas conceptualizaciones son de algún modo ficticias. Las relaciones humanas concebidas de manera tradicional han comenzado a sufrir transformaciones como son las nuevas maneras de reproducción. No obstante, las ciencias jurídicas concebidas desde hace muchos años aún preservan antiguas concepciones sobre los roles de los seres humanos en la sociedad.

Para interpretar y entender una categoría como la de género, es necesario asumir su complejidad en cuanto a la conexión de múltiples dimensiones sobre las relaciones de los sexos. Las distintas disciplinas pueden ser utilizadas como potenciales focos para proveer cierta luz a las transformaciones. Por ello, además de los cuatro elementos que definen el concepto de género, se deben añadir otras ciencias para ampliar una mayor comprensión sobre una categoría como la mencionada. Por este motivo, es imperioso escuchar ciencias como las biológicas que de alguna forma han sido calladas por las conceptualizaciones asimétricas y duales que han producido los observadores de la materia.

La sociología, por su parte, establece una manera de resquebrajar estructuras que perpetran la asimetría de los sexos a través del pleno reconocimiento de la dominación que existe aún hoy en día sobre los cuerpos. La antropología, a su vez, apela a que las distinciones binarias han sido construidas como signos culturales que carecen de universalidad, y por ello hay que transformar el sentido de la recolección de datos para limitar la imposición de ciertos valores sobre otros.

En la filosofía se plantea la idea de una rematerialización de los cuerpos, para la generación de rearticulaciones que cuestionan la hegemonía de la normativa reguladora por medio del lenguaje recodificado como resistencia sobre los discursos dominantes. El derecho, a su vez, facilita este tipo de cambios para limitar prácticas que invisibilizan el género, y para evitar la traducción de la diferencia en desigualdad. Es una forma que coincide con la idea de dar batalla por medio de un cambio de paradigma al socavar estructuras de dominación sobre las que está cimentada la visión tradicional dual. En este sentido, el derecho puede ser utilizado como herramienta para hacer inteligibles una multiplicidad de identidades que históricamente no fueron interpeladas como sujetos de derecho. Leyes que promueven y reivindican nuevas formas de ser, que modifican estructuras tanto cognitivas como interpretativas en relación con un basamento dicotómico que divide la realidad en opuestos.

La sociedad le ha otorgado al derecho un discurso de verdad que se traduce en relaciones de poder, saber y desigualdad. A su vez, es entendida como matriz reproductora de identidades que han sido segregadas en una dualidad, porque no conoce otro código o manual de operatividad. Ello se traduce en un control sobre los cuerpos,

entendido como la plena administración de los deseos y placeres. Compleja es su deconstrucción, porque ha sido programada y percibida de manera natural y normal.

En este orden de ideas, según la apelación metafórica de Nietzsche, se entiende que para comprender el vínculo materno filial entre el niño (protones-*corpus juris* de protección del niño con carga positiva) y su madre (electrones-orientación sexual e identidad de género con carga negativa) se debe necesariamente modificar la propia composición del caso de estudio (átomo) en una solución que sea acorde con la protección de los derechos humanos de las partes intervinientes por medio de la transformación de la matriz heternormativa (elemento atómico diferente).

Por este motivo, se considera que para el correcto análisis del instituto de arresto domiciliario debe ser necesariamente entendido por medio de la lente del interés superior del niño en clave con una madre privada de libertad –independientemente de su orientación sexual e identidad de género–, que forman y producen, a su vez, una transformación del concepto familiar tradicional. La luz y el observador son los artífices encargados de la visibilidad. A su vez, el amor y la solidaridad son definitorios del concepto de familia. Por ello, para iluminar la resolución de un caso como el de estudio, necesariamente tienen que estar contempladas las familias aún hoy en día periféricas dentro del *corpus juris* de protección del niño.

ANEXO

El día 21 de septiembre de 2015, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal dictó nuevamente sentencia según lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia y dispuso modificar la condena –con igual calificación legal– contra Ana María Fernández a dos años y diez meses de prisión. Los jueces Hornos y David consideraron necesario disponer una reducción proporcional al observar el maltrato institucional que ha sufrido Fernández y su hijo al rechazar la solicitud de arresto domiciliario al fundar la denegatoria

> sobre la base de inaceptables fundamentaciones de ostensible corte discriminatorio, incompatibles con los más elementales principios de igualdad, consideración y respecto que el Estado debe a todos sus habitantes, y a los compromisos más esenciales asumidos con la comunidad internacional.

