



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

La garantía jurisdiccional de HÁBEAS CORPUS en favor de las mujeres embarazadas privadas de libertad y de las hijas o hijos que está por nacer o con hijos recién nacidos en Argentina, Brasil y Ecuador.

AUTOR:

Rothman Anderson Méndez Herrera

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del
Ecuador**

TUTORA:

Abg. Elizabeth del Pilar Jiménez Franco M.Sc.

Guayaquil, Ecuador

06 de febrero del 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Rothman Anderson Méndez Herrera**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTORA



ELIZABETH DEL PILAR
JIMENEZ FRANCO

f. _____

Abg. Elizabeth del Pilar Jiménez Franco, M.Sc.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Nuria Pérez Puig Mir

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Rothman Anderson Méndez Herrera**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación: **La garantía jurisdiccional de HÁBEAS CORPUS en favor de las mujeres embarazadas privadas de libertad y de las hijas o hijos que está por nacer o con hijos recién nacidos en Argentina, Brasil y Ecuador, previo** a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023

EL AUTOR

f. 

Rothman Anderson Méndez Herrera



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Rothman Anderson Méndez Herrera**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **La garantía jurisdiccional de HÁBEAS CORPUS en favor de las mujeres embarazadas privadas de libertad y de las hijas o hijos que está por nacer o con hijos recién nacidos en Argentina, Brasil y Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2021

EL AUTOR:

f. _____


Rothman Anderson Mendez Herrera

REPORTE URKUND

URKUND	
Documento	Garantias Jurisdiccionales mujer embarazada en prisión Rothman Mendez Herrera.docx (D156464815)
Presentado	2023-01-20 13:13 (-05:00)
Presentado por	rothman.mendez@cu.ucsg.edu.ec
Recibido	elizabeth.jimenez.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Mendez Herrera Rothman Anderson Mostrar el mensaje completo 3% de estas 29 páginas, se componen de texto presente en 6 fuentes.

TUTOR



ELIMINA LA FIRMADORA POR:
ELIZABETH DEL PILAR
JIMENEZ FRANCO

f. _____

Abg. Elizabeth del Pilar Jiménez Franco, M.Sc.

EL AUTOR:

f. _____

Rothman Anderson Méndez Herrera



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. _____

Dr. NURIA MARIA PÉREZ PUIG MIR.

DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

AB. ANGELA MARIA PAREDEZ CAVERO, MGS.

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

DR. COMPTE GUERRERO RAFAEL ENRIQUE

OPONENTE

ÍNDICE

Contenido

RESUMEN.....	VIII
ABSTRACT	IX
1. INTRODUCCIÓN	2
2. DESARROLLO	12
2.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NACIONALES QUE ESTABLECEN LAS CONDICIONES MÍNIMAS DE TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD.....	12
2.1.1. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, de la ONU, de 30 de agosto de 1955	12
2.1.2. Resolución de la Asamblea General de la ONU N° 65/229 de 16/03/2011.	14
Estas reglas establecidas cincuenta y seis años después de las de 1955, desarrolladas en el punto anterior, claramente, de acuerdo a su Art. 1, disponen que son complementarias del Párrafo 6.1. de las normas del referido año 1955, cuando dispone:	14
2.1.3. Reglas de Mandela	16
2.1.4. Condiciones de las mujeres embarazadas privadas de libertad o que permanecen con sus hijas/os menores en los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador	18
2.1.4.1. Argentina	19
2.1.4.2. Brasil	20
2.1.4.3. Ecuador	20
2.2.1. El hábeas corpus en las constituciones de Argentina, Brasil y Ecuador	23
2.2.1.1. Argentina	23
2.2.1.2. Brasil	28
2.2.1.3. Ecuador	31
3. CONCLUSIONES.....	35
5. REFERENCIAS.....	40

RESUMEN

Las mujeres embarazadas y privadas de libertad según el Art. 35 de la Constitución de la República merecen atención especial por pertenecer a grupos vulnerables, la embarazada y privada de libertad, es doblemente vulnerable. Igualmente prevalece el interés superior del niño/a que está por nacer, los cuales según el Art. 44 inciso 1º de la Constitución, prevalecen sobre los de las demás personas. En consecuencia,, una mujer en esas condiciones, en caso alguno, debe permanecer en un Centro de Rehabilitación Social, porque ello atenta contra su vida, su integridad, su salud y la vida del que está por nacer, razón por la cual la legislación tanto internacional como nacional consagran el arresto domiciliario para que dé a luz, utilizando la afectada la acción de hábeas corpus, que en otros países es ampliamente concedida, sin embargo en el Ecuador ha habido inconvenientes para concederlo cercenando el derecho de la mujer a tener sus hijos/as fuera de los centros penitenciarios, lo que ha generado que las afectadas presenten acciones extraordinarias de protección contra la sentencia de segunda instancia que denegó su hábeas corpus. En Ecuador, si bien se dictó sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección con reparaciones a la accionante, mientras ésta se tramitó, la mujer continuó en la cárcel y dio a luz en dicho recinto, recuperando su libertad cumplida la sentencia, En el presente trabajo se hace una comparación con la legislación argentina y brasileña donde se concede inmediatamente los hábeas corpus a las madres embarazadas privadas de libertad.

PALABRAS CLAVE: Embarazo, Privación de Libertad, Hábeas Corpus, Prisión Domiciliaria, Interés Superior Del Niño.

ABSTRACT

Pregnant and imprisoned women according to Article 35 of the Constitution of the Republic deserve special attention because they belong to vulnerable groups, the pregnant and imprisoned women are doubly vulnerable. Likewise, the best interests of the unborn child prevail, which according to Article 44, paragraph 1 of the Constitution, prevail over those of other people. Consequently, a woman in these conditions, in no case, should remain in a Social Rehabilitation Center, because this threatens her life, her integrity, her health and the life of the unborn, which is why the legislation both international and national consecrate house arrest to give birth, using the affected the action of habeas corpus, which in other countries is widely granted, however in Ecuador there have been inconveniences to grant it by curtailing the right of women to have their children outside prisons, which has led those affected to present extraordinary protection actions against the second instance ruling that denied their habeas corpus. In Ecuador, although a favorable sentence was handed down in the extraordinary action for protection with reparations to the plaintiff, while it was being processed, the woman remained in jail and gave birth in said facility, recovering her freedom once the sentence was completed. At present This paper makes a comparison with Argentine and Brazilian legislation where habeas corpus is immediately granted to pregnant mothers deprived of liberty.

KEY WORDS: Pregnancy, Deprivation of Liberty, Habeas Corpus, House Arrest, Best Interests Of The Child.

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo se relaciona con las madres embarazadas o con hijos pequeños en prisión, que producen la vulneración del derecho al embarazo y la maternidad en el sistema penitenciario y al mismo tiempo el derecho a la integridad y salud de éstas y el/la hijo/a que está por nacer, así como de las hijas/o nacidos, especialmente en período de lactancia, en lugares inadecuados como son los Centros de Rehabilitación Social como se las conoce en nuestro país o simplemente cárceles o centros penitenciarios como se las denomina en el derecho comparado.

La jurista y criminóloga española Allende Fernández Castro, en su Trabajo Final de Grado de Criminología, Facultad de Derecho de la Universidad de Cervera, titulada *Las mujeres en prisión*, al referirse a la situación de las mujeres privadas de libertad, expresa:

Las mujeres reclusas cumplen el doble castigo (social y penal) de la prisión y de la sociedad. Las personas están en prisión como castigo, no para recibir castigos. En este sentido, las circunstancias del encarcelamiento no deberían utilizarse como castigo adicional, debiendo así reducirse en la medida de las posibilidades los efectos negativos de la *prisonalización*. Y, como castigo adicional a la pena privativa de libertad, la mujer no sólo tiene, como hemos visto, la separación del núcleo familiar y la ruptura de los lazos, sino también la dificultad de la reinserción y la resocialización. Consecuencias negativas que empeoran cuando la mujer tiene hijos, puesto que, además del déficit de los espacios en cuanto a número y calidad, deben vivir las consecuencias que tiene para ellas la separación con sus infantes y las que supone para ellos vivir con ellas pero dentro de una institución penitenciaria (Fernández Castro, 2016, pág. 26)

El doble castigo social que sufren las mujeres reclusas, de acuerdo a lo que expresa la criminóloga española citada, y que ocurre con todas las mujeres embarazadas o con hijos pequeños privadas de libertad, vulnera en el Ecuador, el derecho constitucional a la salud, consagrado en la Carta Magna

del año 2008, que en su Art. 32 establece que este derecho es garantido por el Estado gracias a una serie de políticas y programas, las primeras de carácter económico, educativo, cultural, educativa, ambiental y social y, el acceso a planes y actividades con impulso y cuidado integral y amplio de la salubridad, sustentado en principios “de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución, bioética, con enfoque de género y generacional “ (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. 10)

El mandato constitucional no es plenamente eficaz, porque persisten en el país las históricas desigualdades de género, especialmente en lo que dice relación con el derecho humano y constitucional a la salud de las mujeres privadas de libertad y, en especial a las mujeres embarazadas y/o a las mujeres que permanecen con sus hijos en un recinto carcelario, las cuales, de acuerdo al Art. 35 de la Carta Magna, son personas aquejadas por un doble desamparo, por reunir las características de estar en gravidez y, al mismo tiempo, privadas de su libertad, con una criatura en su vientre materno o una hija o hijo de corta edad que permanece junto a ella, personas que “merecen especial atención por tener doble vulnerabilidad. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. 10)

Claramente las mujeres embarazadas y privadas de libertad, así como los niños que acompañan sus madres en su privación de libertad, están en una doble situación de vulnerabilidad, siendo restringidos sus derechos en lo que dice relación con al arresto en determinadas condiciones favorables, especialmente domiciliario, que reemplace a la efectiva privación de la libertad de la madre embarazada o con hijos menores, o prestándose por parte del Estado, la atención privilegiada a la que alude el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador.

