

# Hacia la inaplicabilidad absoluta de la prisión preventiva a mujeres embarazadas y a madres de niños en la primera infancia.

## Un estudio interdisciplinario

*Towards the Absolute Inapplicability of Pre-trial Detention for Pregnant Women and Mothers of Children in Early Childhood.  
An Interdisciplinary Study*

Rolando E. GIALDINO<sup>1</sup>

Mariano R. GIALDINO<sup>2</sup>

**Resumen:** Esta presentación muestra los resultados de una investigación interdisciplinaria en la que se combinan el derecho y la filosofía. La pregunta central de investigación apunta a los recursos normativos que ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para evitar tanto la grave situación que sufren, con motivo de la prisión preventiva, las mujeres embarazadas y las madres de niños en la primera infancia, cuanto los efectos igualmente graves de esa prisión sobre dichas mujeres, sobre sus hijos y sobre su familia. Así, se analizan la prisión preventiva, la interpretación evolutiva de las normas de derechos humanos, la situación y los efectos mencionados y el marco normativo en el que se insertan. Una vez expuesta la mirada antropológica basada en la alteridad, se plantea la absoluta inaplicabilidad de la prisión preventiva al citado grupo de mujeres.

**Palabras clave:** Prisión preventiva, Mujer, Niños, Familia, Alteridad

**Abstract:** This presentation shows the results of an interdisciplinary investigation combining law and philosophy. The central research question is about the normative resources offered by the Inter-American Human Rights System to avoid the serious situation suffered by women in pre-trial detention who are pregnant or are mothers of children in early childhood, and the equally serious

---

<sup>1</sup> Instituto de Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Doctor de la Universidad de Buenos Aires (área Derecho Internacional). Buenos Aires. Argentina. Correo electrónico: [rolandogialdino@gmail.com](mailto:rolandogialdino@gmail.com)

<sup>2</sup> Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CEIL-CONICET). Licenciado en Filosofía (Universidad de Buenos Aires). Buenos Aires. Argentina. Correo electrónico: [marianogialdino@gmail.com](mailto:marianogialdino@gmail.com)

effects of that prison over those women, over their children and over their family. Thus, preventive detention, the evolutionary interpretation of human rights norms, the situation and the aforementioned effects and the normative framework in which they are inserted are analysed. Once the anthropological gaze based on the alterity has been exposed, the absolute inapplicability of preventive detention to the aforementioned group of women arises.

**Keywords:** Pre-trial detention, Woman, Children, Family, Alterity

## 1. Introducción

Esta presentación busca mostrar cómo los resultados de una investigación interdisciplinaria en la que se conjugan el derecho y la filosofía vienen a justificar la propuesta de inaplicabilidad de la prisión preventiva a mujeres embarazadas y a madres de niños en la primera infancia, entendida esta última, según lo hace el Comité de los Derechos del Niño (Comité DNiño), como el lapso que llega hasta los 8 años, período “esencial” para la realización de los derechos del niño<sup>3</sup>.

La particular atención que se le otorga al caso de las mujeres no solo responde a que, en esencia, este trabajo toma como base el que hemos presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) atendiendo a la solicitud de Opinión Consultiva formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad”, sino que también reconoce la especificidad que el caso de las mujeres en general, y de las madres en particular, representa para el mundo carcelario, estructura castrense ideada por y para la masculinidad, pero copiada y reproducida hasta en los uniformes, en su aplicación sobre los cuerpos de las mujeres. Sin embargo, jurídica y ontológicamente –sobre todo cuando se tenga en cuenta el interés superior de los niños– y dado que la falta de cualquiera de los progenitores representaría un daño en el infante y su crecimiento, la distinción entre padre y madre no vendría a representar un elemento a tener en cuenta. De tal modo, al no existir “un modelo único de familia”<sup>4</sup>, las presentes reflexiones alcanzan a diversas composiciones familiares, como, p.ej., las integradas por personas del mismo sexo. Si nuestra investigación pone dicha particular atención en el supuesto de las mujeres, es debido, además, a las condiciones extraordinarias en las que las internas atraviesan sus períodos de encierro, tal como nos lo presentó el trabajo etnográfico realizado. Esa diferencia que cada vez es ontológica y jurídicamente más difícil de establecer entre los varones y las mujeres, en las

<sup>3</sup> Comité DNiño (2005), párrs. 1, 4 y 6. Todos los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también son parte de la Convención sobre los Derechos del Niño (CD Niño).

<sup>4</sup> Corte IDH (2014a), Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 272.

realidades penitenciarias se traza sin dudas ni contemplaciones, para gobernar con idénticos esquemas a personas con necesidades muy diferentes.

La pregunta central de investigación fue la siguiente: ¿qué recursos normativos ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para evitar tanto la grave situación que padecen las mujeres en prisión preventiva embarazadas o madres de niños en la primera infancia, cuanto los igualmente graves efectos de ese encarcelamiento sobre ellas, y sobre su hijos y su familia? Esta pregunta desembocó en el desarrollo de dos indagaciones cualitativas paralelas.

La primera tuvo como objetivo analizar los aportes del Sistema Interamericano en torno de la prisión preventiva en general, y respecto de dichas mujeres en particular. Partió de la hipótesis de trabajo de que esos aportes proporcionaban elementos suficientes para justificar la prohibición de la prisión preventiva para el mencionado grupo de mujeres.

La segunda investigación, cuyo objetivo es estudiar la configuración y mantenimiento de los múltiples sistemas normativos de obediencia informal vigentes en las unidades penitenciarias, partió de la hipótesis de trabajo de la coexistencia en las prisiones de sistemas normativos independientes que regulan el uso de la violencia.

En ambas indagaciones el proceso de recolección de datos fue inductivo, mientras el de análisis de esos datos fue guiado por una perspectiva especialmente hermenéutica en la primera y etnometodológica en la segunda.

La estructura expositiva que seguiremos a partir de esta Introducción (1), continúa con Algunos estándares de derechos humanos en la materia (2), los cuales nos permitieron responder a la citada pregunta central y cumplimentar los objetivos de ambas indagaciones. Trataremos, entonces, como pasos de los antedichos estándares, los siguientes temas y problemas: Prisión preventiva (2.1), Interpretación evolutiva de las normas de derechos humanos (2.2), Perspectiva de la mujer embarazada o madre de niño(s) en la primera infancia (2.3), Perspectiva del hijo de la mujer embarazada y del hijo en la primera infancia. La familia (2.4), Derecho a la identidad, prohibición de la tortura y otros tratos..., y principio de intrascendencia (2.5), y Mirada antropológica y alteridad (2.6). Finalmente, volcamos los resultados de la investigación en las Conclusiones y Propuesta (3).

Es conveniente reiterar desde el comienzo que, aun cuando en esta oportunidad nos hemos orientado hacia la mujer, ello no descarta en manera alguna que aspectos, *inter alia*, como los que

estudiaremos en el punto 2.4, en cuanto atañen al hijo en la primera infancia y a la familia, trasciendan necesariamente la figura de la *madre* y se proyecten sobre el *padre* y la consiguiente prohibición de la prisión preventiva a su respecto.

## 2. Algunos estándares de derechos humanos en la materia

### 2.1. PRISIÓN PREVENTIVA

Es cuestión del todo esclarecida que la prisión preventiva tiene carácter necesariamente *excepcional*, puesto que la *regla general* debe ser la libertad del procesado, ya que este goza de un estado jurídico de inocencia que impone al Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada<sup>5</sup>. También lo es que, por estas mismas razones, la prisión preventiva solo proceda “cuando no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido”<sup>6</sup>, cuando se encuentre que otros medios “que impliquen un menor grado de injerencia en los derechos individuales, no son suficientes para satisfacer el fin procesal”<sup>7</sup>. Es la índole *absolutamente subsidiaria* de la prisión preventiva.

Estos aspectos, por lo demás, conforman un lugar común en la doctrina universal, como lo atestigua el quehacer de órganos tales como la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria...<sup>8</sup>.

Súmase a ello, por cierto, la especial y persistente preocupación que ha venido registrándose en el plano universal en orden a la mujer sometida a reclusión en general, y a prisión preventiva en particular. Un hito destacado al respecto lo constituyen 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*), aprobadas por la Asamblea General, ONU, en 2011 (resolución 65/229), cuyos considerandos formulan una prolongada enumeración de los numerosos antecedentes en la materia. También advierten que “las reclusas son uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos”, y “que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino, mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años”. Mas, conforme lo reconocen dichas *Reglas de*

<sup>5</sup> Corte IDH, *Rosadio Villavicencio vs. Perú* (2019a), párrs. 200 y 202.

