



## ASOCIACIÓN ARGENTINA DE MUJERES DE CARRERAS JURÍDICAS

Adherida a la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas  
ONG con status consultivo ante la O.N.U

**Excelentísimo Tribunal**

**S / D**

**Norma Graciela Chiapparrone**, D.N.I. 11.703.005, en mi carácter de Secretaria General de la Asociación Argentina de Mujeres de Carreras Jurídicas, con domicilio social en San Martín 945 1° piso dpto. B de la Ciudad de Buenos Aires, y constituyendo el legal conjuntamente con la letrada que me patrocina Dra. María Virginia Cafferata T° 49 F° 973, en Suviría 43 de la Ciudad de Buenos Aires, en el Expediente N° 67/2013 Tomo 49 Letra F, me presento y digo:

### 1.- Objeto

Como integrante de la AAMCJ, vengo a presentarme como Amiga del Tribunal a los efectos de dar a conocer nuestra opinión sobre algunos aspectos que consideramos centrales en el debate de la presente causa, poniéndonos a disposición del Tribunal a todos sus efectos. Dada nuestra especial versación en la defensa y promoción de los derechos humanos de las mujeres, en mérito a cuanto aquí se expondrá, consideramos que corresponde hacer lugar al pedido de la defensa de la señora Fernández, en el sentido de concedérsele la prisión domiciliaria.

### 2.- Personería

La entidad que represento es la filial argentina de la FEDERACION INTERNACIONAL DE MUJERES DE CARRERAS JURIDICAS, ONG con estatus consultivo ante ONU. La AAMCJ fue creada hace treinta años, y tiene por objeto la promoción y defensa de los derechos de la mujer, la paz y la democracia.

Nuestra entidad forma parte desde hace más de dos años de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas para poner fin a la violencia contra las mujeres, que en el año 2012 ha celebrado tres años de actuación en todo el mundo. En el marco de dicha campaña –entre muchas otras acciones- hemos venido desarrollando puntualmente actividades académicas sobre Femicidio y Trata de Personas, y en el mes de octubre de 2012 organizamos el Segundo Congreso Nacional de Abogadas en la ciudad de Buenos Aires bajo el lema “30 años de derechos de las mujeres” –que son los años de vida de la AAMCJ-, con la participación de juristas argentinas y extranjeras.

### 3.- Legitimación

En línea con la conceptualización que ha hecho el Excelentísimo Tribunal en su Acordada 28/2004, entendemos que el Amigo del Tribunal es un provechoso instituto que posibilita la participación ciudadana en la administración de justicia. Por ello, desde nuestra entidad entendemos –como lo habremos de exponer en lo que sigue- que en la causa en trámite ante su estrado se ventila un asunto de trascendencia institucional y que también resulta de interés público. En su mérito solicitamos se nos autorice a tomar intervención como Amigas del Tribunal en tanto terceras ajenas a las partes, ya que por nuestra actividad contamos con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida, y poseemos un interés inequívoco en la resolución final del caso, y a fin de poder ofrecer argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

San Martín 945 1° Piso dpto. B C1004AAS Buenos Aires Rca. Argentina.  
54-11-4516-0450 - aamcj.filial.fifcj@gmail.com

En este último sentido, dejamos expresado que no poseemos interés alguno en que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse- en los que nosotras seamos parte o tengamos un interés pecuniario comprometido en su resultado, ya que ello resultaría incompatible con la imparcialidad que nos guía en nuestra actuación. (Doctrina del fallo J.87. XLI. Juplast S.A. c/Estado Nacional y A.F.I.P. s/amparo. CSJN 31-10-2006).

Que, asimismo, hacemos nuestro el criterio de la CSJN cuando ha afirmado respecto del instituto del Amigo del Tribunal que: *“...en efecto, en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo. De otro lado, la intervención que se postula encuentra su fundamento, aún con anterioridad a la reforma de 1994, en lo dispuesto en el art. 33 de la Constitución Nacional, en la medida en que los fines que inspiran dicha participación consultan substancialmente las dos coordenadas que dispone el texto: la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. No debe prescindirse, por último, que la actuación de los Amigos del Tribunal encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana.”* (art. 2° de la Acordada 28/2004).

