

## Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva “Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”

Rolando E. Gialdino (abogado; doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Internacional) y Mariano R. Gialdino (Licenciado en Filosofía, Universidad de Buenos Aires) tienen el honor de responder a la convocatoria dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Tribunal) en el marco de la Solicitud de Opinión Consultiva formulada por la Comisión Interamericana de Derechos humanos (Comisión IDH), sobre “Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”.

Asimismo, indican los siguientes datos: También manifestamos nuestra disposición a participar en la audiencia que el Tribunal disponga.

### I. OBJETO Y FINALIDAD

Las presentes observaciones, dentro del marco de la Solicitud, se ceñirán a la temática de la prisión preventiva respecto de mujeres embarazadas y madres de niños en la primera infancia, entendida esta última, según lo hace el Comité de los Derechos del Niño, como el lapso que llega hasta los 8 años de edad, período “esencial” para la realización de los derechos del niño<sup>1</sup>.

La finalidad perseguida es acreditar la necesidad actual e imperiosa de considerar que a dichas mujeres y madres les es absolutamente inaplicable el instituto de la  
prisión

---

<sup>1</sup> *Observación general N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, §§ 1, 4 y 6. Adelantamos por este señalamiento y por lo que seguirá, que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del 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” (Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, § 137). “De la lectura conjunta de ambas disposiciones surge que esta última norma [Convención sobre los Derechos del Niño] precisa y determina el contenido de algunas de las ‘medidas de protección’ aludidas en el artículo 19 de la Convención Americana [...]” (ídem, § 139). Al margen de la relevancia que pueda tener, indicamos que todos los Estados parte de este último tratado también lo son del primero.

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.

## II. FUNDAMENTACIÓN

El objeto y la finalidad indicados en el punto precedente, siguiendo la exposición más breve y acotada posible, nos conducen a enfocar el problema desde una doble perspectiva: la mujer embarazada o madre de niño(s) en la primera infancia (3) y la del hijo de la mujer embarazada y del hijo en la primera infancia y la de la familia (4). Entendemos que dichas perspectivas convergen sinérgicamente para fundar la propuesta indicada. Empero, también se conjugan otros dos elementos coadyuvantes con profunda raíz en la jurisprudencia del Tribunal, y que, por ende, solo señalaremos escuetamente aunque de manera previa (1 y 2). Por último, después de otras consideraciones (5), será el turno de una mirada antropológica y la alteridad (6).

### 1. *Prisión preventiva*

A. Es cuestión del todo esclarecida que la prisión preventiva tiene carácter necesariamente *excepcional*, puesto que la *regla general* debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, 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>2</sup>. También lo es que, por estas mismas razones, la prisión preventiva solo procede “cuando no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido” <sup>3</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>4</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

---

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, §§ 200 y 202.

<sup>3</sup> Ídem. *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, § 120.

<sup>4</sup> Ídem. *Caso Romero Feris Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, § 106.

Humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria...

B. 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, mediante la resolución 65/229<sup>5</sup>, cuyos considerandos formulan una prolongada enumeración de los numerosos antecedentes en la materia<sup>6</sup>. Mas, conforme lo reconocen las *Reglas de Bangkok*, no se había hecho “suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres”, con lo cual, “[a]l haber aumentado la población penal femenina 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, § 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, § 11). Era asunto, según lo precisan los considerandos de la antedicha 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

---

<sup>5</sup> Las *Reglas de Bangkok* cuentan con un *Comentario* que no integra formalmente las primeras, preparado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), y acordado por el Grupo intergubernamental de expertos de composición abierta, para desarrollar reglas complementarias específicas para el tratamiento de mujeres detenidas y sometidas a medidas privativas y no privativas de libertad (Bangkok, Tailandia, 23-26/11/2009), [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf), rec. 12/1/2021.

<sup>6</sup> V.gr. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*; *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*; *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*; *Reglas de Tokio*; *Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI*; *Declaración de Bangkok*; *Declaración de Salvador*. 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”.

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”<sup>7</sup>. Por el otro, la 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>8</sup>. “El 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 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>9</sup>.

---

<sup>7</sup> En orden a la citada regla 56, el recordado *Comentario* 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”.