A la «vulnerabilidad» se refiere el jurista argentino y Notario en la Dirección del Archivo de Protocolos Notariales del Colegio de Escribanos de la Provincia

de Santa Fe, Argentina, Dr. Enrique Jorge Arévalo, quien en su artículo *La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad*, manifiesta:

El diccionario refiere que la expresión vulnerable se aplica «a la persona, al carácter o al organismo que es débil o que puede ser dañado o afectado fácilmente porque no sabe o no puede defenderse: los niños son vulnerables; tiene un carácter vulnerable; está bajo de defensas y es muy vulnerable a las infecciones». También indica respecto de vulnerable “que puede ser herido o recibir lesión física o moralmente» El concepto refiere, básicamente, a la aptitud individual psicofísica propia de cada sujeto para prevenir o repeler adecuadamente los efectos de las enfermedades o agresiones físico-morales.[...] La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sostiene: “la vulnerabilidad puede definirse como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro natural o causado por la actividad humana y para recuperarse de los mismos”. (Arévalo, 2015, pág. 62)

De acuerdo a lo que expresa el Dr. Arévalo, en el párrafo anterior, fundamentado en la definición de vulnerabilidad de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la vulnerabilidad de la mujer embarazada o con hijos de corta edad, así como la del hijo/a que está por nacer o del hijo/a que permanece junto a ella en un centro penitenciario, implica que se está frente un peligro causado por la actividad humana, en este caso la privación de la libertad de la madre, lo que además de ser una pena que se le aplica a ésta, vulnera en forma grave el principio de la personalidad de la pena, porque toda pena no puede exceder la figura de la persona privada de libertad y, en el caso de las hijas o hijos, nacidos en prisión se vulnera este principio.

El jurista mexicano Dr. Francisco Pavón, complementa lo expuesto en el párrafo anterior cuando precisa qué se entiende por personalidad de la pena,

la cual “es ***eminente personal*** y no trasciende de la persona del autor o de quienes hayan intervenido en su ejecución (Pavón, 2010, pág. 863)

En consecuencia, una mujer embarazada o que dio a luz y está privada de libertad, merecen de conformidad a lo que establece el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador [Atención a grupos vulnerables] una especial atención, pero ello, desgraciadamente no ocurre en nuestro país.

Esta atención privilegiada a la mujer embarazada o madre de hijos pequeños que permanecen con ella en un centro penitenciario, se fundamenta, porque las cárceles femeninas son en exceso deficientes, debido a que no es política de los Estados construir cárceles adecuadas para las necesidades de las mujeres, situación que adquiere una mayor gravedad y relevancia, cuando se trata de mujeres embarazadas, porque es absolutamente cierta la ausencia de médicos especialistas en neonatología y pediatras, no contando igualmente los Centros de Rehabilitación Social con personal e instalaciones adecuadas para atender a las madres, especialmente, embarazadas, dándose el caso que deben compartir embarazadas o conjuntamente con sus pequeños hijos, celdas diminutas donde convive una gran cantidad de reclusas, lo que atenta severamente contra la vida, la integridad y la salud de la madre embarazada, de la criatura que está por nacer, los recién nacidos en estado de lactancia e incluso niños de corta edad.

El caso es que, de acuerdo a los países analizados [Argentina, Brasil y Ecuador], el estado de las “prisiones” es deplorable, porque las que existen, en caso alguno fueron construidas para mujeres, destacando que en Argentina, Brasil y Ecuador, son cárceles construidas para hombres que carecen de las necesidades que se requieren para las mujeres o, simplemente, edificios adaptados para ello porque se evidencia una patente falta de atención a las características que reúnen las mujeres como personas privadas de libertad y, más aún, las que se encuentran embarazadas o son acompañadas en los Centros de Rehabilitación Social por sus hijos menores

de edad, compartiendo celdas abarrotada de reclusas que atentan contra a integridad de la madre embarazada y la criatura que está por nacer, así como la de los/as niños/as lactantes o de corta edad que conviven, como se expuso, con ellas ese encierro carcelario.

Un principio básico de la legislación internacional de derechos humanos, es que las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos fundamentales en el período en que están encerradas, con excepción, obviamente de los derechos inevitables que se perdieron antes de la privación de la libertad.

De esta manera, es razonable concluir que todos los derechos inherentes a la madre no pueden ser excluidos o limitados en el caso de su encarcelamiento, lo que causaría, por consiguiente, la exclusión de los derechos de la niñez recién nacida, como por ejemplo, de ser amamantada. Las mujeres embarazadas privadas de libertad deben, necesariamente como todo ser humano, un tratamiento humanitario con absoluto respecto a su dignidad.

Sin embargo, y contrariamente a las normas internacionales de derechos humanos relacionados con las madres privadas de libertad, las unidades penitenciarias no, en la mayoría de los casos, están preparadas ni estructuradas para recibir a una mujer embarazada o a una madre con su hijo/a, ni para garantizarles los derechos constitucionales consagrados en la Carta Magna, como lo son la adecuada asistencia médica y psicológica orientada a velar por la salud de ambos. Pero, en los casos del embarazo la alternativa que se observa, mayoritariamente, a nivel mundial, es destinar a la padres gestante privada de libertad a que cumpla un régimen abierto, con las vigilancias del caso, en su residencia particular

Las prisiones femeninas son deplorables cuando se trata de mujeres, lo que necesariamente se agrava cuando se presenta el caso de mujeres privadas

de libertad embarazadas, porque en todos los centros penitenciarios que se investigó, no existe la infraestructura adecuada para velar por la vida, salud e integridad de la madre embarazada y la criatura que está por nacer, ni por las niñas/os, lactantes o de corta edad que permanecen con ellas en los recintos carcelarios.

El principal inconveniente radica en que las cárceles no cuentan con una estructura adecuada para atender la maternidad, especialmente en lo que se refiere a atención médica especializada y estructura adecuada para atender un parto digno y recintos higiénicos para el post parto.

Para el desarrollo de este trabajo, se utilizó una investigación cualitativa, a través del análisis de la legislación específica y de los tratados internacionales de derechos humanos y algunas sentencias relacionadas con los hábeas corpus presentados por las madres embarazadas para poder tener a su hija/o mediante el sistema de arresto domiciliario, siendo aberrante un caso ocurrido en el Ecuador, en donde a una madre embarazada se le denegó tanto en primera como en segunda instancia un hábeas corpus, acogándose la acción extraordinaria de protección presentada contra la sentencia en la Corte Constitucional del Ecuador, la cual demora su tramitación por años, se hizo tabla rasa de los derechos humanos y del interés superior del niño, porque en vez de efectuarse el parto fuera del recinto carcelario y permitir el desarrollo de su embarazo en su domicilio con las vigilancias del caso, la madre cumplió su condena, recuperó su libertad y cuando llevaba dos años en el medio libre se dio lugar a la acción extraordinaria de protección, determinándose reparaciones, pero no tomándose ninguna medida que permitiera a la madre embarazada tener un parto en el medio libre y con las seguridades del caso, quien al cumplir su condena tenía un hijo que ya había cumplido los cuatro años.

Con el alto crecimiento de la población penitenciaria femenina, surge la preocupación por la maternidad ejercida al interior de las cárceles, ante ello, la problemática de cómo las políticas públicas han brindado asistencia a las

mujeres que se encuentran privadas de su libertad durante el embarazo, parto y posparto.

De acuerdo a lo expuesto, una mujer que se encuentra privada de su libertad sufre tanto ella, como su hijo/a, una grave violación de sus derechos humanos y constitucionales, destacando que en Ecuador, desde el Código Civil de 1857 se consagró el deber del Estado velar por la vida del hijo/a que está por nacer, norma que analizado lo ocurrido es incumplida, la cual ha adquirido un carácter netamente retórico, aunque en otros países como Brasil y Argentina existe una realidad diferente.