Antes de ahora, hemos actuado en otras causas en trámite por ante tribunales provinciales, en los casos de María Ovando (Pcia. de Misiones) y en el de las hermanas Jara (Pcia. de Buenos Aires) –en esta última causa fuimos la única entidad que presentó inicialmente un *amicus*, bien que luego, muchas otras entidades de defensa de los derechos de las mujeres y de derechos humanos adhirieron a dicha presentación-.

#### 4.- Hechos

Si bien son conocidos y constan en autos, referimos que la señora Fernández se encuentra cumpliendo una condena, y siendo madre biológica de un niño de pocos meses de edad permanece en prisión con él, y se encuentra amamantándolo. Su esposa trabaja y en tal carácter es el sostén familiar, restándole sólo la posibilidad de visitar a ambos dos veces a la semana.

La situación así linealmente descripta nos muestra que estamos en presencia de una familia que por imperativo de la negativa a acceder al pedido de arresto domiciliario, encuentra fuertemente dañado el núcleo afectivo que la llegada del bebé trajo a la vida de esta pareja, consolidada a lo largo de muchos años. Con el agravante que la cárcel no es el lugar en el que mejor puede estar el niño, pero es donde recibe el alimento materno, que sólo la señora Fernández puede proporcionarle.

#### 5.- Fundamentos:

Sobre la base de la evidencia, nuestra experiencia, doctrina y jurisprudencia que hemos consultado en relación al presente caso, entendemos que la negativa del a quo está impregnada de una visión parcializada, sesgada, que se avizora discriminatoria para con la señora Fernández en razón de su orientación sexual, y consecuencia de ello, el razonamiento que le sigue desemboca

inexorablemente en una negativa infundada al pedido de arresto domiciliario, para finalmente hacer tabla rasa con los derechos del hijo de aquella y de la señora Aguad, su esposa.

De otra parte, consideramos que la interpretación que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal ha hecho de la ley que regula el instituto en debate, es desacertada, y cuanto más se encuentra sólo dogmáticamente fundada.

El último elemento a tener en cuenta es aquello que el tribunal apelado considera viable y satisfactorio para el buen desarrollo del niño, estimando que las instalaciones carcelarias son acordes para ello.

Seguidamente intentaremos explicar nuestra interpretación en base a estos indicadores.

#### **A.-La interpretación actual de la ley o el concepto decimonónico del castigo**

Antes de la modificación introducida con la sanción de la Ley N° 26.472, la ley 24.660 no contemplaba la situación de las madres detenidas con hijos pequeños. No existía regulación legal expresa al respecto; luego, ello obligaba a las damnificadas a solicitar la preservación de sus derechos, los de su familia, y los de sus hijos, mediante la articulación de una petición.

Esta reforma legislativa en nuestro país, ha venido a modificar las disposiciones relativas a la ejecución de las penas privativas de la libertad, poniendo en sintonía la ley argentina con los estándares internacionales de los derechos humanos en la materia, de acuerdo con Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso de autos debemos incorporar como marco referencial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En lo que a nosotras nos interesa la ley vigente dispone que el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria respecto de la madre de un niño menor de cinco años. Vale decir que, hay una habilitación del legislador para que se cumpla la sanción impuesta del modo por él establecido.

No voy a introducirme en el estudio dogmático de la pena y sus derivados, seré más práctica y simplificaré mi opinión al respecto: o la pena es castigo o la pena es resocializadora o cumple una función de prevención general. Ahora bien, la discusión en torno del alcance de cualquiera de estas posturas encuentra un límite infranqueable con el bloque de legalidad que conforma el derecho humanitario. Es acá donde aparece el concepto del respeto a la dignidad de las personas en el marco del cumplimiento de una pena.

Nosotras entendemos que, sólo en la inteligencia de concebir la pena como castigo, puede la magistratura infligir un daño que va más allá de la ley vigente; en el caso de la señora Fernández ello conlleva mantener al niño prisionero junto a su madre en condiciones que no son las requeridas para la crianza que el mismo merece y la familia puede brindarle, para poder seguir con el plan de amamantamiento, y de desarrollo del vínculo temprano que ello posibilita.