Es decir que por razones discriminatorias vinculadas con su orientación sexual se ha denegado la solicitud de prisión domiciliaria.[280] En este orden de ideas, la defensa de Fernández interpuso recurso extraordinario y la misma Sala lo desestimó por inadmisible.

Conocida la sentencia y como consecuencia de aquella decisión, la defensa de Fernández interpuso el recurso de queja al condenarla por autoría de estrago culposo seguido de muerte en concurso ideal con omisión de los deberes de funcionario público. La Corte Suprema de Justicia, el 5 de abril de 2016, rechazó el recurso planteado por la defensa al considerar la presentación inadmisible en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.[281]

En consecuencia, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, que estuvo a cargo del debate oral, intimó el 6 de abril de 2016, a realizar una presentación por parte de la defensa de Fernández para adecuar su situación ambulatoria a la nueva situación procesal al permanecer en prisión durante diciembre de 2012 hasta agosto de 2014 (cuando la Corte Suprema puso en suspenso la pena aplicada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal y ordenó la revisión de la misma). En este sentido,

280 Cámara de Casación Penal – Sala 4 CCC 247/2005/TO1/4/CFC3, p. 246. Asimismo, ver Centro de Información Judicial. *La Cámara Federal de Casación Penal confirmó las condenas en la causa Cromañón*, 21 de septiembre de 2015, documento electrónico disponible en: http://www.cij.gov.ar/nota-18024-La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-confirm--las-condenas-en-la-causa--Croma--n-.html.

281 Centro de Información Judicial. *La Corte rechazó los planteos de ex integrantes de Callejeros y ex funcionarios contra la sentencia que los condenara por la causa Cromañón*, 5 de abril de 2016, documento electrónico disponible en: http://www.cij.gov.ar/nota-20763-La-Corte-rechaz--los-planteos-de-ex-integrantes-de-Callejeros-y-exfuncionarios-contra-la-sentencia-que-los-condenara-por-la-causa-Croma--n.html.

el Tribunal Oral no libró una orden de arresto contra la mencionada por la magnitud de la pena y el tiempo que ya había pasado en prisión. Por este motivo, Ana María Fernández y en consecuencia su hijo, han permanecido en libertad desde entonces.[282]

Glosario

Bisexualidad: Es la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual, por personas de un género diferente al suyo o también de su mismo género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Gay: Varón homosexual que siente atracción emocional, afectiva y sexual hacia otros varones y que no siente atracción por el sexo opuesto.

Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y del hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

Heteronormativismo: Es el régimen social, político y económico que impone el patriarcado y las prácticas heterosexuales, mediante diversos mecanismos médicos, artísticos, educativos, religiosos, jurídicos, etc., y mediante diversas instituciones que presentan la heterosexualidad como necesaria para el funcionamiento de la sociedad.

Heterosexualidad: Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Homosexualidad: Es la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se utiliza generalmente el término *lesbiana* para referirse a la homosexualidad femenina y *gay* para referirse a la homosexualidad masculina.

Identidad de género: Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones como la vestimenta, el modo de hablar o los modales.

Intersexualidad: Integra a las personas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se ha definido como todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Una persona intersex puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno de los dos.

Lesbiana: Mujer homosexual que siente atracción emocional, afectiva y sexual hacia otras mujeres y que no siente atracción hacia el sexo opuesto.

LGTBIQ: Es el acrónimo que alude a personas lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales, intersexuales y *queer*. La terminología se asocia a los movimientos sociales, es decir que se puede encontrar de maneras diversas: LGTB, LGBT,

282 *La Nación*. "La tragedia de Cromagnón: adelantan la libertad de algunos de los condenados", 9 de julio de 2016, disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1916875-la-tragedia-de-cromagnon-adelantan-la-libertad-de-algunos-de-los-condenados.

GLBT, LGTTTBIQ. Esta última alude a las personas transexuales, transgénero y travestis.

Orientación sexual: Se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren a través de las diferentes culturas.

Patriarcado: Dominio de los varones sobre las mujeres en unas relaciones de poder institucionalizadas y naturalizadas mediante un orden de las cosas. El modelo de varón es el de adulto, heterosexual, blanco y de clase media alta.

Sexo: Se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer en base a sus características fenotípicas y genéticas.

Teoría *queer*: Es la elaboración de la disidencia sexual y la deconstrucción de las identidades estigmatizadas, que a través de la resignificación consigue reafirmar que la opción sexual distinta es un derecho humano. *Queer*, como sustantivo, se lo entiende como homosexual. Como verbo, expresa el concepto de desestabilizar, perturbar, jorobar. Como adjetivo, se lo define como raro, torcido, extraño. Su antónimo es *straight*, que significa, derecho, rector, heterosexual.