<sup>6</sup> Ídem, *Argüelles y otros vs. Argentina* (2014c), párr. 120.

<sup>7</sup> Ídem, *Romero Feris vs. Argentina* (2019b), párr. 106.

<sup>8</sup> Vide Gialdino (1999), p. 667; (2014), p. 225.

*Bangkok*, no se había hecho “suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres”, con lo cual, ante el antedicho aumento en todo el mundo, “ha adquirido importancia y urgencia la necesidad de aportar más claridad a las consideraciones que deben aplicarse al tratamiento de las reclusas” (Observaciones preliminares, párr. 1). Recogían, así, estas *Reglas*, “las aspiraciones generales que a juicio de las Naciones Unidas se orientan a cumplir el objetivo común de mejorar la situación de las reclusas, sus hijos y sus colectividades” (ídem, párr. 11). Era asunto, de acuerdo con los considerandos de la citada resolución 65/229, “de dedicar mayor atención a la cuestión de las mujeres y niñas que se encuentran en prisión, incluidas cuestiones relativas a los hijos de las reclusas, con miras a identificar los aspectos y desafíos del problema en función del género y ocuparse de ellos”.

En tal sentido, destacamos dos de las *Reglas de Bangkok*. Por un lado, la 56, que, a modo de complemento de las reglas 84 a 93 de las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, expresa: “[l]as autoridades pertinentes reconocerán el riesgo especial de maltrato que afrontan las mujeres en prisión preventiva, y adoptarán las medidas adecuadas, de carácter normativo y práctico, para garantizar su seguridad en esa situación”. En punto a esto último, el *Comentario a las Reglas de Bangkok* expresa:

[l]as mujeres detenidas o que esperan su juicio tienen requerimientos específicos de seguridad, debido a su condición especialmente vulnerable. Las mujeres están en riesgo de abuso particularmente durante este período, cuando el abuso sexual u otras formas de violencia puede ser utilizado para extraerles su confesión. Por consiguiente, es vital que las autoridades penitenciarias desarrollen políticas y reglas cuyo propósito sea salvaguardar a las mujeres detenidas en prisión preventiva de la posibilidad de abuso.

Por el otro, la regla 57 que, bajo el intitulado “III. Medidas no privativas de la libertad”, prevé que

[l]as disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se *deberán* elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus *responsabilidades de cuidado de otras personas*<sup>9</sup>.

Previene la Open Society Foundations:

[E]l impacto de ser retenidas en prisión preventiva, incluso por períodos cortos de tiempo puede ser grave, particularmente si la detenida es la única cuidadora de los niños. Incluso un breve período en la cárcel puede tener consecuencias perjudiciales a largo plazo para los niños afectados y debe evitarse, a menos que sea inevitable, de conformidad con el artículo 9 (3) del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como con la Regla 6 de las Reglas de Tokio y el

<sup>9</sup>Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2009), ps. 43 y 18, itálicas agregadas.

Principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, que limitan el uso de la detención preventiva<sup>10</sup>.

Por último, las posteriores Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (*Reglas Mandela*), aprobadas por la Asamblea General, ONU (resolución 70/175, 17/12/2015), también dan cuenta del específico y diferenciado ámbito de protección que ameritan las madres privadas de la libertad (v.gr. reglas 11, 28, 45, 48, 81).

## 2.2. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS

El cuadro de insuficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres y madres que reconocen las *Reglas de Bangkok* y que acabamos de indicar (*supra* 2.1), más lo que añadiremos, conduce, entre otras múltiples y conocidas circunstancias, a dar lugar a la vocación expansiva de las normas de derechos humanos, los cuales, además de exigibles, son “progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuyente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no solo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su *potencialidad de crecimiento* [...] convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana”<sup>11</sup>.

Un tratado de derechos humanos debe ser interpretado y aplicado en “el marco del conjunto del sistema jurídico *vigente en el momento en que se practica la interpretación*”, “en el marco de la *evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo*”, habida cuenta de “*las transformaciones ocurridas*” con posterioridad a la adopción del instrumento; la exégesis, en breve, así como “no puede dejar de tomar en cuenta la *evolución posterior del derecho*”, debe “acompañar la *evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”. Nos hallamos ante una pauta de exégesis por medio de la cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “ha avanzado mucho” y “sustancialmente”. Resultan, las antedichas, doctrinas de la propia Corte IDH, la cual tiene añadido que no puede ignorarlas para el “fidel desempeño” de sus funciones<sup>12</sup>.

Cobran toda su entidad, en este orden de ideas, dos notas. Primero, no debe descartarse que la aparente imprecisión de las normas de un tratado de derechos humanos pueda resultar un medio deliberadamente escogido por los redactores para posibilitar la interpretación evolutiva de aquellas<sup>13</sup>.

<sup>10</sup>Open Society Foundations (2011), p. 11, la traducción es nuestra. Asimismo, Martín (2017), p. 11.

<sup>11</sup>Corte IDH (1984), Opinión Consultiva OC-4/84, voto del juez Piza Escalante, párr. 3, *itálicas agregadas*.

<sup>12</sup>Ídem: (1999), Opinión Consultiva OC-16/99, párrs. 113/114; vide: (2005b) *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 128; (2005a) *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, párr. 119 y las numerosas citas de su nota 126; (2007) *Bueno Alves vs. Argentina*, párr. 78. En todos los casos las *itálicas* son agregadas.

<sup>13</sup>Prebensen (2000), p. 1125, con referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Segundo y, quizás, decisivo: la CADH es un *instrumento vivo*<sup>14</sup>. Pero, añadiríamos, cuya vitalidad depende del aliento del Tribunal<sup>15</sup>. Y agreguemos, parafraseando a Ferrajoli, que el objeto que hoy nos mueve depende “no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo de la inercia de los aparatos y de la resistencia que siempre oponen las culturas conservadoras”<sup>16</sup>.

### 2.3. PERSPECTIVA DE LA MUJER EMBARAZADA O MADRE DE NIÑO(S) EN LA PRIMERA INFANCIA

La violencia contra la mujer, desde luego, “tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas”, y si bien estas secuelas “se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas”, regularmente sometidas al “completo control del poder de agentes del Estado”, ello alcanza un resultado aún más dañino y desquiciante, en el supuesto de detenidas “embarazadas”<sup>17</sup>. De ahí, “la atención especial” que el Estado debe deparar a “las mujeres privadas de libertad embarazadas y en lactancia durante su detención”<sup>18</sup>. La Convención de Belém do Pará reconoce expresamente la “situación de vulnerabilidad a la violencia” de la mujer embarazada o privada de la libertad (art. 9). Singular intersección que presenta la cuestión *sub examine*, cuando precisamente ese tratado

define la violencia contra la mujer y en su artículo 7 instituye deberes estatales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, que especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado respecto al cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención Americana, tales como los previstos en los artículos 4 y 5<sup>19</sup>.

Se yuxtaponen a lo anterior otras cuatro circunstancias mayores. Primero, desde el año 2000 el crecimiento del encarcelamiento de mujeres en las Américas, supera junto con Asia, al de cualquier otra región del mundo; en particular, en los últimos 15 años, la población carcelaria femenina en la región ha tenido un aumento del 51.6%<sup>20</sup>. Segundo, el uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas *más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembro de la Organización de los Estados Americanos* en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad<sup>21</sup>. Tercero, la generalizada, seria y persistente inobservancia del art. 5.2, CADH, para el cual toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su

<sup>14</sup> Corte IDH (1999), Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.

<sup>15</sup> Gialdino (2013), p. 447.

<sup>16</sup> Ferrajoli (1995), p. 560.

<sup>17</sup> Corte IDH (2006c), *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párrs. 313, 307 y 293. “La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres” (ídem, párr. 330). “[...] la Corte observa que no se brindó en todo momento protección especial a favor de [...] Sylvie Felizor, quien estaba embarazada, situaciones que acentuaron la vulneración a su integridad psico-física y moral [...]” (ídem [2012d], *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 110).

<sup>18</sup> Ídem (2012c), Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela, párr. 14.

<sup>19</sup> Ídem (2018c), *López Soto y otros vs. Venezuela*, párr. 124.

<sup>20</sup> Comisión IDH (2017), párr. 200.