<sup>8</sup> *Comentario*, cit., reglas 57-58, itálicas agregadas. “El Comité recomienda al Estado parte que: a) Aborde con carácter urgente la duración excesiva de la prisión preventiva y libere inmediatamente a las mujeres acusadas de delitos no graves; b) Aplique las [Reglas de Bangkok] y garantice la separación de las mujeres y los hombres detenidos utilizando guardias mujeres para que supervisen a las reclusas y garantizando instalaciones y servicios de salud adecuados, así como el trato apropiado, en particular de las mujeres embarazadas y las mujeres recluidas con sus hijos” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales: Burundi*, 2016, § 49).

<sup>9</sup> Open Society Foundations, *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention*, 2011, p. 11. *Vide*: HERMAN-STAHLE, Mindy; KAN, Marni L., y MCKAY, Tasseli, *Incarceration and the Family: A Review of Research and Promising Approaches for Serving Fathers and Families*, U.S. Department of Health and Human Services, 2018; WISEMAN, Samuel R., “Pretrial Detention and the Right to Be Monitored”, en *The Yale Law Journal*, 2014, 123, ps. 1353/1354.

C. Por último, las posteriores Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (*Reglas Mandela*) también dan cuenta del específico y diferenciado ámbito de protección que ameritan las madres privadas de la libertad <sup>10</sup>.

## 2. Interpretación evolutiva de las normas de derechos humanos

A. El cuadro de insuficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres y madres que reconocen las *Reglas de Bangkok*, 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 consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo 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>.

B. 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 “fiel desempeño” de sus funciones <sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Vide reglas 11, 28, 45, 48, 81... Las *Reglas Mandela* fueron aprobadas por la Asamblea General, ONU, por resolución 70/175, 17/12/2015.

<sup>11</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, voto del juez Piza Escalante, § 3, itálicas agregadas.

<sup>12</sup> Ídem: *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, 1/10/1999, Serie A N° 16, § 113/114; vide *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120., § 119 y las numerosas citas de su nota 126; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, § 128; *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, § 78. En todos los casos las itálicas son agregadas.

C. Cobran toda su entidad, en ese 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>. Y, segundo y, quizás, decisivo: la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) es un *instrumento vivo* <sup>14</sup>. Pero, añadiríamos, cuya vitalidad depende del aliento del Tribunal <sup>15</sup>.

### 3. *Perspectiva de la mujer embarazada o madre de niño(s) en la primera infancia*

A. 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>16</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>17</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) <sup>18</sup>. Singular intersección que presenta la cuestión *sub examine*.

---

<sup>13</sup> PREBENSEN, Søren C., “Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights”, en *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* (P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber, eds.), C. Heymanns, Colonia/Berlín/Bon/Munich, 2000, p. 1125, con referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>14</sup> Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular...*, cit., § 114.

<sup>15</sup> Esta suerte de propuesta de juicio sin prisión preventiva, que “puede aparecer a corto plazo como una quimera [...] 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” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995, p. 560).

<sup>16</sup> Ídem. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, §§ 313, 307 y 293. “La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres” (ídem, § 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. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, § 110).

<sup>17</sup> Ídem. *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución del 6 de septiembre de 2012, § 14.

<sup>18</sup> “La Convención de Belém do Pará 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” (Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, § 124).

B. 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>19</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>20</sup>. Tercero, la generalizada, seria y persistente inobservancia del art. 5.2, CADH, para la cual toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal <sup>21</sup>, cuanto más si advertimos que “una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada” <sup>22</sup>. Estas crudas inobservancias han sido comprobadas por la Corte IDH en numerosas sentencias <sup>23</sup> y, además, la han motivado para dictar reiteradas medidas provisionales <sup>24</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 de las cárceles de esos países: insuficiencia de las políticas sociales y penitenciarias, generalizado incumplimiento de estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las

---

<sup>19</sup> Comisión IDH, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2017, § 200.

<sup>20</sup> Ídem, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2013, § 317. “El uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia” (ídem).

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, § 60.

<sup>22</sup> Ídem. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, § 122. “En 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” (Comisión IDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva...*, cit., § 9).

<sup>23</sup> P.ej.: “[I]a descripción de las condiciones en las que vivió el señor Daniel Tibi durante su detención evidencian que éstas no satisficieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno, conforme a su condición de ser humano, en el sentido del artículo 5 de la Convención” (Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 152).