Esta situación es grave, de acuerdo a lo que manifiesta la jurista uruguaya Dra. Antonella Bastitta Godoy, en su obra *La realidad de las mujeres privadas de libertad que viven con sus hijos en prisión*:

Los derechos de las personas privadas de la libertad son universales. Sin importar cuál haya sido su crimen o su falta, son seres humanos, y, por ese sólo hecho, la sociedad está comprometida con su defensa. [...] Toda persona vale, a plenitud, en un estado social y democrático de derecho. Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son indivisibles. Todos los derechos, sin importar su tipo, son inherentes a la dignidad de todo ser humano. Negar un derecho, necesariamente, tendrá impacto negativo en los otros; por eso, no pueden existir jerarquías entre ellos. Todos son importantes, todos deben ser respetados, protegidos y garantizados. La cárcel evidencia esa situación. Las negaciones a unos derechos básicos de las personas en prisión, implican, necesariamente afectar la dignidad de la persona y, con ello, el sentido y la protección de los demás derechos [...] El dejar de proteger el derecho a la alimentación, además de afectar a la dignidad humana, puede traer otras violaciones como afectar la salud, la integridad e incluso la vida. La imposibilidad de educación y de acceso a la justicia, puede desembocar en restricciones ilegítimas e injustificadas a la libertad. (Bastitta Godoy, 2017, pág. 11)

Si se efectúa, a conciencia, un estudio en el cual se analiza los Centros de Privación de la Libertad, Centros Penitenciarios o Centros de Rehabilitación Social donde cumplen su pena de privación de libertad las mujeres, nos encontramos con vetustos edificios, por lo general ex cárceles de hombre o edificios edificados para otros fines, que ni siquiera fueron proyectados o pensados para la privación de la libertad de las mujeres, destacando que, al respecto, la citada psicóloga uruguaya, en la mencionada obra, expresa que, respecto de este tema:

Es necesario que exista una política criminal con perspectiva de género para que las necesidades de los hombres no se privilegien por encima de las necesidades de las mujeres. Generando entre otras cosas que la estructura arquitectónica de las cárceles y sus recursos sean inadecuados para las mujeres. Esto no se logrará mientras se siga fomentando y reproduciendo a través de las propuestas de los establecimientos carcelarios [...] Tampoco se logrará mientras se siga invisibilizando a la mujer, diferenciando su trato en relación al género. (Bastitta Godoy, 2017, pág. 11)

Centrándonos en la vida del que está por nacer, que tiene en su vientre una mujer privada de libertad embarazada, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, aprobada un 20 de noviembre, estableció el principio de interés superior del niño (niña y adolescente) que representó un importante cambio en las relaciones paterno-materno-filiales, que implicó que las niñas, niños y adolescentes pasaran a ser considerados sujetos de derechos, lo que los hizo merecedores de tutela por parte del ordenamiento jurídico y, es más, como establece el inciso 1º del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, este interés superior “implica que los derechos de la niña, el niño y el adolescente prevalezcan sobre los derechos de las demás personas. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pág. 13)

Sin embargo, si se atiende a los niños nacidos de madres privadas de libertad, ¿en qué queda este interés superior si los y las hijos/as, deben permanecer junto a su madre durante su privación de libertad?

Un simple análisis de los Códigos Civiles de Chile, Ecuador, El Salvador, Colombia, Panamá, Honduras t Nicaragua que fueron influenciados por el Código Civil de Chile de 1955, redactado por el jurista venezolano Dr. Andrés Bello Lòpez, de acuerdo a lo que expresa la jurista chilena Verónica Pía Delgado Schneider, en su informe *El principio de la protección legal de la vida y la salud del nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello (Códigos Civiles de Chile, Ecuador, El Salvador, Colombia, Panamá, Honduras y Nicaragua)*: expresa:

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo a la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento. (Delgado Schneider, 2007, pág. 99)

En virtud de lo expuesto, muchos países han implementado una solución en las cuales, se reemplaza la privación de libertad por arresto domiciliario de las mujeres embarazadas como consecuencia de una serie de factores, derivado de las normas internacionales de tratamiento de los reclusos, de las Reglas de Bangkok y de las normas procesal penales nacionales que regulan este reemplazo y, finalmente, de las acciones de hábeas corpus en favor de las mujeres en estado de gravidez, ya sea individual o colectivamente, como ha ocurrido, en este último caso en Argentina y Brasil, destacando que en Ecuador, hubo un caso famoso de denegación de hábeas corpus a una mujer embarazada, la cual interpuso acción extraordinaria de protección a la cual se dio lugar, sin embargo, fue tan extensa la tramitación que la madre cumplió su

condena y el niño que nació en prisión “recuperó su libertad conjuntamente con su madre” a los cuatro años de nacido.

La jurista, Mgr. en Trabajo Social y docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador, Laddy Almeida, en su artículo *Mujeres con pena privativa de libertad: ¿Quiénes son y cómo viven en una cárcel de Ecuador*, expone la realidad de estas mujeres privadas de libertad con sus hijos/as, cuando indica:

Aunque la situación de las mujeres reclusas puede resultar alarmante [...] hay un problema aún más sensible: la situación de niños que también cumplen condena junto con sus madres y de aquellos que quedan en el desamparo o bajo el cuidado de familiares a los que nadie certifica como idóneos. De los primeros, al parecer, no se advierte que son eso, **niños presos**. ¿Cuál fue su delito?. Ellos no escogieron quien sería su madre y por tanto resulta cruel que en el amanecer de su vida enfrenten una pena, la más severa, la que los priva de su libertad. **Es inhumano que existan párvulos que tengan como único horizonte un muro, algunos, desde su primer día de vida.** (Almeida, 2017, pág. 253)

Obviamente que un país que priva de libertad en estas condiciones, reiterando lo que expresa la autora citada precedentemente, en caso alguno vela por el interés superior de las niñas, los niños y adolescentes, siendo las normas constitucionales y legales que se refieren a la materia y que no se aplican, un conjunto de disposiciones retóricas que son incumplidas que simplemente son, desgraciadamente – y lo digo con indignación – una normativa de mera “ostentación pública carente de un efectivo cumplimiento”.

2. DESARROLLO

2.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NACIONALES QUE ESTABLECEN LAS CONDICIONES MÍNIMAS DE TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

2.1.1. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, de la ONU, de 30 de agosto de 1955

Estos instrumentos internacionales, aprobados en Ginebra, Suiza, fueron aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, si bien significaron un avance en los derechos humanos de las personas privadas, tuvieron un enfoque absolutamente de género masculino, de acuerdo a lo que expresa la *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía - APDHA [España]* que en su ***Informe sobre la situación de las mujeres presas: Tratamiento y derechos de las mujeres privadas de libertad en los centros penitenciarios de España y Andalucía***, indica:

En el ámbito internacional, el primer intento de regulación que encontramos en este ámbito fueron las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por las Naciones Unidas el 30 de agosto de 1955. Sin embargo, dichas reglas apenas consideraban la situación de las mujeres que se encontraban privadas de libertad. Hasta el siglo XXI no hallamos en el plano internacional unos principios básicos que se ocupen de la situación de las mujeres presas. Así, en diciembre de 2010 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó las Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok. Como se recoge en la Regla I, la finalidad principal de esta normativa es “tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas” en tanto que “la atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse

discriminatoria” (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía - APDHA, 2020, pág. 10)

De acuerdo a lo expuesto en el señalado informe, las aludidas reglas, no se refirieron, expresa y ampliamente a la situación de las mujeres privadas de libertad, situación que se subsanó, nada menos que cincuenta y cinco años después, cuando la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 2010 otra normativa en la ciudad de Bangkok, Tailandia, que se desarrolla en el punto siguiente.

La tardanza en el reconocimiento de la mujer como «sujeto visible para el derecho penal», según expresa por la Antropóloga y Psicoanalista mexicana, Dra. Elena Azaola Guerrero, en su ponencia *Género y Justicia Penal en México*, formulada en el *Seminario – Taller Violencia contra las Mujeres Privadas de Libertad en América Latina*, organizado por la Fundación para el Debido Proceso Legal, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, deja en evidencia las falencias normativas internacionales y nacionales del reconocimiento de la mujer en materia penal, cuando indica:

Después de los estudios realizados en numerosos países durante las tres últimas décadas (1970 – 2000), la mujer apenas comienza a ser un sujeto visible para el derecho penal, sin que esto quiera decir que la disciplina haya abandonado su lógica predominantemente masculina. La tardía introducción de la mujer sorprende, puesto que, una vez más, la ciencia llega con retraso respecto de fenómenos que ya antes habían sido percibidos tanto por los poetas, los guardias o los capellanes de la prisión. Es decir, antes de que la ciencia tomara a la mujer como sujeto/problema de conocimiento, ya sus carceleros y otros personajes cercanos al ámbito penal habían notado que su paso por los circuitos de justicia tenía rasgos que lo hacían distinto del de los varones. (Azaola Guerrero, 2004, pág. 92)

Un análisis de las mujeres privadas de libertad, no sólo en el Ecuador, sino en el ámbito latinoamericano, permite afirmar con certeza, que la entrada y

permanencia de la criminalidad en la mayoría de las mujeres, obedece a la necesidad económica, sea por desempleo, prisión o muerte de su compañero e incluso enfermedad grave de algún miembro de su familia.

2.1.2. Resolución de la Asamblea General de la ONU N° 65/229 de 16/03/2011.

Estas reglas establecidas cincuenta y seis años después de las de 1955, desarrolladas en el punto anterior, claramente, de acuerdo a su Art. 1, disponen que son complementarias del Párrafo 6.1. de las normas del referido año 1955, cuando dispone:

A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria. (Organización de Naciones Unidas, 2011, pág. 8)

En forma categórica la Regla 1 de Bangkok, expone que es necesario poner en práctica el *Principio de no Discriminación*, contemplado en el Párrafo 6 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, dándose a entender en forma clara, que con anterioridad no se había implementado nada sobre la materia.

De lo anterior, claramente se infiere, que 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) de 16/03/2011, son el instrumento internacional de derechos humanos que, expresamente, regula el tratamiento de las mujeres privadas de libertad.