<sup>21</sup> Ídem (2013), párr. 317.



dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal<sup>22</sup>, cuanto más si advertimos, por un lado, que “una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada”<sup>23</sup> y, por el otro, que “[e]n la absoluta mayoría de los países de la región las personas en prisión preventiva están expuestas a las mismas condiciones que las personas condenadas, y en ocasiones a un trato peor que éstas”<sup>24</sup>. Estos crudos menoscabos han sido comprobados por la Corte IDH en numerosas sentencias<sup>25</sup>; además, la han motivado para dictar reiteradas medidas provisionales<sup>26</sup>. Y cuarto: conforme lo expresa el CEJIL en *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay*, junto con otras organizaciones de la región, se evidencian rasgos comunes en el tratamiento de las mujeres en las cárceles de esos países: insuficiencia de las políticas sociales y penitenciarias, generalizado incumplimiento de estándares internacionales de protección de los derechos humanos, así como ausencia de perspectiva de género en la implementación de las mismas. La Corte IDH, en el ya citado *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, ha señalado que las condiciones de encierro adquieren una dimensión propia y hacen visible el *impacto diferencial* del encierro para las mujeres. La pena privativa de la libertad es en sí misma violenta, pero para las mujeres se convierte en un ámbito especialmente *discriminatorio y opresivo*<sup>27</sup>.

Recordemos, a su turno, que las mujeres “se ven afectadas en mayor medida por la pobreza y se encuentran en particular desventaja en el ejercicio tanto de sus derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales”, y “tienen cargas desproporcionadas de cuidado y crianza al interior de sus familias”<sup>28</sup>.

Por lo demás, es habitual el caso, como lo demuestran algunas investigaciones en Argentina, que las encarceladas encabezen familias monoparentales y ejerzan la jefatura del hogar. En este sentido, se advierte que 6 de cada 10 mujeres contaron que cuando fueron detenidas no convivían con un cónyuge o pareja, y un porcentaje mayor (63,5%) era, además, el principal sostén económico del hogar<sup>29</sup>. Estudios más amplios de la región, indican que entre el 70 y el 80% de las mujeres reclusas son madres y tienen un promedio de 3 hijos, destacándose la elevada cantidad de mujeres presas que son cabeza de familia monoparental –madres solteras– sobre quienes recae la responsabilidad de los hijos y el

<sup>22</sup> Corte IDH (2019c), *Hernández vs. Argentina*, párr. 56.

<sup>23</sup> Ídem (2009), *Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 122.

<sup>24</sup> Comisión IDH (2013), párr. 9.

<sup>25</sup> P.ej.: (2004), *Tibi vs. Ecuador*, párr. 152.

<sup>26</sup> V.gr.: (2020) *Vélez Loor vs. Panamá*; (2013) Asunto B respecto de El Salvador. Asimismo: supra nota 18.

<sup>27</sup> CEJIL (2008), p. 1.

<sup>28</sup> Comisión IDH (2017), párrs. 304 y 311.

<sup>29</sup> CELS – Ministerio Público de la Defensa de la Nación – Procuración Penitenciaria de la Nación (2011), p. 154.



mantenimiento de la unidad familiar. Las mujeres en prisión provienen de un entorno marginal y han experimentado múltiples formas de exclusión social anteriores a su encarcelamiento, al paso que los hallazgos dan soporte a la idea de que en buena medida las mujeres delincuentes no son violentas y no tienen una trayectoria criminal larga<sup>30</sup>.

#### 2.4. PERSPECTIVA DEL HIJO DE LA MUJER EMBARAZADA Y DEL HIJO EN LA PRIMERA INFANCIA. LA FAMILIA

Los Estados parte de la CD Niño, afirma el Comité DNiño, “deberán respetar la supremacía de padres y madres. Ello implica la obligación de no separar los niños de sus padres, a menos que ello vaya en el interés superior del niño (art. 9)”. Conclusión que se impone –acota– con inequívoco mayor peso respecto de niños en la primera infancia, que es el período de responsabilidades parentales más amplias (e intensas) en relación con todos los aspectos del bienestar del niño contemplados por dicha Convención<sup>31</sup>. “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”, aporta el Protocolo de San Salvador (art. 16).

En este campo, encuentra pleno y fecundo obrar uno de los *cuatro principios rectores* de la CD Niño, *i.e.*, el principio del “interés superior del niño”, en nuestro caso, asimismo, íntimamente vinculado con otro principio rector: “respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo”<sup>32</sup>.

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la “necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, 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”<sup>33</sup>. Se trata, por cierto, de un “principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños” y que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”<sup>34</sup>.

De ahí que

<sup>30</sup> Safranoff y Tiravassi (2017), pp. 7, 8 y 9. “[L]a tasa de crecimiento de la población femenina en prisión excede a la de los varones en un gran número de países” (idem, p. 4).

<sup>31</sup> Comité Derechos del Niño (2005), párrs. 18 y 20.

<sup>32</sup> Corte IDH (2018a), *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, párr. 155. Epstein (2021), p. 168.

<sup>33</sup> Ídem (2009c), *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 408.

<sup>34</sup> Ídem (2015), *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párr. 268.

específicamente con respecto a la vida familiar, las niñas y los niños tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia. En este sentido, las niñas y los niños deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal<sup>35</sup>.

Luego, “[e]n aras de la tutela efectiva del niño, 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 esta materia”<sup>36</sup>.

No huelga advertir que determinados agravios a los derechos humanos sufridos por las madres durante su prisión producen “particular afectación en [sus] niños”, lo cual incluso puede *presumirse*, v.gr., “respecto de los hijos de las internas que tenían menos de 18 años de edad”<sup>37</sup>.

Protección del niño y, ciertamente, como lo hemos anticipado, protección de la familia, “elemento natural y fundamental de la sociedad” que “debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (CADH, art. 17.1), desde el momento en que este último, “como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”<sup>38</sup>. Las decisiones que se adoptan

respecto de las mujeres detenidas pueden tener un notable impacto en la unidad o en la separación de sus familias y, en consecuencia, en el ejercicio de este derecho por parte de las niñas y niños potencialmente afectados [...] el encarcelamiento de las madres suele derivar en la pérdida de todo contacto con ellas, y con frecuencia también produce el desmembramiento del grupo familiar (la pérdida de contacto entre hermanas, hermanos y otros familiares). Por este motivo, se busca garantizar que permanezcan con sus madres fuera de las prisiones mediante la concesión de medidas alternativas al encierro carcelario<sup>39</sup>.

Adiciónese que la protección de la vida privada y familiar está nítidamente prevista en la CADH (art. 11.2), y que, v.gr., Estrasburgo tiene juzgado a la luz de un precepto similar (Convención Europea de Derechos Humanos, art. 8), que dicha protección es parte esencial de los derechos del recluso, y que las autoridades han de tomar en consideración, en cuanto a la familia, los intereses de aquel y los de

<sup>35</sup> Ídem (2018b), *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, párr. 151.

<sup>36</sup> Ídem (2002), *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 65.

<sup>37</sup> Ídem (2006c), *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 341.

<sup>38</sup> Ídem (2009a), *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 190. En la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”, ídem (2012a), *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 142.

<sup>39</sup> Defensoría General de la Nación (2015), p. 42.

esta<sup>40</sup>. De su lado, la Corte IDH “ha entendido que entre las más severas injerencias que el Estado puede realizar en contra de la familia están aquellas acciones que resultan en su separación o fraccionamiento. Dicha situación recubre especial gravedad cuando en dicha separación se afectan derechos de niños, niñas y adolescentes”<sup>41</sup>. Obsérvese, asimismo, que los derechos protegidos en los arts. 11.2 y 17.1, CADH, “protegen directamente la vida familiar de manera complementaria. Es así que injerencias arbitrarias en la vida familiar protegidas por el artículo 11.2, pueden impactar negativamente al núcleo familiar y atentar contra la garantía del artículo 17.1”<sup>42</sup>.

De las normas contenidas en la CD Niño, las cuales integran el *corpus iuris* de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, “debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos”<sup>43</sup>.

No olvidemos que

[e]l objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, *imperioso* [...] En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la [CD Niño] establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el art. 19, CADH, prescribe que debe recibir ‘medidas especiales de protección’<sup>44</sup>.

En 2011, el Comité DNiño dedicó su día de debate general al tema “Hijos e hijas de padres encarcelados”. Durante las discusiones, se reconoció que las y los niños pequeños son las *primeras víctimas* del encarcelamiento de sus padres, pese a que el art. 2.2, CD Niño, ordena a los Estados “adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres [...]”. La vicepresidenta del Comité consideró que la falta de datos y métodos para comprender la amplitud de los problemas que enfrentan las hijas e hijos de padres presos demuestra que ellos constituyen un grupo *olvidado*, y que sus problemas rara vez se tienen en cuenta durante los procedimientos penales en los que, por el contrario, se pone énfasis en la determinación de la culpabilidad o de la inocencia individual y en la sanción de quienes infringen la ley. Con posterioridad, el mismo Comité, en su *Observación general N.º 14* (párr. 69), se pronunció en favor de la aplicación de métodos alternativos a la prisión en los casos de personas con responsabilidades

<sup>40</sup> (2017b) *Polyakova and Others v. Russia*, párr. 81.