<sup>24</sup> V.gr. *Asunto de las Penitenciarias de Mendoza respecto de Argentina*, 22/11/2004, 18/6/2005, 30/3/2006, 26/11/2010; *Asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo respecto de Brasil*, 30/9/2006; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, 26/5/2020; *Asunto B respecto de El Salvador*, 29 de mayo de 2013; asimismo: texto correspondiente a *supra* nota 17.

mujeres privadas de libertad, así como la ausencia de perspectiva de género en la implementación de las mismas. La Corte IDH, en el ya citado *Caso del 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 *discriminador y opresivo* <sup>25</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>26</sup>.

C. Por lo demás, es habitual el caso, como lo demuestran algunas investigaciones en Argentina, que las encarceladas encabezen familias monoparentales y ejercen 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>27</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 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>28</sup>.

---

<sup>25</sup> CEJIL, *Gaceta*, 2008, n° 29, p. 1. Vide: *Violencia contra las mujeres privadas de libertad en América Latina*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal – Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. – Fundación para el Debido Proceso Legal, 2003.

<sup>26</sup> Comisión IDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 2017, §§ 304 y 311.

<sup>27</sup> *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, CELS – Ministerio Público de la Defensa de la Nación – Procuración Penitenciaria de la Nación, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 154.

<sup>28</sup> SAFRANOFF, Ana y TIRAVASSI, Antonella, “¿Quiénes son las mujeres que están en prisión en América Latina? Características y desigualdades de género”, Universidad Nacional de Tres de Febrero – Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia, Documento de Trabajo Nro. 002, 2017, ps. 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” (ídem, p. 4).



4. *Perspectiva del hijo de la mujer embarazada y del hijo en la primera infancia. La familia.*

A. Los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño (parte asimismo de la CADH [*supra* nota 1]) “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 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>29</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).

B. En este campo, encuentra pleno y fecundo obrar uno de los *cuatro principios rectores* de la Convención sobre los Derechos del Niño, *i.e.*, el principio del “interés superior del niño”, en nuestro caso, asimismo, estrechamente vinculado con otro principio rector: “respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo” <sup>30</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>31</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>32</sup>.

C. De ahí que, “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

---

<sup>29</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, cit., §§ 18 y 20.

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, § 155.

<sup>31</sup> Ídem. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, § 408.

<sup>32</sup> Ídem. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, § 268.

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>33</sup>.

D. 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>34</sup>. Y, reiteramos, “[l]a niñez constituye una etapa crucial del desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño, lo cual, naturalmente, impactará de una u otra forma en su proyecto de vida”<sup>35</sup>, cuyo daño “se deriva de las limitaciones sufridas por una persona para relacionarse y gozar de su entorno personal, familiar o social, por lesiones graves de tipo físico, mental, psicológico o emocional que se le hayan ocasionado”<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>.

E. Protección del niño y, ciertamente, como lo hemos adelantado, 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

---

<sup>33</sup> Ídem. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, § 151.

<sup>34</sup> Ídem. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 65.

<sup>35</sup> Ídem. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, § 172.

<sup>36</sup> Ídem, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, § 314.

<sup>37</sup> Ídem. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, cit., § 341.

<sup>38</sup> Ídem. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, § 190. En la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la

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., su hermana de 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 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 artículos 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>. Además, “la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el

---

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” (Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, § 142).

<sup>39</sup> Defensoría General de la Nación (Argentina), *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario*, cit., p. 42.

<sup>40</sup> 3ª. Sección, *Polyakova and Others v. Russia*, 7/3/2017, § 81.

<sup>41</sup> *Caso López y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, § 99.

<sup>42</sup> Ídem, § 96.

derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior”<sup>43</sup>.

F. De las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del 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>44</sup>.

G. 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 Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el art. 19, CADH, prescribe que debe recibir ‘medidas especiales de protección’”<sup>45</sup>.

H. En el año 2011, el Comité de los Derechos del Niño 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, Convención sobre los Derechos del 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 se pronunció a favor de la aplicación de métodos alternativos a la prisión en los casos de personas con responsabilidades familiares (*Observación general n° 14*, cit. §

---

<sup>43</sup> Ídem, § 97.

<sup>44</sup> Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, § 107.