Las normas de Bangkok, consisten en setenta reglas, de tratamiento adecuado de las **mujeres delincuentes**, reconociendo, en su Regla 64, que los centros de privación de la libertad nunca fueron diseñados para mujeres grávidas o con hijos recién nacidos o de corta edad, regla que, posteriormente fue cuestionada al sostener que “el uso de la prisión para [...] las mujeres embarazadas o madres con bebés o niños pequeños, debe ser limitado y debe realizarse un esfuerzo especial por evitar el uso prolongado de prisión como sanción para estas categorías”. (Organización de Naciones Unidas, 2011, pág. 47)

En forma categórica esta regla señala que esta privación de libertad debe ser limitada, prefiriéndose, mantener a las mujeres embarazadas fuera de la cárcel, con lo que se da a entender que debe regir una pena alternativa, a la que se hará referencia más adelante al tratar la legislación argentina, brasileña, ecuatoriana y de otros países, que regulan esta materia.

Finalmente, necesario es referirse a la situación actual de los sistemas penitenciarios de América Latina, en relación a las Reglas de Bangkok, destacándose lo que expone la jurista uruguaya y asesora penitenciaria de la Delegación Regional para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), María Noel Rodríguez Tochetti, quien en su informe elaborado para la mencionada entidad internacional, titulado *Mujeres privadas de libertad, entre el olvido y los estigmas*, expresa que las referidas reglas:

Son el instrumento internacional más importante para gestionar los espacios de privación de libertad considerando las necesidades especiales de las mujeres. Reconocen el impacto diferencial de la pena privativa de libertad y la importancia de atender sus necesidades específicas. Sus objetivos básicos son: **reducir el uso de la pena privativa de libertad para las mujeres, promover medidas alternativas a la privación de libertad, atender sus necesidades especiales y abordar las causas detrás de sus delitos**. El principio básico de las Reglas de Bangkok está consagrado en su primera disposición: **a fin de poner en práctica**

el principio de no discriminación, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos, no deberá considerarse discriminatoria. Son el primer instrumento internacional que visibiliza a las hijas y los hijos de las mujeres privadas de libertad. Incorporan disposiciones particulares para mujeres madres y embarazadas, extranjeras y mujeres pertenecientes a grupos en especial situación de vulnerabilidad. Las Reglas contemplan las responsabilidades que las mujeres infractoras tienen en el cuidado de otras personas y establecen que, en la medida de lo posible, las reclusas deben ser alojadas en centros de detención cercanos a su lugar de residencia ***Este instrumento también incluye que las instalaciones destinadas al alojamiento de las personas detenidas deben contar con instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, como el acceso a insumos para la higiene menstrual y el suministro permanente al agua para el cuidado personal y el de sus hijos e hijas.*** Entre sus 70 disposiciones también contempla el examen médico al momento del ingreso a fin determinar sus necesidades básicas de atención de salud. (Rodríguez Tochetti, 2021, págs. 4 - 5)

2.1.3. Reglas de Mandela

La Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 17 de diciembre de 2015 acordó la revisión de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos" de 1955, recomendando que se denominaran "Reglas de Nelson Mandela", en homenaje al fallecido presidente de Sudáfrica Nelson Rolihlahla Mandela, quien pasó 27 años en prisión en su lucha contra la discriminación y el apartheid en el mencionado país.

En la Observación Preliminar N° 1 de las Reglas de Mandela, expresamente se determina su carácter no vinculante, cuando dispone:

Observación Preliminar 1.- El objeto de las siguientes reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente enunciar, partiendo de los conceptos

generalmente aceptados en nuestro tiempo y de los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria. (ONU, 2015, pág. 7)

En estas Reglas, se comete la misma omisión respecto de las mujeres privadas de libertad que en las Reglas de 1955, siendo pocas las normas específicas que se refieren a las mujeres, destacando que el instrumento principal que regula la materia, lo constituyen las Reglas de Bangkok, desarrolladas en el punto anterior, poniéndose énfasis en la **Regla Nº 28** “que se cuente en los centros de privación de libertad con instalaciones especiales para el cuidado del embarazo, el parto y la crianza de los/as hijos/as, prefiriéndose que el alumbramiento se efectúe en un hospital, prohibiéndose que conste que la criatura nació en prisión; en cambio, en la **Regla Nº 29.1** se determina que en la decisión de permitir que una madre permanezca con su hijo/a en prisión, debe prevalecer el interés superior del niño/a, tomándose todas las providencias para ello. (ONU, 2015, pág. 14)

Pese a lo dispuesto en las Reglas de Mandela Nº s 28 y 28, nuestros Centros de Rehabilitación Social, así como los de los países investigados [Argentina y Brasil], carecen de instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, durante el parto e inmediatamente después.

Respecto de procurar, en la medida de lo posible que el parto tenga lugar en un hospital civil, no es una norma de cumplimiento general, dando a luz las madres privadas de libertad .en el mismo centro penitenciario, y con precaria asistencia, generalmente con enfermeras o enfermeros que trabajan en el penal y la ayuda de otras reclusas, porque los médicos visitan la cárcel en determinados días; a lo que se agrega la sabia disposición de no hacer constar en su partida de nacimiento, que el hecho que “el hijo o la hija, nació en un centro penitenciario, a lo que se añade el caso que las niñas o niños que deban permanecer con su madre en un recinto penitenciario, deben contar

con servicios médicos y de guardería adecuados, lo que igualmente, es incumplido en Argentina, Brasil y Ecuador.

Necesario es tener en consideración que las Reglas analizadas, no son una Convención de la ONU, las reglas son parámetros mínimos cuyo objeto es establecer directrices, conformadas por principios y reglas relacionadas con una adecuada organización y prácticas penitenciarias con el tratamiento de las personas privadas de libertad.

El Ecuador, al igual que los países analizados, como Argentina y Brasil, como miembros de la Organización de Naciones Unidas, tienen el “deber” de respetar las reglas, pero no pueden ser sancionados si no las cumplen, porque ellas solo contienen directrices para el tratamiento de las personas privadas de libertad. Los requisitos mínimos del trato a las personas privadas de libertad, fueron establecidos en el año 1955, pero no se consideró las necesidades de las mujeres, lo que ocurrió con las Reglas de Bangkok después de más de cinco décadas del establecimiento de las primeras, como se explicó anteriormente.

2.1.4. Condiciones de las mujeres embarazadas privadas de libertad o que permanecen con sus hijas/os menores en los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador

Las condiciones de las cárceles de mujeres, en concordancia con la Regla 64 de Bangkok, son deficientes, especialmente en los países a que se refiere esta investigación [Argentina, Brasil y Ecuador], situación expuesta con meridiana claridad, la jurista brasileña Dra. Nadiel Alves Franco, quien al referirse a la “invisibilidad de las mujeres privadas de libertad, en su obra *Las múltiples puniciones del sistema penitenciario sobre la mujer: Libertad, derechos sexuales y reproductivos*, indica:

La invisibilidad de la perspectiva de género no se limita a las cuestiones estructurales. Las especificidades femeninas son totalmente descartadas y las mujeres son tratadas como si fuesen hombres [...] Se asiste a una total violación de la dignidad femenina, como ausencia de productos básicos de higiene (toallas absorbentes, íntimas, papel higiénico), recursos humanos adecuados (específicamente agentes penitenciarios de sexo femenino, médicos ginecólogos u obstetras), asistencia social familiar (guardería infantil para sus hijos) visten los mismos uniformes y se alojan en establecimientos carcelarios construidos en base a estructuras masculinas, en total violación a los derechos humanos (Alves Franco, 2015, pág. 27)

2.1.4.1. Argentina

En lo que dice relación con Argentina, las condiciones de las cárceles, especialmente en lo que se refiere a la privación de la libertad de las mujeres embarazadas o madres de hijos menores de edad que permanecen con ellas no cumplen con las normas constitucionales que se refieren a la calidad de estos centros, como se dispone en la parte final del Art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina, que dispone:

Art. 18.- Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice. (Presidencia de la Nación Argentina, 1994, pág. 4)

Pero en Argentina, se consagra el hábeas corpus para las madres embarazadas privadas de libertad lo que se analizará cuando se analice dicha acción.