Entiendo que el criterio doctrinario en esta materia, ha sido expuesto muy claramente por la Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal de la República Argentina, Dra. Virginia Sansone, cuya opinión transcribo textualmente:

*"... para equilibrar la vigencia de los intereses, se han creado institutos, como el arresto domiciliario, que permiten que la sanción punitiva se cumpla de forma tal que no constituya una*

[San Martín 945 1° Piso dpto. B C1004AAS Buenos Aires Rca. Argentina.](#)

[54-11-4516-0450 - aamcj.filial.ficj@gmail.com](mailto:aamcj.filial.ficj@gmail.com)

*vulneración de los derechos aludidos. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad debe, como ideal, implicar solamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: del derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de libertad, ésta debe ser morigerada a través de su cumplimiento domiciliario. Más aún, cuando esta privación de libertad en establecimiento carcelario afecta a sujetos distintos del condenado, como por ejemplo los niños”.<sup>1</sup>*

### **B.- Los casos de la jurisprudencia**

Como ha quedado dicho el canon del artículo 32 en su nueva redacción requiere del juez una tarea de interpretación al sólo efecto de la procedencia del instituto; ahora bien, este trabajo intelectual a cargo del magistrado no puede basarse en sus opiniones personales, creencias o supuestos de cualquier otro orden, sino con asiento y fundamento en la ley vigente, y con el espíritu que se tuvo en miras para su sanción. De hecho antes de la reforma legislativa, se fue construyendo pretorianamente una jurisprudencia basada fundamentalmente en el interés de los hijos, que es el caso que nos ocupa.

Entendemos que la interpretación de la ley y del instituto que porta, debe estar ajustada a los criterios y estándares internacionales que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad.

He aquí que como se ha dicho la señora Fernández está casada con Gabriela Agud, es decir que son un matrimonio de personas de igual sexo, quienes han tenido un hijo hoy de escasos meses de edad, el que se encuentra junto a su madre que lo amamanta la que se encuentra purgando una condena con pena privativa de la libertad. Como los mismos jueces afirmaron en la resolución denegatoria de la prisión domiciliaria, se trata de una familia con buenos lazos afectivos y de armonía entre sus integrantes. No existe un sólo dato en la conducta de la señora Fernández que den cuenta de violaciones o incumplimientos a los reglamentos carcelarios.

A este respecto, sostenemos que la ley de matrimonio igualitario supone el reconocimiento de derechos en pie de igualdad con matrimonios de distintos sexos; la ley 26.618 dice textualmente: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”*

De modo tal que aquello que se le concede o reconoce a un/a integrante de un matrimonio heterosexual no puede serle negado a otra persona por motivo o con ocasión de su orientación sexual, si como sucede en el caso de autos la señora Fernández está casada con una mujer.

Vale decir que rige acá el conocido axioma no puede distinguir el juez allí donde la ley no distingue. Con el agravante que en este caso se incursionaría gravemente en un supuesto de discriminación no permitido por ley alguna de la Nación.

Por lo tanto, si nos guiamos por los casos de la jurisprudencia sentada hasta el presente en el orden nacional, más allá del alcance de la decisión adoptada en cada caso en concreto, son todos supuestos de matrimonios heterosexuales.

Ahora bien, además de este tópico que enerva el decisorio en crisis, por cuanto se ha producido la violación de los derechos de la señora Fernández –a la igualdad, a la no

---

<sup>1</sup> Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad. En Revista del Ministerio Público de la Defensa. Año V – N° 6 Abril 2011. Págs. 87.

discriminación, al acceso a la justicia en sentido amplio-, aparecen los derechos del niño, los cuales a mérito de lo resuelto también debe padecer la prisión con sus escasos meses de edad.

Luego, si nos enfocamos en la situación de Bautista, y si ponemos la lupa en que se tenga en cuenta el interés superior del niño, fácil es concluir que el amamantamiento no es algo intercambiable a criterio de un juez. No puede haber argumento más sexista que confirmar la denegación de la prisión domiciliaria a la señora Fernández porque el niño tiene otra madre, ni mucho menos porque el centro de detención *“cuenta con instalaciones aptas para albergar a madres con niños menores de edad, brindándoles condiciones apropiadas para su desarrollo integral y asistencia médica necesaria.”*

Y esto es así por varias razones, ni la señora Fernández es una asesina serial, ni tiene mala conducta, ni adicciones de ningún tipo, ni ha demostrado peligrosidad alguna, sólo y solamente ha sido llamada a cumplir una pena privativa de la libertad, justamente en un momento de su vida familiar, física y espiritual, como la que se corresponde con el alumbramiento de su hijo meses antes de imponérsele la condena, al que concibió con gran esfuerzo físico y emocional, y al cual afortunadamente puede alimentar ella misma, amén de proveer al niño todos los aditamentos propios de la relación madre hijo que son constitutivos de ese vínculo.