<sup>45</sup> Ídem. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, cit., § 108, *itálica agrega*.

69) <sup>46</sup>. Téngase presente que, las normativas que excluyen la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas de la *p.p.* 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>47</sup>.

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

J. La Corte Europea de Derechos Humanos, 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 y el 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 que debe constituir la consideración principal, cuando más que “existe un amplio consenso, incluso en el derecho

---

<sup>46</sup> Vide Defensoría General de la Nación, *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario*, cit. p. 36.

<sup>47</sup> Comisión IDH, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, cit., p. 11.

<sup>48</sup> *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* (Manfred Nowak), A/74/136, §§ 49 y 3. “La privación de libertad implica la privación de derechos, representación, visibilidad, oportunidades y amor” (ídem, § 3).

<sup>49</sup> 5ª. Sección, sentencia del 24/3/2016, § 129, la traducción es nuestra.

internacional, en torno de la idea de que en toda decisión concerniente a los niños, debe primar su interés superior <sup>50</sup>.

K. El art. 30, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990), requiere que los Estados garanticen que una madre no pueda ser encarcelada con su hijo y promuevan “medidas alternativas al internamiento institucional para el tratamiento de dichas madres” (art. 30). De una manera similar y más neutral desde el punto de vista del género, la *Observación General N° 14*, Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial 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 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. En 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.

L. Puntualicemos, asimismo, que esta última *ratio* ya está presente en la doctrina del Tribunal cuando, al pronunciarse en *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, afirmó: la Corte ha resaltado

---

<sup>50</sup> *X c. Lettonie*, Gran Sala, sentencia del 26/11/2013, §§ 95/96.

<sup>51</sup> *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* (Manfred Nowak), cit., §§ 51 y 114/115.

que “[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 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>52</sup>.

##### 5. Otras consideraciones

A. No ha de desecharse que el presente *thema* ponga en juego al art. 8, Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto, en palabras del Tribunal, el derecho a la identidad “es un derecho humano fundamental’ que ‘puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos contenidos en la Convención, según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso’. Así, tratándose de

---

<sup>52</sup> Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, § 158, citas omitidas e itálicas agregadas. “En lo que se refiere al derecho a la protección de la familia del niño, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana, esta Corte ha destacado que el mismo conlleva que el Estado está obligado no sólo 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 constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado 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. Además, dado que en su primera infancia los niños ejercen sus derechos por conducto de sus familiares y que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo, la separación de los padres biológicos de un menor de edad puede afectar su derecho a la integridad personal, contenido en el artículo 5.1 de la Convención, en la medida que puede poner en riesgo su desarrollo” (Corte IDH. *Asunto L.M. respecto de Paraguay*. Medidas Provisionales, 1/7/2011, § 14).

niños, niñas y adolescentes, con base en lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a las relaciones de familia”<sup>53</sup>. Añádase que “[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>54</sup>.

B. Obsérvese, 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 prisionización para ellas y para su grupo familiar. En tales condiciones, la pena carcelaria podría configurar un trato cruel e inhumano<sup>55</sup>. Máxime cuando el art. 5, CADH, “consagra uno de los valores más fundamentales en una sociedad democrática: el derecho a la integridad personal, según el cual ‘[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral’, y quedan expresamente prohibidos la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2 de la Convención 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

---

<sup>53</sup> Corte IDH. *Asunto L.M. respecto de Paraguay*, cit., § 14.

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, cit., § 123.

<sup>55</sup> Defensoría General de la Nación (Argentina), *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario*, cit., p. 30. “[S]egún las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo” (Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. § 100). “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, *Observación general n° 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, 1992, § 5). La Comisión IDH “considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradantes”, y “considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima” (Comisión IDH, Informe N° 35/96. Caso 10.832. *Luis Lizardo Cabrera – República Dominicana*, 19 de febrero de 1998, §§ 82/83).



del núcleo inderogable”<sup>56</sup>. Vulneraciones que, cabe insistir, atañen tanto a la integridad física, como a la psíquica y moral<sup>57</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>58</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>59</sup>.

Así, retomando *Korneykova and Korneykov v. Ukraine*, procede 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>60</sup>.

C. 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>61</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>62</sup>.

---

<sup>56</sup> Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, § 85. “La Corte ha establecido que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están absoluta y estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta prohibición es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles [...]” (ídem, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, § 178).