2.1.4.2. Brasil

En relación a Brasil, el Art. 5 XLV de la Constitución Federal de 1988 dispone:

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

XLV. Ninguna pena **trascenderá de la persona del condenado**, pudiendo extenderse a los sucesores y ser ejecutadas contra ellos la obligación de reparar el daño y la decisión de privación de bienes, en los términos de la ley, hasta el límite del valor del patrimonio transmitido. (Senado de Brasil, 1988, pág. 7)

En virtud del principio de individualización de la pena y la calidad de sujeto de derecho del nasciturus se ha planteado por parte de la doctrina brasileña, de acuerdo a lo que expresa el jurista brasileño Dr. Alexandre de Moraes, en su obra *Derechos Humanos Fundamentales: Teoría General*, que el **nasciturus** **“tiene derecho a ser parte en un litigio, a través de su representante o curador”**. (De Moraes, A., 2006, pág. 82)

2.1.4.3. Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, considera a las personas privadas de libertad, en su Art. 35, de acuerdo a lo que se expuso anteriormente, como grupos de atención prioritaria, las cuales son definidas por el jurista ecuatoriano Dr. Lenin Alejandro Novillo Díaz, quien en su artículo *La inclusión de grupos de atención prioritaria en proyectos de vinculación de la sociedad*, define a los grupos de atención prioritaria a:

Todo individuo que se encuentre imposibilitado de incorporarse o reincorporarse a la sociedad, sea cual sea su condición social, económica, cultural y política, haciéndoles imposible ayudar al

desarrollo de la sociedad impidiéndoles a mejorar su calidad de vida de acuerdo con las leyes que rige la constitución del buen vivir o *Sumak Kawsay*. (Novillo Díaz, 2019, pág. 76)

En virtud de considerar a las personas privadas de libertad como grupos de atención privilegiada el Estado debe procurarles una consideración especial para superar las inequidades, constituyendo el Art. 51 de la Carta Magna ecuatoriana la “carta de derechos de las mujeres reclusas que se encuentran embarazadas, tengan hijos en período de lactancia o sean de corta edad que precisen el cuidado de su madre (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, pág. 17)

Además, complementando lo expuesto en el párrafo anterior, la legislación ecuatoriana, específicamente el COIP, en su Art. 537, contempla la sustitución de la prisión preventiva por un arresto domiciliario con vigilancia electrónica, beneficiándose no sólo a la mujer grávida sino que por 90 días posteriores al parto, período que se extiende al doble en caso que el/la hijo/a haya nacido con dolencias que precisan de asistencia especial. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, pág. 171)

Respecto de la legislación ecuatoriana existe una serie de falencias que es necesario hacer presente a fin de fundamentar la necesidad que las mujeres embarazadas privadas de libertad o con hijos menores de edad puedan interponer una acción de hábeas corpus, de conformidad a reciente jurisprudencia.

Además, los exiguos fondos para alimentación y otras necesidades de las personas privadas de libertad son insuficientes y viola los instrumentos internacionales de derechos humanos y las Reglas a que se hizo referencia en los párrafos anteriores, en concordancia con la Regla 48 de Bangkok que: “ordena que las reclusas embarazadas y los lactantes deben recibir asesoramiento relacionado con su salud y alimentación, supervisado por un

profesional de la salud, en forma gratuita (Organización de Naciones Unidas, 2011, pág. 41)

El hacinamiento carcelario en Ecuador es extremo, lo que existe hasta el día de hoy, pone en peligro la integridad de las madres embarazadas privadas de libertad y el hijo/a que está por nacer, ya que estas deben compartir celdas con varias mujeres privadas de libertad, lo que las pone en evidente peligro, destacando que el hacinamiento dada del año 2019, cuando el Presidente de la República del Ecuador de la época, Licenciado Lenin Moreno, mediante Decreto Ejecutivo 741 de 16/05/2019 decretó el Estado de Emergencia Carcelaria, por la violencia y los numerosos asesinatos ocurridos en ellas y porque en el Ecuador existen 41 000 personas privadas de la libertad, siendo la capacidad carcelaria para 27 000 personas.

La Constitución del Ecuador se refiere al interés superior del niño en el inciso 1° del Art. 44, que consiste en que éste genera derechos que “prevalecen sobre los de las demás personas. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, pág. 13)

Los hijos de las madres embarazadas o los nacidos que están con ellas pese a ser sujetos de derechos carecen de representación legal, al contrario de lo que ocurre en Brasil.

2.2. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

2.2.1. El hábeas corpus en las constituciones de Argentina, Brasil y Ecuador

2.2.1.1. Argentina

El inciso final del Art. 43 de la República Argentina regula la acción de *hábeas corpus*, que dispone:

Art. 43.- Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio. (Presidencia de la Nación Argentina, 1994, pág. 9)

De la Constitución de la República Argentina, y especialmente del Art. 43 transcrito, puede determinarse la existencia de dos clases de hábeas corpus:

- a. **Hábeas corpus liberatorio: o represivo**, se impetra en caso de coacción legal o abuso de poder, ya practicados, por tanto la privación de la libertad ya está materializada. En ese caso [si procede] se emitirá un permiso de liberación con el fin de restablecer la situación anterior, es decir, la libertad.
- b. **Hábeas corpus preventivo** se interpone cuando exista una amenaza de violencia grave y efectiva o cuando exista una amenaza de coacción grave y efectiva a la libertad de movimiento. A partir de esto, se puede concluir que la privación aún no se ha llevado a cabo, pero, dadas las circunstancias, su imposición es inminente. Por lo tanto, como lo muestra

la denominación misma, impetra es anterior a la privación de libertad. Después de su concesión, se emitirá una conducta segura, que tendrá el poder de evitar la práctica de la ilegalidad que conduciría a la segregación de la libertad del paciente.

En el caso de Argentina, y haciendo referencia al hábeas corpus represivo o liberatorio, son tantas las condiciones subhumanas que agravan la privación de libertad de las mujeres embarazadas o madres que están al cuidado de sus hijos en las cárceles que justifican ampliamente la interposición de la acción de hábeas corpus ya que los Centros Penitenciarios de Argentina, al igual que los de los países investigados, carecen de las condiciones exigidas las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, las Reglas de Bangkok y las Reglas de Mandela, lo que significa, igualmente, una razón poderosa para impetrar la acción de hábeas corpus porque los centros penitenciaros argentinos amenazan la vida e integridad física y psíquica de la madre y del nasciturus, situación que, en la realidad, hace retórico e ineficiente la disposición constitucional acerca de las cárceles sanas y limpias.

En efecto, numerosos son los informes que las cárceles argentinas no son ni sanas ni limpias como lo establece el Art. 18 de la Constitución Federal, existiendo además informes de Amnistía Internacional de tortura y violencia contra madres embarazadas, como consta de *Informe Regional del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional [CEJIL] “Mujeres Privadas de Libertad” de Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, que indica:*

En Argentina, la Unidad 31 —única unidad del Servicio Penitenciario Federal que cuenta con un jardín maternal—aloja a mujeres privadas de libertad con sus hijos/as. Actualmente hay 229 reclusas, de las cuales 88 son madres y junto con ellas se encuentran 95 niños y niñas. Una encuesta realizada por el Ministerio Público de la Defensa refleja la situación de las mujeres que viven allí: el 31 % de las mujeres estuvieron embarazadas en prisión y de éstas, el 38,1 % consideró que la atención médica recibida fue mala o regular. Respecto de sus hijos e hijas, el 82,1

% de las mujeres manifestó que pasa las 24 horas del día con ellos/as. Dentro de la guardería, en cuanto a la provisión de elementos, el 97 % indicó que hay pañales y el 86 % indicó que hay mamaderas. A su vez, el 62 % indicó que sus hijos/as no reciben alimentación adecuada. Merece señalarse especialmente que violando las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, y violando especialmente los derechos de los/as niños/a, del 38,9 % de las mujeres cuyos hijos nacieron dentro del penal refirió que este dato se hizo constar en la partida de nacimiento.. Una publicación reciente dio cuenta de que en la provincia de Buenos Aires hay 61 bebés y chicos en distintos penales. Nueve de cada diez madres que conviven con sus hijos/as no tienen condena firme. En la provincia de Buenos Aires, sólo el Complejo Penitenciario Femenino de Los Hornos, en La Plata, tiene guarderías. En el resto de las unidades provinciales, los/as niños/as no asisten a actividad educativa alguna y las condiciones edilicias no son las adecuadas para que los/as niños/as crezcan y se desarrollen en un ambiente sano [...] En las Unidades 3 y 31 de Ezeiza, en Argentina, las estrategias por parte del personal penitenciario para controlar los conflictos o faltas de conductas individuales se circunscriben básicamente al método de aislamiento. En la Unidad 3 de Ezeiza, en un total de 115 sanciones impuestas, 104 fueron de aislamiento. No es irrelevante remarcar que los sectores de aislamiento destinados al castigo de las mujeres sancionadas son inhabitables. Su estado de conservación es pésimo y sus dimensiones mínimas. El baño está inutilizable y ello hace que las mujeres deban realizar sus necesidades en la misma celda por lo que el lugar despide un olor nauseabundo. Los colchones en los que duermen las reclusas están rotos, llenos de pulgas y mojados. Las mujeres permanecen encerradas durante 22 horas, algunas de ellas en celdas sin luz y sin abrigo [...] Respecto a estos tratos en Unidad 31 el 17,9 % de las mujeres manifestó haber sufrido violencia física, consistente en golpes, patadas, empujones o contactos sexuales no queridos, ya sea por parte del personal o de otras mujeres [...] También se registraron otros casos en Santa Fe, una provincia de Argentina. Romina Vera de 17 años, cursando dos meses de embarazo, fue esposada y golpeada en la Comisaría 19ª. El hecho, que ocurrió a plena vista de personas que se encontraban visitando a otros presos, puso a la mujer en riesgo de perder el embarazo. (CEJIL Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007 , págs. 1 - 50)

Como puede apreciarse, el trato a las mujeres embarazadas y madres de hijos que conviven con ellas en su encarcelamiento es tan denigrante que incluso, en la Provincia de Santa Fe (Argentina) hubo una detención arbitraria de una menor de edad de 17 años, embarazada de dos meses, la cual fue esposada y golpeada, hecho que ocurrió a plena vista de personas que visitaban a otros presos y que significó un grave atentado a su vida y a la del nasciturus.

La gravedad de los hechos expuestos justifica, la acción de hábeas corpus porque de conformidad al Art. 43 de la Constitución Federal “existe un agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de la detención”, en este caso de la privación de libertad.