Pero he aquí, tal como lo mencionara *ut supra* en palabras de la Dra. Sansone, que esta pretensión punitiva impuesta a la señora Fernández tiene por vía de la reforma legislativa, una forma alternativa de cumplimiento, cual es el arresto domiciliario.

Ahora, volviendo a las condiciones físicas, habitacionales del lugar de detención en que madre e hijo deben pasar este tiempo precioso del desarrollo de una criatura, no son ni siquiera haciendo un gran esfuerzo lo que los jueces han sostenido en el auto denegatorio de la prisión domiciliaria. Tengo una mala noticia para los magistrados Righi y Catucci: el Informe Anual de la Procuración Penitenciaria de la Nación año 2011, sobre La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina, dice otra cosa. A ello – por su particularidad- me he de referir más adelante.

Como se dijo durante el tratamiento de la ley 26.472, en palabras de la diputada Marcela Rodríguez que suscribo: *“... la prisión domiciliaria... no significa eliminar el reproche penal a estas personas si realmente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud 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.”*<sup>2</sup>

Estamos en presencia de una familia, de una nueva modalidad de familia, que asume una distinta o diferente asunción de roles por parte de sus integrantes, las que sus integrantes han elegido.

Lo cierto es que la señora Agud cónyuge de la señora Fernández trabaja pues es el sustento de la familia, encontrándose ausente del hogar por más de ocho horas, lo que supone que en el devenir ideológico de los magistrados, si la pareja lo decidiera, Bautista podría ir a su casa, suprimiéndole de este modo la posibilidad de ser amamantado por su madre biológica quien se encuentra privada de su libertad, con más la eventualidad de tener que buscar asistencia de terceras personas para su crianza. Claro está, ese es el pensamiento de los jueces, pero en nuestra opinión no es lo que dice la ley. Antes bien, la ley permite encuadrar el caso de autos en su letra y en su espíritu.

---

<sup>2</sup> Reunión, 14ª. Sesión Ordinaria, del 7/11/2007

Es sorprendente, que esto suceda en el Siglo XXI siendo que los penales argentinos no son un modelo de acuerdo con las reglas internacionales aplicables en la materia.

Sin embargo los jueces Catucci y Riggi están convencidos que el lugar de detención de la señora Fernández cuenta con instalaciones aptas para albergar a madres con niños menores de edad, brindándoles condiciones apropiadas para su desarrollo integral y asistencia médica necesaria.

Esta decisión en recurso afecta notablemente la vida familiar, pues condenaría al niño a una alimentación artificial, obligándolo a renunciar involuntariamente al natural alimento que supone la leche materna. La mejor opción según los magistrados de la alzada sería el prometedor estado de bienestar que las cárceles argentinas aseguran a nuestra niñez.

No estamos diciendo acá que en casos necesarios y aún bajo prescripción médica muchos bebés reciben esa alimentación y crecen y se desarrollan con todos los parámetros adecuados. Lo que estamos diciendo es que se le está vedando el acceso a un estado de bienestar y a un nivel de salud que su madre la señora Fernández puede brindarle sin necesidad de recurrir a composición química alguna. Y esto sólo sucede porque el decisorio que cuestionamos está inmerso en una desidia y un prejuicio violatorio de la ley vigente.

La jurisprudencia apoya la decisión que propiciamos y seguidamente citamos remitiendo a sus considerandos *brevitatis causae*: “Castaño”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa 11.366, Reg. 12.558, 9/11/09.

Como bien se sostuvo allí: *“La letra de la ley es clara en cuanto no establece que por el sólo hecho de comprobar alguno de los extremos previstos en el artículo debe cesar el encierro en un establecimiento penitenciario y concederse el arresto domiciliario, sino que lo sujeta a la apreciación judicial. Sin embargo, no es una facultad librada a la discrecionalidad del juez, sino que toda decisión que conceda o deniegue esta forma de cumplimiento de prisión preventiva debe estar fundada en la consideración de las circunstancias particulares de cada caso.”*

A su turno, en “Delgadillo Pozo”, Cámara nacional de Casación Penal, Sala II, Causa 11452, Reg. 1403, 4/06/09, y aún cuando se trataba de niños de 7, 10 y 12 años de edad, el tribunal sostuvo que el arresto domiciliario solo implica una modalidad de cumplimiento de la privación de libertad, igual de restrictiva pero menos acuciante que una detención institucional, y se pronunció por el otorgamiento del beneficio, teniendo en cuenta que de ese modo la ley vela por la finalidad tuitiva respecto de los derechos reconocidos a los menores.