<sup>41</sup> (2019d), *López y otros vs. Argentina*, párr. 99.

<sup>42</sup> *Ídem*, párr. 96.

<sup>43</sup> *Ídem* (2014b), *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, párr. 107.

<sup>44</sup> *Ídem* (2012a), *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 108, *itálica agregada*.

familiares<sup>45</sup>. Téngase presente que, en palabras de la Comisión IDH, las normativas que excluyen la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva en razón de la gravedad del acto o de la expectativa de la pena, resultan contrarias a los estándares de aplicación en la materia<sup>46</sup>. Y valga memorar que “tanto la Convención Americana como la [CD Niño] 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”<sup>47</sup>.

Por cierto que existen en la región sistemas jurídicos nacionales que permiten que las madres sometidas a prisión preventiva puedan escoger internarse juntamente con sus hijos menores. Empero, según lo asevera el Experto Independiente encargado de dirigir el estudio mundial sobre los niños privados de libertad, Manfred Nowak, a estos últimos niños “se les priva de su libertad *de facto*”, y “[p]rivar de libertad a los niños significa privarlos de su infancia”<sup>48</sup>.

La Corte EDH, en *Korneykova and Korneykov v. Ukraine*, tuvo oportunidad de expresar:

[c]omo se reconoce en los documentos internacionales aplicables, en particular en los estándares del Comité para la Prevención de la Tortura y Tratos o Penas Inhumanos o Degradante (CPT), es particularmente problemático determinar si debe ser posible que los bebés y los niños pequeños permanezcan en prisión con sus madres. El CPT ha observado a este respecto que ‘esta es una pregunta difícil de responder, dado que, por una parte, las prisiones claramente no proporcionan un entorno adecuado para los bebés y los niños pequeños, mientras que, por otra parte, la separación forzosa de las madres de los bebés es altamente indeseable... En opinión del CPT, el principio rector en todos los casos debe ser el bienestar del niño’ [...] Asimismo, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las mujeres reclusas establecen que ‘las decisiones de permitir que los niños permanezcan con sus madres en prisión se basarán en el interés superior de los niños’ [...] El principio de protección del interés superior del niño también ha sido consagrado en la jurisprudencia de esta Corte, cuando los niños se han visto afectados [...]”<sup>49</sup>.

Principio este, subrayamos, que debe constituir la consideración principal, cuanto más que “existe un amplio consenso, incluso en el derecho internacional, en torno de la idea de que en toda decisión concerniente a los niños, debe primar su interés superior”<sup>50</sup>.

El art. 30, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990, requiere que los Estados garanticen que una madre no pueda ser encarcelada con su hijo, y promuevan “medidas

<sup>45</sup> Vide Defensoría General de la Nación (2015), p. 36.

<sup>46</sup> (2017a), p. 11.

<sup>47</sup> Corte IDH (2012b), *Fornerón e hija vs. Argentina*, párr. 137.

<sup>48</sup> Nowak (2019), párrs. 49 y 3. “La privación de libertad implica la privación de derechos, representación, visibilidad, oportunidades y amor” (ídem, párr. 3).

<sup>49</sup> (2016), párr. 129, la traducción es nuestra.

<sup>50</sup> Corte EDH (2013), párr. 96, la traducción es nuestra.

alternativas al internamiento institucional para el tratamiento de dichas madres” (art. 30). A su turno, M. Nowak memora que, de una manera similar y más neutral desde el punto de vista del género, el antedicho párrafo 69 de la *Observación general N.º 14*, Comité DNiño,

prevé que, ‘cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados’. De ello se desprende –continúa– que los niños afectados serán tratados como titulares de derechos y no meramente como víctimas circunstanciales del enfrentamiento de su cuidador con el sistema de justicia penal, que la privación de libertad de los cuidadores principales debe evitarse en la mayor medida posible y que el equilibrio entre los distintos intereses debe decidirse caso por caso [...].

Concluye Nowak, entre sus recomendaciones:

[e]n todas las cuestiones relacionadas con las actuaciones penales que afectan a los cuidadores principales de niños de corta edad, por lo general las madres, es esencial garantizar el reconocimiento de los niños como titulares de derechos. Cuando la privación de libertad del cuidador principal en el sistema de justicia penal pueda redundar en la privación de libertad *de facto* de un niño, los Estados deberían aplicar el principio del interés superior del niño en todas las decisiones pertinentes [...] Cuando el cuidador principal de un niño de corta edad sea declarado culpable de un delito penal, los jueces deben dar prioridad a las soluciones no privativas de la libertad<sup>51</sup>.

Y si esto es así, acotemos, para el caso de las mujeres condenadas, con mayor razón se impone en el supuesto de las sometidas a prisión preventiva, que gozan del derecho a la presunción de inocencia que “acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”<sup>52</sup>.

Es del caso subrayar, y con doble trazo, que la *ratio* que propiciamos refleja la doctrina de la Corte IDH expuesta en *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*:

‘[e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas’. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y *obliga* a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un *deber estatal* correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener

<sup>51</sup> Nowak (2019), párrs. 51 y 114- 115.

<sup>52</sup> Corte IDH (2011c), *López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 128.

el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia<sup>53</sup>.

Todo lo cual, por lo pronto, se corresponde sustancialmente con otros antecedentes del Tribunal: “[e]n lo que se refiere al derecho a la protección de la familia del niño, reconocido en el artículo 17 [CADH], esta Corte ha destacado que el mismo conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, conforme al artículo 19 de la Convención, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”. Por ende, la separación de niños de su familia podría “afectar su derecho a la integridad personal [art. 5.1, CADH] en la medida que puede poner en riesgo su desarrollo”, cuando no constituir, bajo ciertas condiciones, “una violación del [...] derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”<sup>54</sup>.

Lo hasta aquí expresado relativamente al interés superior del niño y la protección de la familia, así como las referencias que venimos de formular sobre los *padres* del niño nos hacen ver, aun cuando el punto, según lo anticipado en la *introducción*, excede nuestro objeto de estudio, que análogas consideraciones deberíamos formular para el supuesto del *padre*. En alguna medida y dejando en claro, entre otras diferencias, que concierne al cumplimiento de la pena, el punto se vincula con el debate a que dio lugar en Argentina la ley 26.472 (2009) en cuanto, al modificar el Código Penal y la Ley de ejecución de la pena privativa de libertad, prescribió que el juez podía “disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria [...] f) A la *madre* de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo” (art. 1, *itálica agregada*). Si bien las decisiones de las Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal resultaron encontradas, compartimos el criterio de las que juzgaron que la exclusión del padre configuraba un agravio al principio de igualdad, al interés superior del niño y a la protección de la familia<sup>55</sup>. Anotamos, asimismo, que el arriba citado párr. 69, Observación general N.º 14, Comité DNiño, remite expresamente a las “Recomendaciones del día de debate general sobre los hijos de padres encarcelados”, las cuales, aseveran: “[e]l Comité reitera la obligación de los Estados partes en virtud de la Convención de respetar el derecho del niño que está

<sup>53</sup> (2014a), Opinión Consultiva OC-21/14, párr. § 158, citas omitidas e *itálicas agregadas*.

<sup>54</sup> (2011b), L.M. respecto de Paraguay, párr. 14.

<sup>55</sup> Dias (2013).

separado de uno o ambos padres [one or both parents] a mantener relaciones y contacto directo con ambos padres [both parents] de forma regular, salvo que sea contrario al interés superior del niño”<sup>56</sup>.

Es asaz elocuente la Corte IDH en *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cuando al censurar las decisiones nacionales afirmó:

los estereotipos sobre la distribución de roles parentales no solo se basaron en una idea preconcebida sobre el rol de la madre, sino también en un estereotipo machista sobre el rol del padre que asignó nulo valor al afecto y cuidado que el señor Tobar Fajardo podía ofrecer a Osmín Tobar Ramírez como su padre. De esta manera, se privó al señor Tobar Fajardo de sus derechos parentales, en cierta medida presumiendo e insinuando que un padre no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para bri[n]dar cuidado y protección a sus hijos (2018b, § 298).

*Ratio* esta tan terminante como la que ya había hecho explícita en *Fornerón e hija vs. Argentina*: “[u]na 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” (2012, § 111). El punto, por lo demás, nos hace recordar a la Gran Sala, Corte EDH, en *Konstantin Markin c. Russie*:

[...] los estereotipos ligados al sexo, como la idea de que son más bien las mujeres las que cuidan de los niños y más bien los hombres los que trabajan para ganar dinero, no pueden considerarse por sí mismos como una justificación suficiente para la diferencia de trato en cuestión, como tampoco pueden serlo de estereotipos similares basados en la raza, el origen, el color o la orientación sexual (2012, § 143, la traducción es nuestra).