<sup>57</sup> Ídem, *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, § 229.

<sup>58</sup> Ídem. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, § 116.

<sup>59</sup> Ídem, § 91.

<sup>60</sup> Cit., §§ 140/148.

<sup>61</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal*, p. 11.

<sup>62</sup> Defensoría General de la Nación (Argentina), *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario*, cit., p. 37. Según lo destacan Grisetti y Grisetti (2011), “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

Ya para el siglo XIX Concepción Arenal advertía: “[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 hartos penado quien no tiene culpa”<sup>63</sup>.

D. En marzo de 2018 la Comisión IDH “saludó” la decisión en materia de prisión preventiva –emitida por la Segunda Cámara del Supremo Tribunal Federal el 20 de febrero de 2018– 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 de la Corte Constitucional 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 la decisión del Supremo Tribunal Federal haya integrado el principio del interés superior del niño al evaluar la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad”<sup>64</sup>.

---

efecto regresivo sino directamente impositivo del sano desarrollo de la psiquis del individuo en sus primeros años” (*vide Mujeres privadas de libertad en el Sistema Penitenciario Argentino*, Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Buenos Aires, ps. 14/15).

<sup>63</sup> *Estudios Penitenciarios*, 1877, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, parte I, cap. VIII.

<sup>64</sup> Comisión IDH, Comunicado de Prensa No. 049/18, 24/3/2018.

E. Quede a salvo, de su lado, 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>65</sup>.

F. La propuesta que expresamos, al modo de lo que fue expresado respecto del recordado *Korneykova and Korneykov v. Ukraine*, significaría un buen esfuerzo para incluir la perspectiva de género en los razonamientos jurídicos<sup>66</sup>.

G. 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>67</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<sup>68</sup>. 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>69</sup>. Así lo reafirman Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller<sup>70</sup>. Sobre todo que en “un Estado de derecho corresponde al

---

<sup>65</sup> Ídem, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, p. 10. II.

<sup>66</sup> CIUFFOLETTI, Sofia, “‘Regardless of their sex’ or ‘biological differences’. An analysis of the European Court of Human Rights’ case law on women in prison”, *Revista Direito e Práxis*, 2020, vol. 11, n° 2.

<sup>67</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” (ídem, *Caso López y otros Vs. Argentina*, cit., § 123).

<sup>68</sup> 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” (Comité contra la Tortura, *Observaciones finales: Togo*, 2012, § 12.c); b. “[o]frecer capacitación a los funcionarios de las fuerzas del orden y del poder judicial sobre medidas distintas de la privación de libertad [...] teniendo en cuenta las disposiciones de las [...] Reglas de Tokio” (ídem, *Observaciones finales: Lituania*, 2014, § 11.e). El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria recomendó a Argentina “[e]xaminar el enfoque actual en virtud del cual el estudio de medidas alternativas a la detención no es automático en todos los casos, sino que depende de la iniciativa de la acusación o la defensa” (*Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su misión a la Argentina*, A/HRC/39/45/Add.1, 2018, § 83.a); también la llamó a “ampliar el alcance de la aplicación de alternativas a la detención” mediante “criterios más amplios de aplicabilidad y agilizando la aplicación de medidas alternativas a la detención” (ídem).

<sup>69</sup> GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación, Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 565.

<sup>70</sup> “[E]l respeto y observancia a lo dispuesto por el artículo 2° 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” (Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho

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 inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia”<sup>71</sup>. “[E]l sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”<sup>72</sup>. Por lo demás, la prohibición de estos arbitrios sería inválida, pues implicaría una suerte de prisión preventiva obligatoria<sup>73</sup>. Párese mientes en 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>74</sup>. Oportuno es añadir, para subrayar la trascendencia de lo que el Tribunal resuelva en la presente Solicitud, que tomar en cuenta la interpretación de la Corte IDH también comprende “lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su

---

Interno”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada* [C. Steiner y O. Uribe, coords.], México: Suprema Corte de Justicia de la Nación – Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2014. p. 78).

<sup>71</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, § 76.

<sup>72</sup> Ídem. *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 de 1986. Serie A No. 7, § 24. “El hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio de [un] derecho [...], no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1 [...]” (ídem, §§ 13, 24 y 28).