El hábeas corpus colectivo en Argentina: la Dra Ángela Ester Ledesma: Juez de la Cámara Federal de Casación Penal. Profesora en la Universidad de Buenos Aires, en forma categórica, en su artículo *Algunas reflexiones acerca del habeas corpus colectivo en el proceso penal*, expresa, respecto del hábeas corpus colectivo, que:

Esta vía como, ha sido concebida para proteger la libertad singular de los ciudadanos. En cualquiera de sus formas típicas reconocidas por la doctrina y legislación: reparador, preventivo, correctivo, etc. Y en la diversidad de funciones: acción, recurso, etc., clásicamente enderezado a reconocer y asegurar, ante todo, la vigencia de los derechos humanos del individuo-persona, por cierto pensado éste como sujeto de derecho particular y autónomo. En cambio ahora también se lo reconoce como vía idónea para tutelar casos colectivos. La utilidad del instituto para abordar los casos en clave colectiva fue expresamente reconocida. Así el voto del juez Fayt, in re “Verbitsky” expresa, “...no se puede pasar por alto que la previsión del actual art. 43 de la CN contempla expresamente la figura del amparo colectivo. Y si bien no lo hace en forma expresa, con el Habeas Corpus Colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio [...] La utilización de la acción del habeas corpus colectivo facilita a los órganos jurisdiccionales analizar y solucionar situaciones que generen una vulneración permanente e impersonal a derechos de raigambre constitucional. No se

circunscribe a un número determinado de personas sino a toda aquella que se encuentre en igual situación. La evolución jurisprudencial denota una gran evolución, toda vez que de discutirse la existencia o no de “un caso”, se ha pasado a aceptar la vía para atender no solo situaciones actuales sino también potenciales. Ello cuando lo que está en juego son derechos fundamentales, situación en la que se pondera aun en abstracto hacia el futuro. Esto aconteció como consecuencia de diversos fallos donde la autoridad competente modificó la situación existente, pero no garantizó que en lo sucesivo no se reiterase”. (Ledesma, 2016, págs. 1 - 2)

Ley del Ministerio Público de Argentina

La Ley N° 24.946 del Ministerio Público de Argentina, Organización e integración. Funciones y actuación, publicada en el Boletín Oficial de 23/03/1998 y modificada por Ley N° 25.909, publicada en el Boletín Oficial de 28/07/2004, establece en su Art. 25 literal l) determina su competencia de velar por la defensa de los derechos humanos, cuando indica:

Art. 25.- Corresponde al Ministerio Público:

- l)** Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación. (Ministerio Público de Argentina, 2005, pág. 9)

Claramente, la acción de hábeas corpus colectiva de Argentina, se origina por el agravamiento de las condiciones de privación expuestas en el cuerpo de esta investigación, destacando que los privados de libertad de esos centros penitenciario presentaban de ocho a diez hábeas corpus diarios, razón que

llevó a los patrocinadores de la acción de hábeas corpus a presentar **acción de hábeas corpus colectivo**, de conformidad al Art. 196 del Código Procesal de la Nación, motivó la formación de un Legajo de Cárceles cuyo objeto fue realizar un abordaje y estudio generalizado de las múltiples causas penales.

2.2.1.2. Brasil

El Art. 5 LXVIII de la Constitución Federal de Brasil de 1988, en forma escueta dispone que:

Se concede el hábeas corpus siempre que alguien sufra o se haya amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción por ilegalidad o abuso de poder. (Presidencia de la República de Brasil, 1988, pág. 4)

Hábeas corpus colectivo brasileño: el hábeas corpus en Brasil interpuesto por las mujeres embarazadas o madres de menores de 12 años surgió jurisprudencialmente por parte de esta clase de mujeres privadas de libertad que solicitaron de conformidad a lo dispuesto en el Art. 318 del Código del Proceso Penal que recién el año 2011, mediante Ley 12.403 de 04/05/2011 incorporó el título “De la prisión domiciliaria”, disponiéndose que **“el juez podía sustituir la prisión preventiva por prisión domiciliaria, cuando el agente [en este caso la madre]: IV. La gestante a partir del 7 (séptimo) mes de gravidez o siendo ésta de alto riesgo.** (Senado de Brasil, 2018)

Esta disposición solamente permitía el arresto domiciliario de la madre embarazada a partir del séptimo mes de embarazo o antes en el caso que se trate de un embarazo de alto riesgo, pese a que la Ley 12.403 de 04/05/2011, se dictó con posterioridad a las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes o Reglas de Bangkok de 16/03/2011.

Las condiciones carcelarias y de atención de salud, higiene y alojamiento de las madres embarazadas violaban no solo las Reglas de Bangkok, sino que además, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU de 1955.

En Brasil, el Código Procesal Penal [Decreto Ley N° 3.689 de 03/10/1941] contempló la posibilidad de la mujer grávida privada de libertad, por prisión domiciliaria, mediante modificaciones hechas al Art. 318 y agregando los Arts. 318 A y 318 B, a los que se hizo anteriormente referencia y que implicó conceder la prisión domiciliaria a las gestantes, derogando la disposición anterior que les exigía 7 meses de embarazo y permitiendo, además esta prisión a las madres que tuvieran hijos de hasta 12 años de edad incompletos, debiéndose fundamentar la petición u no haber cometido crímenes con violencia o grave amenaza a una persona o contra su hijo o dependiente [(Senado de Brasil, 2018)

Caso específico: Hábeas Corpus Colectivo 143641/SP de 20/02/2018

La Segunda Sala del Supremo Tribunal Federal de Brasil acogió el hábeas corpus en concordancia la acción determinando la sustitución de la prisión preventiva por la prisión domiciliaria de todas las presas grávidas, puérperas y madres de menores de 12 años incompletos, de madres de personas con deficiencia, acusadas de crímenes no violentos o practicados sin grave amenaza, sin perjuicio de la aplicación de las medidas alternativas previstas en el Art. 319 del CPP, de acuerdo a lo que expresa el procesalista brasileño Dr. Matheus De Oliveira Santana, quien en su obra *Prisión domiciliaria para gestantes, puérperas, madres de menores y madres de personas con deficiencia*, expresa..

El sustento de la resolución favorable de este hábeas corpus fue:

- a. Que las cárceles brasileñas carecen de la infraestructura y atención adecuada para las gestantes y los recién nacidos.

- b.** Que la Suprema Corte General reconoce que no hay condiciones para garantizar los cuidados mínimos relativos a la maternidad y a la infancia dentro de los centros penitenciarios.
- c.** Que en el plano internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagró en su Preámbulo que el reconocimiento de la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables que constituyen el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.
- d.** El hecho de existir reincidencia no impide la concesión del beneficio, debiendo el juez examinar el caso concreto considerando las restricciones impostas para la aplicación de la prisión domiciliaria definida en la decisión, pudiendo el juez, siempre que verifique la inviabilidad de este beneficio, sustituirlo por medidas alternativas a la prisión previstas en el Art. 319 del CPP.
- e.** Se sustenta igualmente la decisión en la existencia de una falla estructural, porque las mujeres grávidas, puérperas y madres de hijos menores de 12 años o con enfermedades graves, cumplen la prisión preventiva en forma degradante, sin el mínimo de cuidados médicos necesario para la salud de la madre y su hijo/a. Se destacó que la salud pública en Brasil, específicamente en relación a la maternidad es deficiente, al igual que respecto de las mujeres que no se encuentren en este estado.
- f.** El Principio de Primacía del Interés Superior del Niño, previsto en el Art. 227 de la Constitución Federal también fue fundamento de la decisión, en la cual se declaró que no solo las madres sufren las consecuencias de la privación de la libertad, sino también los hijos, violándose, de esta manera, el referido principio constitucional.
- g.** Expresamente se hizo referencia a las normas internacionales, específicamente a las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes o Reglas de Bangkok, en lo tocante a la priorización de decisiones que ordenen medidas alternativas a la privación de libertad.
- h.** Se reconoció una verdadera “cultura del encarcelamiento” por las excesivas decisiones que decretaban prisiones preventivas a las mujeres pobres y vulnerables, ocasionando una sobrepoblación de los presidios, existiendo otras soluciones de carácter humanitario previstas en la legislación vigente.

- i. Finalmente, la Constitución Federal, en su Art. 5º, contiene diversos incisos de aplicación directa, donde se observa con claridad el principio de dignidad de la persona humana:
 - III. Nadie será sometido a tortura ni a tratamiento inhumano o degradante;
 - XLI. La ley sancionará cualquier discriminación atentatoria de los derechos y libertades fundamentales;
 - XLV. Ninguna pena pasará de la persona del condenado [...]
 - XLVIII. La pena será cumplida en establecimientos distintos de acuerdo con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del condenado
 - XLIX. Está asegurado a los presos el respeto a la integridad física y moral;
 - L. A las presidiarias se les asegurará las condiciones para que puedan permanecer con sus hijos durante el período de lactancia. (De Oliveira Santana, 2019, pág. 2)

En esta esa jurisprudencia aplicable a los hábeas corpus presentados por las madres embarazadas o de menores de 12 años, prevalece el hábeas corpus a la tramitación de la causa, destacando la existencia de principios constitucionales de aplicabilidad directa.