En esta inteligencia, por cierto, no me son ajenos aquellos otros decisorios en los que se hubo denegado el beneficio que acá nos ocupa, especialmente pareciendo una constante de la Sala que hubo dictado la denegatoria a favor de la señora Fernández. Pero nuestra labor, la labor de los y las operadores del derecho es buscar aquella interpretación de la ley que mejor se condice con los fines tenidos en mira al momento de su dictado, y en este punto es donde debemos centrar nuestra atención.

En su Opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana estableció que la separación de un progenitor de sus hijos debe responder exclusivamente a garantizar el interés superior del niño,<sup>3</sup> lo cual es conteste con la ley argentina (CDN y Ley 26.601)

---

<sup>3</sup> Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002.

Luego, una correcta interpretación de la ley y de las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño aconseja valorar primordialmente y en línea prevalente la concesión del beneficio del arresto domiciliario para la señora Fernández.

### **C.- Los principios de Yogyakarta**<sup>4</sup>

Tras la celebración de una reunión de especialistas realizada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, se adoptaron estos principios, partiendo de la base que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y por ello la orientación sexual y la identidad de género son esenciales y no deben ser motivo de discriminación o abuso.

Los expertos que se reunieron para el dictado de estos principios, advirtieron que si bien se han producido muchos avances en cuanto a garantizar los derechos de las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género para que puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas, existía –existe- un patrón global y arraigado que es motivo de preocupación. Para nosotras, en el caso de la señora Fernández se dan dos supuestos que encuadran en algunas de esas violaciones: las injerencias en la privacidad, y la discriminación en el goce de otros derechos humanos, como después habré de referir.

Más allá de las de la existencia de leyes que garantizan el libre ejercicio de tales derechos – si por caso Argentina cuenta con ellas-, lo cierto es que hay un *sustractum* ideológico que se patentiza, en actos, hechos, y como en este caso en una sentencia judicial. Esto demuestra que más allá de la ley existen coordenadas sociales y culturales que pretenden y procuran controlar cómo las personas viven sus relaciones personales y cómo se definen a ellas mismas. Es por ello que tal como lo afirmaron los especialistas que elaboraron estos principios, hoy en día “*la violencia en torno a la sexualidad continúa siendo una de las fuerzas principales que sustentan la perpetuación de la violencia basada en el género y de la desigualdad de los géneros.*”

Teniendo en cuenta que la respuesta en el ámbito del derecho internacional en orden al respeto de los derechos vinculados con la orientación sexual se presentaba inconsistente y fragmentada, surgieron estos principios, como una comprensión sólida del régimen legal internacional en toda su extensión y de cómo el mismo se aplica a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.

En cuanto aquí interesa y aplicable al *thema decidendum* creo que debemos remitirnos al *Principio 24 El derecho a formar una familia*, que dice así:

*Toda persona tiene 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.*

En base a este principio, corresponde a los Estados velar porque las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, debiendo adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualesquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia.

---

<sup>4</sup> Principios de Yogyakarta - Principios sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género.

[http://www.oas.org/dil/esp/orientacion\\_sexual\\_Principios\\_de\\_Yogyakarta\\_2006.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf)

Asimismo los Estados deben garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por los tribunales, se tomará una consideración primordial el interés superior de aquellos sin que la orientación sexual o identidad de género de cualquier miembro de su familia sea considerada incompatible con ese interés superior.

Por su parte, existe también el mandato de adoptar todas las medidas legislativas, administrativa o de otra índole que sean necesarias para garantizar cualquier obligación, derecho, privilegio o beneficio que se otorga a parejas de sexo diferentes que estén casadas, esté disponible, en igualdad de condiciones para parejas del mismo sexo .

Vale decir que, en apretada síntesis, estos principios proporcionan como guía de interpretación del derecho humanitario una base sólida que introducimos en esta instancia, para ser considerada la decisión del a quo, al denegarle a la señora Fernández la prisión domiciliaria, argumentando que su hijo tiene “otra” mamá –aunque no sea ésta la fórmula literal utilizada– pero que sí surge del contexto y de su antecedente apelado y resuelta por su posterior intervención.