Transgenerismo: Es un término que se utiliza para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de las intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo.

Transexualismo: Personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad, psíquica, espiritual y social.

Travestis: Son aquellas que expresan su identidad de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio. "¿Qué es un dispositivo?", *Sociológica,* Año 26, N° 73, mayo-agosto, 2011.
Alderete Lobo, Rubén. "La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos. (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)", en: *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires, Embajada Británica, Defensoría General de la Nación Buenos Aires, 2012.
Alonso, M. y Finn, E. J. *Física*. Buenos Aires, Addison-Wesley Iberoamericana, 1995.
Alston, Philip. "The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, N° 1.
Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid. Taurus, 1998.
Ávila Santamaría, R. *et al. El género en el derecho. Ensayos críticos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Ecuador, V & Gráficas, 2009.
Badeni, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional.* Tomo II. 2a ed. Buenos Aires, La Ley, 2006.
Bidart Campos, German. "El 'ius cogens'", en: *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II 1997, dDocumento electrónico: http://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/material-libros-pdf/.
___ "Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño", en Bianchi, María del Carmen (comp.): *El Derecho y los Chicos*. Buenos Aires, Espacio, 1995.
___ *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo III. Buenos Aires, Ediar, 1995.
Beloff, Mary. *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Colombia, Temis/Depalma, 1998.
___ *Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina, en Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Defensoría General de la Nación*. Buenos Aires, La Ley, 2008.
Bodelón, Encarna. "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres." *Delito Sociedad*, *Revista de Ciencias Sociales*. N° 11/12, 1998.
Bourdieu, Pierre. *La dominación masculina*. Barcelona, Anagrama, 2000.
Butler, Judith. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires, Paidós, 2002.
___ *El género en disputa*. México, Paidós, 2001.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. Documento electrónico disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf. Acceso 15 de junio de 2015.

De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. México, Alianza/Siglo XXI, 1989.

Delgado, Sergio. *La modificación de la detención domiciliaria*. RDP 2009-5-804, 2009.

Eaton, Mary. *Justice for Women? Family, Court and Social control*, London, Open University Press, 1986.

Enciclopedia Británica en Español. "La Familia: Conceptos, Tipos y evolución". 2009.

Ferrajoli, L. *Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.

Fonseca Hernández, C. y Quintero Soto, M. L. "La Teoría Queer. La de-construcción de las sexualidades periféricas", *Sociológica*, Año 24, N° 69, enero-abril, 2009.

Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. México, Siglo XXI, 1982.

Freedman, Diego. "Funciones normativas del interés superior del niño." *Jura Gentium*, *Rivista di filosofia del diritto internacionale e della politica globale*, 2005.

___ "Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 6, 2010.

Gelsthorpe, Loraine. *Sexism and the Female Offender*. Vermont, Gower Publishing Company, 1989.

Gimol, P. y Freedman, D. "Hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables", en Defensoría General de la Nación/ Unicef: *Mujeres privadas de libertad: limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*. Buenos Aires, Comunicación Institucional, 2009.

Héritier, Françoise. *Masculino/Femenino. El pensamiento de la diferencia*, Barcelona, Ariel, 1996. International Journal of Law. "Policy and the Family", Vol. 8, N° 1, 1994.

Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa-Calpe, 1983.

Kent, Jorge. *La criminalidad femenina ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática*. Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2007.

Lagarde, Marcela. "Visión futura de la mujer y la familia en el desarrollo nacional. Las mujeres y la familia en el fin del milenio". *Ponencia* presentada en *Conferencia de mujeres*, Tegucigalpa, Honduras, 5 de julio de 1996. Documento electrónico disponible en: http://www.sidocfeminista.org/images/books/02154/02154_00.pdf.

Lloyd, Ann. *Doubly deviant, doubly dammed. Society's treatment of violent women*, London, Penguin Books, 1995.

Lopez, A. y Machado, R. *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley Nº 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004.

Ministerio Público de la Defensa/Unicef. *Mujeres presas. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad. Limitaciones al encarcelamiento*. Buenos Aires, DGN/UNICEF, 2008.

Marí, E. *et al. Materiales para una teoría crítica del derecho.* Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

Nikken, Pedro. *Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos, en Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington D. C., CIDH, 1984.