## 2.5. DERECHO A LA IDENTIDAD, PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS... Y PRINCIPIO DE INTRASCENDENCIA

No ha de desecharse que el presente *thema* ponga en juego al art. 8, CD Niño, pues

[l]a identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez<sup>57</sup>.

Párese mientes, a la par, que en los supuestos de reclusas con hijas o hijos menores de edad u otras personas a su cargo, es preciso considerar, entre otras cuestiones que ya hemos tratado, el impacto del encierro carcelario en su integridad psíquica y moral, dadas las serias secuelas que suele acarrear la

<sup>56</sup> Comité Derechos del Niño (2011), párr. 35 c/cita del art. 9.3, CD Niño (la traducción es nuestra).

<sup>57</sup> Corte IDH (2012b), *Fornerón e hija vs. Argentina*, párr. 123. “[...] tratándose de niños, niñas y adolescentes, con base en lo dispuesto en el artículo 8 de la [CD Niño], el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a las relaciones de familia”, ídem (2011b), L.M. respecto de Paraguay, párr. 15.



prisionización para ellas y para su grupo familiar. En tales condiciones, la pena carcelaria podría configurar un trato cruel e inhumano<sup>58</sup>. Máxime cuando “[e]n lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2 [CADH] establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable”<sup>59</sup>. Vulneraciones que, procede insistir, atañen tanto a la integridad física, como a la psíquica y moral<sup>60</sup>. ¿Acaso el Tribunal (i) no se ha hecho eco de las consecuencias negativas producidas en los hijos y en la pareja, v.gr., por no haber contado “con la cercanía de la figura paterna” durante la detención de esta última<sup>61</sup>, y (ii) juzgado que “[l]a sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes”<sup>62</sup>.

Así, retomando *Korneykova and Korneykov*, es oportuno señalar que Estrasburgo entendió que, en orden a las condiciones materiales de detención y sus consecuencias acumuladas, la malnutrición de la madre y el material sanitario y de higiene inadecuado para ella y el recién nacido, y la insuficiencia de los paseos en el exterior, tuvieron intensidad como para producir en la madre sufrimientos físicos y psíquicos constitutivos de un trato inhumano y degradante respecto de aquella y de su hijo<sup>63</sup>.

El punto *sub examine* tampoco es ajeno al requerimiento de que la pena debe recaer sobre el penado exclusivamente (art. 5.3, CADH). Empero como es inevitable que sus efectos se extiendan a terceros inocentes (v.gr. parientes), el derecho penal debe cuidar que esta trascendencia se reduzca al mínimo posible (principio de intrascendencia)<sup>64</sup>. Así ocurre respecto de los hijos e hijas de personas encarceladas, para quienes las consecuencias de crecer lejos de sus progenitores, de visitarlos en el ámbito de la cárcel y de ser “institucionalizados” pueden ser irreparables<sup>65</sup>. Según lo destacan para 2011 algunos autores, “muchas investigaciones han señalado el impacto del encierro en los niños indicando que provoca deterioros irreversibles ya que a diferencia del adulto, no tiene un efecto regresivo sino directamente impeditivo del sano desarrollo de la psiquis del individuo en sus primeros años”<sup>66</sup>.

<sup>58</sup> Defensoría General de la Nación (2015), p. 30.

<sup>59</sup> Corte IDH (2006b), *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, párr. 85.

<sup>60</sup> Ídem (2005d), *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, párr. 229. “La prohibición enunciada en el artículo 7 [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral” (Comité de Derechos Humanos [1992], párr. 5).

<sup>61</sup> Corte IDH (2006a), *López Álvarez vs. Honduras*, párr. 116.

<sup>62</sup> Ídem (1997), *Suárez Rosero vs. Ecuador*, párr. 91.

<sup>63</sup> Corte EDH (2016), párrs. 140-148.

<sup>64</sup> Zaffaroni (2009), p. 11.

<sup>65</sup> Defensoría General de la Nación (2015), p. 37.

<sup>66</sup> Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal (s/f), ps. 14-15.

Ya en el siglo XIX Concepción Arenal proclamaba:

[c]uando se lleva a la cárcel a una mujer que lacta a su hijo, siendo la medida necesaria, es una necesidad bien terrible, si no es una injusticia muy clara, y el abuso de la prisión preventiva nunca aparece tan cruel. Culpable o no la madre, el niño es de cierto inocente, y tal vez enferme o sucumba por la privación de libertad de la que le dio el ser. Toda la conmiseración que inspire, todo el interés que despierte, toda la solicitud y cuidados que con él se empleen, le son debidos, y aun con ellos ¡ay! saldrá hartamente penado quien no tiene culpa<sup>67</sup>.

En marzo de 2018 la Comisión IDH “saludó” la decisión en materia de prisión preventiva –dictada por la Segunda Cámara del Supremo Tribunal Federal de Brasil el mes anterior– que promueve la incorporación de una perspectiva de género y enfoques diferenciados. Este precedente concede arresto domiciliario a las mujeres y a las adolescentes en prisión preventiva embarazadas, con hijos o hijas de hasta 12 años de edad, o que estuvieren a cargo de personas con discapacidad. De igual forma, la decisión determina que, al momento de la detención, toda mujer y adolescente debe ser examinada para verificar si está embarazada, y en consecuencia, determinar la aplicación del arresto domiciliario de forma inmediata. También “saludó” esta decisión por el impacto positivo que tiene sobre los derechos de la niñez en Brasil, dado que los niños y las niñas de madres encarceladas tienen el mismo derecho que los y las demás a crecer y a ser cuidados en un entorno seguro y favorable para su desarrollo. En la práctica, las condiciones de las prisiones implican que estos niños y niñas no tengan las mismas oportunidades para gozar de un desarrollo integral, exponiéndose así a graves efectos negativos en el disfrute de sus derechos, con impactos en su desarrollo integral y en su bienestar. Por ende, reconoció que dicho pronunciamiento “haya integrado el principio del interés superior del niño al evaluar la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad”<sup>68</sup>.

Quede a salvo, conforme los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, elaborados por la Comisión IDH, que “[n]o serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes [...]”<sup>69</sup>.

La propuesta generada a partir de los datos (*infra* 3), al modo de lo que hemos adelantado respecto de *Korneykova and Korneykov*, significaría un buen esfuerzo para incluir la perspectiva de género en los razonamientos jurídicos<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Arenal (1877), parte I, cap. VIII. Asimismo, Minson (2020); Cadoni, Sánchez, y Tuñón (2021).

<sup>68</sup> Comisión IDH (2018), Reis Junior, Silva Cohn y Baretta (2021), p. 200.

<sup>69</sup> Comisión IDH (2008), principio II.

<sup>70</sup> Ciuffoletti (2020), introduction.

Es de precisar que, al introducir el Estado en el ordenamiento jurídico el instituto de la prisión preventiva (evento que la CADH no exige ni estimula<sup>71</sup>) quedan incorporadas, *ipso iure*, las medidas alternativas. Adoptar medidas para garantizar los derechos convencionales, por otro lado, deriva de la obligación general que asumió el Estado frente a la CADH (arts. 1.1 y 2). Dicho esto, en la inteligencia de que, si no fuese dictada la preceptiva legal interna, o esta resultara insuficiente o inadecuada, serán los jueces los llamados a sanear estas faltas o lagunas. Las sentencias judiciales, después de todo, son una de las tantas medidas o medios por vía de las cuales los Estados pueden satisfacer los compromisos internacionales<sup>72</sup>. Así lo reafirman Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller: “el respeto y observancia a lo dispuesto por el artículo 2º del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo adoptar estas medidas otras ramas del Estado, como son los poderes Ejecutivo o Judicial o inclusive los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales”<sup>73</sup>. Sobre todo que en “un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”<sup>74</sup>. El sistema mismo de la CADH está dirigido a “reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”<sup>75</sup>. Por lo demás, la prohibición de estos arbitrios sería inválida, pues implicaría una suerte de prisión preventiva obligatoria<sup>76</sup>. Considérese que

[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana [...] y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>77</sup>.

No es casual, por ende, que el Comité contra la Tortura, haya expresado, p. ej., que el Estado parte debe: a. “[r]eforzar la capacitación de los magistrados, los jueces, los prefectos, los subprefectos y los abogados sobre el principio de presunción de inocencia, lo que reducirá la incidencia de la prisión preventiva”<sup>78</sup>, y b. “[p]romover activamente, en el ministerio público y entre los jueces, el uso de

<sup>71</sup> “Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (CADH, art. 7.5, *itálica agregada*). Asimismo: “[e]l criterio de legalidad, previsto en el artículo 30 de la Convención Americana, establece que cualquier medida restrictiva de un derecho debe estar prevista en la ley” Corte IDH (2019d), *López y otros vs. Argentina*, § 123.