#### **D.- La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos**

Consideramos –como lo hemos venido explicando - que este caso constituye un trato discriminatorio y una interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de la señora Fernández debida a su orientación sexual.

El primer caso que se conoció en tal sentido fue en 1996, cuando Marta Lucía Álvarez Giraldo envió una petición a la Comisión, alegando que las autoridades penitenciarias de Colombia la discriminaban al negarle las visitas conyugales de su pareja del mismo sexo.<sup>5</sup> La peticionaria alegó que su integridad personal, honra e igualdad, se encontraban afectadas por la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual. El Estado alegó que permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general. La Comisión emitió su fallo en 1999, expresando que el caso era admisible. Al final, se llegó a un arreglo amistoso.

El segundo caso relacionado con cuestiones de orientación sexual fue el de Atala Riffo. En este, específicamente se puso en debate la orientación sexual de la madre y su capacidad de tuición respecto de sus hijos con base y fundamento en esta situación.

En tal sentido, entendemos *mutatis mutandi*, aplicables al caso de autos, los predicados de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, que en lo pertinente cito:

La Corte se refirió a la Igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana, señalando que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”.

Vale decir que, en la interpretación de la Corte, cualquiera sea el origen o la forma que

---

<sup>5</sup> El 18 de mayo de 1996, Marta Lucía Álvarez Giraldo presentó ante la CIDH una petición en contra de la República de Colombia por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5(1) y (2), 11(1) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Seguidamente, y con relación al principio del interés superior del niño la Corte Interamericana resaltó que el 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, indicó que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

Asimismo, la Corte se ocupó –en lo que al presente caso resulta de relevancia- que el concepto o predicado en abstracto, llamado “interés superior del niño” el cual es un fin legítimo, no permite su invocación o la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, como se sustenta su prevalencia. Vale decir que en el presente caso, si nos basamos en la orientación sexual de la madre, no podría constituir una medida idónea para la restricción de un derecho protegido por la convención, que es la posibilidad de ejercer por parte de la señora Fernández, todos los derechos humanos sin discriminación alguna por su orientación sexual.

En Atala Riffo la Corte aseveró que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. Y en el caso de autos, entiendo que el beneficio de la prisión domicilia *mutatis mutandi* se debe regir por idéntico parámetro.

#### **E.- Informe Anual 2011 de la Procuración Penitenciaria de La Nación**<sup>6</sup>

Finalmente quisiera detenerme en algunas consideraciones que fundaron la decisión del Tribunal hoy en recurso. Y son precisamente aquellas que abonan la tesis que la resolución recurrida y por dicha alzada confirmada “resguarda irrenunciables imperativos humanitarios”. (Fojas 6).

Mi pregunta es qué entiende dicho tribunal por resguardo de irrenunciables imperativos humanitarios? Porque cuando describe el estado de salud del niño, de la señora Fernández, y de la situación familiar en su conjunto, nada de ello se condice con aquél predicado. Lo que estos asertos refieren es la existencia de una familia en armonía de personas que se aman, y aman a su hijo, pero esto no guarda relación alguna con la obligación estatal de preservar los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de los integrantes de su familia.

---

<sup>6</sup> [www.ppn.gov.ar](http://www.ppn.gov.ar)

Más adelante dice el Tribunal refiriéndose a la unidad carcelaria donde se encuentra alojada la señora Fernández que “cuenta con instalaciones aptas para albergar a madres con niños menores de edad, brindándoles condiciones apropiadas para su desarrollo integral y asistencia médica necesaria.”

Como lo anuncié antes de ahora, la Procuración Penitenciaria de la Nación no sólo no corrobora dichas consideraciones, sino que antes bien las desmiente, de dónde lo dicho por el Tribunal aparece como una afirmación abstracta, que entra en contradicción con el informe empírico y especializado de este organismo.

Por lo tanto, este argumento rompe la estructura del fundamento en que se asienta esta parte del decisorio en recurso.

Véase entonces que dice el Procurador Penitenciario sobre el particular. Este informe denominado “La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina”, tiene por objeto informar al Congreso nacional acerca de las actividades desarrolladas por la Procuración Penitenciaria en el transcurso del año 2011, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 25.875.