Nikken, Pedro. "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, Vol. 52, 2010.

Nietzsche, Friedrich. *El libro del filósofo seguido de Retórica y lenguaje*. Madrid, Taurus, 1974.
___ *Así habló Zaratustra*. Madrid, Alianza, 1985.
Nowak, Manfred. *Article 6 – The right to life, survival and development*. Leiden, Nijhoff, 2005.
Organización Mundial de la Salud *¿Hasta qué edad es adecuado alimentar al bebé solo con leche materna?* Julio de 2013. Documento electrónico: http://www.who.int/features/qa/21/es/.
Orwell, George. *1984*. Documento electrónico: http://antroposmoderno.com/word/George_Orwell-1984.pdf.
Pinto, Mónica. *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 1993.
___ "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, M. y Courtis, C. (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Del Puerto, 1997.
___ *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, Del Puerto, 2009.
Pitch, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid, Trotta, 2003.
Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe anual 2009*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202009_0.pdf.
___ *Informe anual 2012*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202012%20completo.pdf.
___ *Informe Anual 2013*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202013.pdf.
___ *Informe Anual 2014*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%20PPN%202014_0.pdf.
___ *Informe del Área de Salud Mental*. Documento electrónico: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Ana%20FErn%C3%A1ndez%20Salud%20mental.pdf.
Oliver Robertston. *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos, Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez en el Día del Debate General 2011*. Ginebra, Quaker United Nations Office. Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos, agosto 2012.
Sansone, Virginia. "Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Vol. 5, 2010.
Scott, Joan. "El género. "El eco de la fantasía: la historia y la construcción de la identidad", en **Marta Lamas** (comp.): *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003.
___ *Género e historia.* México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Autónoma de México, 2008.
Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). *Informe anual. República Argentina SNEEP 2013*. Buenos Aires, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Subsecretaría de Política Criminal. Secretaría de Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Documento electrónico disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/2736750/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202013.pdf. Acceso 7 de julio de 2015.
Stanley, E. y Byrne, S. "Mothers in prison. Coping with separation from children". *Documento* presentado en la *Conferencia Women in Corrections. Staff and Clients*, Adelaide, 31 de octubre-1 de noviembre de 2000.

Valverde Molina, Jesús. "Incidencia psicológica de la privación de libertad en los niños". *Ponencia* presentada en *Primeras Jornadas Nacionales sobre Mujeres, niños y jóvenes en prisión,* Almería, del 21 al 23 de noviembre de 1990.
Verrman, Philip. *The rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, Nijhoff, Kluwer Academic Publishers, 1992.
Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. 2a ed. Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

Fuentes periodísticas

Agencia Nacional de Noticias Jurídicas, Infojus Noticias. "Cromañon: los puntos emblemáticos del proceso judicial", 28 de diciembre de 2013.
___ "En un fallo inédito liberaron a los músicos de Callejeros", 28 de diciembre de 2013.
Clarín. "Paso clave en la ley de identidad de género", 9 de noviembre de 2011.
___ "Familiares de Cromañón reclaman una resolución final en la causa", 14 de Julio de 2015.
Página/12. "Todos condenados por el incendio de Cromañón", 21 de abril de 2011.
___ "¿Qué pasó con la T?", 11 de mayo de 2012.
___ "Orden de liberación para Callejeros y otros imputados", 6 de agosto de 2014.
___ "Cromañón, el drama que no se termina. Sociedad", 9 de febrero de 2015.
La Nación. "Cromañón: los 14 condenados a prisión", 21 de diciembre de 2012.
___ "En marzo, audiencia en Casación", 30 de diciembre de 2014.
Télam. "Se realiza una audiencia clave para revisar condenas por Cromañón", 15 de junio de 2015.

Jurisprudencia contenciosa

Regional

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, sentencia de fecha 24 de febrero de 2012.
Corte IDH. Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, sentencia de fecha 8 de septiembre de 2009.

Nacional

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa Nº 6667 "Abregú, Adriana T. s/recurso de casación", de fecha el 29 de agosto de 2006, Abeledo Perrot N° 35050950.
Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, causa Nº 11.684 "Chabán, Omar Emir y otros s/recurso de casación", de fecha 20 de abril de 2011.
Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa Nº 14.210 "Sáenz, Guillermo Aldo s/recurso de casación", de fecha 30 de agosto de 2011.
Cámara Federal de Casación Penal, Sala de Feria, causa Nº 33/12 "Fernández, Ana María s/recurso de casación," de fecha 10 de enero de 2013.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Cabrera, Washington Julio Efraín v. Comisión Técnica Mixta de Salta Grande s/despido", de fecha 5 de octubre de 1983, Fallos 305:2150.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S.,C s/adopción", 2 de agosto de 2005.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa Nº 17.156", de fecha 18 de junio de 2013.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, C.11/2013.XLIX.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias".
Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 314:514.
Procuración General de la Nación, "Fernández, Ana María s/causa 17516", de fecha 29 de mayo de 2013.
Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 de la Capital Federal, incidente de prisión domiciliaria a favor de Ana María Fernández en la causa Nº 2517, de fecha 21 de diciembre de 2012.