2.2.1.3. Ecuador

La Magister en Trabajo Social. Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador y Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca Laddy Almeida, en su informe *Mujeres con pena privativa de libertad: ¿quiénes son y cómo viven en una cárcel de Ecuador?*, señala los efectos negativos, en Ecuador, de las condiciones de las cárceles ecuatoriana y de los efectos que la privación de libertad produce en las madres embarazadas, añadiendo el grave inconveniente que representa esta privación de libertad para los nasciturus y las niñas y niños que viven con sus madres recluidas, cuando expresa:

Aunque la situación de las mujeres reclusas puede resultar alarmante, el estudio demostró que hay un problema aún más

sensible: la situación de niños que también cumplen condena junto con sus madres y de aquellos que quedan en el desamparo o bajo el cuidado de familiares a los que nadie certifica como idóneos. De los primeros, al parecer, no se advierte que son eso, niños presos. ¿Cuál fue su delito? Ellos no escogieron quien sería su madre y por tanto resulta cruel que en el amanecer de su vida enfrenten una pena, la más severa, la que los priva de su libertad. Es inhumano que existan párvulos que tengan como único horizonte un muro, algunos, desde su primer día de vida. De los segundos, los hijos que quedaron fuera, hay madres que temen los peores escenarios porque saben el lugar en el que quedaron y bajo el cuidado de quién estaban. Eran niños con una alta probabilidad de crecer inmersos en la vergüenza, el abandono, el vicio, el maltrato, la pobreza, la ira. ¿Acaso este no es un escenario ideal para la construcción de una nueva generación en situación de riesgo? ¿Quién vela por los derechos de estos niños, su salud física y psicológica, su formación como ciudadanos que espera y demanda la sociedad? Las respuestas a estas preguntas fueron desalentadoras en este caso. La institución no disponía de los recursos y el personal suficiente para vigilar y así precautelar la seguridad de estos niños. (Andrade, 2017, pág. 253)

No sólo es preocupante el caso de las niñas y niños que viven privados de libertad conjuntamente con su madre, sino que lo hacen en cárceles para hombres que fueron adaptadas o edificios que carecen en demasía de las condiciones que exigen las Reglas examinadas anteriormente.

Las precarias condiciones a que se hizo referencia en los párrafos anteriores, implica que, pese a que se haya decretado por la justicia una privación de libertad, las condiciones a las que se somete a la madre embarazada o a la que tiene hijos menores que viven su encierro, éstas atentan gravemente contra su dignidad humana, que justifican la interposición de una acción de hábeas corpus, lo que consta en jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador, que expresa en sentencia sobre acción extraordinaria de protección contra sentencia que denegó hábeas corpus de mujer embarazada N° 247 – 17 – SEP – CC, Caso N° 0012 – EP que resolvió:

Conforme se desprende del análisis efectuado por la Sala, este se orienta a la imposibilidad de conceder el hábeas corpus, por cuanto el embarazo ocurrió mientras la presunta afectada cumplía la pena privativa de la libertad. A juicio de esta Corte, el criterio no es constitucionalmente adecuado, puesto que existe una disposición normativa cuyo efecto directo es que la negativa a sustituir cualquier medida de privación de la libertad a la mujer embarazada, la transforma inmediatamente en ilegal, en los términos establecidos en el artículo 89 de la Constitución. Dicho de otro modo, no importa si el embarazo ocurrió luego de haber sido detenida y procesada ante la justicia, sino que la hipótesis de la norma se refiere exclusivamente a encontrarse en estado de gestación, dejando de lado el momento en que se produjo el mismo, puesto que la protección constitucional no desaparece por encontrarse una persona privada de la libertad. Por otro lado, cabe considerar que como se ha abundado en el contexto ecuatoriano, la acción de hábeas corpus procede no solamente contra la privación de la libertad que sea ilegal, arbitraria o ilegítima lo que no incluye únicamente la detención-; sino que, además, protege el derecho a la integridad personal de quien se halle privado de la libertad. En este sentido, esta Corte considera que no cabe perder de vista que la privación de la libertad de una persona -en tanto una expresión del poder del Estado para coaccionar a las personas por medio del monopolio en el uso de la fuerza-, constituye en sí misma una forma de violencia regulada por la Constitución. Es por esta razón que el derecho constitucional, y el mismo derecho penal, cumplen la función de barreras para contener la violencia ejercida por el Estado y procesarla de la manera más razonable posible. (Corte Constitucional del Ecuador, 2017, pág. 14)

El hábeas corpus ecuatoriano, se contempla como una garantía jurisdiccional en la Constitución de la República la cual, en su Art. 89, señala que su objeto es “recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, pág. 37)

La acción de hábeas corpus en Ecuador, es una garantía jurisdiccional, cuyo objeto “consiste en la protección eficaz e inmediata de los derechos

reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. (Asamblea Nacional, 2009, pág. 4)

El inciso final del Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala cuáles son las garantías jurisdiccionales que contempla el ordenamiento jurídico ecuatoriano, destacando que esta ley las reglamenta íntegramente.

Pese a que la normativa nacional la Corte Constitucional, reglamenta cuándo procede la acción de hábeas corpus en estos casos, existe una grave omisión porque no se considera en la normativa los parámetros de post natalidad de la Organización Mundial de la Salud, que determinan que el tiempo mínimo de post parto para el adecuado desarrollo del hijo/a que nació es de seis meses, razón por la cual las disposiciones ecuatorianas sobre la materia son erróneas y deben modificarse por razones médicas, siendo necesario reglamentar esta acción, para que pueda ejercerla cualquier persona – y en especial el Defensor de Menores - en beneficio de la madre y del nasciturus o de las madres con hijos/as menores que viven junto a su madre en un centro penitenciario, y, para el caso de separación de los hijos de la madre, arbitrar los medios a fin que sean adecuadamente tutelados, cosa que en la actualidad no acontece, debido a que la sentencia de acción extraordinaria de protección que denegó hábeas corpus de mujer embarazada N° 247 – 17 – SEP – CC, Caso N° 0012 – EP, se resolvió varios años después del embarazo de la accionante, que cumplió su condena junto a su hijo nacido en cautiverio, recuperando su libertad cuando el niño nacido en la cárcel y que permaneció junto su madre tenía más de 4 años de edad.

3. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador, incumplen las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955 y la Resolución de la Asamblea General N° 65/229 de la ONU conocidas como 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) de 16/03/2011.

SEGUNDA: En virtud del incumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en la conclusión anterior, los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador, debido a sus precarias condiciones, especialmente en lo relacionado con las madres embarazadas y las madres de hijos menores que permanecen con ellas en su privación de libertad, utilizando el Art. 18 de la Constitución Federal Argentina, no son ni sanas, ni limpias e inseguras.

TERCERO: Los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador, por carecer de la infraestructura necesaria, la atención médica que sus Constituciones exigen, por la deficiente alimentación y por las condiciones deplorables de sus celdas y servicios sanitarios, atentan contra el derecho a la salud de las madres embarazadas y el interés superior del niño y la niña consagrado en la Convención Internacional de Derechos del Niño de la ONU, instrumentos ratificados por los mencionados países y que forman parte integrante de su ordenamiento jurídico.

CUARTO: Las condiciones a que se somete a las personas privadas de libertad en los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador desconocen en forma grave la Declaración Universal de

Derechos Humanos de 1948 que consagró en su Preámbulo que el reconocimiento de la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables que constituyen el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, lo que no ocurre en estos casos.

QUINTO: En forma casi uniforme, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, el Supremo Tribunal Federal del Brasil y la Corte Suprema de la Nación Argentina, han resuelto que la acción de hábeas corpus procede, por el agravamiento de las condiciones de privación de la libertad que afecta a los privados de libertad que permanecen en ellas.

SEXTO: La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil y de la Corte Suprema de la Nación Argentina, han desarrollado el denominado hábeas corpus colectivo porque esta garantía jurisdiccional facilita a los órganos jurisdiccionales analizar y solucionar situaciones que generen una vulneración permanente e impersonal a derechos de raigambre constitucional, sin circunscribirse a un número determinado de personas sino a toda aquella que se encuentre en igual situación.

1. RECOMENDACIONES

PRIMERA: No teniendo las Reglas Internacionales sobre tratamiento a los reclusos/as un carácter vinculante, porque consisten en directrices para el tratamiento de las personas privadas de libertad, es recomendable no sólo que la Organización de las Naciones Unidas establezca un instrumento internacional vinculante, con los respectivos organismos de control que velen por el cumplimiento de las normas sobre la materia, se requiere que se vele integralmente por el derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal las mujeres embarazadas privadas de libertad y del hijo/a que está por nacer y las que cumplen su pena con hijos menores, privilegiando los derechos humanos de la madre y del hijo/a, a fin que cumplan su pena en lugares expresamente destinados para ellas, con el financiamiento y control internacional.

SEGUNDA: Determinándose en esta investigación que el estado de los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador, en lo que dice relación a las precarias condiciones que ofrecen a las madres embarazadas y las madres de hijos menores que permanecen con ellas en su privación de libertad, es necesario que la ONU conjuntamente con las organizaciones de derechos humanos, fijen políticas en las cuales se eviten las cárceles mixtas y se construyan establecimientos especiales para mujeres, fijando las directrices universales y técnicas para ello, de las cuales hoy se carece.