<sup>72</sup> Gialdino (2013), p. 565.

<sup>73</sup> (2014), p. 78.

<sup>74</sup> Corte IDH (2005c), *Acosta Calderón vs. Ecuador*, párr. 76.

<sup>75</sup> Ídem (1986), Opinión Consultiva OC-7/86, párr. 24.

<sup>76</sup> Corte IDH (2006a), *López Álvarez vs. Honduras*, párr. 81. Corte EDH (2001), *Ilijkov v. Bulgaria*, párr. 84.

<sup>77</sup> Corte IDH (2011a), *Gelman vs. Uruguay*, párr. 193.

<sup>78</sup> (2012), párr. 12.c.

alternativas a la prisión preventiva, de conformidad con las [Reglas de Tokio]<sup>79</sup>. En materia de prisión preventiva, enseña Nogueira Alcalá, “debe armonizarse en la mejor forma posible con las disposiciones del derecho convencional internacional, buscando respetar los enunciados normativos y su objeto y fin, con el objeto de evitar incurrir en responsabilidad internacional”<sup>80</sup>.

Señalemos, por último, que, incluso reunidos los exigentes recaudos que justificarían la prisión preventiva, en la elección por el juez de la medida alternativa a esta última, igualmente se impondrá el deber de motivar y razonar suficientemente la necesidad y proporcionalidad de la escogida, por vía de un análisis escalonado y gradual que conduzca a aplicar la menos gravosa.

## 2.6. MIRADA ANTROPOLÓGICA Y ALTERIDAD

Las consideraciones avanzadas hasta aquí han intentado mostrar el andamiaje jurídico sobre el que pueden apoyarse con solidez nuestros reparos sobre la prisión preventiva respecto de mujeres embarazadas y de madres y padres de niños en la primera infancia. Esto implica que nos mantuvimos en un nivel abstracto, que no aludía particularmente a ningún caso. La presencia de nombres propios encuentra su justificación en aquellos fallos emblemáticos, y si hemos hablado, v.gr., de Suárez Rosero, de Tibi, de Korneykova y Korneykov; si estos apellidos de personas concretas han logrado incorporarse al lenguaje jurídico en el que se producen y reproducen los derechos humanos, es debido, podríamos decir, a la voluntad de hacer que no haya *nunca más* un Suárez Rosero, un Tibi, un Korneykova ni un Korneykov, que ninguna otra persona particular, ni sus hijos, tengan que atravesar sus mismos calvarios.

La solidez de la condena que reciben los Estados al atentar contra derechos humanos tan elementales como los de esos casos conlleva, sin embargo, un componente de indeleble amargura: aunque sea hecha, la justicia llegará tarde, una vez el hecho acontecido y el sufrimiento padecido.

A este carácter puede responder la necesidad de aportar, al lenguaje jurídico, la singularidad de las perspectivas particulares, aun *antes* de que se violen sus derechos humanos, para que de esta manera el derecho pueda incluso pensarse como una herramienta que actúe *a priori*: antes de los hechos, que en el caso de las violaciones de derechos humanos conllevarán siempre dolor y miserias humanas.

---

<sup>79</sup> (2014), párr. 17.c.

<sup>80</sup> Nogueira (2005), 2.2.1.1.1.

Si de lo que se trata es de proteger, no en abstracto, sino en lo concreto de cada vida humana, deberemos esforzarnos para garantizarle a nuestro dispositivo jurídico una estructura porosa, mediante la cual las individualidades irreductibles y capilares puedan irrigar con su alteridad ese discurso que se yergue para protegerlas, aun desconociéndolas.

Cuando los Estados se comprometen no solo a reparar, sino fundamentalmente a garantizar y prevenir las violaciones de derechos humanos, lo que termina estando en juego es también la fundamentación sobre la que se yergue la institución del Derecho, que ya no podrá satisfacerse con llegar para hacer justicia frente a un hecho acontecido, sino que deberá comprometerse con una escucha atenta, diaria y ordinaria, en sentido de habitual, respecto de las personas *particulares* que puedan encontrarse en situaciones de vulnerabilidad. Con un poco de suerte, actuando de ese modo, los apellidos de esas personas nunca tendrán que trascender como querellantes contra un Estado, porque se habría llegado a tiempo, y se habría impedido una violación de derechos que, por más que pueda ser reparada, será siempre mejor que sea evitada.

A esto se debe que a continuación nos permitamos citar fragmentos de entrevistas a mujeres que han vivido, o están atravesando, situaciones de encierro. Estas fuentes orales y particulares serán expuestas tal como se nos presentaron en nuestro proyecto de investigación cualitativa, que en el marco institucional de Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CEIL-CONICET, Argentina), estamos desarrollando en unidades penitenciarias del Argentina para estudiar los sistemas normativos de obediencia informal recurriendo a distintas estrategias de recolección de datos y a una perspectiva interdisciplinaria<sup>81</sup>. El espíritu que anima a recurrir a esas voces no solo intenta permitir que las vivencias de las personas que atraviesan las experiencias sobre las que se pronuncia el Derecho puedan contribuir a la construcción de un lenguaje jurídico que busque protegerlas, sino más específicamente que ese lenguaje pueda *adecuarse* a esas trayectorias, para así poder proteger de la mejor manera, esto es previniendo.

Excede los propósitos de la presente repetir uno de los *leitmotiv* que acompañan todas las observaciones sobre las condiciones de encierro de las mujeres, que se encuentran dentro de una estructura castrense diseñada por y para hombres; solo señalaremos al pasar que, si una estructura no se muestra siquiera funcional para adaptarse a las necesidades de las mujeres, mucho menos podrá hacerlo respecto de las de las madres. Como nos lo señalaba Sami, privada de su libertad en la Alcaldía de XX (5/11/2019): “cuando les conviene, como con el tema de la seguridad y el trato, nos comparan con

---

<sup>81</sup> Gialdino (2017), (2018) y (2021).

*los masculinos, cuando no les conviene, como con las comodidades y las posibilidades de hacer cursos, estudios o deportes, o ir a sanidad, no”.*

Preciso es mencionar, aunque más no sea de paso, que el acceso a la salud es históricamente una falta que se repite sin cesar en las trayectorias de las personas encarceladas, lo que no puede menos que evidenciar que, dentro de una estructura en la que *“si te duele la garganta, te dan un supositorio”* (Leona, Alcaldía de XX, 5/11/2019), y que por ende no puede satisfacer ni las necesidades sanitarias y médicas básicas de las internas, mucho menos podrá hacerlo respecto de las derivadas de sus procesos de gestación, parto, y cuidados de sus hijos. Así lo expone Melina, desde la triste experiencia que le aportaron 21 años de encierro:

Mira, el tema de salud, hay un montón de mujeres acá que están padeciendo un montón de enfermedades. Bueno, ahora hay gente con Covid19, pero están aisladas. Eso no lo sacan a la luz. Ellos no llaman al juzgado y nos informan; o nos informan y el juzgado hace la vista gorda. Acá hay un montón de mujeres mayores que necesitan remedios. Tengo una chica acá al lado que tiene 250 mil pastillas porque está mal del corazón. Ni cabida le dan. Tengo acá en mi celda una –o sea en la celda en la que yo estoy conviviendo– mi compañera que sufre diabetes, etcétera. No tienen ningún tipo de control por parte de sanidad. Sanidad se lava las manos [...] Sanidad te deja morir. Somos un número [...] nos merecemos tener una vida digna ¿Me entendés? Que cada enfermedad o cada cosa que nos pasa que ellos estén ahí para ayudarnos. Y no está esa ayuda. Sin ir más lejos mirá, yo también estoy [...] me agarró un tbc (tuberculosis) acá. Me volvió a agarrar. Me hicieron un lavaje de bronquios. Y etcétera etcétera. Necesito el patito [aerosol para inhalaciones terapéuticas de las personas con asma] voy hablo y todo y, preguntale si le importa a ellos. A ellos no les importa nada. A ellos les importa la vida de ellos y nosotros ya te dije, somos un número más acá. Por lo cual ellos cobran por nosotros. Se murió, se murió. Ya está” (José L. Suárez, Unidad Penitenciaria XX, 6/6/2020).