El trabajo se orienta a poner en conocimiento del Poder Legislativo y de la sociedad en general la evaluación de dicho organismo sobre los problemas más graves que condicionan la vigencia de los derechos humanos fundamentales en las cárceles del servicio penitenciario federal.

Para rebatir el estado de bienestar que los sentenciados atribuyen al alojamiento carcelario, me permito citar el presente informe que en lo que aquí interesa ha dicho:

*“... , se realizó un relevamiento específico que permitiese evidenciar la falta de provisión de elementos necesarios destinados a cubrir las necesidades básicas de sus hijos. A tales fines se indagó acerca de los cuales eran los elementos provistos por el Servicio, la cantidad y periodicidad en la entrega de los mismos, su calidad, entre otras cuestiones, El citado relevamiento se aplicó a la planta de madre, en los pabellones 2, 3, 19 y 20.*

*“En el marco de las entrevistas mantenidas, la mayoría de las mujeres manifestó su preocupación y disconformidad. En tal sentido, comentaban “el ambiente es muy cerrado”, la convivencia con el Servicio es muy hostil”, “hay dos pabellones donde la calefacción no funciona bien y hay un solo baño compartido”. Asimismo, indicaron que “la cocina es peligrosa” y que no es acorde con el alojamiento de niños. Detallaron aquellos elementos que son entregados por el SPF: pañales, leche, cuna. La alimentación proporcionada se basa en carne, pollo, verduras y leche; sin embargo las cantidades no les resultan suficientes. En este sentido, deben recurrir indefectiblemente al peculio para lograr cubrir las necesidades tanto de sus hijos/as como las de ellas. ... Varias detenidas manifestaron desconfianza respecto del agua corriente, aduciendo que no es potable y que no se les brinda suficiente agua mineral que logre contrarrestar este hecho. Una detenida expresaba que “el agua no es buena, la mayoría de nosotras no les damos porque a los chicos les da diarrea”. Tampoco se les entregan juguetes, libros ni materiales didácticos para la recreación de las/los niñas/n niños en los pabellones. Asimismo, no se reciben óleo, algodón, jabón o champú, ni vestimenta, y aquellos elementos que sí son entregados resultan insuficientes.”*

Honestamente, el servicio de justicia puede y debe hacer mérito de lo que surge de este informe, porque si bien está dirigido al Congreso Nacional y a la sociedad en general, no encuentro razón para que los tribunales sean ajenos al contenido del mismo.

Por último, quiero citar de otro trabajo de investigación del que también participó la Procuración Penitenciaria, respecto de las mujeres en prisión, en uno de cuyos capítulos se concluye diciendo que:

***“Los derechos de las mujeres son el engranaje principal en el sistema disciplinario en la medida en que, dentro de la cárcel, son transformados en “beneficios”. Ningún establecimiento penitenciario en general, y de mujeres en particular, puede garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los sujetos. Así, tanto el espacio simbólico como el concreto, que conforman determinados derechos –acceso a la salud, al trabajo, a la educación y condiciones de salubridad–, son ficciones discursivas que resignifican el control y disciplinamiento por parte del sistema.”<sup>7</sup>***

En definitiva, el caso tal como lo entendemos desde la AAMCJ, contiene particularidades que permiten afirmar que mantener el encierro de la señora Fernández y de su hijo Bautista, conlleva la vulneración de derechos fundamentales para ambos. Por lo que las circunstancias del caso permiten aconsejar la adopción de medidas como la prisión domiciliaria, por cuanto ello posibilita compatibilizar los derechos de los dos, y los fines que la sanción punitiva persigue.

#### 6.- PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicito a V.E.

- a.- Se tenga por presentado este informe y se declare su admisibilidad formal;
- b.- Se tengan en cuenta las consideraciones aquí formuladas al momento de la resolución del recurso a favor de la solicitud de arresto domiciliario en beneficio de la señora Ana Fernández.

Proveer como se pide, SERÁ JUSTICIA.

---

<sup>7</sup> MUJERES EN PRISIÓN. Los alcances del castigo. Siglo XXI Editores Argentinos S.A.. 2011. Pág. 186.

San Martín 945 1° Piso dpto. B C1004AAS Buenos Aires Rca. Argentina.  
54-11-4516-0450 - [aamcj.filial.ficj@gmail.com](mailto:aamcj.filial.ficj@gmail.com)