TERCERO: En concordancia con el derecho humano a la vida, la integridad personal y la salud, por consagrar los Estados en sus constituciones estos derechos y en concordancia, con las Reglas de Bangkok y de Mandela, se recomienda por la Organización de Naciones Unidas que exija a los Estados

miembros, la obligación que en todo centro penitenciario donde existan mujeres privadas de libertad, obligatoriamente se cuente infraestructura necesaria, atención médica y alimentación adecuados, más condiciones óptimas de celdas y servicios sanitarios, atentan contra el derecho a la salud de las madres embarazadas y el interés superior del niño y la niña consagrado en la Convención Internacional de Derechos del Niño de la ONU, instrumentos ratificados por los mencionados países y que forman parte integrante de su ordenamiento jurídico.

CUARTO: Las condiciones a que se somete a las personas privadas de libertad en los Centros Penitenciarios de Argentina, Brasil y Ecuador desconocen en forma grave la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que consagró en su Preámbulo que el reconocimiento de la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables que constituyen el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, lo que no ocurre en estos casos.

QUINTO: Atendido que la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, el Supremo Tribunal Federal del Brasil y la Corte Suprema de la Nación Argentina, han resuelto que la acción de hábeas corpus procede, por el agravamiento de las condiciones de privación de la libertad que afecta a los privados de libertad que permanecen en ellas, se recomienda que complementen estas resoluciones con resultados que se sustenten en el principio pro homine, aplicando en el caso de Ecuador el inciso 2º del Art. 426 de la Constitución de la República que obliga a as juezas y juezas a aplicar las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

SEXTO: Que la Corte Constitucional, al igual que lo que ocurre con la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil y de la Corte Suprema de la Nación Argentina, desarrollen el denominado hábeas corpus colectivo, a fin de solucionar oficialmente, los casos de privación de la libertad de las mujeres embarazadas o con hijos de corta edad, a fin de que cumplan su pena mediante la modalidad de arresto domiciliario con vigilancia electrónica.

5. REFERENCIAS

- Almeida, L.** (2017). *Mujeres con pena privativa de libertad: ¿quiénes son y cómo viven en una cárcel de Ecuador?* URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, Quito, Ecuador(21), 240 - 251. <https://doi.org/ISSN 1930-3691>
- Alves Franco, N.** (2015). *Las múltiples puniciones del sistema penitenciario sobre la mujer: Libertad, derechos sexuales y reproductivos.* Universidad de Brasilia, Brasil.
- Arévalo, E.** (2015). *La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad.* IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México(36, julio - diciembre 2015), 61 - 88. <https://doi.org/ISSN Nº 1870-2147>
- Asamblea Nacional.** (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2021.
- Asamblea Nacional Constituyente.** (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2021.
- Asamblea Nacional del Ecuador.** (2014). *Código Orgánico Integral Penal.* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía - APDHA.** (2020). *Informe sobre la situación de las mujeres presas: Tratamiento y derechos de las mujeres privadas de libertad en los centros penitenciarios de España y Andalucía.* Área de Cárceles de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía - APDHA (pp. 1 - 48).
- Azaola Guerrero, E.** (2004). *Ponencia: Género y justicia penal en México. Seminario - Taller Violencia contra las mujeres privadas de libertad en América Latina.* México D.F.: Fundación para el Debido Proceso Legal, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos

y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
<https://doi.org/ISBN:968-7456-80-9>

Bastitta Godoy, A. (2017). *La realidad de las mujeres privadas de libertad que viven con sus hijos en prisión*. Trabajo final de grado, Facultad de Psicología Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

CEJIL Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. (2007). *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay*. [pp. 1 – 50]. CEJIL Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

Corte Constitucional del Ecuador. (2017). *Sentencia 247 – 17 – SEP – CC. Boletín de la Corte Constitucional del Ecuador*. Boletín de la Corte Constitucional del Ecuador.

De Moraes, A. (2006). *Derechos Humanos Fundamentales. Teoría General*. Atlas, Sao Paulo, Brasil.

De Oliveira Santana, M. (2019). *Prisión domiciliaria para gestantes, puérperas, madres de menores y madres de personas con discapacidad*. *Revista Jus Navigandi, Teresina Brasil*(5662), 1 - 11.

Delgado Schneider, V. (2007). *El principio de la protección legal de la vida y la salud del nasciturus y la acción popular en el modelo de Andrés Bello (Códigos Civiles de Chile, Ecuador, El Salvador, Colombia, Panamá, Honduras y Nicaragua)*. Bogotá, Colombia, *Revista de Derecho Privado Universidad del Externado*, (12 - 13 enero - diciembre 2007), 95 - 108. <https://doi.org/ISSN nº 0123 - 4366>

Fernández Castro, A. (2016). *Las mujeres en prisión*. Facultad de Derecho, Universidad de Gerona, España.

Ledesma, Á. (12 de Mayo de 2016). *Reflexiones acerca del hábeas corpus colectivo en el proceso penal*. Recuperado de <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar/index.php/actualidad/102-algunas-reflexiones-acerca-del-habeas-corporus-colectivo-en-el-proceso-penal-1>: <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar>

- Ministerio Público de Argentina.** (2005). *Ley N° 25.509 del Ministerio Público de Argentina, Organización e integración. Funciones y actuación*,. Boletín Oficial de 28/07/2004.
- Novillo Díaz, L.** (2019). *La inclusión de grupos de atención prioritaria en proyectos de vinculación de la sociedad*. Cienfuegos, Cuba. *Revista Conrado N° 67 abril – junio 2019 de la Universidad de Cienfuegos, Cuba*,(67), 75 - 80.
- ONU.** (2015). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. ONU.
- Organización de Naciones Unidas.** (2011). *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)* . Organización de Naciones Unidas.
- Pavón, F.** (2010). *Diccionario de Derecho Penal*. Porrúa, S.A., México D.F.
- Presidencia de la Nación Argentina.** (1994). *Constitución de la Nación Argentina*. publicación del Bicentenario - 1a ed. - Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación / Biblioteca del Congreso de la Nación / Biblioteca Nacional, 2010.
- Presidencia de la República de Brasil.** (1988). *Constitución Federal de Brasil*. Diario Oficial, 1988-10-05, núm. 191-A.
- Rodríguez Tochetti, M. N.** (2021). *Mujeres privadas de libertad, entre el olvido y los estigmas*. Ginebra, Suiza, Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Senado de Brasil.** (1988). *Constitución de Brasil*. Senado de Brasil.
- Senado de Brasil.** (2018). *Ley 13.769 de 2018*] . Senado de Brasil.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Rothman Anderson Méndez Herrera** con C.C: # 0401315502 autor del trabajo de titulación: **La garantía jurisdiccional de HÁBEAS CORPUS en favor de las mujeres embarazadas privadas de libertad y de las hijas o hijos que está por nacer o con hijos recién nacidos en Argentina, Brasil y Ecuador**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023

f. 

Nombre: **Méndez Herrera Rothman Anderson**

C.C: **0401315502**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA		
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN		
TEMA Y SUBTEMA:	La garantía jurisdiccional de HÁBEAS CORPUS en favor de las mujeres embarazadas privadas de libertad y de las hijas o hijos que está por nacer o con hijos recién nacidos en Argentina, Brasil y Ecuador.	
AUTOR	Méndez Herrera Rothman Anderson	
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Abg. Elizabeth Jiménez Franco , M.Sc.	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
FACULTAD:	JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS CARRERA DE DERECHO	
CARRERA:	Carrera de Derecho	
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	06 de 02 del 2023	No. DE PÁGINAS: 42
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derechos de las mujeres embarazadas. Derechos de las mujeres privadas de la libertad. Derecho superior del niño.	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Embarazo, Privación de Libertad, Hábeas Corpus, Prisión Domiciliaria, Interés Superior del Niño.	
RESUMEN	<p>Las mujeres embarazadas y privadas de libertad según el Art. 35 de la Constitución de la República merecen atención especial por pertenecer a grupos vulnerables, la embarazada y privada de libertad, es doblemente vulnerable. Igualmente prevalece el interés superior del niño/a que está por nacer, los cuales según el Art. 44 inciso 1º de la Constitución, prevalecen sobre los de las demás personas. En consecuencia,, una mujer en esas condiciones, en caso alguno, debe permanecer en un Centro de Rehabilitación Social, porque ello atenta contra su vida, su integridad, su salud y la vida del que está por nacer, razón por la cual la legislación tanto internacional como nacional consagran el arresto domiciliario para que dé a luz, utilizando la afectada la acción de hábeas corpus, que en otros países es ampliamente concedida, sin embargo en el Ecuador ha habido inconvenientes para concederlo cercenando el derecho de la mujer a tener sus hijos/as fuera de los centros penitenciarios, lo que ha generado que las afectadas presenten acciones extraordinarias de protección contra la sentencia de segunda instancia que denegó su hábeas corpus. En Ecuador, si bien se dictó sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección con reparaciones a la accionante, mientras ésta se tramitó, la mujer continuó en la cárcel y dio a luz en dicho recinto, recuperando su libertad cumplida la sentencia, En el presente trabajo de hace una comparación con la legislación argentina y brasileña donde se concede inmediatamente los hábeas corpus a las madres embarazadas privadas de libertad.</p>	
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-0996042725	E-mail: rothman.mendez@cu.ucsg.edu.ec
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Ab. Ángela María Paredes Cavero, Mgs.	
	Teléfono: +593-0908649924	
	E-mail: Angela.paredes01@cu.ucsg.edu.ec	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		