Desde otro lado, no puede obviarse el hecho de que la institución carcelaria, al aislar en el encierro a las personas, no puede menos que reforzar los procesos de marginalización, estigmatización y descomposición de la enorme mayoría de los lazos sociales de sus internos e internas, lo que termina repercutiendo, antes que nada, en la propia casa, en la propia familia. Es al respecto elocuente Nélida: *“ahí, bueno, me puse a vender droga porque yo quería que no le falte nada a mis hijos. Bueno, entonces, ahí, con 34 años caí presa. Me dieron cuatro años (...) en ese entonces mi marido se había quedado sin trabajo, entonces yo empecé a vender droga. Que no le falte nada a mis hijos (...) es que yo nunca me separé de mis hijos. Es la primera vez”* (San Martín, 8/7/2020). El intento desesperado de una madre por satisfacer las necesidades de sus hijos encuentra, tal como lo ilustra esta historia, no solamente el castigo del Estado, sino principalmente la frustración de sus objetivos; en ese momento, no solo sus hijos siguen sin tener nada, sino que para más han perdido a su madre.

Por su parte, para la mujer que, además de la libertad ve alejarse a sus hijos, cuesta creer que exista una situación de mayor pérdida y desesperación, sentimientos todos que atentan irremediabilmente contra la socialización y los objetivos que dicen perseguir las institucionalizaciones forzadas en unidades penitenciarias.

Perdí todo, todo. Entonces mi mamá perdió a su hija, se aferra a mis hijos. Los cría a mis hijos. Una crianza de antes, que era con cinto, golpes, no sé. Y bueno, le inculcaron a mis hijos, ustedes no me van a salir como me salió tu mamá. No van a salir como salieron sus padres. Y nada, y así fueron creciendo mis hijos, le inculcaron eso en la cabeza. Ellos fueron a vivir con su abuela: y bueno, después cuando a mi mamá me saca de ahí, yo me daba la cabeza contra la pared. Y quería hacer justicia, implantar justicia. Dije, esto no va a quedar así. Y salí con mucho, mucho, mucho odio (Nacha, Tristán Suárez, 22/3/2020).

Nacha nos ha ofrecido también uno de los testimonios más elocuentes para abordar nuestro problema:

Ahí, en ese dolor, tuve a mi hijo. Estaba embarazada. Inyectada para matarme a mí y a mi hijo. Cuando estaba con la panza, tuve a mi hijo en el penal. Tumberito. Se llama [XX] significa hijo bendecido por dios. ¿Por qué? porque era un feto deformado de las palizas y las inyecciones que me daban para que esa panza no crezca. Era un feto. He, me moría. Me moría y en la ocho vieja [Unidad Penitenciaria 8 Femenina de Los Hornos, Servicio Penitenciario Bonaerense] cuando estaba de ocho meses, por ahí, pensé que iba a dar a luz y, mi hijo nació con problemas neurológicos, infección en los pulmones, infección en los riñones, atraso madurativo. Nació con una cabeza gigante. El cuerpito era un palito de fósforo. Nació con un brazo, el otro brazo no iba a nacer. Nació con una piernita corta, la otra pierna larga. Y, el doctor dijo que no nos íbamos a salvar ninguno de los dos.

En estas palabras se esconde un hecho lingüístico particularmente relevante. “Tumberito” le dice la madre a su hijo, porque ha dado a luz en la cárcel, institución a la que vulgarmente las personas encarceladas en Argentina consideran “la tumba”. Resultaría imposible inventarse un recurso retórico tan sugestivo como el que Nacha nos ofrece trayendo vida en medio del imperio de la muerte: la tumba.

Cualquiera que vea a mi hijo hoy, tiene 24 años, me van a decir, no te puedo creer lo que me estás relatando de tu hijo. La historia clínica que cómo nació tu hijo. Esa vida que yo, eso que me hicieron en la ocho vieja. Fue muy triste, pero hoy, mi hijo, lo puedo contar. [XX] hijo nacido por Dios. Nació un tumberito. En ese dolor, bueno, nada, este es mi relato que te puedo contar... es, sin palabras.

Un “hijo nacido por Dios” en medio de un cementerio, en medio del dolor, de ahí su apodo. Sin embargo, la criatura recibió también otro nombre, y uno que evoca su carácter de estar “bendecido por Dios”. Cabría entonces preguntarse si la fe conmovedora de su madre no habría merecido también una bendición, aunque menos divina, más urgente, y si sus penas, antes que alcanzar esa dimensión teológica en la que buscan esperanza y consuelo, no hubiesen merecido encontrarse, antes, con estructuras humanas más jurídicas que espirituales. Es conmovedor que una madre y su “Tumberito”



puedan encontrar refugio en la narrativa divina, pero eso no tiene que hacernos olvidar que todos sus dolores podrían haber encontrado solución, consuelo e, incluso, llegar a ser evitados, por otras personas.

La prisión preventiva en general resulta, después de todo, no extraña a un manifiesto contrasentido: “privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad”<sup>82</sup>, “castigar para saber si se puede castigar”<sup>83</sup>. Solo que, para nuestras reflexiones, las privaciones o castigos corren por partida doble, al menos, e incluyen a madres y a niños y personas por nacer.

Asimismo, la justificación de dicha prisión traduce un intento de “cuadrar el círculo”<sup>84</sup>.

### 3. Conclusiones y Propuesta

En suma, hemos expuesto las múltiples normas, fundamentos jurídicos y jurisprudenciales relativos al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, especialmente, a la CADH, vinculados tanto con los derechos y libertades que asisten a las mujeres embarazadas, a las madres de niños en la primera infancia, a estos últimos y a la familia –proyectables estas últimas consideraciones a la figura del padre– cuanto con las correspondientes obligaciones de los Estados, amén del cuadro fáctico de la región, subrayado por la directa voz de sus protagonistas, cuando no víctimas. Todo ello, a nuestro juicio, es de entidad suficiente para concluir en la necesidad actual e imperiosa de considerar que a dichas mujeres y madres les es absolutamente inaplicable el instituto de la prisión preventiva, por lo cual, las excepcionalísimas circunstancias y exclusivos propósitos que la justificarían solo podrían originar la adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad, guardado, por cierto, el recaudo de proporcionalidad de la escogida.

[E]l reto actual para todo penalista es contener la irracionalidad punitiva, que se manifiesta, entre otras cosas, en el encarcelamiento masivo, el hacinamiento y la tortura en las cárceles, arbitrariedad y abusos por parte de las fuerzas de seguridad, la ampliación del alcance de la pena, la criminalización de la protesta social, el abuso de la prisión preventiva y el repudio de las garantías penales y procesales más básicas<sup>85</sup>.

Ahora bien, la CADH es, indudablemente, un *instrumento vivo*. Empero, no es menos preciso reconocer que esa vitalidad depende y es fruto del aliento que le insufla el Tribunal, mediante el obrar

<sup>82</sup> Corte IDH (2006a), *López Álvarez vs. Honduras*, voto del juez García Ramírez, párr. 19.

<sup>83</sup> Ídem (2008), *Bayarri vs. Argentina*, voto del juez García Ramírez, párr. 5.

<sup>84</sup> Zaffaroni (2006), p. 97.

<sup>85</sup> Papa Francisco (2019), 1. El derecho penal –señala– “a menudo pasa por alto los datos de la realidad y, de este modo, adopta la forma de un saber meramente especulativo” (ídem).

de la interpretación evolutiva, por la cual acompaña la *evolución* de los tiempos y las condiciones de vida *actuales*. Pauta de exégesis que ha conducido a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos haya “avanzado mucho” y “sustancialmente” y que, según también lo tiene asentado la propia Corte IDH, constituye un imperativo que no puede ignorar para el “fiel desempeño” de sus funciones. Luego, atento el sentido del trabajo tomado como base del presente (*supra* 1), también proponemos que la Corte IDH, en la Opinión Consultiva que le ha sido solicitada, dé un paso que entendemos arquitectónico más allá del estado del arte alcanzado hasta el momento, y determine la absoluta inaplicabilidad del instituto de la prisión preventiva a las mujeres embarazadas y a las madres de niños en la primera infancia.

## Bibliografía citada

Arenal, Concepción (1877): *Estudios Penitenciarios*, (Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes), parte I, cap. VIII.

Cadoni, L., Sánchez, M.E., y Tuñón, I. (2021): *Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES*, Documento de investigación (Buenos Aires, Educa).

CEJIL (2008), *Gaceta* (N.º 29).

CELS – Ministerio Público de la Defensa de la Nación – Procuración Penitenciaria de la Nación (2011), *Mujeres en prisión: los alcances del castigo* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).

Ciuffoletti, Sofia (2020): “‘Regardless of their sex’ or ‘biological differences’. An analysis of the European Court of Human Rights’ case law on women in prison”, en *Revista Direito e Práxis* (Vol. 11, N.º 2).

Comisión IDH (2013): *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13.

\_\_\_\_\_ (2017a): *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 105.

\_\_\_\_\_ (2017b): *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147.

\_\_\_\_\_ (2018): Comunicado de Prensa N.º 049/18, de 24 de marzo.

Comité contra la Tortura (2012): *Observaciones finales: Togo*, U.N. Doc. CAT/C/TGO/CO/2.

\_\_\_\_\_ (2014): *Observaciones finales: Lituania*, U.N. Doc. CAT/C/LTU/CO/3.

Comité de Derechos Humanos (1992): *Observación general N.º 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, U.N Doc. A/44/40.

Comité DNiño (2005): *Observación general N.º 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1.

\_\_\_\_\_ (2011): "Report and Recommendations of The Day of General Discussion on 'Children of Incarcerated Parents'". [Disponible en: <https://bit.ly/37bdEwZ>]. [Fecha de consulta: 7 de julio de 2021].

Defensoría General de la Nación (2015): *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario* (Buenos Aires, Defensoría General de la Nación).

Dias, Leandro A. (2013): "El supuesto no legislado de prisión domiciliaria en casos de padres con hijos menores de cinco años a su cargo: interpretaciones posibles y estado actual de la jurisprudencia". [Disponible en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id SAIJ: DACC130315].

Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal (s/f): *Mujeres privadas de libertad en el Sistema Penitenciario Argentino* (Buenos Aires, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal).

Epstein, Rona (2021): "Sentencing mothers. The rights of the child", F. Donson y A. Parkes (Eds.), *Parental Imprisonment and Children's Rights* (London, Routledge) pp. 168-186.

Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta).

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María (2014): “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, C. Steiner y P. Uribe [Coords.], *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación – Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica).

Gialdino, Mariano R. (2017): “Aportes epistemológicos para enmarcar el estudio de la religión en contextos de encierro”, en *Sociedad y Religión* (Vol. 27, N.º 48), pp. 300-320.

\_\_\_\_\_ (2018): “Abordando la seguridad pública desde la Filosofía del Derecho”, en *Omnia* (N.º1), pp. 87-103.

\_\_\_\_\_ (2021): “La penitencia durante y después de Rosas ¿El gran quiebre punitivo en la historia argentina? Entre la realidad y el concepto”, en *e-l@tina* (Vol. 19, N.º 74), pp. 53-73.

Gialdino, Rolando E. (1999): “La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Investigaciones* (N.º 3) , pp. 667–742.

\_\_\_\_\_ (2013): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación, Obligaciones* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

\_\_\_\_\_ (2014): “Prisión preventiva y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: una revisita”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (N.º 9). [Disponible en: <https://bit.ly/3KzT3zT>]. [Fecha de consulta: 6 de enero de 2021].

Martin, Eric (2017): “Hidden Consequences: The Impact of Incarceration on Dependent Children”, en *National Institute of Justice Journal* (N.º 5) [Disponible en: <https://bit.ly/3LFciJW>]. [Fecha de consulta: 20 de mayo de 2021].

Minson, Shona (2020): *Maternal Sentencing and the Rights of the Child* (Cham, Switzerland, Palgrave Macmillan).

- Nogueira Alcalá, Humberto (2005): “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, en *Ius et Praxis* (Vol.11, N.º 1). [Disponible en: <https://bit.ly/3FjpEcs>]. [Fecha de consulta: 8 de enero de 2021].
- Nowak, Manfred (2019): *Estudio mundial sobre los niños privados de libertad. Informe del Experto Independiente que dirige el estudio mundial de las Naciones Unidas sobre los niños privados de libertad*, U.N. Doc. A/74/136.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2009): *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios*. [Disponible en: <https://bit.ly/3KEn5CS>]. [Fecha de consulta: 3 de enero de 2021].
- Open Society Foundations (2011): *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention*, (Nueva York, Open Society Foundations).
- Papa Francisco (2019): “Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal”. [Disponible en: <https://bit.ly/3s8vmbN>]. [Fecha de consulta: 23 de abril de 2021].
- Prebensen, Søren C. (2000): “Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights”, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (Eds.), *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne / Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de / Studies in memory of Rolv Ryssdal* (Colonia/Berlín/Bon/Munich, Heymann).
- Reis Junior, A.S, Silva Cohn, A.C. da, y Baretta, G.C. (2021), “Maternidade no cárcere: a prisão domiciliar como substitutiva à prisão preventiva”, en *Vianna Sapiens*, (V. 12, N.º 1). [Disponible en: <https://bit.ly/3LLxJsH>]. [Fecha de consulta: 21 de mayo de 2021].
- Safranoff, Ana y Tiravassi, Antonella (2017): “¿Quiénes son las mujeres que están en prisión en América Latina? Características y desigualdades de género”, Documento de Trabajo Nro. 002,

Universidad Nacional de Tres de Febrero – Centro de Estudios Latinoamericanos sobre  
Inseguridad y Violencia.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006): *El enemigo en el derecho penal* (Buenos Aires, Ediar).

\_\_\_\_\_ (2009): *Estructura Básica del Derecho Penal* (Buenos Aires, Ediar).

## **Jurisprudencia citada**

Corte EDH (2001): Ilijkov v. Bulgaria, 4<sup>a</sup>. Sección, application no. 33977/96, sentencia del 26 de julio.

Corte EDH (2012): Konstantin Markin c. Russie, Gran Sala, requête no. 30078/06, sentencia del 22 de marzo.

Corte EDH (2013): X c. Lettonie, requête no. 27853/09, Gran Sala, sentencia del 26 de noviembre.

Corte EDH (2016): Korneykova and Korneykov v. Ukraine, application no. 56660/12, 5<sup>a</sup>. Sección, sentencia del 24 de marzo.

Corte EDH (2017a): X c. Lettonie, requête no. 27853/09, Gran Sala, sentencia del 26 de noviembre.

Corte EDH (2017b): Polyakova and Others v. Russia, applications nos. 35090/09 and 3 others, 3<sup>a</sup>. Sección, sentencia del 7 de marzo.

Corte IDH (1984): Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero. Serie A No. 4.

Corte IDH (1986): Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto. Serie A No. 7.

Corte IDH (1997): Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre. Serie C No. 35.

Corte IDH (1999): 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. Serie A N° 16.

Corte IDH (2002): Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto. Serie A No. 17.

Corte IDH (2004): Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre. Serie C No. 114.

Corte IDH (2005a): Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo. Serie C No. 120.

Corte IDH (2005b): Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio. Serie C No. 125.

Corte IDH (2005c): Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio. Serie C No. 129.

Corte IDH (2005d): García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre. Serie C No. 137, § 229.

Corte IDH (2006a): López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero. Serie C No. 141.

Corte IDH (2006b): Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio. Serie C No. 150.

Corte IDH (2006c): Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre. Serie C No. 160.

Corte IDH (2007): Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo. Serie C No. 164.



Corte IDH (2008): Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 30 de octubre. Serie C No. 187.

Corte IDH (2009a): Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre. Serie C No. 211.

Corte IDH (2009b): Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17

de noviembre. Serie C No. 206.

Corte IDH (2009c): González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar,

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre. Serie C No. 305.

Corte IDH(2011a): Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero. Serie

C No. 221.

Corte IDH (2011b): L.M. respecto de Paraguay. Medidas Provisionales. Resolución de 1 de julio.

Corte IDH (2011c): López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1

de septiembre. Serie C No. 233.

Corte IDH (2012a): Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24

de febrero. Serie C No. 239.

Corte IDH (2012b): Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27

de abril. Serie C No. 242.

Corte IDH (2012c): Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Medidas

Provisionales. Resolución del 6 de septiembre.

Corte IDH (2012d): Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y

Costas. Sentencia de 24 de octubre. Serie C No. 251.

Corte IDH (2013): Asunto B respecto de El Salvador, medidas provisorias, resolución de 29 de

mayo.

- Corte IDH (2014a): Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto. Serie A No. 21.
- Corte IDH (2014b): Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre. Serie C No. 285.
- Corte IDH (2014c): Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre. Serie C No. 288.
- Corte IDH (2015): Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre. Serie C No. 298.
- Corte IDH (2018a): V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo. Serie C No. 350.
- Corte IDH (2018b): Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo. Serie C No. 351.
- Corte IDH (2018c): López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre. Serie C No. 362.
- Corte IDH (2019a): Rosadio Villavicencio vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre. Serie C No. 388.
- Corte IDH (2019b): Romero Feris vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre. Serie C No. 391.
- Corte IDH (2019c): Hernández vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.
- Corte IDH (2019d): López y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre. Serie C No. 396.
- Corte IDH (2020): Vélez Loor Vs. Panamá, medidas provisionales, resolución de 29 de julio.