Jurisprudencia consultiva

Sistema Regional Africano

Carta Africana sobre los derechos y el bienestar de la Niñez
Chirwa, Vera. Report of the Special Rapporteur on Prisons and Conditions of Detention in Africa: Prisons in Malawi, 17-28 de junio de 2001.

Sistema Regional Interamericano

Corte IDH. Opinión Consultiva Nº 17/2002, Serie A Nº 17, 28 de agosto de 2002.
Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A N° 16, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, (segunda edición), Capítulo I.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1997. Capítulo VII. OEA/Ser.L/V/II.98.

Sistema Universal

Comité contra la Tortura, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención, 7 de julio de 2008, CAT/C/CRI/CO/2.
Comité de los Derechos del Niño, Comentario General Nº 5, CRC/GC/2003/5.
Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 3, el VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, CRC/GC/2003/3.
Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 13, Derechos del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/11.
Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud art. 12, E/C.12/GC/14.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 15, el derecho al agua, E/C.12/GC/15.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 18, el derecho al trabajo, E/C.12/GC/18.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 19, el derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº 20, la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20.
Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos del niño, A/HRC/7/29.
Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, 28 de noviembre de 2005, CCPR/C/USA/CO/3.
Consejo de Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41.
Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación N° 19, la violencia contra la mujer, 1992.
Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación N° 21, la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994.
Naciones Unidas, Informe del 8° Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, UN Doc.A/Conf.144/28/Rev. 1.
Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, 12 de mayo de 2004, HRI/GEN/1/Rev.7.
Naciones Unidas. Libres & Iguales, Igualdad y no discriminación. Disponible en: https://unfe.org/system/unfe-21-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1c.pdf.
Naciones Unidas, Office on Drugs and Crime y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (2006). Criminal Justice Assessment Toolkit, Non Custodial and Custodial Measures: 1 The Prison System.
Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos, 2013. Documento electrónico: http://acnudh.org/2013/11/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/.
Naciones Unidas, CCPR/C/50/D/499/1992.
Principios de Yogykarta, Indonesia en la Universidad de Gadjah Mada, 6-9 de noviembre de 2006. Documento electrónico: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf.
Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) han sido aprobadas en el sexagésimo quinto periodo de sesiones por la Asamblea General el 16 de marzo de 2011, A/RES/65/229.
Reglas de Tokio, fueron adoptadas por la Asamblea General en la resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

Normativa

Instrumentos internacionales

Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la a Asamblea General en la resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General en la resolución 34/180, de fecha 18 de diciembre de 1979. En vigor desde el 3 de septiembre de 1981.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Colombia, en 1948.
Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en la resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), adoptado por la Asamblea General en la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General en la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976.
Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en material de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), fue adoptado por la Asamblea General en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, sancionada en Argentina por la Ley N° 24.658 el 19 de junio de 1996, y su entrada en vigor fue el 16 de noviembre de 1999.

Normativa nacional

Constitución Nacional
Ley Nº 23.692
Ley Nº 24.660
Ley Nº 26.061
Ley Nº 26.472
Ley Nº 26.743

Agradecimientos

En primer lugar, he de agradecer al tutor de la tesis, el profesor Martiniano Terragni, que sin sus acertadas sugerencias no hubiera podido realizar este trabajo.

A Marta Monclús Masó y a Leonardo Filippini, de la Procuración Penitenciaria de la Nación, por enseñarme que detrás de los muros existen los derechos humanos.

He de agradecer las orientaciones bibliográficas y aportes para trabajar en la tesis a los profesores Jack Vahan Bournazian (Yerevan State University), Julieta Rossi (Universidad de Buenos Aires), Rita Segato (Universidad de Brasilia), María Sonderéguer (Universidad Nacional de Quilmes) y Frans Viljoen (Universidad de Pretoria).

A las veintisiete personas que formaron parte de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización, por nutrir día a día el espíritu de lucha.