<sup>73</sup> Lo cual ignoraría “la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste [...]” (Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, cit., § 81). “[C]ualquier sistema de prisión preventiva obligatoria es incompatible con el artículo 5.3 [CEDH]” (Corte Europea de Derechos Humanos, *Ilijkov v. Bulgaria*, 26/7/2001, § 84); “[...] no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria la prisión preventiva” (Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales: Argentina*, 2010, § 10).

<sup>74</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, § 193.

competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”<sup>75</sup>.

H. Señalemos, por último, que en la elección por el juez de la medida alternativa a la privación de la libertad, 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.

#### 6. *La mirada antropológica y la alteridad*

A. 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 madres 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.

B. 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 esta consideración 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

---

<sup>75</sup> Ídem. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración...*, cit., § 31. El control de convencionalidad también implica interpretar las normas nacionales con arreglo a las pautas indicadas: “[...] es necesario que la interpretación que realicen los órganos competentes [...] sea coherente con los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal [...] Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación legislativa” (ídem, *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, § 130).

que actúe *a priori*: antes de los hechos, que en el caso de las violaciones de derechos humanos conllevarán siempre dolor y miserias humanas.

C. 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 que las individualidades irreductibles y capilares puedan irrigar con su alteridad ese discurso que se yergue para protegerlas, aún desconociéndolas.

D. 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 abortado una violación de derechos que, por más que pueda ser reparada, será siempre mejor que sea evitada.

E. 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 etnográfico, que en el marco institucional de Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina), estamos desarrollando en unidades penitenciarias del país. El espíritu que anima el recurrir a estas 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 *leitmotivs* 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 Samantha, privada de su libertad en la Alcaidía de Ushuaia, Argentina (5/11/2019): *“cuando les conviene, como con el tema de la seguridad y el trato, nos comparan con los masculinos, cuando no les conviene, como con las comodidades y las posibilidades de hacer cursos, estudios o deportes, o ir a sanidad, no”*.

Huelga 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 privadas de su libertad, lo que no puede menos que evidenciar que, dentro de una estructura en la que *“si te duele la garganta, te dan un supositorio”* (Lorena, Alcaidía de Ushuaia, Argentina 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 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 48, Servicio Penitenciario Bonaerense, 6/6/2020, Argentina).

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 la historia de Nelia: *“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, Argentina, 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 sólo 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 perder a sus hijos, cuesta creer que exista una situación de mayor pérdida y desesperación, sentimientos todos que atentan irremediamente 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”* (Inés, Tristán Suárez, Argentina, 22/3/2020).

Esta misma Inés nos ha ofrecido 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? porqué 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, Argentina] 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 cuerpecito 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”* (Inés, Tristán Suárez, Argentina, 22/3/2020). 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 Inés 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”* (Inés, Tristán Suárez, Argentina, 22/3/2020).

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.

F. La prisión preventiva resulta, después de todo, no extraña a un manifiesto contrasentido: “privar de la libertad para averiguar si se puede privar de la libertad”<sup>76</sup>, “castigar para saber si se puede castigar”<sup>77</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.

Su justificación, un intento de “cuadrar el círculo”<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, voto del juez García Ramírez, § 19.

<sup>77</sup> Ídem, *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, voto del juez García Ramírez, § 5.


<sup>78</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 97.

### III. CONCLUSIÓN

En suma, la exposición que hemos desarrollado en torno de los múltiples normas, fundamentos jurídicos y jurisprudenciales relativos al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, especialmente, a la CADH, vinculados 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, así como con las obligaciones de los Estados, amén del cuadro fáctico de la región, subrayado por la directa voz de sus protagonistas, cuando no víctimas, son de entidad suficiente, a nuestro juicio, para dar sustento a que la Corte IDH dé un paso que entendemos arquitectónico más allá del estado del arte alcanzado hasta el momento, y determine que constituye una necesidad actual e imperiosa 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.

Reiteramos: la CADH es, indudablemente, un *instrumento vivo*. Empero, es preciso reconocer que esa vitalidad depende y es fruto del aliento que le insufla el Tribunal, mediante el obrar 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.

Saludamos a la Corte IDH con nuestra consideración más distinguida.



Rolando E. Gialdino

Mariano R. Gialdino