A los cuatro pilares que soportan mi red de contención: Nora, Juan José, Dolores y Juan.

A Marcus, por su presencia incondicional.

Por último, a aquellos seres que la realidad me limita a nombrar, pero que estuvieron presentes a lo largo del camino y formaron parte de este proceso.

SOBRE LOS AUTORES

Rocío Comas

Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (CIEP-UNSAM). Actualmente se desempeña como consultora en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos (Santiago de Chile). Participó como docente en varias cátedras de la Facultad de Derecho de la UBA, además de desempeñarse como abogada en el ámbito público y privado

Román De Antoni

Abogado (UNLP) y magíster en Derechos Humanos y Democratización (CIEP-UNSAM); abogado en Defensoría General de Casación Penal Bonaerense (Sec. de Act. ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y organismos internacionales); auxiliar docente de Derecho Procesal I de la UNLP y miembro de la Asociación Pensamiento Penal. Ha publicado "Una mirada sobre la realidad de la prisión preventiva en el ámbito de la Pcia. de Bs. As. a la luz de los límites consagrados en los tratados internacionales de DD.HH." (INFOJUS); "El funcionamiento del Registro de peticiones de la CIDH" (Revista de DD.HH. de INFOJUS); "Cuestiones atinentes a la tortura desde la óptica del Sistema Universal de la ONU. Su incidencia en el EPU del Estado argentino" (Ed. Jurídica UP de Nicaragua), entre otros.

Pamela Alejandra Donoso Norambuena

Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Católica de Temuco (UC Temuco). Magíster en Gestión Colaborativa de Conflictos por la Facultad de Derecho Universidad Central. Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe por el CIEP-UNSAM. Se desempeña en la División Judicial, Unidad de Mediación, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. Diplomado Reconocimiento y Protección Jurídica de los Derechos de la Infancia y Adolescencia Indígena (UC Temuco y UNICEF). Diplomado en Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal Penal (UC Temuco). Postítulo de Mediación y Derecho de Familia, III versión (UC Temuco). Docente postítulo de Mediación y Derecho de Familia de la UC Temuco (2011-2016). Es autora del trabajo "Mediación Familiar en el Contexto Cultural Mapuche", publicado en la Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política

Lucía Marcela Hidalgo Garza

Licenciada en Psicología por la Universidad Autónoma Metropolitana de México (UNAM). Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (CIEP-UNSAM). Diplomado en Sexualidades: Cuerpo, Derechos Humanos (Programa Universitario de Estudios de Género-México). Responsable de Desarrollo Institucional Semillas, Sociedad Pro Derechos de la Mujer (Ciudad de México). Tallerista en educación para la paz, en Grupo de Educación Popular con Mujeres (Ciudad de México). Se desempeñó profesionalmente en varias ONG. Es autora del artículo "Cantar violencia contra las mujeres", publicado recientemente en la revista Nexos, de México.

Lenin Miranda Maldonado

Licenciado en Comunicación Social con mención en Desarrollo por la Universidad Politécnica Salesiana (Ecuador). Magíster en Relaciones Internacionales con mención en Cooperación Internacional (FLACSO, Ecuador). Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (CIEP-UNSAM). Actualmente se desempeña como docente titular en la Universidad Central del Ecuador (UCE) para la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales. Como parte de sus publicaciones, es coautor del siguiente trabajo: "Power Unpacked: Domination, Empowerment and Participation in Local Guatemalan Peace Forums" publicado en el *Journal of Peace, Conflict & Development*, en marzo del 2015. Ha contribuido en calidad de facilitador y coordinador en proyectos relacionados a la cultura de paz, no violencia, interculturalidad, comunicación para la paz, entre otros, junto a organizaciones como UNESCO, ACNUR, OXFAM y Cruz Roja.

El presente volumen es parte de la colección de tesis de maestría destacadas, producidas por graduados de la cohorte 2014-2015 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe, que se dicta en el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad Nacional de San Martín. La Maestría cuenta con la participación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina, y con el apoyo de la Unión Europea.

Las obras seleccionadas se destacan ya sea por su actualidad, su relevancia o su valor testimonial; siempre con rigor académico, perspectiva interdisciplinaria y visión sobre los temas de la realidad latinoamericana en materia de derechos humanos y democracia.

El CIEP se enorgullece de difundir la producción de sus graduados y tiene la convicción de que esta serie constituye un aporte al debate continuo sobre el fortalecimiento de la cultura democrática y de respeto y promoción de los derechos humanos.

CIEP CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS POLÍTICOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN