

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL

Maestría en Magistratura y Derecho Judicial

Departamento de Derecho Judicial

El estado de hecho y derecho de las mujeres madres en
situación de cárcel: percibiendo la vulnerabilidad

María Zúñiga Basset

45

THOMSON REUTERS
LA LEY

UNIVERSIDAD
AUSTRAL
DERECHO



Autoridades de la Universidad

Mag. Julián Esteban Rodríguez
Rector

Dra. Lourdes Perea
Vicerrectora de Asuntos Académicos

Dr. Domingo Tarzia
Vicerrector de Investigación

Esp. María Susana Urrutia
Vicerrectora de Alumnos y Extensión

Mag. Luis García Ghezzi
Secretario General

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Manuel García-Mansilla
Decano

Mag. Celina Cantú
Vicedecana

Mag. Ignacio De Casas
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dra. Miriam Ivanega
Consejera

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. Gusavo Sá Zeichen
Coordinador Académico del Departamento de Derecho Judicial

**Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección
Cuadernos de Derecho Judicial**

Dr. Rodolfo Vigo

Mag. María Gattinoni

Dr. Néstor Sagüés

Dr. Jorge Jiménez Martín

Dr. Carlos Alberto Andreucci

Esp. María Lilia Díaz Cordero

Dr. Armando Andruet

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

María Zúñiga Basset

Directora: Ursula Cristina Basset

EL ESTADO DE HECHO Y DERECHO DE LAS MUJERES MADRES EN
SITUACIÓN DE CÁRCEL: PERCIBIENDO LA VULNERABILIDAD



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO

THOMSON REUTERS

LA LEY

Zúñiga Basset, María

El estado de hecho y derecho de las mujeres madres en situación de cárcel : percibiendo la vulnerabilidad / María Zúñiga Basset. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley ; Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad Austral, 2023.

Libro digital, PDF - (Cuadernos de derecho judicial ; 45)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4624-1

1. Derecho. I. Título.

CDD 340

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2023
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-4624-1

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA

María Zúñiga Basset nació en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 24 de marzo de 1996. Obtuvo el grado de abogada en la Universidad Católica Argentina en el año 2019, de la cual fue profesora auxiliar en Derecho Procesal Civil durante los años 2021-2022. Es Magíster en Derecho Judicial y Magistratura por la Universidad Austral. Actualmente se desempeña como Jefe de Despacho en la Justicia Nacional Civil, especializada en Asuntos de Familia y Capacidad. Es miembro de proyectos de investigación, actualmente en la Universidad Católica Argentina, titulados “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer”, y “Modelos explicativos de la violencia”, como así también lo hizo en la Universidad de Buenos Aires, en el Proyecto DeCyT 2020-2022 “Niños y adolescentes sin cuidados parentales: dolorosa deuda pendiente”. Se han publicado trabajos suyos propios y en colaboración. Actualmente es profesora auxiliar del Taller de Escritura Jurídica en la carrera de grado de Derecho de la Universidad Católica Argentina y ayudante de segunda en la materia de Familia y Sucesiones de la la carrera de grado de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Reside en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

PRÓLOGO

LOS SUJETOS ESCONDIDOS DEL DERECHO: UNA INTERPELACIÓN PERMANENTE A LA IGUAL DIGNIDAD

Los directores de la Maestría en Derecho Judicial de la Universidad Austral han tenido la enorme deferencia de pedirme que redacte un prólogo para la publicación de la tesis de la Mag. María Zúñiga.

La tesis trata sobre sujetos escondidos, cuya situación personal y familiar de vida no tiene derecho a la ciudadanía en el nuevo Código Civil y Comercial, ni cuentan con el auxilio de leyes especiales, instituciones o políticas públicas que den respuesta a esta problemática. Se trata de los derechos de familia de las mujeres en condición de encierro.

Estas mujeres tienen niños y estructuras familiares muchas veces originadas en un modelo monoparental, con redes familiares muchas veces rotas o transidas por el delito, la pobreza o los consumos problemáticos. Existen dispositivos para que puedan solicitar la prisión domiciliaria o tener a sus hijos consigo en la institución en la que hayan sido encarceladas. Los niños pueden visitarlas, si no viven con ellas, en la institución en las que están encerradas. En algunos casos, procede el arresto domiciliario. Con todo, ninguna de estas soluciones acaba de dar respuesta satisfactoria ni para los niños ni para sus madres, y esto es lo que demuestra la tesis acabadamente, proponiendo respuestas alternativas que recuperen para estas mujeres y sus familias, la dignidad que merecen. Este es el primer aspecto que quisiéramos destacar de este trabajo, es un trabajo que ve al través del dolor y la abyección a veces padecida por niños y madres que no encuentra aún respuesta jurídica.

No es que los dispositivos jurídicos no hayan considerado la necesidad de resguardar las relaciones maternofiliales cuando la madre fue condenada por algún delito. Al contrario, y quizás esto sea lo más inquietante, según revela la autora de este magnífico trabajo, muchas veces las más nobles intenciones teóricas se plasman en la práctica de un modo disvalioso para el bienestar del niño, conspirando así contra un ejercicio óptimo de la maternidad. Es que la teoría no es suficiente para pensar el derecho, el punto de partida en el derecho radica en las personas, en sus circunstancias concretas y de acuerdo con los medios que cada Estado cuenta para hacer las instituciones realidad. Esta es la segunda lección que nos deja la lectura

del trabajo: las mejores instituciones y leyes no garantizan el principio de efectividad si no se adaptan a las realidades y posibilidades en cada caso.

La joven maestranda culmina su tesis con un tercer y último aspecto que quisiéramos resaltar. Imposible resaltar todos los aspectos de una tesis cuya lectura es interpelante a cada paso. Su crítica se dirige a un abordaje teórico del derecho antidiscriminatorio contemporáneo, que es en sí mismo un obstáculo para una respuesta adecuada: el derecho que piensa las vulnerabilidades en categorías o vectores, opuestos unos contra otros, no puede jamás comprender las vulnerabilidades cruzadas que se encuentran en la realidad. Sí el derecho asumiera la perspectiva de género, se vería obligado a oponerla a la perspectiva de infancia, pobreza, situación de cárcel y tantas otras más. Lejos de dar una solución, el derecho categorial contrapone y parte de la hipótesis del conflicto.

En cambio, ella señala con acierto, sobre todo en las relaciones de familia las vulnerabilidades de la madre, de la red familiar y del niño (y del Estado sin recursos) están signadas por dependencias recíprocas en las que sólo cabe encontrar una solución que ofrezca las mejores chances de resiliencia a todos sobre la base de la interacción y el respeto recíproco. Esta idea, con la que cierra el trabajo, es poética, en el sentido de que supone una re-creación bella con las pobres herramientas que la realidad tiene para ofrecer en estos casos dolorosos.

Esperemos que el lector disfrute tanto de la lectura de esta monografía, como hemos disfrutado nosotros al acompañar su composición.

Ursula Basset

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Biografía profesional y académica	V
Prólogo. Los sujetos escondidos del derecho: una interpelación permanente a la igual dignidad	VII

INTRODUCCIÓN

1. Planteo provisional de la hipótesis.....	3
2. Presentación del formato de la tesina.....	3

PRIMERA PARTE

1. La situación fáctica.....	5
A. Introducción	5
B. Las mujeres en situación de cárcel en general.....	5
C. Porcentaje de mujeres madres por sobre el porcentaje general	6
D. El cuidado de esos hijos menores de edad	6
E. El cuidado de hijos menores de edad en prisión y en arresto domiciliario	7
F. Y cuando los hijos menores de edad no están a cargo de la madre: ¿mantienen contacto?	9
G. La situación de las niñas, niños y adolescentes con su progenitora privada de su libertad	10
H. Balance de la sección.....	12
2. La situación jurídica	14
A. Introducción	14
B. Normas del ámbito penal	14
C. Normas del ámbito civil.....	35
D. Normas del ámbito internacional: <i>soft law</i>	43
E. Balance de la sección	49

SEGUNDA PARTE

1. Respuesta a la hipótesis planteada. Análisis comparativo de la situación fáctica y la situación jurídica.....	51
A. El porqué de la respuesta negativa a la hipótesis	53
B. Balance de la sección	64

	Pág.
TERCERA PARTE	
1. Propuestas.....	67
A. Propuestas en orden a lo procesal y el derecho de acceso a la justicia	67
B. Propuestas de esclarecimiento de los principios que informan la materia: mayor rigurosidad en la dimensión axiológica	72
C. Propuestas en orden al establecimiento de prácticas y preferencias	73
2. Conclusión: propuestas integradas en la perspectiva de vulnerabilidad ...	74

**EL ESTADO DE HECHO Y DERECHO DE LAS
MUJERES MADRES EN SITUACIÓN DE CÁRCEL:
PERCIBIENDO LA VULNERABILIDAD**

Por María Zúñiga Basset

INTRODUCCIÓN

1. Planteo provisional de la hipótesis

Nos preguntamos a lo largo de esta tesina sobre el derecho a la vida familiar de las mujeres madres en situación de cárcel y de sus hijos menores de edad. La hipótesis gira en torno a si la vida familiar de estas personas se encuentra protegida por el derecho.

Fue el descubrimiento de que la situación de las mujeres privadas de su libertad y de sus hijos menores de edad se encontraba desatendida por el derecho, lo que motivó intentar estudiar el estado del arte fáctico y jurídico para intentar comprender más a fondo el tema. Por ello, es una invitación a tentar, humildemente, de restaurar la brecha entre la situación de hecho y el derecho debido a estas personas especialmente vulnerables, para poder devolverles lo más posible su derecho a la vida familiar.

2. Presentación del formato de la tesina

La presente tesina se dividirá en tres partes: la primera, del análisis del estado del arte, fáctico y jurídico sobre la situación de hecho y derecho de las mujeres madres en situación de cárcel; en la segunda, se confrontarán la situación fáctica y las respuestas jurídicas, para así responder a la hipótesis; en la tercera, se ofrecerán propuestas de solución a la hipótesis planteada.

PRIMERA PARTE

I. La situación fáctica

A. Introducción

El enfoque de esta tesina se realiza desde la perspectiva de la vulnerabilidad como categoría o herramienta jurídica. En ese sentido, en tanto para percibir las diferencias debemos mirar a la realidad concreta, para poder examinar el estado en que se encuentran las mujeres madres en situación de encarcelamiento es necesario partir previamente del estudio fáctico de sus circunstancias. Es allí, mediante la percepción de las diferencias y particularidades del grupo que se nos dispara la necesidad de —usando las herramientas que nos permite una perspectiva de vulnerabilidad— “ajustar las categorías legales al caso concreto⁽¹⁾”.

La ciencia jurídica es una práctica, ya que provee una línea de acción y versan sobre conductas. Esto tiene que ver con el inmenso valor que tiene la experiencia en el saber jurídico porque esta forma de confrontarnos con los hechos nos da el pie para discernir lo justo. De ahí la importancia de esta sección, donde se analizarán los datos fácticos, para luego confrontarlos jurídicamente.

B. Las mujeres en situación de cárcel en general

Si hablamos de población carcelaria, mientras que los hombres constituyen el 96% de la población penitenciaria en el caso del Servicio Penitenciario Federal (en adelante SPF)⁽²⁾, y el 96.8% en el caso del Servicio Penitenciario Bonaerense (en adelante, SPB)⁽³⁾, las mujeres representan un

(1) Basset, Ursula C, “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema...”, en Tratado sobre la Vulnerabilidad, 1era edición, La Ley, Buenos Aires, p. 19 y ss.

(2) “Mujeres privadas de su libertad en el Sistema Penitenciario Argentino”. Dirección Nacional de Política Criminal. Subsecretaría de Política Criminal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2015, p. 3, disponible online en: <http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf> (consultado con fecha 18/09/2019).

(3) “Mujeres madres con niños y niñas en contextos de encierro”, Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, año 2017, disponible online en: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf (consultado con fecha 18/09/2021). A lo largo de este trabajo se analizarán los datos de esos dos servicios penitenciarios.

porcentaje menor al 5% de la población penitenciaria total, es decir una clara minoría.

Entre otros porcentajes destacables, el mayor número de mujeres en situación de cárcel se encuentra detenida por delitos relacionados con la Ley 23727 de Estupefacientes⁽⁴⁾, normalmente delitos de corta pena de condena, como el narcomenudeo. Esto será relevante en cuanto a la entidad del delito, de baja peligrosidad, y por no ser un tipo de delito violento.

Por otra parte, el 56% de ellas se encuentra cumpliendo prisión preventiva en el ámbito del SPB, por procesamiento. En el ámbito del SPF, comparativamente con la población masculina que, en el 50,06% se encontraba procesada, en el caso de las mujeres ese porcentaje alcanza el 62%, y solamente en mujeres extranjeras, el 72%⁽⁵⁾.

C. Porcentaje de mujeres madres por sobre el porcentaje general

De la totalidad de las mujeres en situación de cárcel, las estadísticas indican que nueve de cada diez mujeres son madres⁽⁶⁾. De ese porcentaje, el 86% tiene hijos menores edad, y más de una quinta parte, niños menores de cuatro años. El 88% de las que mujeres tienen hijos menores de edad convivían con ellos al momento de su detención⁽⁷⁾.

D. El cuidado de esos hijos menores de edad

Aquí hallamos otra gran diferencia respecto de la situación de los hombres privados de su libertad. Mientras en el caso de los hombres, sus hijos se

(4) Tanto en el Servicio Penitenciario Federal, donde el porcentaje alcanza el 70% de las detenidas (“Mujeres en prisión. Los alcances del castigo”. Colaboración entre Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, 2011, p. 67/68, disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf> -consultado con fecha 02/10/2021-), como en el Servicio Penitenciario Bonaerense, en el que se afirma que es la segunda causa de encarcelamiento, aunque los datos son poco fidedignos, al estar más del 31% de los delitos por los cuales fueron condenadas como “sin clasificar” (“Mujeres madres con niños y niñas en contextos de encierro”, Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, año 2017, p. 18/19 disponible online en: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf - consultado con fecha 18/09/2021-)

(5) “Mujeres privadas de su libertad en el Sistema Penitenciario Argentino”. Dirección Nacional de Política Criminal. Subsecretaría de Política Criminal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2015, pp. 6/7, disponible online en: <http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf> (consultado con fecha 18/09/2019).

(6) “Punición y Maternidad. Acceso al arresto domiciliario”, informe elaborado conjuntamente por el Centro de Estudios Legales y Sociales, Procuración Penitenciaria de la Nación y Ministerio Público de la Defensa, año 2015, p. 199. Disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021).

(7) *Ibíd.*, p. 35.

encuentran en la enorme mayoría a cargo de sus madres (84%); en el caso de las mujeres, en menos de un cuarto por ciento del total (19%) se encuentran a cargo de sus padres. En la misma línea, cuando tienen progenitores en situación de cárcel, el porcentaje de hijos menores de edad que no se encuentran a cargo de ningún familiar (están solos) es del 5% en el caso de que el padre esté en situación de cárcel, pero del 10% cuando la madre está en situación de cárcel⁽⁸⁾.

¿Cuál es la situación del resto de los hijos menores de edad de las mujeres en situación de cárcel? Antes que nada, hay que decir que no existen datos fidedignos y sistematizados al respecto⁽⁹⁾. Los datos que hay indican que en el 47% de los casos quedan a cargo de los abuelos⁽¹⁰⁾. Ahora bien, si ese cuidado está enmarcado en una figura jurídica idónea (guarda, tutela) ya es un terreno desconocido.

E. El cuidado de hijos menores de edad en prisión y en arresto domiciliario

La Ley de Ejecución Penal permite a las mujeres madres con hijos menores de 5 años dos opciones para conservar su cuidado: por un lado, la posibilidad de retenerlos consigo hasta esa edad en prisión; y, por otro lado, la posibilidad de que les sea otorgado el beneficio de prisión domiciliaria. Tanto de los números del SPB como del SPF, surge que alrededor del 5% de las mujeres en situación de cárcel conviven con sus hijos menores de 5 años⁽¹¹⁾. El hecho de que los hijos crezcan en el ámbito de prisión es algo desaconsejado por múltiples informes⁽¹²⁾ ya que desde distintas disciplinas

(8) Todos los porcentajes mencionados en este párrafo se extraen de “Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”. Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2019, p.22. Disponible online en: <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021), p. 22.

(9) Informe de Situación // Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro”, informe elaborado por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, 2017, p. 14, disponible online en: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf(consultado con fecha 02/10/2021).

(10) “Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”. Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2019, p. 60. Disponible online en: <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021).

(11) “Punición y Maternidad. Acceso al arresto domiciliario”. Ministerio Público de la Defensa. 2015, p. 18, disponible online en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/33277.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021) y Informe de Situación // Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro”, informe elaborado por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, 2017, p.12, disponible online en: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf (consultado con fecha 02/10/2021).

(12) Ver, entre otros: Kalinsky, Beatriz y Cañete, Osvaldo, “La maternidad encarcelada. Un estudio del caso”, informe elaborado por el Centro Regional de Estudios

(desde lo jurídico importa una vulneración de muchísimos de los derechos del niño⁽¹³⁾; también es visto negativamente por disciplinas sociológicas, psicológicas y médicas⁽¹⁴⁾) esto se considera de impacto negativo para esas madres y, sobre todo, para esos niños.

Asimismo, las madres que conviven con sus pequeños hijos suelen enfrentar un gran número de carencias en la crianza de sus hijos⁽¹⁵⁾.

Respecto de la opción de la prisión domiciliaria, no hay números tan claros. Sobre todo, porque si bien se cuentan con los datos de cuántas mujeres en el ámbito del SPB cuentan con el beneficio de prisión domiciliaria, de ese porcentaje no se sabe bien cuántas gozan de ese beneficio por tener hijos menores de edad⁽¹⁶⁾. Según un informe de la Procuración Penitenciaria, más del 41% de las internas del SPF están en condiciones de acceder al beneficio, pero, sin embargo, se encuentran encarceladas⁽¹⁷⁾.

Interdisciplinarios Sobre el Delitos, disponible online en: <https://fronterasdelmundo30colef.files.wordpress.com/2012/10/maternidad-encarcelada-un-estudio-de-caso.pdf> (consultado con fecha 09/10/2021); AA. VV, "Crecimiento, desarrollo, integración social y prácticas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión", estudio desarrollado por un equipo interdisciplinario de profesionales sobre los niños y sus madres residentes en Unidad Penitenciaria 31, de Ezeiza, disponible online en: https://digital.cic.gba.gob.ar/bitstream/handle/11746/4342/11746_4342.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado con fecha 09/10/2021). El estudio comprobó menor estatura y mayor IMC en los niños, y un porcentaje de 39% de ellos con trastornos emocionales, entre otros hallazgos.

(13) Es conciso en analizar el impacto de vulneración de derechos el informe de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires: Informe de Situación // Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro", informe elaborado por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, 2017, pp. 9/10, disponible online en: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf (consultado con fecha 02/10/2021).

(14) AA. VV, "Crecimiento, desarrollo, integración social y prácticas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión", estudio desarrollado por un equipo interdisciplinario de profesionales sobre los niños y sus madres residentes en Unidad Penitenciaria 31, de Ezeiza, disponible online en: https://digital.cic.gba.gob.ar/bitstream/handle/11746/4342/11746_4342.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado con fecha 09/10/2021). El estudio comprobó menor estatura y mayor IMC en los niños, y un porcentaje de 39% de ellos con trastornos emocionales, entre otros hallazgos.

(15) "Mujeres en prisión. Los alcances del castigo". Colaboración entre Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, 2011, pp. 171/186, disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf> (consultado con fecha 02/10/2021).

(16) La Ley de Ejecución Penal ofrece múltiples causales para el otorgamiento de la prisión domiciliaria (ver artículo 32), luego se estudiará ello en mayor detalle en el análisis de la situación jurídica.

(17) "Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro". Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2019, pp.62/65. Dispo-

Un informe específico sobre el acceso al arresto domiciliario⁽¹⁸⁾ identifica un número de obstáculos para el acceso al arresto domiciliario, calificando entre ellos: por problemas estructurales (falta de vivienda fija, falta de medios para sostener una vivienda, el problema del arraigo en las mujeres extranjeras), problemas jurídicos (falta de flexibilidad de los requisitos que hacen a la conformación de la norma que otorga el beneficio) y problemas materiales, sociales y legales (la necesidad de intervención institucional, organización del cuidado y del trabajo aun cuando fue otorgado el arresto domiciliario).

F. Y cuando los hijos menores de edad no están a cargo de la madre: ¿mantienen contacto?

La pregunta gira en torno a cómo es que todos estos niños y adolescentes, cuya madre ha sido encarcelada, conservan el vínculo con ella.

Las alternativas de contacto son las siguientes: las visitas carcelarias, las visitas domiciliarias o salidas transitorias (que la madre salga cierto número de horas de la prisión para visitar a sus hijos en el domicilio residan) y finalmente, la comunicación telefónica⁽¹⁹⁾.

Respecto a las visitas carcelarias, es decir, la posibilidad de que el hijo menor de edad visite a su progenitor en el establecimiento carcelario, los números nos dicen que el 54% de las personas privadas de su libertad reciben visitas de sus hijos menores de edad. Ahora bien, la frecuencia de ese contacto es dispar, pero al menos 53% del total lo hace con una frecuencia de al menos una vez al mes. En este respecto, además, un número positivo para el contacto de los niños con sus madres: mientras que cuando la madre está encarcelada, en el 77% de los casos reciben visitas de sus hijos menores de edad (recordemos, una vez al mes); en el caso de los padres, el 62% recibe visitas. Finalmente, otro dato relevante, frente a qué sucede respecto del 46% restante de las personas privadas de su libertad en general —tanto hombres como mujeres— que no reciben visitas de sus hijos menores de

nible online en: <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021), p. 57.

(18) “Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario”, informe elaborado conjuntamente por el Centro de Estudios Legales y Sociales, Procuración Penitenciaria de la Nación y Ministerio Público de la Defensa, año 2015. Disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021).

(19) “Mujeres en prisión. Los alcances del castigo”. Colaboración entre Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, 2011, pp. 171/186, disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf> (consultado con fecha 02/10/2021), pp.95/99; “Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”. Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2019, pp.62/65. Disponible online en: <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021), pp. 62/64 y 127/137.

edad y cuáles son las razones por las cuales eso sucede: en primer lugar, son las mismas personas privadas de su libertad o el otro adulto a cargo que prefieren que el hijo menor de edad no vaya al establecimiento carcelario. En segundo lugar, se ubican los motivos económicos y de distancia, esto explicado porque rara vez los establecimientos penitenciarios se encuentran cercanos a centros urbanos, por lo que la visita carcelaria implica un desplazamiento y con esto, costos de viaje que los familiares no siempre tienen los medios para afrontar⁽²⁰⁾.

Respecto de las visitas domiciliarias y las salidas transitorias, un informe del 2011 informaba que alrededor del 7% de las mujeres tenían salidas transitorias. En relación con esto, hay que decir que la posibilidad de salidas transitorias es un permiso que se habilita en el segundo período de encarcelamiento (ya que el primero período es el de observación y el segundo el de prueba, donde se empiezan a otorgar estos permisos). El hecho de que la mayoría de las mujeres en el ámbito del SPF se encuentren encarceladas por delitos relacionados con la Ley de Estupefacientes y con condenas cortas, significa que no llegan a acceder al beneficio, por lo corto de la condena⁽²¹⁾.

Finalmente, respecto del contacto telefónico, se afirma que es el medio de vinculación de mayor utilización⁽²²⁾, sin perjuicio de que se señalan dificultades tales como la distancia y costo de la llamada, cuando los establecimientos penitenciarios se encuentran muy alejados; el hecho de que los teléfonos funcionan mal; etcétera.

G. La situación de las niñas, niños y adolescentes con su progenitora privada de su libertad

Son múltiples las investigaciones⁽²³⁾ que estudian el impacto del encarcelamiento de un progenitor en la vida del hijo menor de edad.

(20) “Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”. Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2019, pp.62/65. Disponible online en: <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021).

(21) “Mujeres en prisión. Los alcances del castigo”. Colaboración entre Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, 2011, p.66/68, disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf> (consultado con fecha 02/10/2021).

(22) “Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”. Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2019, pp.62/65. Disponible online en: <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021), pp. 62/64 y 127/133.

(23) Entre otros: Cadoni, L, Sánchez, M.E. y Tuñón, I., Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES, informe especial de marzo de 2021, realizado por Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina y Church World Service Latinoamérica y Caribe, disponible online en <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/>

Por un lado, tenemos el impacto generado en los niños más pequeños que conviven con sus madres en la cárcel, que ha sido objeto de estudio desde las disciplinas médica, psicológica y social, hallando un estudio que tenderán a alcanzar menor estatura que la media, tener mayor que la media; mayor índice de riesgos emocionales; menor nivel de desarrollo que el normal; y que sus madres tienen menos conocimientos de crianza que la media⁽²⁴⁾. Sufren las mismas carencias, controles y restricciones que sufren sus madres en cuanto a la higiene, salubridad y falta de alimentación nutritiva que acarrea la “prisionización” (esta palabra es de uso en la temática para referirse a la situación de encarcelamiento). Generalmente todos esos elementos, de no ser proveídos por algún familiar o amigo por fuera del ámbito carcelario, suelen ser insuficientes⁽²⁵⁾. Los niños que convivan con sus madres en prisión experimentarán una falta de contacto con el mundo exterior, encontrándose probado que normalmente aquellas mujeres que deciden retener a sus hijos consigo, suelen hacerlo porque no cuentan con

Documentos/2021/2021-OBSERVATORIO-Informe%20Especial-Vulnerabilidades-afectan-NNAPES-VE.pdf (consultado con fecha 02/04/22); Lejarraga, Berardi, Ortale, Contreras, Sanjurjo, Lejarraga, Martínez Cáceres y Rodríguez, “Crecimiento, desarrollo integración social y prácticas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión, publicado en Arch Argent Pediatr 2011; 109 (6), pp. 485/491, disponible online en https://digital.cic.gba.gob.ar/bitstream/handle/11746/4342/11746_4342.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado con fecha 02/04/22); Saavedra, Lappado, Bango y Mello, *Invisibles: Hasta cuándo?*, estudio coordinado por Church World Service América Latina y Caribe y Gurises Unidos, 2014. Ver también desde el punto de vista sociojurídico: Ver, por ejemplo: Más allá de la prisión: Maternidades, paternidades e infancias atravesadas por el encierro, investigación dirigida por la Procuración Penitenciaria de la Nación del año 2019, disponible online en <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 02/04/22); Mujeres en prisión: Los alcances del castigo, investigación realizada conjuntamente por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, del año 2011, disponible online en: <https://ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Mujeres%20en%20prision.pdf> (consultado con fecha 02/04/22); Mujeres Madres con niños y niñas en contexto de encierro, informe de situación desarrollado por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, disponible online en [https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_1\(1\).pdf](https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_1(1).pdf) (consultado con fecha 02/04/22).

(24) Lejarraga, Berardi, Ortale, Contreras, Sanjurjo, Lejarraga, Martínez Cáceres y Rodríguez, “Crecimiento, desarrollo integración social y prácticas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión, publicado en Arch Argent Pediatr 2011; 109 (6), pp. 485/491, disponible online en [v109n6a05.pdf](https://www.ppn.gov.ar/v109n6a05.pdf) (scielo.org.ar) (consultado con fecha 20/07/22), p. 6.

(25) Más allá de la prisión: Maternidades, paternidades e infancias atravesadas por el encierro, investigación dirigida por la Procuración Penitenciaria de la Nación del año 2019, disponible online en <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 02/04/22), p. 194; “Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario”, informe elaborado conjuntamente por el Centro de Estudios Legales y Sociales, Procuración Penitenciaria de la Nación y Ministerio Público de la Defensa, año 2015. Disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021); p. 18.

otros familiares que puedan hacerse cargo de ellos. Por ello, es posible que no existan familiares que puedan hacer conocer a estos niños el mundo exterior, pues de hecho son pocas las que reciben visitas cuando se encuentran en estas condiciones⁽²⁶⁾.

Por otra parte, están los niños y adolescentes que tienen a su progenitora en situación de encarcelamiento, pero que no residen con ella en prisión. Las investigaciones⁽²⁷⁾ que tienen a ellos como protagonistas resaltan que, generalmente, asumen tareas de cuidado respecto de otros familiares (entre hermanos, por ejemplo); tienden a una mayor inestabilidad educativa (abandono, repitencia), sufren un estigma que la prisionización de sus padres; tienden a desarrollar actividades económicas para favorecer a sus familias (trabajo infantil), ello atento que con la prisionización del adulto, se suele perder la fuente de ingresos⁽²⁸⁾. También se resalta que, respecto al porcentaje general de condiciones socioeconómicas en niños, los que tienen un progenitor en situación de encarcelamiento, pertenecen en un mayor número a hogares de bajo nivel socioeconómico; tienden a una mayor inseguridad alimentaria; y el progenitor restante suele ser trabajador marginal⁽²⁹⁾.

H. Balance de la sección

¿Qué nos dicen los datos precedentes? A continuación, se intenta un análisis preliminar de los que muestran las estadísticas:

(26) Mujeres en prisión: Los alcances del castigo, investigación realizada conjuntamente por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, del año 2011, disponible online en: <https://ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Mujeres%20en%20prision.pdf> (consultado con fecha 02/04/22), pp. 172/174.

(27) Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro". Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2019, pp.62/65. Disponible online en: <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf> (consultado con fecha 18/09/2021); y especialmente Cadoni, L, Sánchez, M.E. y Tuñòn, I., Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES, informe especial de marzo de 2021, realizado por Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina y Church World Service Latinoamérica y Caribe, disponible online en <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2021/2021-OBSERVATORIO-Informe%20Especial-Vulnerabilidades-afectan-NNAPES-VE.pdf>

(28) Ibid.

(29) Cadoni, L, Sánchez, M.E. y Tuñòn, I., Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES, informe especial de marzo de 2021, realizado por Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina y Church World Service Latinoamérica y Caribe, disponible online en <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2021/2021-OBSERVATORIO-Informe%20Especial-Vulnerabilidades-afectan-NNAPES-VE.pdf>

1. Las mujeres en situación de cárcel constituyen un grupo diferenciado respecto de los hombres en situación de cárcel, al poseer características propias, que ameritan un análisis por separado.

2. Las mujeres en situación de cárcel son en su gran mayoría madres de hijos menores de edad y el cuidado de esos hijos menores de edad no está regularizado ni considerado, pese a que los números indican que no se encuentran —salvo en un porcentaje muy menor— a cargo del otro progenitor. Esta incerteza del cuidado implica una falta de registro de su situación cuando se encuentran en un estado especialmente vulnerable.

3. Aun en los casos en que se autoriza el cuidado de los hijos menores de 5 años a cargo de la madre en situación de cárcel, esos casos se dan en un bajo porcentaje o no hay registros claros de cómo se da. Asimismo, las condiciones de convivencia de los niños en prisión son deficientes.

Además, no hay un porcentaje comparativo respecto de cuantas mujeres con hijos menores de 5 años eligen alguna de esas dos opciones y cuantas deciden no hacerlo.

Primeramente, contar con ese porcentaje comparativo sería útil para analizar la conveniencia e incidencia de esos institutos. Seguidamente, resulta esencial contar con más información sobre esas modalidades de cuidado si queremos considerar las ventajas y desventajas concretas de estas alternativas.

Ahora bien, en todos los casos de conservación del cuidado, se observan diversas dificultades en el ejercicio efectivo de ese cuidado. En los casos en que las madres no se encuentran a cargo del cuidado de los hijos menores de edad, ese cuidado no parece estar encuadrado jurídicamente. Como hemos dicho, esta invisibilización implica quitar la posibilidad de pensar soluciones para esos niños y adolescentes, cuando están en una evidente situación de vulnerabilidad.

4. Por otra parte, la vinculación que pueden llegar a conservar con sus madres es deficiente, según se ha visto de los números expuestos en cuanto a las visitas carcelarias y posibilidad de salidas transitorias. El contacto más fluido ocurre por vía telefónica.

Esto significa una vulneración al derecho a la vida familiar de tanto madres como niños, al ser un impacto especialmente negativo para éstos últimos, por cuanto crecer en familia es un derecho fundamental para el pleno desarrollo de sus derechos.

5. El impacto de la prisionización en los niños es evidente y grave, tanto en el caso de los más pequeños que conviven con sus madres en el establecimiento penitenciario; como así también aquellos cuyas madres están en situación de cárcel.

2. La situación jurídica

A. Introducción

En esta sección se expondrán las normas que rigen la vida privada y familiar de las madres en situación de cárcel y sus hijos menores de edad.

Antes de comenzar, debo adelantar que hay ramas jurídicas que se entrelazan. Mencionaremos normas del ámbito penal, del ámbito civil y del ámbito internacional. Esta variedad normativa no necesariamente implica una cooperación interjurisdiccional por estas personas. Esto es, existe un sistema normativo variado, pero no existe armonización o sistematización entre estas diversas normas.

La normativa aplicable la expondremos según la rama jurídica a la que pertenezca y la jurisprudencia elaborada al respecto.

B. Normas del ámbito penal

I. Ley 24.660 de Ejecución de la Pena

En tanto las mujeres en situación de cárcel se encuentran cumpliendo una pena o prisión preventiva tras procesamiento, rige en la materia la Ley 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (en adelante LEP).

i. Los principios que marca la Ley 24660

Esta ley fija estos principios como guías de interpretación e integración en lo referente a la ejecución de la pena.

En el artículo primero se refiere a la *resocialización y rehabilitación* de las personas privadas de su libertad como objetivos y finalidades de la pena. Veremos después como en este principio se apoyan otras previsiones de la ley, como lo es la vinculación familiar y social. En el artículo segundo se refiere a un principio de gran importancia, que es el de *reserva o de no extensión de la pena*, el cual implica que a la persona privada de su libertad no se le puede restringir ninguna otra libertad ni ningún otro derecho por fuera de la libertad ambulatoria. Por ello, la persona privada de su libertad podrá ejercer todos los demás derechos, en pie de igualdad con cualquier otra persona, pues de otra manera se estaría violando este principio, generando una suerte de *capitis deminutio*. Este principio reenvía al artículo 18 de la Constitución Nacional.

De estos principios, se escinden también otros tantos, como es, por ejemplo, el principio de *prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes*; el principio de *personalización en la ejecución de la pena*; el principio de *preferencia por la ejecución de la pena en establecimientos abiertos o semiabiertos*, entre otros.

El artículo tercero se refiere al principio de *control judicial*, esto es, que todo lo que tiene que ver con la ejecución de la pena tiene que validado por

un juez. En este sentido, existen los Juzgados de Ejecución Penal, que se encargan de velar por la legalidad en la ejecución de la pena. Cabe preguntarse si este control judicial, implica solamente una mera supervisión reactiva, o si implica —además— una oficiosidad en buscar la protección y garantía de los derechos de las personas privadas de su libertad. Esto en tanto el artículo mencionado dice que el juez “garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”.

Desde la doctrina, se señalan otros principios que se derivarían del marco jurídico de esta Ley, como el de *respeto a la dignidad de la persona privada de su libertad* y el principio de *no marginación* (esto es, la previsión de mecanismos para aminorar el efecto de aislamiento que el encarcelamiento produce)⁽³⁰⁾.

Excurso: la importancia de los principios

Respecto de los principios jurídicos, una orientación ecléctica identifica la existencia de principios jurídicos positivos sectoriales, en el entendimiento que “cada... rama del derecho positivo está animada por uno o varios principios reguladores que aquellas pretenden traducir con mayor fidelidad a través de la particular estructura formal normativa⁽³¹⁾”. Asimismo, otro autor acuerda que cada una de las partes del Derecho “se diferencia por principios que son propios de cada una (de las ramas del derecho), sin perjuicio de la aplicación a ambas de principios comunes o generales del derecho⁽³²⁾”. Identificamos los principios recién descriptos como propios de la rama a la que pertenecen, esto es del derecho penal de ejecución de la pena. Esto es, sectoriales.

Ahora bien, la importancia de estos principios no se agota en que estén formulados en normas y que sean fines a los que tendamos, en la interpretación de las normas.

Entendemos, desde una posición iusnaturalista, a la cual adscribimos, que los principios jurídicos, en tanto la ciencia jurídica es una práctica, y en tanto el derecho es algo que se realiza en la conducta concreta que realiza lo justo, como inducidos de la experiencia práctica. Esos principios secundarios o sectoriales “dependen más aún de la experiencia, en la medida en que se deducen... de los primeros⁽³³⁾”.

(30) Casola, Laura, “Restricción de derechos no afectados por la condena”, publicado en Diario La Ley, de fecha 07/11/2013, p. 5 y cita online en el sitio web de La Ley: AR/DOC/3890/2013.

(31) Vigo, Rodolfo, *Interpretación Jurídica*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 116.

(32) Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 503.

(33) *Ibidem* anterior, p. 506.

De esta manera la realización de los principios se da mediante la práctica: “el hábito de los primeros principios... se perfecciona con la prudencia; de ahí que es necesario considerar con atención aquello que opinan y sentencian los hombres de experiencia... de los asuntos prácticos... porque tienen ojos de experiencia...juicio acerca de lo operable, ven los principios prácticos⁽³⁴⁾”. En definitiva, los principios jurídicos exigen “que su aplicación se adapte a la sinuosidad de una materia especialmente contingente⁽³⁵⁾”.

Con este pequeño desarrollo vamos a lo siguiente: la normativa nos provee de principios. No es posible que estos principios queden como mera interpretación y admiración de lo precioso de su inclusión en las normas. Es preciso que estos principios se materialicen en conductas concretas por y hacia las personas por las cuales han sido formulados porque, de lo contrario, de nada nos sirven.

En este sentido, en el ámbito jurisdiccional, donde es posible hacer palpable el derecho, una razonamiento judicial adecuado exige no dejar de lado el plano axiológico⁽³⁶⁾. Integrar los principios a la vida del derecho es un reclamo de justicia.

ii. Las normas relativas a la vida familiar

El capítulo XI de la Ley 24660 se refiere a las relaciones familiares y sociales de la persona privada de su libertad. A lo largo de sus nueve artículos se refiere al modo de comunicación del interno con sus familiares y allegados, al hacer referencia a las visitas, salidas y a las comunicaciones telefónicas, estableciendo en su artículo 158 la periodicidad y privacidad de esa vinculación.

También a estos efectos es relevante el capítulo XII sobre la asistencia social. El artículo 168 expresamente dice que “las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas”. En ese sentido, surge una obligación para promover esa vida familiar, como un direccionamiento hacia la reinserción o rehabilitación. También, el artículo 169 menciona que al interno “se le prestará asistencia moral y material y, en la medida de lo posible, amparo a su familia”. En este artículo se menciona que la asistencia “estará a cargo de órganos o personal especializado, cuya actuación podrá ser concurrente con la que realicen otros organismos estatales y personas o entidades privadas con personería jurídica”.

Finalmente, una interacción normativa: el artículo 170 menciona la necesidad de proveer a la representación jurídica de la persona privada de su

(34) Aristóteles, In ethicorum, LVI, Lec IX, n. 1254, citado por el autor precitado, p. 506.

(35) Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 507.

(36) Vigo, Rodolfo, *Interpretación constitucional*, p.231.

libertad en los términos del art. 12 del Código Penal, esto es, el artículo que se refiere al régimen de curatela, que mencionaremos más adelante. Ello debiera significar un indicio de cooperación interjurisdiccional.

iii. Las normas relativas a los establecimientos de mujeres

Toda vez que el régimen de los establecimientos penitenciarios es de separación por sexo, la Ley 24660 dedica una sección del Capítulo XV a los Establecimientos para Mujeres.

Los temas tratados en esta sección son principalmente dos. El primero es relativo a preferencia (e incluso exclusividad) de personal penitenciario femenino. El segundo tiene que ver con el embarazo y primeros años de vida de los hijos menores de edad de estas mujeres. En ese sentido, se refiere a la necesidad de adaptación de los establecimientos carcelarios y al régimen de disciplina disminuido para las mujeres que cursen un embarazo. Asimismo, respecto de los hijos pequeños (por la última modificación de ley, sería hasta los cinco años) prevé, por ejemplo, que las normas del establecimiento no intervengan en el cuidado al hijo o con el período de lactancia; la organización de jardines maternos a cargo de personal calificado y, especialmente interesante, en su artículo 196 la obligación de la autoridad penitenciaria de dar intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda cuando los hijos que pasen los cinco años no puedan continuar el cuidado a cargo del otro progenitor.

iv. Las normas específicas sobre el cuidado de los hijos menores de edad por parte de las mujeres madres en situación de cárcel

Existen dos previsiones en este sentido. La primera de ellas, en el artículo 195, es la posibilidad de que la interna retenga a sus hijos en el establecimiento penitenciario, hasta que cumplan los cinco años. Por eso mismo, como mencionamos, la ley prevé la organización de jardines maternos a cargo de personal calificado.

La segunda posibilidad es la del arresto domiciliario que está prevista en el artículo 32 inciso f. Se dispone la facultad del juez de ejecución penal de otorgar este arresto domiciliario, durante el mismo lapso etario, eso es, hasta la edad de cinco años del hijo menor de edad. En el mismo espíritu, el inciso e) dispone que la mujer que se encuentre cursando un embarazo también gozar de la prisión domiciliaria.

Analizaremos estas dos alternativas por separado.

- Posibilidad de retener a los hijos consigo

En relación con esta posibilidad, la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes 26061, prevé en su artículo 17 la especial asistencia a la mujer privada de su libertad durante el embarazo y parto, que se le provean elementos necesarios para la crianza, y la facilitación del contacto con la familia ampliada durante el período que el niño pertenezca en prisión junto a su madre.

Tal como resaltan desde la doctrina la “convivencia de los niños en prisión junto a sus madres permite preservar el vínculo materno-filial, lo que resulta fundamental sobre todo en niños de corta edad, aunque expone a los menores a un lugar inadecuado para su crecimiento y desarrollo⁽³⁷⁾”.

La misma autora resalta la ausencia de mayor regulación sobre un tema tan delicado. Así, no existe regulación sobre el proceso para autorizar que la madre pase a residir junto su hijo en prisión; el tema del consentimiento del otro progenitor; la posibilidad de decidir anticipadamente el egreso; o la modalidad de este último cuando el niño cumple los cinco años; entre otros varios aspectos. Señala la autora que, ante esta ausencia de regulación, el Estado debería tomar cartas en el asunto, puesto que “no puede limitarse a lo punitivo⁽³⁸⁾”. Otra autora menciona que preciso que para habilitar el ingreso a prisión de los niños se realice una “evaluación concreta del caso para indagar en la realidad de esa familia y las posibilidades alternativas de cuidado⁽³⁹⁾”.

En similar sentido, la autora recién citada resalta la necesidad de que los organismos administrativos se involucren en la situación de estos, por cuanto es necesario que “se visibilice a los niños/ as que conviven con su madre encarcelada como sujetos de derechos, y su situación integre las preocupaciones básicas del SPPD como eje para la modificación de la actuación estatal frente a estas situaciones⁽⁴⁰⁾”.

Jurisprudencialmente, cabe mencionar la Acordada 02/2020⁽⁴¹⁾ de la Cámara Federal de Casación Penal, que en oportunidad de la irrupción de la pandemia, recomendó a todos los magistrados que pusieran especial empeño en el seguimiento de las normas internacionales en la materia, en cuanto a la preferencia del arresto domiciliario frente a la acentuación de las carencias con motivo de la pandemia para mujeres madres de hijos pequeños, a los fines de mayor tutela de estos grupos vulnerables.

En suma, como surge de los párrafos precedentes, hay una notable preferencia doctrinal e internacional por la concesión del arresto domiciliario, por lo que es oportuno que nuestro próximo tema a tratar sea justamente la posibilidad de acceso a dicho beneficio.

(37) Monclús Masó, Marta, “Mujeres con hijos en prisión. Comentario a los artículos 195 y 196”, publicado en Revista Asociación Pensamiento Penal, disponible online en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/46511-articulos-195-y-196-mujeres-hijos-prision> (consultado con fecha 02/04/22), p. 3.

(38) Ibidem anterior, p.14.

(39) Guereño, Indiana, “Regulación de la prisión domiciliaria de mujeres madres”, DPyC, número de diciembre de 2019, p.158, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/2512/2019.

(40) Serdan, Florencia y Zúñiga Basset, María, “Especial vulnerabilidad de la mujer en situación de encarcelamiento”, en vías de publicación por Editorial La Ley.

(41) Disponible online en: http://universojus.com/UJ-192_acordada-n2 (consultado con fecha 02/04/22).

- Posibilidad de arresto domiciliario

El artículo se refiere a que el juez “*podrá* disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria”, entendiéndose facultativo para el juez de ejecución. Esto implica que hay que pensar cuáles son los requisitos para acceder al beneficio. No hay normativa que indique cuáles son. Por ello, la elaboración de requisitos ha ido de la mano de la doctrina y la jurisprudencia.

Por un lado, abultar la cantidad de requisitos exigidos para la concesión del beneficio, es considerado por algunos como obstruyente de la finalidad de la norma que sería conceder un marco de cumplimiento menos gravoso de la pena para personas que se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad.

Por otra parte, relajar demasiado los requisitos, significa para otros un exceso de gasto estatal en controlar el cumplimiento de la pena en situaciones cuando los sujetos contemplados por la Ley 24660 estarían lo mismo en buenas condiciones de salud psicofísica cumpliendo su pena en los establecimientos penitenciarios. Se menciona que generaría un aumento innecesario del riesgo procesal de fuga o evasión.

Pasamos entonces a estudiar los requisitos generados pretorianamente.

Requisitos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria:

- Requisitos exigidos por la norma

Hay algunos requisitos básicos, que deben estar cubiertos, que sí se encuentran señalados por la norma: tal esto es, el hecho de estar cursando un embarazo, o tener a cargo un niño o niña menor de cinco años, tal como surge del artículo 32 de la LEP. Por ello, con la acreditación de estos dos hechos, ya mediante certificado médico o mediante partida de nacimiento de los menores, serían requisitos básicos a la hora de solicitar el otorgamiento del beneficio.

- Requisitos elaborados pretorianamente y su uso y análisis doctrinal

Mientras que, en el otorgamiento de la prisión domiciliaria por motivo de embarazo, los requisitos giran en torno a motivos de salud; cuando el motivo es tener niños menores de cinco años a cargo, los requisitos giran sobre mismos niños sobre su cuidado, su estado y la responsabilidad parental.

Requisito común a ambos ellos será sin embargo la existencia de un domicilio certero, que de por sí necesariamente viene a excluir a personas en una situación habitacional deficiente o inestable, lo mismo a mujeres de nacionalidad extranjera, que normalmente terminan en situación de encarcelamiento por infracción a la Ley de Estupefacientes, por delitos menores como narcomenudeo; sin que la ley prevea de manera evidente alguna facilitación de la obtención de un domicilio para estas personas.

- Requisitos en caso de embarazo

Se ha exigido a la mujer embarazada que pretenda acceder al beneficio de prisión domiciliaria: que ésta haya tenido una preocupación por su estado de gravidez, en este sentido se ha denegado el beneficio a una mujer que pese a su estado de embarazo no había realizado ningún control prenatal⁽⁴²⁾; como así también que el embarazo avance con ciertas dificultades de salud para la mujer, pues de lo contrario —similarmente a la apreciación que se realice cuando la prisión domiciliaria es solicitada por alguien cursando una enfermedad— se considera que no es en nada gravoso continuar cursando el embarazo en prisión, no justificándose la dificultad que implica el control del cumplimiento domiciliario⁽⁴³⁾.

Cabe adelantarse a apuntar dos cuestiones, como son la dificultad que puede encontrar la mujer cursando un embarazo en poder realizarse los controles prenatales en prisión, pues la asistencia médica podría ser deficiente: entendemos que ello debe ser considerado por el juez. Asimismo, puede resultar dudoso someter al estado de embarazo las mismas reglas que las exigidas para un estado de enfermedad.

- Requisitos en caso de tener un niño/a menor de cinco años a cargo

Advierte un autor que *“la inclusión de las madres de menores entre los favorecidos del régimen especial de cumplimiento de las medidas restrictivas de la libertad no tiene por objetivo mejorar la calidad de la detención de la causante, sino que obedece al deber de protección integral de los niños y niñas, y responde a la necesidad de cohesión familiar y al interés superior del niño... se posibilita que las consecuencias de la privación de la libertad que sufren las madres, no se trasladen a los hijos menores⁽⁴⁴⁾”*. En esta última apreciación vemos una conexión con el principio de no trascendencia de la pena.

Coincidimos en que el foco de la concesión de este beneficio debe radicar en el mejor interés del niño, pues el juez debe centrar su mirada en la persona más vulnerable. Ello sin perjuicio de advertir que, de concederse el beneficio en atención al superior interés del menor, ello coadyuvaría de manera directa al derecho a la vida familiar de la mujer en situación de encarcelamiento, contribuyendo a la readaptación y resocialización.

A continuación, los requisitos que se han ido creando jurisprudencialmente.

(42) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, “C., Y. L.”, fallo de fecha 07/04/2009, LA LEY, 2009-D, 138 - DJ, 07/10/2009, 2866, AR/JUR/13753/2009

(43) Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “A. C., F. de M. s/ recurso de casación”, fallo del 20/09/2013

(44) Bianchi, Luciano, “Prisión domiciliaria. Mujeres con hijos menores”, DPyC 2019 (mayo), p. 192, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/391/2019.

- Requisito de estado de abandono

Es usual encontrar en los fallos que deniegan el beneficio de prisión domiciliaria, la exigencia de que los hijos se encuentran en una situación de vulneración de derechos⁽⁴⁵⁾, o en estado de necesidad⁽⁴⁶⁾, o de inseguridad material o moral⁽⁴⁷⁾, estén en una situación de riesgo o ésta se haya visto agravada por la detención de la madre⁽⁴⁸⁾.

Generalmente, estas apreciaciones realizadas por los Tribunales van de la mano de que los niños se encuentran a cargo de otro familiar, por lo que, al encontrarse bajo el cuidado de otro adulto, se excluye la justificación y la necesidad de que la progenitora deba hacerse cargo de ellos.

Parece dudoso requerir acreditar un extremo como la situación de abandono de los niños para justificar el beneficio. Asimismo, nos preguntamos si esos Tribunales que deciden de esa manera constatan de alguna manera que el cuidado que se encuentran recibiendo los niños de mano, de mano de esos familiares, sea adecuado, o si aquellos familiares son idóneos para el cuidado. Finalmente, el derecho a la vida familiar del niño, en cualquier caso, se encuentra afectado.

- Requisito de peligro en la salud de los hijos

En similar sentido al anterior, se otorgó el arresto domiciliario cuando se entendió que una hija menor de la interna requería cuidados especiales debido a problemas neurológicos⁽⁴⁹⁾; o cuando el recién nacido tuvo problemas de salud⁽⁵⁰⁾. Sin embargo, fue denegado en un caso similar cuando la interna desconocía las necesidades y cuidados que requería su hijo con discapacidad⁽⁵¹⁾.

Nuevamente, hay una asimilación a otras causales de otorgamiento de la prisión domiciliaria, como por tener a cargo una persona con discapacidad, cuando debiera existir independencia entre las causales.

(45) CFCasaciónPenal, sala IV, Q. A., O. s/ recurso de casación, 31/08/2015, Sup. Penal 2015 (diciembre), 72, AR/JUR/32981/2015

(46) CNFedCrimCorr., sala II, G B, A Z s/ arresto domiciliario, 20/11/2014, DJ 10/06/2015, 54, AR/JUR/65596/2014.

(47) CFCasaciónPenal, sala IV, R., F. B. s/ recurso de casación, 13/12/2013, La Ley Online, AR/JUR/98895/2013.

(48) "Maglio, Albana M. L." (causa 3014, rta. el 22/4/2009) el Trib. Nac. Oral Crim. n. 9 (recogido por Sevillano, Lisandro y Taubas, Martín P, "Actualidad en jurisprudencia de los tribunales orales 2 2009", RDP 2009-11 , 1930)

(49) CNFedCrimCorr., sala I, Q. R., G. C. s/ arresto domiciliario, 26/06/2014, LA LEY 12/09/2014, 7, LA LEY 2014-E, 305, LLCABA 2014 (diciembre), 605 Con nota de Natalia Ohman, AR/JUR/30322/2014.

(50) CFCasaciónPenal, sala III, F, A. M., 12/07/2013, LA LEY 2013-E, 131, Sup. Penal 2013 (septiembre), 57, DJ 02/01/2014, 57, AR/JUR/27979/2013

(51) CFCasaciónPenal, sala I, S. R., L. F. s/ recurso de casación, 17/03/2014, AR/JUR/7247/2014

- Requisito de realización de informe socioambiental

Enteramente prudente y razonable encontramos este requisito, en cuanto a poder realizar una tarea de contralor sobre el lugar donde residirán la madre junto con sus hijos. Así ha sido requerido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal “con el objeto de comprobar los extremos apuntados por la defensa en punto a la constitución de la familia de la encartada⁽⁵²⁾”.

- Requisito sobre el ejercicio de la responsabilidad parental

Algunos fallos han considerado que no era posible el otorgamiento del beneficio con fundamento en el art. 12 del Código Penal (en adelante, CP) y las normas concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), ya que éstas últimas establecen que cuando la pena es mayor a tres años se suspende la responsabilidad parental. Estando suspendida la responsabilidad parental, se entendió que la progenitora no tenía legitimación procesal para peticionar por el cuidado de sus hijos, siendo por ello completamente improcedente el otorgamiento del beneficio⁽⁵³⁾.

En este sentido, cabe advertir una falta de interacción normativa, por cuanto si la normativa penal contempla el otorgamiento de la prisión domiciliaria por un período de los primeros cinco años de vida del menor; y la normativa civil suspende la responsabilidad parental a partir de los tres años de condena, hay una antinomia. Ya estudiaremos la ley civil mencionada.

- Requisito de exclusión por límite etario

La doctrina y la jurisprudencia⁽⁵⁴⁾ han usado el límite etario establecido por la norma, marcado en la edad de cinco años, como argumento tanto para denegar el pedido de arresto domiciliario, en una interpretación restrictiva; como para concederlo, al ir más allá del texto legal estricto.

Diegues refiere que no es posible revocar la concesión de arresto domiciliario por que el niño haya alcanzado los cinco años, sino que “será necesario emprender un análisis integro de todas las circunstancias actuales que el caso presente, a fin de decidir el asunto a la luz del interés superior del niño⁽⁵⁵⁾”. Otra autora va más allá en su valoración hasta afirmar

(52) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 21/02/2008, con comentario de Chirivini, Claudia, LA LEY, 2008-B, 702 - DJ, 30/04/2008, 1186 - AR/JUR/271/2008

(53) Inchausti, Santiago, Mángano, María Alejandra y Rodríguez Ponte, Juan T., “Actualidad en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal 1/2012”, RDP 2012-6, 1019 la sala 2ª a en “González”(Causa 12921, reg. 18756, del 16/6/2011

(54)

(55) Diegues, Jorge A., “Prisión domiciliaria a mujeres con hijos menores”, Diario La Ley, ejemplar de fecha 06/07/2016, p. 1.

la inconstitucionalidad del límite fijado en cinco años por cuanto iría en contra de principios tales como la “prohibición de trascendencia de la pena, el interés superior del niño y la niña, el derecho a la salud integral según la Organización Mundial de la Salud, el principio de igualdad ante la ley, la garantía de no discriminación, el principio de humanidad y dignidad y el principio *pro homine*”⁽⁵⁶⁾

Un precedente judicial se pronuncia a favor de una lectura amplia de la norma, afirmando que “el límite legal de cinco años previsto por el artículo 32, inc. f) de la ley 24.660 debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse ex ante en forma automática para todos los casos, pues claro está que un menor de edad aún puede requerir de los cuidados y protección de su progenitora pasado ese límite etario”⁽⁵⁷⁾.

Vale hacer referencia a la Resolución 808 - E/2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que aprobó el Protocolo para la Asignación Prioritaria del dispositivo electrónico de control⁽⁵⁸⁾, con un orden de prioridad para la asignación de dispositivos electrónicos de control, necesarios para la asignación del beneficio de prisión domiciliaria, figurando primeras tres categorías en orden de prioridad: “1) mujeres embarazadas; 2) Madres de niños menores de CINCO (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo; 3) Madres de niños entre CINCO (5) y DIEZ (10) años, siempre que la autoridad judicial competente considere razonable otorgar el arresto domiciliario como excepción a lo previsto normativamente”.

Criterios interpretativos mencionados en doctrina y jurisprudencia para el otorgamiento del beneficio:

1. Como hemos mencionado anteriormente, el *principio de no trascendencia de la pena* es una pauta guía de la Ley 24660, y por ello, debería estar lo mismo presente en la interpretación de los alcances de cada uno de sus artículos.

Recordemos que este principio es de tipo sectorial, cuyo “esclarecimiento resulta importante a los efectos de obtener una visión armónica del derecho positivo”⁽⁵⁹⁾. Esto es, a los fines de una armonización de la norma-

(56) Guereño, Indiana, “Regulación de la prisión domiciliaria de mujeres madres”, DPyC, número de diciembre de 2019, p.158, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/2512/2019.

(57) Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “M., C. N. s/ recurso de casación”, publicado en el Suplemento Penal de La Ley, ejemplar de diciembre de 2013 p. 38, y cita online en el sitio web de la Ley AR/JUR/56567/2013.

(58) Disponible online en: D:\livecycle\tmp\pdfg-DMZGDEMSAPPT013_\0d\a5ff-b52b83-dae128-29f2b2-0cda87-227a63\File.html (infoleg.gob.ar) (consultado con fecha 10/07/22).

(59) Vigo, Rodolfo, Interpretación Jurídica, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 116. Ibidem anterior.

tiva que integra un ordenamiento positivo, es preciso direccionar las normas para que lleguen a ese fin. Así lo exigiría también un razonamiento judicial adecuado, que incluya la dimensión axiológica y normativa en su totalidad, tal como desarrollaremos más adelante.

En este sentido, algunos autores se han preguntado “¿cómo se evita que la pena trascienda más allá de lo inevitable a un tercero inocente y -tratándose de un menor- al mismo tiempo, que no afecte el interés superior en su protección...la respuesta es la siguiente: se salvaguarda ambos principios evitando que, una madre, con un hijo en determinada franja etaria (hasta cinco años), se vea en la obligación de institucionalizar al menor⁽⁶⁰⁾”.

Otra autora refiere, que dadas como están las normas “En los casos de privación de la libertad respecto de mujeres con hijos menores de edad, la pena o la medida cautelar inevitablemente afecta a terceros, por lo que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte no se extienda injustificadamente a las personas ajenas al conflicto penal⁽⁶¹⁾”.

2. Otro vector de análisis e interpretación en cuanto al otorgamiento del beneficio es el *principio de interés superior del niño*. Atento la riqueza que significa el principio, referiremos que es la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos⁽⁶²⁾”.

Ahora bien, principio ha servido tanto para denegar como para hacer lugar al otorgamiento del beneficio de prisión domiciliaria.

En un precedente se falló a favor del otorgamiento del beneficio, que fue denegado en primera instancia, a una madre en situación de cárcel con un hijo de dos años que convivía con ella en prisión desde su nacimiento, y otro hijo menor de edad (no consta la edad de este segundo hijo). La primera instancia había considerado que las condiciones en que habitaba la madre junto a su pequeño hijo resultaban adecuadas en tanto cubrían sus necesidades básicas. La Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal consideró que la instancia inferior no había tenido en cuenta informes médicos que referían diversos problemas de salud que había atravesado el hijo menor a raíz de su permanencia en el establecimiento penitenciario y que, finalmente, un análisis que tomara en consideración el interés superior del niño, requería visualizar la buena relación de cuidado materno-filial, que aconsejaban que, a los fines de fomentar y sostener este vínculo, se concediera el beneficio⁽⁶³⁾.

(60) Grisetti, Ricardo Alberto - Grisetti, Alejandra, “Prisión domiciliaria. Mujer con hijo menor a cargo. Presupuestos para su procedencia”, LLNOA, numero de marzo de 2011, p. 123, cita online en el sitio web de La Ley: AR/DOC/233/2011.

(61) Deymonnaz, María Virginia, “Prisión preventiva para mujer embarazada”, DFyP, numero de marzo de 2014, p. 46.

(62) Artículo tercero de la Ley 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

(63) Causa nro. CPE 16/2016/32/CFC7-CFC3, “Galvano, Celeste de los Milagros s/ recurso de casación”, sala de FERIA, sent. 29/01/2019 (registrada con el nro. 119/19,

Otros precedentes en que se concedió el beneficio, mediante la consideración de este principio, llamaron a intervenir al proceso a la Defensoría de Menores e Incapaces⁽⁶⁴⁾, cuya intervención no resulta siempre presente en los precedentes analizados, pese a que resultaría siempre necesaria en virtud de los intereses de los menores de edad involucrados.

Hemos citado anteriormente como un favorecimiento en este principio el caso que llevó a la Sala II de la Cámara Federal de la Casación Penal a extender el beneficio de prisión domiciliaria a una mujer, más allá del límite etario de los cinco años de su hijo⁽⁶⁵⁾. Allí se hace referencia a que el límite legal de cinco años “debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse ex ante en forma automática”.

Otros fallos, similarmente, han hecho lugar a la concesión del beneficio cuando contemplaron que el otorgamiento daría lugar a un beneficioso contacto de los hijos con su madre, y evitaría “la separación del recién nacido de sus hermanos, con el consecuente *desmembramiento del núcleo familiar*”⁽⁶⁶⁾. Interesante referencia aquí del derecho a la fraternidad. También se ha hecho lugar al beneficio cuando “el encierro de la imputada en una unidad penitenciaria resiente el normal desenvolvimiento de la *relación familiar* con afectación al derecho de los niños⁽⁶⁷⁾”.

En similar línea, otro fallo otorga el beneficio al verificar el cuidado irregular y deficitario de los niños a cargo de otro pariente, otorgando el beneficio en tanto “cobra relevancia la presencia de la madre para el *normal desarrollo del crecimiento de los menores*, preservando así el superior interés de los niños⁽⁶⁸⁾”.

Esta jurisprudencia conecta íntimamente el interés superior del niño con su derecho a crecer en familia.

firmada por los jueces Ana María Figueroa, Eduardo Rafael Riggi y Daniel Antonio Petrone; citada por Diegues, Jorge A., “Prisión domiciliaria a mujeres con hijos menores”, Diario La Ley, ejemplar de fecha 06/07/2016

(64) Tribunal Oral en lo Criminal N° 13 de la ciudad de Buenos Aires, “Villalba, Natalia Soledad”, fallo del 26/04/2011, cita online AR/JUR/27788/2011

(65) Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “M., C. N. s/ recurso de casación”, publicado en el Suplemento Penal de La Ley, ejemplar de diciembre de 2013 p. 38, y cita online en el sitio web de la Ley AR/JUR/56567/2013.

(66) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, “E. M., M. R.”, fallo de fecha 18/02/2008, LA LEY Online, AR/JUR/2383/2008, citado por Diegues, Jorge A., “Prisión domiciliaria a mujeres con hijos menores”, Diario La Ley, ejemplar de fecha 06/07/2016

(67) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, “Trípodí, Eva Susana s/arresto domiciliario”, fallo de fecha 2/06/2009, Sup. Penal de septiembre de 2009, p. 71, citado por Diegues, Jorge A., “Prisión domiciliaria a mujeres con hijos menores”, Diario La Ley, ejemplar de fecha 06/07/2016.

(68) Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala 1ª, “C. D., M. M. s/arresto domiciliario”, fallo del 22/5/2014.

En la doctrina, la consideración del interés superior del niño se considera un aspecto de consideración esencial para analizar la concesión del beneficio⁽⁶⁹⁾. Una autora considera el límite etario de cinco años del menor de edad para la concesión del beneficio como inconstitucional⁽⁷⁰⁾, según habíamos mencionado. No llegando a ese extremo, otro autor afirma que el análisis de la concesión del beneficio debe estar centrado en mirada de los jueces este interés superior, pues es en función de éste que existe la posibilidad de otorgar el beneficio⁽⁷¹⁾. Finalmente, otra autora vincula el principio de no trascendencia de la pena al principio de interés superior del niño, entendiendo que debe verificarse, en el análisis sobre la concesión beneficio, si la situación de hecho existente o el cambio requerido tienen o tendrán un impacto en la vida de los niños que implique que la pena trasciende hacia ellos⁽⁷²⁾.

Surge entonces un criterio interpretativo rico, en cuanto la existencia de un déficit de cuidado de los menores de edad, justifica analizar otros elementos considerar la concesión del beneficio (así, el buen vínculo que mantuvieran éstos con su progenitora, que les signifique una promoción de su derecho a la vida familiar; el genuino interés que demostrara ésta, con más la posibilidad en su caso de valorar sus capacidades maternas), no siendo justificable que los jueces sometan esto a extremos, solo concediendo el beneficio cuando se encuentran en estado de abandono. Por otra parte, la participación en estos procesos de la Defensoría de Menores nos parece esencial, criterio de garantía y resguardo para que el interés del niño esté siendo adecuadamente contemplado.

3. Otros criterios interpretativos que postulan otros autores son: no taxatividad⁽⁷³⁾ de los supuestos de otorgamiento del beneficio de prisión domiciliaria, o la necesidad de interpretación con criterio analógico y de proporcionalidad⁽⁷⁴⁾, todos los cuales tienden a un entendimiento amplio y teleológico de la norma.

(69) Además de los que mencionaremos, cabe recomendar a Serdan, Florencia, "El vínculo entre el derecho penal y las relaciones de familia al crisol de los derechos humanos: niños y madres en centros de detención", en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley.

(70) Guereño, Indiana, "Regulación de la prisión domiciliaria de mujeres madres", DPyC, número de diciembre de 2019, p.158, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/2512/2019.

(71) Bianchi, Luciano, "Prisión domiciliaria. Mujeres con hijos menores", DPyC 2019 (mayo) ,p. 192, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/391/2019.

(72) Del Balzo, Adriana E., "Ley de Ejecución Penal: restrictivas al interés superior del niño", RDP 2013-6, 01/06/2013, 1195, cita online: AR/DOC/5425/2013

(73) Palliotti, Adriana, "La prisión domiciliaria y la ampliación de los supuestos legalmente previstos como resultado de una interpretación integral y operativa de la normativa nacional e internacional", RDP 2008-5, 764, AR/DOC/8991/2012

(74) Arocena, Gustavo A., "Detención domiciliaria de madres de niños menores de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo", DPyC 2011 (no-

Excurso: el derecho a la vida familiar

A este derecho se lo suele analizar en combinación con el derecho a la privacidad. Así hablamos del derecho a la vida privada y familiar, encontrándose contenido en la mayoría de los instrumentos internacionales. Así, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12; Declaración Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17; y Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11.

En dicha formulación, es normalmente entendido en su faz prohibitiva, es decir, en cuanto a la prohibición de injerencia del Estado en la vida privada y familiar.

Sin embargo, también existe una faz activa, de protección de parte del Estado hacia la familia, para garantizar esa vida familiar. Es decir que, en definitiva, “puede distinguirse la vida familiar como elemento contenido en el derecho personal a la intimidad; de la vida privada que corresponde a la familia como tal, y que merece protección jurídica⁽⁷⁵⁾”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial referencia a la titularidad de este derecho en cabeza de los niños, ha desarrollado riquísima jurisprudencia en cuanto al contenido y el impacto cuando se afecta afectación este derecho.

Con respecto al primero de los aspectos, hay que mencionar la exigencia de no interferencia de parte del Estado y de los particulares (así, en el caso “Hernández vs. El Salvador”) y, también, el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos, que aparece mencionado en el caso “Vélez Restrepo”, surgiendo un deber en cabeza del Estado de reunificar y evitar la separación familiar⁽⁷⁶⁾.

Respecto al daño sufrido por la afectación de este derecho, la Corte Interamericana ha entendido que “los niños privados del entorno familiar están sujetos a una vulnerabilidad agravada”. Además de esta vulnerabilidad agravada, la Corte entendió, siendo ello especialmente mencionado en el caso “Fornerón vs. Argentina” que “que la privación de las relaciones familiares impedía el ejercicio de los demás derechos, toda vez que la autonomía se adquiere por medio de las relaciones familiares”.

viembre), p.141, AR/DOC/5349/2011

(75) Corral Talciani, Hernán, “Vida familiar y derecho a la privacidad”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N°1, p—63-86, 1999, disponible online en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650102.pdf> (consultado con fecha 06/11/2021).

(76) Así lo desarrolla Basset, Ursula, “El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, publicado en *SJA*, ejemplar de fecha 09/08/17, p. 2, cita online en el sitio web de La Ley: AR/DOC/3815/2017.

Es decir que el derecho a la vida privada y familiar es cabeza y cuna de desarrollo de otros derechos. En tal sentido, en el caso “Gelman vs. Uruguay” la Corte “sostiene que la separación del niño de su familia no gravita ya en el pleno ejercicio de su libertad, sino más directamente en el derecho a la vida”, ello en el sentido en que es en la familia donde el niño tiene un ámbito adecuado y de garantía para el pleno crecimiento y desarrollo de sus derechos⁽⁷⁷⁾.

Finalmente, en la Opinión Consultiva 21/14, la Corte Interamericana “afirma la inconveniencia de la prisión de los familiares migrantes indocumentados que tuvieran a su cargo el cuidado de niños⁽⁷⁸⁾”, evidenciando que existiría un deber estatal “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⁽⁷⁹⁾”.

Esto nos interesa particularmente, en tanto implica una contemplación del derecho a la vida privada y familiar a la hora de aplicar sanciones privativas de la libertad.

En conclusión, el derecho a la vida privada y familiar implica una titularidad subjetiva de la persona para poder reclamar el pleno goce de una relación con su familia y también un deber a cargo del Estado de proteger ese derecho.

La familia sería el ámbito primordial de desarrollo del niño, incidiendo la afectación de las relaciones familiares para el niño de modo particularmente grave por ser epicentro del desarrollo de su vida misma. Por ello mismo, aquellos miembros que integran la familia del niño deben ser contemplados diferenciadamente por parte del Estado a la hora de imponer sanciones privativas de derechos a fin de generar un impacto irremediable en ese derecho fundamental del niño a la vida familiar.

Por último, siempre que se respete la primacía del interés superior del niño, y conforme es el espíritu de la LEP que referimos en el acápite anterior, la promoción de las relaciones familiares de la persona privada de su libertad es una directiva que va en línea con los principios de rehabilitación y reinserción social. Dichos principios se desprenden del principio de dignidad de la persona. Principio el cual, a su vez, se relaciona con el de reserva o no trascendencia de la pena, en el sentido que la privación de la libertad no

(77) Todas las citas de este párrafo pertenecen a la autora recién citada.

(78) *Ibíd.*

(79) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 158; citado por la autora recién citada.

debería significar a la persona una restricción a su derecho a la vida privada y familiar.

II. El artículo 12 del Código Penal argentino

Habiendo concluido con el análisis de la LEP, nuestro próximo objetivo es contemplar la otra norma del ámbito penal relevante, la cual resulta ser la del artículo 12 del CP.

Esta norma, de larga data existente en la normativa penal de fondo⁽⁸⁰⁾, dispone que cualquier condena que exceda los tres años lleva inherente para la persona la inhabilitación absoluta, que importa la privación de la patria potestad y de la administración y disposición de bienes por actos entre vivos, remitiendo dicho artículo para la regulación del instituto a las normas civiles sobre curatela de incapaces. Importa la inclusión de un instituto civil en el marco penal.

Lo curioso de este instituto es que sus efectos y espacio en el derecho son casi invisibles o nulos. Mientras que el CP remite para su regulación al CCCN, ni el código velezano ni el actual contienen normas para regular los efectos y alcances de la curatela de los penados, siquiera la mencionan. Además, tras el cambio de Código, hay otros choques entre la norma penal y la normativa civil que son evidentes⁽⁸¹⁾.

Por de pronto, mientras el CP se refiere a la privación de la patria potestad (hoy día debemos llamarla responsabilidad parental), el artículo 702 CCCN se refiere a que cuando la condena sea mayor a tres años el ejercicio de la responsabilidad parental únicamente se suspenderá; reservando la privación solo para los casos en que el delito por el cual se encuentre condenado el progenitor sea contra la persona o los bienes del hijo (cfr. Art. 700 CCCN), o contra la vida o integridad física del otro progenitor (art. 700 bis CCCN).

Por una parte, mientras el CP se refiere a que se deben aplicar las normas sobre curatela de incapaces, en el CCCN rige el paradigma de la capacidad: se debe apuntar a la conservación de todas las facultades, siendo vitalmente importante el respeto de la autonomía. Por su parte, el CP pareciera más adscrito a una ideología más identificable con el Código Anterior, donde suplirla voluntad del representado por el curador era más común.

(80) Según refiere Magdalena Giavarino, el art. 12 CP, fue introducido en el ordenamiento penal sancionado en el año 1921, y desde entonces permanece vigente (ver Giavarino, Magdalena, "El instituto de la curatela en los penados", Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius. Disponible online en: <https://blog.erreius.com/2017/07/12/doctrina-destacada-el-instituto-de-la-curatela-en-los-penados/> (consultado con fecha 23/04/2022)

(81) Lo desarrolla exhaustivamente Magdalena Giavarino en el artículo precitado, por el paradigma de capacidad que vino a traer como principio el nuevo Código.

En la doctrina no hay casi referencia al tema. Justamente, en la búsqueda de fuentes para el tratamiento de este tema, la escasez fue palmaria. La única autora que, tras la investigación de fuentes, se ha podido encontrar es un artículo de Magdalena Giavarino⁽⁸²⁾, artículo que será base importante durante nuestro análisis.

En relación con la práctica en los Juzgados de Familia, la ausencia de normas civiles referentes al tema (a las cuales, sin embargo, remite el CP) determinan que, en esos fueros, el trámite de curatela se rija por la normativa penal. Así, tramitan ante los Juzgados de Familia los expedientes de “curatela art. 12 CP”.

Entonces los focos de análisis en cuanto a la curatela serán los siguientes: la finalidad de la norma del art. 12 CP; la posibilidad de su inconstitucionalidad, planteada por algunos autores y jurisprudencia; y finalmente, aspectos desde lo procesal y práctico de la curatela, respecto del cual se brindará un pequeño estudio de campo.

i. La finalidad de la norma del art. 12 CP. ¿Es inconstitucional?

Sobre la finalidad de la curatela establecida por el art. 12 CP parecen haber dos posiciones: una que acuerda su finalidad tuitiva, sin perjuicio de que se pueda poner en cuestión la modalidad en la cual ésta es articulada, y si realmente alcanza esa finalidad. En este sentido, se estima que es tuitiva por cuanto se aseguraría “el ejercicio de ciertos derechos civiles del condenado que, a causa del encierro, podían ser vulnerados u obstaculizados”⁽⁸³⁾. Desde la jurisprudencia también se ha referido, en crítica a los argumentos vertidos por un Tribunal que planteó la inconstitucionalidad de la norma que “es evidente que el órgano sentenciante no ha demostrado con fundamento de qué manera las limitaciones establecidas en el artículo, 12 del Código Penal constituyen una efectiva y real restricción o limitación a los derechos de la condenada... ni de qué forma se han vulnerado las disposiciones de los Tratados Internacionales citados... o que se produzca un efecto estigmatizante en la condenada por la circunstancia de que se limite el ejercicio de ciertos derechos mientras dure su condena, precisamente en aras de tutelarlos, con la intervención de un curador, quien podrá realizar los actos necesarios para su resguardo que no puede ejecutar, por sí, quien se halla privado de la libertad personal⁽⁸⁴⁾”.

(82) Giavarino, Magdalena, “El instituto de la curatela en los penados”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius. Disponible online en: <https://blog.erreius.com/2017/07/12/doctrina-destacada-el-instituto-de-la-curatela-en-los-penados/> (consultado con fecha 23/04/2022).

(83) *Ibidem* anterior.

(84) Cámara Nacional DE Casación Penal, Sala I, “Escudero, Silvia R”, fallo del 22/06/2006, cita online en el sitio web de La Ley online AR/JUR/2794/2006.

La otra posición considera a la incapacidad que impone el art. 12 C.P. como una accesoria punitiva, esto es, implica un trato infamante, inhumano, indigno y estigmatizante, por quitar al penado el ejercicio de determinados derechos, más allá de la libertad ambulatoria, lo cual resultaría contrario al art. 18 CN. La finalidad sería entonces una de tipo coactiva y de castigo hacia el penado. En este sentido se expresaría la corriente de pensamiento que sigue la doctrina de Eugenio Zaffaroni, cuyo anteproyecto de CP, de hecho, destierra la figura de la curatela. En dicho Anteproyecto queda únicamente un régimen de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos (y en principio solo mientras dura la condena, nunca una vez cumplida), y en el mismo documento consideran que la incapacidad prevista en la curatela “está demasiado cerca de la vieja muerte civil, lo que plantea problemas de constitucionalidad, al tiempo que conspira contra la posibilidad de reinserción social del penado⁽⁸⁵⁾”.

Creemos conveniente, para desentrañar la finalidad de la norma, observar el instituto al cual pertenece, esto es, la curatela y el régimen de capacidad, ambos pertenecientes a la esfera civil. Para ello, tanto por la fecha de sanción de la norma (año 1921, como hemos referido) como por las palabras que utiliza, es evidente que debemos tomar el Código Civil de Vélez Sarsfield.

Allí, cuando existía una incapacidad de hecho para el ejercicio de los derechos, se nombraba a un tercero, una persona de confianza de la persona incapaz, que lo representaba en el ejercicio de sus derechos, a fin de evitar el posible perjuicio que podría implicar su ejercicio por una persona incapacitada para ello. Por eso, en tanto buscaba evitar el perjuicio para una persona incapaz —y por ello, más vulnerable—, el instituto de la curatela para personas consideradas como incapaces era de claro carácter tuitiva. Sin perjuicio de esto, hay que resaltar que Vélez Sarsfield no incluía como personas incapaces a los penados, en un nuevo desencuentro normativo que ya existía desde entonces; puesto que en su artículo 469 solo figuran el “demente” y el sordomudo.

Quizás el error de quienes identifican la norma como de tipo punitiva, es que no han considerado que pese a encontrarse en el marco de una normativa penal, es a todas luces una norma de corte civil, porque “todo lo atinente a este atributo de la personalidad... tiene naturaleza civil... la consecuencia prevista para el condenado a más de tres años de prisión... constituye una medida que toma un tribunal penal, pero de naturaleza civil⁽⁸⁶⁾”.

(85) Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, presidido por Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 127, disponible online en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/38309-anteproyecto-codigo-penal-comision-zaffaroni> (consultado con fecha 30/04/22).

(86) Giavarino, Magdalena, “El instituto de la curatela en los penados”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius. Disponible online en: <https://>

Más allá de la inconveniencia de suplir completamente la voluntad del representado, el nombramiento de un curador a favor del penado tiende, justamente, a la conservación del ejercicio de sus derechos en cuanto ellos no pueden ser ejercidos a causa del encarcelamiento. De hecho, así incluso es entendido por un juez que declaró la inconstitucionalidad de la norma, sugiriendo que lo que debería existir para estos casos es la figura del mandatario⁽⁸⁷⁾.

Entonces, quizás el problema no sea el espíritu de la norma, que es claramente tuitivo, sino la modalidad de su formulación. En efecto, y en especial tras la sanción del CCCN, es aún más difícil hacer convivir esta norma con el nuevo sistema de capacidad. Al respecto, refiere Giavarino, “el modelo de protección jurídica del individuo ha cambiado y este giro que ha tenido el ordenamiento jurídico nos lleva a plantearnos la subsistencia de estas restricciones”⁽⁸⁸⁾. Aquí, advertimos la taxatividad de las normas que permiten recortar la capacidad de un individuo, puesto que la normativa civil “solo acepta la limitación de la capacidad de ejercicio en cuestiones puntuales, justificadas por la insuficiente o inexistente comprensión del sujeto respecto de ciertos actos, reservando la declaración de incapacidad como extrema⁽⁸⁹⁾”. Es evidente, que la norma del art. 12 CP no encuentra cabida ni espacio en esta normativa, por cuanto ni el Código Civil velezano ni el actual acogen ni regulan la figura.

Si bien adherimos a que el espíritu de la normativa sí fue uno de tipo tuitivo (excluyendo, por ello, su inconstitucionalidad), vemos que esta gran desconexión o desarticulación normativa, traiciona ese fin. A la postre, ello significa que no tenemos apoyo normativo para hacer efectiva esa protección. Eso implica que se convierte en una norma inefectiva.

ii. Aspectos procesales y prácticos del trámite de la curatela

Como hemos referido, los expedientes de curatela tramitan ante los Juzgados de Familia, o Juzgados Civiles especializados en Familia, según la terminología adoptada por cada jurisdicción para este fuero. La justificación de esto es evidente, por cuanto como hemos referido, es una norma que

blog.erreius.com/2017/07/12/doctrina-destacada-el-instituto-de-la-curatela-en-los-penados/ (consultado con fecha 23/04/2022).

(87) Juzgado de Ejecución Penal de Gral. Roca, Río Negro, “Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad”, fallo de fecha 07/04/2011, disponible online en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos29394.pdf> (consultado con fecha 30/04/22).

(88) Giavarino, Magdalena, “El instituto de la curatela en los penados”, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius. Disponible online en: <https://blog.erreius.com/2017/07/12/doctrina-destacada-el-instituto-de-la-curatela-en-los-penados/> (consultado con fecha 23/04/2022).

(89) *Ibidem* anterior.

regula un aspecto de la capacidad de las personas, y por ello corresponde que tramite ante este fuero⁽⁹⁰⁾.

Para constatar si la norma prevista por el art. 12 CP tiene efectividad en la práctica del trámite, en el año 2019 y a los fines de esta investigación, se llevó a cabo un estudio de campo sobre los expedientes de curatela en trámite en un juzgado de familia.



La mínima representación de las mujeres en la población carcelaria que referimos en el capítulo de análisis fáctico se vio reflejada en los expedientes de curatela. De una muestra de 200 expedientes, tan solo 6 eran de mujeres. Lo cual constituye un 3% de los procesos.

Luego, se tomó una muestra de los expedientes de curatela de mujeres, estableciendo una comparación con los de los hombres. Previo a esto, hay que decir que los procesos de curatela se inician una vez que el Juez Penal comunica la sentencia penal al Juzgado de Familia. Lo primero que hace el Juez de Familia es oficiar al Servicio Penitenciario que corresponda a fin de que remita un informe sobre la situación de la persona privada de su libertad. El Servicio Penitenciario Federal, que es con el que más se trabaja en el caso de los Juzgados Nacionales, tiene dos tipos de informes sobre los condenados: uno es el informe de situación legal en la que los datos brindados se limitan a la situación de la condena, cuando vencerá, cuando se podría otorgar la libertad condicional, datos identificatorios y otros similares. El otro informe, que no siempre llega, contiene más datos sobre la vida e historia personal del condenado. En este sentido, informa si tiene hijos o no, a cargo de quién están, si estudian o no, entre otras cosas.

Se debe añadir a la explicación de este proceso que en ellos interviene el Ministerio Público: la Defensoría de Menores e Incapaces (atento el recorte de

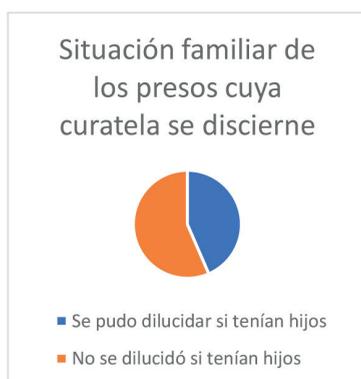
(90) Dos antecedentes de contienda negativa de competencia entre un Juzgado de Familia y uno de Ejecución Penal por un trámite de curatela confirma este criterio. Ver Corte de Justicia de la Provincia de Salta, "M. Q., J. s/ Curatela - Competencia", fallo de fecha 04/10/2021, cita online en el sitio web de La Ley: AR/JUR/183556/2021; y Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Alonso, Jorge", fallo de fecha 01/06/2000, Fallos: 323:1531, cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/6009/2000.

capacidad del penado) y la Curaduría Oficial de Penados. Esta última institución sufre una recarga funcional completamente desproporcionada, por cuanto están a su cargo, y siendo una sola, todas las personas privadas de su libertad en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal. Por ello, por más que en principio debiese ser esta dependencia la que inste el trámite de curatela, en la práctica esto no sucede, el trámite es lento por tal sobrecarga, y muchas veces se paraliza.

Volviendo sobre los informes del Servicio Penitenciario Federal, fue tomando los datos de estos informes que se estableció una comparación entre que sucedía con los hijos de los presos varones y los de presas mujeres. El resultado, de vuelta, es coincidente con los resultados de los informes analizados en el capítulo de análisis fáctico. Recordemos la disparidad de la situación de cuidado de los hijos de hombres en situación de encarcelamiento, que casi siempre quedaban a cargo de la madre; que en el caso de los de mujeres en situación de encarcelamiento. En el trabajo realizado, en efecto, se verificó que mientras que en un 100% de los casos en que los penados contaban con hijos, estos quedaron a cargo de la madre; en el caso de las penadas en un 50% quedaron a cargo de sus abuelos y el otro 50% quedaron a cargo del Estado, es decir, en hogares convivenciales.



Todo esto no hace sino verificar el impacto desigual que genera en los hijos y en todo el entorno familiar el encarcelamiento de una mujer frente al de un hombre. La mujer asume el cuidado de los hijos y cuando no está, en muchos —demasiados— casos no hay quien la reemplace.



Ahora bien, de los procesos de curatela tomados para hacer este análisis, solo en 43,5% de los casos se pudo dilucidar la cuestión de si los presos cuya curatela se discernía contaban no con hijos. En el resto de los casos, ya sea por omisión del Juzgado o del Servicio Penitenciario, el informe no se remitió, y por ello, la cuestión no se dilucidó. Normalmente en estos casos, el expediente queda sin resolver.

En similar porcentaje quedó la cuestión del nombramiento del curador, que es el vacío que los Juzgados de Familia buscan cubrir en el caso de los expedientes de curatela, esto es, nombrarle un curador al penado y con ello, dar por concluido el trámite. Justamente, cuando el Servicio Penitenciario Federal no remite los informes pertinentes, el Juzgado de Familia no tiene elementos suficientes para dilucidar esta cuestión y por ello, no avanza el trámite. El nombramiento de un curador, aun cuando efectivamente sucede, es solo a título nominativo, porque como hemos referido, alcanza con su solo nombramiento, sin realizar el Juzgado de Familia un seguimiento de la situación del penado. Por ello, la esperanza de que un curador llegara a cubrir las funciones de ejercicio de la responsabilidad parental tampoco existe.

En este sentido, debemos referir que en los casos en que se estableció que cuidado de los hijos era incierto (es decir, el caso de las presas mujeres) no se hizo nada al respecto. No hubo una actuación de oficio a fin de conocer y definir la situación de esos niños.

Es ineludible referir la sobrecarga que sufren los Juzgados de Familia y que les impediría por ello, ejercer la adecuada oficiosidad que estos casos reclaman. La ausencia de herramientas para estos casos, desde el mismo vacío normativo que hemos referido; como la ausencia de colaboración entre las dependencias y organismos intervinientes, determinan que sea un trámite destinado a fallar.

Así verificamos que nuevamente la finalidad tuitiva se traiciona. Ello pues en la oportunidad que poseerían los Juzgados de Familia, cuya especialización sería preciosa, para regularizar y coadyuvar a la situación de las mujeres privadas de su libertad y sus hijos, no ocurre.

C. Normas del ámbito civil

Del ámbito civil en cuanto a la regulación del ejercicio de los derechos civiles de las personas privadas de su libertad, encontramos tan solo las normas sobre suspensión y privación de la responsabilidad parental que existen en los artículos 700 a 704 del CCCN. A continuación, presentamos un cuadro comparativo para entender los supuestos.

I. Cuadro comparativo entre privación y suspensión de la responsabilidad parental

	NATURALEZA O FUNDAMENTO	SUPUESTOS O CAUSALES	REQUISITOS DE SU CONFIGURACIÓN	EFFECTOS
PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL	<ul style="list-style-type: none"> - VALORACIÓN SANCIONATORIA DE LA CONDUCTA DEL PROGENITOR - VERSA SOBRE LA TITULARIDAD 	<p>ART. 700 CCCN</p> <ul style="list-style-type: none"> - SER CONDENADO POR DELITO DOLOSO CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL HIJO - ABANDONO Y DESPROTECCIÓN TOTAL DEL HIJO - HAYA PUESTO EN PELIGRO SEGURIDAD/SALUD FÍSICA - PSÍQUICA DEL HIJO - HABERSE DECLARADO ADOPTABILIDAD DEL HIJO <p>ART. 700 BIS CCCN</p> <ul style="list-style-type: none"> - SER CONDENADO POR DELITO O TENTATIVA DEL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO O CON VIOLENCIA DE GENERO CONTRA EL OTRO PROGENITOR 	<p>CASOS DEL ART. 700 CCN REQUIEREN UNA SENTENCIA QUE DECLARE LA PRIVACIÓN, ES DECIR, HAY UN PROCESO ESPECÍFICO A TAL FIN, A EXCEPCIÓN DE SUPUESTO DE LA DECLARACION DE ADOPTABILIDAD, CUYA DECLARACION TRAE IMPLÍCITA LA PRIVACIÓN</p> <p>CASOS DEL ART. 700 BIS CCCN, según allí se establece, A PARTIR DE LA SENTENCIA DE CONDENA DE PLENO DERECHO</p>	<p>CASOS DEL ART. 700 CCCN A PARTIR DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA PRIVACIÓN</p> <p>CASOS DEL ART. 700 BIS CCCN A PARTIR DE LA SENTENCIA CONDENATORIA, DE PLENO DERECHO</p>
		<ul style="list-style-type: none"> - SER CONDENADO POR EL DELITO O LA TENTATIVA DE LESIONES GRAVES CONTRA EL OTRO PROGENITOR - SER CONDENADO POR EL DELITO O TENTATIVA DE ABUSO SEXUAL CONTRA EL HIJO MENOR DE 13 AÑOS 		
SUSPENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL	<ul style="list-style-type: none"> - LIMITACIÓN TEMPORARIA EN ATENCIÓN A SITUACIÓN FÁCTICA IMPEDITIVA - VERSA SOBRE EL EJERCICIO 	<ul style="list-style-type: none"> - DECLARACION DE AUSENCIA CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO - PLAZO DE CONDENA MAYOR A 3 AÑOS - DECLARACION POR SENTENCIA FIRME QUE DECLARA LA LIMITACION POR RAZONES GRAVES DE SALUD MENTAL - CONVIVENCIA DEL HIJO CON UN TERCERO, SEPARADO DE SUS PROGENITORES 	<p>NO ESTÁ ACLARADO POR LA NORMATIVA, SOLO RESPECTO DEL SUPUESTO DE CONDENA MAYOR A TRES AÑOS, EL ART. 12 CP MENCIONA QUE LA "LLEVAN COMO INHERENTE", POR LO QUE SE ENTIENDE QUE LA SENTENCIA CONDENATORIA POR PLAZO MAYOR A TRES AÑOS ES EL ÚNICO REQUISITO</p>	<p>NO ESTÁ ACLARADO POR LA NORMATIVA</p> <p>CASO CONDENA MAYOR A TRES AÑOS SERÍA AUTOMÁTICAMENTE A PARTIR DE LA SENTENCIA CONDENATORIA A UNA PENNA MAYOR A TRES AÑOS</p>
		<ul style="list-style-type: none"> - POR RAZONES GRAVES - PROCESAMIENTO PENAL POR LOS DELITOS LISTADOS EN EL ART. 700 BIS 		

II. Introducción

Tal como se advierte del cuadro, el tema de la privación y suspensión de la responsabilidad parental es una cuestión que excede el marco que nos convoca. Por ello, examinaremos únicamente los supuestos que son aplicables a las personas privadas de su libertad.

Como surge del cuadro, mientras los supuestos de privación de la responsabilidad parental caen sobre supuestos de mayor gravedad, al ser delitos cometidos contra la persona del hijo o la del otro progenitor, los supuestos contemplados por la suspensión no se indican con particularidad, pese a que sobre ellos rige un efecto automático, según desarrollaremos. Para los supuestos de privación, la ley considera implícito que hay tal mal desempeño de parte del progenitor, que necesariamente debe iniciarse un trámite judicial civil para privar de la responsabilidad parental a ese progenitor.

Finalmente, hay que mencionar la reforma que introdujo el art. 700 bis CCCN, que implicó una innovación sobre la modalidad de los supuestos previstos anteriormente para la privación de la responsabilidad parental. Los efectos operan diversamente. Mientras que a los efectos del art. 700 CCCN necesariamente había que proceder por un trámite civil para efectivizar la privación; por el art. 700 bis CCCN alcanza con la sentencia condenatoria del ámbito penal, que trae implícita la privación; efecto similar a lo que sucede con la suspensión del art. 702 CPCCN, por el cual la sola sentencia condenatoria a una pena mayor a tres años trae aparejada esa suspensión en el ejercicio de la responsabilidad parental, sin intervención alguna del juez civil.

Ya vamos anticipando, entonces, algunos de las problemáticas: la automaticidad de la privación/suspensión; el tema de la competencia para decidir esa privación/suspensión; el desencuentro normativo; y finalmente una vuelta sobre el tema de la inconstitucionalidad, que plantean algunos autores. Esos temas siguen a continuación.

III. Automatismo vs. concreticidad

Ante la diversidad de efectos en los casos de privación (y dentro de estos, los supuestos originarios, por un lado; y por otro, los supuestos que trajo la reforma) y suspensión, cabe preguntarse el porqué de la diversidad de estos efectos y si hay alguna conveniencia o preferencia en que rija tal o cual.

En relación con los supuestos de privación del art. 700 CCCN, el legislador pone en manos del juez civil la decisión sobre la privación, seguramente para definir en un ámbito civil especializado los alcances y conocimiento de esa privación, como así también sobre quien recaerá la responsabilidad parental restante.

Sin embargo, a párrafo seguido, los supuestos traídos por la reforma de la Ley 27.363, en el art. 700 bis, contienen en sí mismos el pronunciamiento sobre la privación, decretando que la mera sentencia condenatoria en determinados

delitos trae consigo la privación. Así, con este automatismo, la decisión no depende del juez, sino que está determinada de antemano por el legislador.

A todas luces, parece claro que un delito contra la integridad sexual del hijo menor de edad es de una gravedad profundísima y sobre esto creo que no hay discusión sobre que el legislador haya previsto una privación automática. Ahora bien, para el resto de los supuestos del art. 700 bis CCCN sí cabe apuntar algunas consideraciones, por cuanto han merecido críticas de la doctrina.

Por ejemplo, podría suceder en muchos casos que la privación impuesta al progenitor que comete un delito contra la vida del otro, por el delito de lesiones graves u homicidio, aunque sea en grado de tentativa, podría significar para el hijo la pérdida de los dos padres. En este sentido, se ha dicho que “puede generar consecuencias imprevisibles...puede afectar de lleno el interés y el bienestar de un menor...no nos parece positivo prescindir del criterio judicial... la cuestión de la responsabilidad parental no debe enfocarse desde el ángulo sancionatorio —que también lo tiene— sino desde el propósito y la finalidad de proteger a los hijos menores de edad⁽⁹¹⁾”.

En verdad, si no hay otro familiar que pueda hacerse cargo de los menores de edad, estos quedarán en una situación de total desamparo. Si bien el artículo 700 bis, en su último párrafo, prevé la necesidad de comunicar la sentencia condenatoria (que trae consigo la privación de la responsabilidad parental) al Ministerio Público y a la autoridad de protección de derechos de niño, a fin de que se inicie el proceso de tutela o adopción, la evidencia del funcionamiento de dicha derivación no consta.

Por otra parte, en el caso del delito de lesiones, aun cuando fuera en grado de tentativa, en el caso de que haya sido cometido por la mujer, en función del aumento tan diferencial de la incerteza en el cuidado de los hijos de ésta cuando ella sufre la pena, las consecuencias del automatismo debieron ser consideradas por el legislador. Y acordemos que no todos los delitos de lesión grave serán iguales entre ellos, como para merecer la misma consecuencia automática.

¿Por qué existe entonces esta privación automática para estos dos casos, cuando el art. 700 CPCCN para supuestos similares prevé la necesidad de un juicio civil para decretarla? ¿Porque el legislador ha decidido privar al juez del entendimiento de la cuestión? Evidentemente hay una apreciación de mayor gravedad de este tipo de delitos, sin perjuicio de que la exención del conocimiento judicial puede significar un perjuicio enorme para los niños.

(91) Mazinghi, Jorge A. M. y Mazinghi, Esteban M., “Una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades”, Diario El Derecho, ejemplar de fecha 31/07/2017, citados por Parodi, María C., “A propósito del nuevo esquema de ejercicio de responsabilidad parental luego de la sanción de la ley 27.363 y de la postura adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al art. 12 de Código Penal”, DFyP número de mayo de 2018, p. 102, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/218/2018.

Hay que señalar que el supuesto de privación por delito cometido contra la vida del otro progenitor tiene el elemento de la violencia de género por cuanto menciona expresamente que sea cometido “agravado por el vínculo o mediando violencia de género”. Por ello, viene de un criterio de política legislativa. De vuelta, sin embargo, ello puede significar que “quienes propugnan la voz del niño, silencien enteramente su persona y que quienes se opongan fuertemente al paternalismo, lo sancionen por ley. Ni el niño ni el adolescente tienen parte en este proceso automático. No son escuchados y no pueden participar. No tienen acceso a la justicia ni a un abogado... son invisibilizados por una ley que sirve ideales retóricos altos, pero que olvida al ser humano concreto⁽⁹²⁾”.

Por sobre todo esto, hay que agregar la suspensión automática prevista en el art. 702 CCCN atada al solo dictado de una sentencia condenatoria por una pena mayor a tres años, es decir se predispone “como único requisito la constatación de una situación objetiva, esto es, la aplicación de una pena de prisión superior a los tres años”. La autora recién citada continúa diciendo “de tal modo, omite reflexionar o exigir análisis alguno acerca de la situación del niño afectado por la medida o valorar las alternativas que protegerían de mejor manera sus derechos fundamentales⁽⁹³⁾”. Es que, en definitiva, la decisión sobre la idoneidad para seguir ejerciendo la responsabilidad parental no pareciera ser una consideración para tomarse con carácter automático ya que “no es una condición abstracta...requiere examinar la relación concreta⁽⁹⁴⁾”. Una consideración en cada caso concreto sugiere una autora, “se debe tener especial consideración del delito cometido, el impacto que éste tenga en el rol del progenitor en relación a la crianza de su hijo/a, las edades y opiniones de los NNyA como partes del conflicto⁽⁹⁵⁾”. Esta centralidad en el impacto que la suspensión de la responsabilidad parental causa en el niño es también considerada por otro autor, también crítico de la suspensión automática, al mencionar, respecto del interés superior del niño, que “es indispensable considerar la situación en la que éste se encuentra y en la que se lo colocará⁽⁹⁶⁾”.

(92) Alterini, Jorge H. (director) y Alterini, Ignacio E. (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético.*, Tomo III, dirigido por Basset, Ursula C., Editorial La Ley, 3era edición actualizada y aumentada, 2019.

(93) Bladilo, Agustina, “Una mirada crítica del régimen vigente en materia de ejercicio de la responsabilidad parental en contexto de encierro”, RDF, número de marzo de 2016, p. 133, cita online en el sitio web de La Ley: AR/DOC/4058/2016

(94) Basset, Ursula, C. “Comentario al Art. 700 bis CCCN”, en Alterini, Jorge H. (director) y Alterini, Ignacio E. (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético.*, Tomo III, Editorial La Ley, 3era edición actualizada y aumentada, 2019.

(95) Bladilo, Agustina, “Una mirada crítica del régimen vigente en materia de ejercicio de la responsabilidad parental en contexto de encierro”, RDF, número de marzo de 2016, p. 133, cita online en el sitio web de La Ley: AR/DOC/4058/2016

(96) Filippini, Leonardo G., “La condena penal y la responsabilidad parental”, RDF nro. 2014-I, p. 118, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/6858/2013

En definitiva, para encontrar la mejor solución tanto para la persona privada de su libertad, como para cada niño, parece conveniente que un juez pueda examinar cada caso concreto. Una suspensión o privación automática en algunos casos pueden ser útiles, pero en muchísimos otros no lo serán.

En todos los casos, la ley será ciega. Es que, con la omisión de la intervención del juez, se niega el acceso a la justicia⁽⁹⁷⁾ por no tener las madres y sus hijos oportunidad de expresarse delante de un juez.

IV. El tema de la competencia

Hemos referido que, en caso de juzgar sobre la privación de la responsabilidad parental, salvo en los casos introducidos por la reforma, era el juez civil especializado en familia quien entendía. En cambio, en los supuestos de suspensión y privación por los supuestos traídos por la reforma, es el juez penal quien decide implícitamente con la condena.

Por ello, el tema de la competencia tiene relación con el automatismo o la concreticidad⁽⁹⁸⁾ de la privación o suspensión de la responsabilidad parental. La conclusión más saliente de dicha sección fue que aplicar el automatismo en determinados casos podía significar una denegación del acceso a la justicia, por cuanto la suspensión o la privación de la responsabilidad parental venía traída ex ante por el legislador, sin intervención jurisdiccional.

Pues bien, justamente, para que el acceso a la justicia sea completo e integral, se precisa que la decisión sobre dicha cuestión —la responsabilidad parental— recaiga sobre jueces que se especialicen en dicha materia: los jueces de familia. Por eso creemos que no puede resultar sino contrario al acceso a la justicia que un juez penal tome una decisión para la cual no tiene competencia material alguna.

Una de las principales razones gira en torno a la diferencia del proceso penal y el civil especializado en familia, así mientras que “en sede penal hay un bien jurídico tutelado que resulta afectado y se despierta así el interés público en perseguir el delito, en sede civil lo que se juzga es la idoneidad o no como progenitor de un sujeto concreto, en su relación precisa con un niño.⁽⁹⁹⁾”. Se trata de donde se ve obligado a poner el foco el juzgador, y

(97) Basset, Ursula, C. “Comentario al Art. 700 bis CCCN”, en Alterini, Jorge H. (director) y Alterini, Ignacio E. (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético.*, Tomo III, Editorial La Ley, 3era edición actualizada y aumentada, 2019.

(98)

(99) Basset, Ursula, C. “Comentario al Art. 700 bis CCCN”, en Alterini, Jorge H. (director) y Alterini, Ignacio E. (coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético.*, Tomo III, Editorial La Ley, 3era edición actualizada y aumentada, 2019..

como bien señalan autores citados con anterioridad, en el caso penal el ángulo será sancionatorio⁽¹⁰⁰⁾, mientras que el juez de familia deberá tener un ángulo reforzado en la protección y mejor interés de los niños y el interés familiar.

Hay que señalar que hay un principio de intención de consagrar dicha competencia. Por ejemplo, en el artículo 700 bis CCCN, en los nuevos supuestos de privación, se habla de la posible derivación del caso al Ministerio Público y a los organismos de protección de niñez, que necesariamente deberán actuar ante el juez de familia. También, el art. 703 CCCN habla de la posibilidad de iniciar el proceso de tutela o adopción ante el caso de que el niño quede sin progenitor a cargo, nuevamente dichos procesos son competencia del juez de familia. Para analizar la efectividad, hay que decir que son pocos los años que han pasado desde su vigencia para analizar si su inclusión ha sido efectiva.

En resumen, el entendimiento en la cuestión por un juez especializado permitirá reenfocar la cuestión de la privación o suspensión de la responsabilidad parental donde corresponde: en el interés superior de ese niño o niña concretos. Allí se dará la oportunidad idónea para su participación y escucha. Allí habrá efectores especializados para analizar el instituto de responsabilidad parental, correspondiente al derecho de familia. Gran oportunidad sería que el juez ejerciera esta facultad en el marco de la curatela. Sin embargo, ello en la práctica, como hemos demostrado, no se da.

V. El siempre presente desencuentro normativo

Aquí, las respuestas normativas se desencuentran y en muchos casos chocan de frente unas contra otras. Veamos a qué nos referimos.

El art. 703 CCCN, concordantemente con lo previsto por el art. 12 CP, suspenden la responsabilidad parental si la condena es mayor a tres años. Sin embargo, el art. 195 de la LEP prevé la posibilidad de que la mujer privada de su libertad pueda retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. De similar manera, el art. 32 de la misma normativa prevé la posibilidad de que una madre de un niño menor de cinco años también pueda solicitar la prisión domiciliaria.

De este modo, las mujeres penadas podrían estar suspendidas en su responsabilidad parental —por imperio de la suspensión automática prevista por el art. 12 CP— y sin embargo, ejercer en los hechos la responsabilidad

(100) Mazzinghi, Jorge A. M. y Mazzinghi, Esteban M., “Una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades”, Diario El Derecho, ejemplar de fecha 31/07/2017, citados por Parodi, María C., “A propósito del nuevo esquema de ejercicio de responsabilidad parental luego de la sanción de la ley 27.363 y de la postura adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al art. 12 de Código Penal”, DFyP número de mayo de 2018, p. 102, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/218/2018.

parental de sus hijos, incluso hasta los cinco años de éstos, así excediendo el eventual plazo de tres años o más de condena.

No hay respuesta del legislador frente a esto. Sin embargo, cabe recordar que, al analizar los supuestos que llevan a los jueces a denegar la prisión domiciliaria a las mujeres madres de niños menores de cinco años, alguna vez se ha usado esta suspensión de la responsabilidad parental como argumento para denegarla. Cabe argüir, ¿para qué existen los supuestos de morigeración de la pena, si para todos aquellos casos en los cuales son aplicables, implican necesariamente una condena mayor a tres años y por ello, se encuentran automáticamente suspendidas de su responsabilidad parental?

Bien lo resalta una autora: “en los hechos las madres que conviven con sus hijos en prisión llevan a cabo actos de ejercicio de la responsabilidad parental, pero según la ley la tienen suspendida⁽¹⁰¹⁾”. Nuevamente, el automatismo se torna disfuncional.

VI. De vuelta sobre la inconstitucionalidad

Alguna corriente considera inconstitucional la suspensión automática de la responsabilidad parental⁽¹⁰²⁾.

Generalmente a usan una serie de argumentos que resumimos a continuación:

- Por ser la suspensión algo extra a la pena que viene impuesta por la condena correspondiente al delito, se trataría de una mortificación innecesaria o añadidura de la pena, que resulta irrazonable, y contraria al principio constitucional del art.18 CN.

- Dicha mortificación innecesaria atenta contra diversos principios de naturaleza penal: principio de humanidad, al atentar contra la dignidad de

(101) Bladilo, Agustina, “Una mirada crítica del régimen vigente en materia de ejercicio de la responsabilidad parental en contexto de encierro”, RDF N° 73, de fecha 10/03/2016, p. 133, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/4058/2016

(102) Tribunal en lo Criminal N° 5 de Lomas de Zamora, “Alcaraz, Guillermo Alexis”, fallo de fecha 01/08/2013, disponible online en: Declaración de inconstitucionalidad de la pérdida de la patria potestad como accesorio de la condena a prisión – Red de Jueces (consultado con fecha 14/05/22); Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “Gonzalez Castillo, Cristián M. y otro s/ Robo con arma de fuego”, revocada por Corte Suprema de Justicia de la Nación en 11/05/2017, argumentos de ambas instancias resumidos por Parodi, María C., “A propósito del nuevo esquema de ejercicio de responsabilidad parental luego de la sanción de la ley 27.363 y de la postura adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al art. 12 de Código Penal”, DFyP número de mayo de 2018, p. 102, cita online en el sitio web de La Ley AR/DOC/218/2018; Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “R., J.R.A. s/recurso de casación”, fallo d fecha 17/02/2016, cita online en el sitio web de La Ley AR/JUR/76068/2015; y Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 7 de la Capital Federal, “A.M., O.A. s/ inf.art.120 C.P”, fallo de fecha 20/11/2013, cita online en sitio web de La Ley: AR/JUR/78498/2013.

la persona privada de su libertad y quitarle arbitrariamente su responsabilidad parental; principio de no trascendencia de la pena, pues con su imposición automática, termina perjudicando a los hijos menores de edad, que pierden a su progenitor/a; principio de buena fe o pro homine que debería tener la ley frente a la posibilidad de continuar ejerciendo la responsabilidad parental la persona privada de su libertad; principio de resocialización, que es objetivo de la pena, al impedirle a la persona privada de su libertad las condiciones que le permitirían mantener contacto con su familia, de forma fluida y asegurada.

- La suspensión automática viola también otro principio constitucional como es el principio de la protección integral de la familia, que recae como responsabilidad del Estado. Dado que la suspensión automática en nada coadyuva a la situación de la familia, sino que la perjudica, corresponde que el Estado idee otros mecanismos para asegurar que, pese a las condiciones en las que se encuentra la persona privada de su libertad, pueda seguir ejerciendo su responsabilidad parental.

- La suspensión automática viola también el principio de privacidad de la vida familiar, entendido como no injerencia del Estado en la vida familiar, por cuanto *ex ante* decide en nombre de la persona privada de su libertad como ejercerá su responsabilidad parental durante los años que dura la condena.

- Por supuesto, otro argumento es la violación del interés superior del niño, al privarlo automáticamente de uno de sus progenitores.

- El único supuesto admitido generalizadamente por los magistrados para la privación o suspensión automática es cuando el delito es cometido contra el mismo hijo.

Aun acordando con muchos de los argumentos propuestos por la jurisprudencia, cabe preguntarse si la solución es entonces la declaración de inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 12 CP. Una primera duda sería, si esas normas son inconstitucionales, ¿entonces cómo regulamos la problemática evidente que trae la suspensión automática? Vale recordar en este sentido el rol de los jueces y su incidencia real en la solución concreta de los asuntos que les son traídos a sus dependencias. La inconstitucionalidad y los argumentos para declararla podrán ser muy buenos, pero sin un impacto real y concreto, que brinde una solución a los problemas que se presentan ante las sedes judiciales, de poco sirve.

D. Normas del ámbito internacional: soft law

En el ámbito del derecho internacional, existen algunas fuentes específicas que sin embargo tienen todas ellas el carácter de *soft law*, esto es, ninguna de ellas tiene un carácter vinculante para los Estados, sino que pueden resultar de utilidad como guías de buenas prácticas, o como lo define el

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico como “pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa⁽¹⁰³⁾”.

Cabe adelantar que todas estas fuentes de *soft law* comparten las mismas preocupaciones o puntos de conflicto que se han venido desarrollando en los puntos precedentes, entre ellos: la preferencia por las condenas no privativas de la libertad; el mayor porcentaje de las características no violentas de los delitos cometidos; la especial consideración hacia las mujeres con hijos pequeños o embarazadas; y las mujeres en situación de cárcel en general; la necesidad de acceso a la información y asesoramiento, y a la vez necesidad de creación de registros o información; la necesidad de especial protección en el tratamiento de los niños cuando residen con sus madres en prisión; y, finalmente, la necesidad de contacto con la familia y/o mundo exterior.

I. Reglas de Bangkok⁽¹⁰⁴⁾

i. Introducción y descripción del instrumento

Las Reglas de Bangkok (en adelante, RB) fueron dictadas como una ampliación de las Reglas de Tokio, llamadas también Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de la Libertad, como un instrumento especializado y adaptado a las mujeres en situación de encarcelamiento, ello en consideración a “las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal y la necesidad consiguiente de dar prioridad a la aplicación de medidas no privativas de la libertad a esas mujeres”. Fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU en el mes de marzo de 2011.

Conforme surge de las consideraciones preliminares, con la aprobación de estas Reglas, la Asamblea General alentó a los Estados a aprobar legislación para establecer medidas sustitutivas del encarcelamiento, con prioridad de financiamiento a esos sistemas; a tener en consideración necesidades y circunstancias específicas de las mujeres; y a preferir condenas no privativas de la libertad cuando se trate de mujeres embarazadas o que sean fuente primaria de cuidado de un niño.

Está organizada en cuatro secciones:

1. La primera sección establece reglas sobre la administración general de las instituciones de reclusión de mujeres. (Reglas 1 a 30).

2. La segunda sección establece reglas sobre categorías especiales de mujeres privadas de su libertad, tal como aquellas con condena firme; las

(103) Definición de *soft law* - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE (consultado con fecha 28/05/22).

(104) Disponibles online en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf (consultado con fecha 10/07/22).

embarazadas, lactantes o con hijos menores; extranjeras; entre otros (Reglas 40 a 56).

3. La tercera sección establece reglas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas 57 a 66).

4. La cuarta y última sección establece reglas sobre la investigación, planificación, evaluación y sensibilización pública sobre el tema.

ii. Contenido del instrumento

A fin de estudiar el instrumento, hemos organizado su contenido, según los temas principales que desarrolla:

Preferencia por medidas no privativas de la libertad

Las RB establecen la preferencia por condenas no privativas de la libertad cuando la mujer esté embarazada, tenga hijos pequeños a cargo (en estos dos casos siempre que el delito no sea grave o violento⁽¹⁰⁵⁾), atendiendo al historial penal, vínculos familiares y comportamiento de la mujer⁽¹⁰⁶⁾.

No peligrosidad o no violencia de los delitos

En sus consideraciones preliminares, las RB ya reconocen que la mayoría de las mujeres no plantean un riesgo, al no ser delitos violentos, y por ello el encarcelamiento es menos aconsejable. Sumando a ello que el encarcelamiento causa un gran perjuicio para los hijos menores de edad, se da fuerza al argumento de preferencia por penas no privativas de la libertad⁽¹⁰⁷⁾.

Especial consideración por mujeres embarazadas o con hijos pequeños

En múltiples reglas, las RB resaltan la necesidad de medidas para asegurar el especial cuidado para con las mujeres privadas de su libertad hijos menores de edad. En este sentido recomienda el asesoramiento e información sobre las alternativas de cuidado desde que ingresa en el establecimiento carcelario⁽¹⁰⁸⁾; que los lugares de reclusión sean cercanos al lugar donde residen los hijos para facilitar la comunicación⁽¹⁰⁹⁾; la prohibición de medidas de disciplina para con las mujeres embarazadas o con hijos pequeños a cargo⁽¹¹⁰⁾; y la especial atención al cuidado en la alimentación y la salud de las mujeres embarazadas o en período de lactancia⁽¹¹¹⁾.

(105) Regla 64 de las Reglas de Bangkok.

(106) Reglas 58 y 61 de las Reglas de Bangkok.

(107) Reglas 61 y 64 de las RB.

(108) Regla 2 de las RB.

(109) Regla 4 de las RB.

(110) Reglas 22 a 24 de las RB.

(111) Regla 48 de las RB.

Especificidad de las características del grupo

Las RB reconocen la especificidad del grupo desde que fueron dictadas como adaptación de las Reglas de Tokio, conforme se declara en las observaciones preliminares. Luego, refieren la necesidad de prever organización para cubrir las necesidades de salud propias de las mujeres⁽¹¹²⁾, que en la atención a la salud sea realizada por personal femenino o con personal femenino presente⁽¹¹³⁾

Acceso, creación y difusión de información. Asesoramiento

Las RB disponen la posibilidad de las mujeres de acceder a asesoramiento e información sobre las alternativas de cuidado sobre sus hijos al momento de ingreso a prisión⁽¹¹⁴⁾, el deber de registro de toda la información acerca de los hijos de la mujer a fin de ayudar a mejorar conocimiento para adecuación y efectividad de la justicia penal⁽¹¹⁵⁾ y la difusión e intercambio de información sobre la temática⁽¹¹⁶⁾.

Necesidad de especial protección de los niños

Ya en sus consideraciones preliminares, las RB declaran haber sido aprobadas considerando los efectos en los niños de la detención de sus padres. Recomiendan el reconocimiento pediátrico del niño cuando ingresa al establecimiento carcelario con su madre⁽¹¹⁷⁾ y que cuenten con servicios permanentes de atención pediátrica⁽¹¹⁸⁾, que el registro personal del niño sea realizado por personal competente y de modo respetuoso de su dignidad⁽¹¹⁹⁾, que las visitas de los niños a sus progenitoras sean realizadas en un entorno propicio⁽¹²⁰⁾, que el personal carcelario esté capacitado en nociones básicas de desarrollo y salud en la infancia⁽¹²¹⁾, que la decisión de convivencia y edad de separación de los niños de sus progenitoras se realice caso por caso y según el interés superior⁽¹²²⁾, que los niños nunca sean tratados como reclusos⁽¹²³⁾, que el interés superior sea el que guíe la decisión sobre la concesión de medidas alternativas a la privación de la libertad⁽¹²⁴⁾; y finalmente, la promoción de investigaciones sobre los efectos de la prisionización de los niños⁽¹²⁵⁾.

-
- (112) Regla 5 de las RB.
 - (113) Reglas 10 y 11 de las RB.
 - (114) Regla 2 de las RB.
 - (115) Regla 3 de las RB.
 - (116) Reglas 67 a 70 de las RB.
 - (117) Regla 9 de las RB.
 - (118) Regla 51 de las RB.
 - (119) Regla 21 de las RB.
 - (120) Regla 28 de las RB.
 - (121) Regla 33 de las RB.
 - (122) Reglas 49 a 52 RB.
 - (123) *Ibidem* anterior.
 - (124) Regla 64 de las RB.
 - (125) Regla 68 de las RB.

Necesidad de contacto con la familia. Mundo exterior

Las RB también recomiendan promover el contacto con la familia y el mundo exterior⁽¹²⁶⁾, la asistencia en el camino hacia la libertad condicional⁽¹²⁷⁾, la asistencia (incluyendo en el transporte) a las familias para que puedan acudir a visitarlas⁽¹²⁸⁾, y que al adoptarse decisiones sobre la puesta en libertad se analicen las responsabilidades de cuidado a cargo de la mujer⁽¹²⁹⁾.

II. Jurisprudencia internacional: un caso especialmente relevante

Para terminar, me referiré a un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.), que también sirve de referencia para la temática. Se trata del fallo “Penal Castro Castro Vs. Perú”, dictado con fecha 25/11/2016⁽¹³⁰⁾.

i. Introducción

El caso llega a la Corte Interamericana de la mano de las víctimas del llamado “Operativo Mudanza” ocurrido en el Penal Castro Castro, en Perú en el año 1992, durante el cual —aparentemente con el objetivo de mudar numerosos internos a otras cárceles— los operativos policiales y carcelarios llevaron a cabo una acción que resultó en la muerte, lesión, sometimiento a torturas y tratos penosos o degradantes de muchísimos internos e internas del Penal. Durante la investigación de los hechos, se conoce finalmente que este operativo tenía como objetivo concreto eliminar a determinados internos sospechados de pertenecer a un grupo terrorista, y que las fuerzas policiales utilizaron la fuerza letal de forma intencional y sin provocación alguna. El Estado reconoce parcialmente su culpa cuando el caso llega a la Corte. Ésta acepta el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, pero la extiende porque entiende violados gravemente muchos derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, condenándolo a diversas reparaciones.

El interés por el centro del análisis surge de las primeras palabras referidas a las internas mujeres en el voto mayoritario ya que refiere que “la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres”⁽¹³¹⁾. Y también “casi un centenar de las víctimas del presente caso son mujeres, para quienes las consecuen-

(126) Regla 26 de las RB.

(127) Reglas 43 y 46 de las RB.

(128) De los comentarios realizados a las RB en el mismo instrumento.

(129) Regla 65 de las RB,

(130) Disponible online en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. (consultado con fecha 18/06/22).

(131) Voto Mayoritario del fallo en análisis, considerando 223.

cias de las violaciones a los derechos humanos resultaron particularmente gravosas”⁽¹³²⁾.

Se trata entonces de un enfoque advertido por los jueces recién mencionados: el impacto desigual por la condición de especial vulnerabilidad.

ii. Impacto desigual de las violaciones de DD. HH. por la condición de vulnerabilidad de las mujeres en situación de cárcel

En el voto del Juez Cançado Trindade, el magistrado describe como las vulneraciones de los derechos tuvieron un mayor impacto en las internas mujeres. Señala como se las obligó a mantenerse desnudas durante varios días delante de guardias hombres, como estos mismos guardias las sometieron a una inspección íntima, como se las privó de higiene aún durante sus períodos menstruales, y como internas que se encontraban embarazadas fueron tratadas con igual o peor crueldad. Señala, por último, un hecho que puede ser considerado trivial pero no lo es, porque causó grave sufrimiento psicológico: señala que el día del comienzo de los ataques coincidió con la celebración en Perú del “Día de la Madre”, día en el que estaban programadas visitas a los internos e internas, y como la privación de información durante largo tiempo posterior a estas fechas, a las madres respecto de sus hijos e hijas, ocasionó una aflicción sufridísima. Esto, junto con el hecho del tratamiento de las internas embarazadas lo utiliza el Juez para señalar como algo exclusivamente femenino fue violentado: la maternidad.

Por su parte, el Juez García Ramírez señala como nunca antes se había ocupado la Corte de la cuestión relativa a la vulnerabilidad de la mujer, y como esta oportunidad que se le presenta a la Corte es importantísima para aprovechar el *“afirmar la protección específica que requieren los derechos y libertades de las mujeres”*⁽¹³³⁾. Es decir que la Corte considera que su poder jurisdiccional no se agota en asignar la responsabilidad al Estado en el caso concreto, sino que decide entrar en profundidad de análisis respecto a las cuestiones de las que surge una vulnerabilidad especial que la Corte cree importante tratar.

iii. El aporte del fallo

Queremos señalar esta conexión que advierten los magistrados respecto del impacto diferenciado que sufrieron las mujeres ante las vulneraciones de derechos, ya que —más allá de que en el caso se trata de un evento especialmente grave, de ataque y tortura dirigidos intencionalmente a lesionar y agredir físicamente, incluso letalmente, a las internas— los funcionarios interamericanos dejan al descubierto esta conexión entre las condiciones de prisionización y el imperativo de contemplar y considerar las necesidades

(132) Voto Mayoritario del fallo en análisis, considerando 369.

(133) Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, considerando 9.

específicas que devienen de la condición de mujer, y como no contemplar esto, se cae en una vulneración de derechos particularizada.

E. Balance de la sección

Podemos concluir de la situación jurídica de las mujeres en condición en encierro con los siguientes puntos:

- Existen ciertos principios existentes en relación con la ejecución de su pena, también enteramente aplicables a la etapa de procesamiento, que fija la LEP con carácter interpretativo e integrativo del resto de las reglas que la componen.

- Estos principios se ven reflejados en algunas de las normas: así lo es que haya una sección dedicada a la promoción de la vida familiar, a las visitas, etcétera, todo esto respondería al principio de resocialización o rehabilitación. El criterio de no extensión de la pena y de la prohibición de tratos crueles no se ve tan reflejado en la normativa en particular sino como una aspiración genérica en la aplicación de las normas. El principio de control judicial lo vemos presente por cuanto determinadas normas difieren la consideración de beneficios a la decisión judicial. Tal sería el caso de la prisión domiciliaria. Genéricamente, cualquier supuesto de modificación o morigeración de la pena implica necesariamente la intervención judicial.

- Los principios con los que nos provee la LEP pueden ser de utilidad para la temática en general, teniendo presente que un razonamiento axiológico nos exige hacerlos de aplicación concreta en cada caso en particular y —teniendo presente que las normas son válidas en tanto se encuentran informadas por éstos— para verificar su cumplimiento y presencia en las realidades concretas.

- Las mujeres ven regulada su situación genéricamente en la mayoría de las normas de la LEP (incluyendo en cuanto a la vida familiar), es decir junto con los hombres en situación de encarcelamiento; y particularmente en cuanto a cómo deben ser los establecimientos que las alojan, y sobre la maternidad.

- También responden a la maternidad las normas civiles sobre responsabilidad parental en cuanto determinan las consecuencias que trae el encierro sobre el ejercicio y/o titularidad del cotidiano cuidado de los hijos. Ellas, según el tipo de delito, pueden significar la privación y/o la suspensión de la responsabilidad parental, sin mayores elementos. La privación será determinada por juicio civil. La suspensión es automáticamente determinada por cualquier condena mayor a tres años.

- Otro principio que traen las normas es la protección jurídica de la capacidad en el ejercicio de sus derechos de las personas en condición de encierro. Nos referimos a la curatela establecida en el art. 12 CP. Vimos que, en la práctica, por diversos factores, esa protección se difumina, perdiendo la norma la finalidad que la inspiraba.

- Finalmente, la normativa internacional viene a recoger un poco los frutos de este tipo de legislación, que tal como surge de lo tratado parece ser común a un número importante de países, por cuanto las problemáticas a las que buscan responder son comunes a las del nivel nacional. Fija una preferencia por las penas no privativas de la libertad, llama la atención sobre el porcentaje de delitos no violentos por los que son condenadas las mujeres y sobre el impacto desigual de su encarcelamiento, exhorta a los Estados a proveer mayor protección a los niños que viven con sus madres en prisión y a las mujeres embarazadas, y resaltan la importancia de la vida familiar.

SEGUNDA PARTE

I. Respuesta a la hipótesis planteada. Análisis comparativo de la situación fáctica y la situación jurídica

Cuando hicimos el redondeo de la sección fáctica, se intentó realizar un resumen de las circunstancias fácticas más salientes sobre la situación de la mujer en contexto de encierro. Ahora intentaremos responder a esas cuestiones, para ver si se encuentran acogidas y respondidas por la normativa analizada.

Comenzamos por el hecho de que las mujeres sufrían un porcentaje de prisionización en etapa de procesamiento mucho mayor que el hombre. Es evidente que ello no encuentra respuesta en la normativa, que no toma en cuenta esta evidencia estadística.

También mencionamos que surgía de que un porcentaje muy alto de mujeres se encontraban condenadas o procesadas por delitos no violentos, normalmente relativos a la Ley 23727 de Estupefacientes. Ello debería tener un impacto en la concesión de la prisión domiciliaria, especialmente cuando la mujer tiene hijos menores a su cargo, pero no surge de la normativa y jurisprudencia analizadas que ello sea así. En todo caso, una jurisprudencia minoritaria sí lo ha tenido en cuenta; y únicamente la normativa internacional responde a esa realidad, con su exhortación a los Estados a la concesión del beneficio de prisión domiciliaria.

Asimismo, nos referimos a que, en el caso de encarcelamiento de la mujer, los vínculos con la familia y con los hijos menores de edad, se recortaban mucho más que en el caso del hombre en situación de cárcel. Toda vez que las normas, según desarrollamos de la LEP, se refieren genéricamente a las normas sobre la vida familiar, no podemos decir que ello esté contemplado por la norma. Nuevamente, la normativa internacional sí contempla esta circunstancia. En este punto, cabe señalar que el instrumento internacional de referencia es posterior en su sanción a muchas de la demás normativa citada⁽¹³⁴⁾, y que nace de un análisis meditado de la experiencia de múltiples países en cuanto a la prisionización femenina, lo cual le da una base y una riqueza que no han podido tener los legisladores nacionales.

(134) La Asamblea General de la ONU sancionó estas Reglas con fecha 21/12/2010.

En relación con los hijos menores de edad, dijimos que el encarcelamiento de la madre genera un destino incierto en cuanto al cuidado de esos hijos, toda vez que la posibilidad de que se encuentren a cargo del otro progenitor es baja. Se podría decir que ello es indirectamente contemplado por la Ley al regular la posibilidad de la mujer de retener a sus hijos en prisión y del arresto domiciliario. Sin embargo, al estudiar la posibilidad de retener los hijos en prisión vimos la gravedad del impacto negativo que ello genera tanto en la mujer como en los niños, no suficientemente recepcionado por la ley. Asimismo, vimos que, en relación con el arresto domiciliario, al plantearlo la Ley como meramente facultativo para el juez de ejecución penal, los requisitos de procedencia y exclusión son de creación pretoriana, siendo inexistente un criterio directivo con cierta fijeza sobre cuando corresponde otorgar la prisión domiciliaria. Ello atenta con un sentido de seguridad jurídica con el que sería de gran utilidad que contaran tanto las madres en situación de cárcel como los niños cuyas madres se encuentran encarceladas.

Finalmente, sobre la maternidad. A ello es a lo que la LEP dedica mayor espacio cuando habla de la posibilidad de retener a los hijos en prisión y a la prisión domiciliaria. Y hace bien, pues con contemplar la maternidad se refiere a la protección de dos personas: la madre y el niño. ¿Sin embargo, son efectivas esas normas? Hemos planteado a lo largo de los párrafos precedentes las ventajas y desventajas de la legislación en la materia y su aplicación jurisprudencial.

También responde al tema de la maternidad la ley civil al regular la responsabilidad parental, con un criterio de automatismo en el caso de suspensión de la responsabilidad parental, es decir de aplicación de pleno derecho con el dictado de una condena mayor a tres años, que no siempre resulta en el mayor bienestar de los niños. En efecto, no parece contemplar la realidad de lo que sucede en la mayoría de los casos con el destino incierto que sufren los hijos tras el encierro de sus madres, por cuanto el padre solo en un bajo porcentaje será quien siga ejerciendo la responsabilidad parental. En el resto de los casos, tan solo queda la esperanza de que se accione lo previsto por el artículo 703 in fine, en cuanto un sujeto obligado no identificado inicie “los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente”. En los casos de privación, al requerir necesariamente su declaración la tramitación por vía civil cabe la esperanza de que merezca el tratamiento especializado en el fuero de familia.

Por su parte, la ley penal también busca aportar a estas realidades a través de la curatela establecida por el art. 12 CP. Extrajimos que la finalidad de esta norma era tender a la protección de la persona privada de su libertad. Pero por el desencuentro normativo con la ley civil a la cual remitía, y el hecho de que en la práctica no se garantizaba esta protección, significaban una norma privada de su finalidad. De esa manera, verificamos un desaprovechamiento importante de hacer regir, por medio del acceso

a la justicia civil, la protección adecuada que las personas privadas de su libertad precisan.

Lamentablemente, no podemos responder sino negativamente acerca de si la vida familiar de las mujeres en situación de encierro se encuentra acogida jurídicamente.

A. El porqué de la respuesta negativa a la hipótesis

A continuación, se intentará dilucidar cuáles son las posibles fallas de la legislación y la jurisprudencia que llevan a que el derecho a la vida familiar de las mujeres en situación de cárcel no esté amparado.

I. El problema del concepto del derecho presupuesto y la ciencia jurídica como una práctica

Tal como refiere Félix Lamas “en la realidad jurídica hay...una tensión entre la generalidad que es propia del Derecho... en el plano normativo y la singularidad de la vida humana, enmarcada en sus circunstancias y determinada por su situación⁽¹³⁵⁾”. Mientras que, necesariamente, el legislador está obligado a dictar leyes con carácter general en virtud de lo que exige la seguridad jurídica para establecer un principio modélico común, el juez al aplicar esas normas y bajarlas al caso concreto debiera verse obligado a usar la razón práctica, al acercarse a lo concreto “donde mayor es la falibilidad humana”. Superar esta falibilidad, según el autor que venimos siguiendo, “es un asunto prudencial, tanto de prudencia legislativa, cuanto de prudencia política judicial” y “el juez debe acomodar a la ley general al caso concreto, interpretándola de acuerdo con su finalidad⁽¹³⁶⁾”.

El problema surge a partir del entendimiento del derecho como una ciencia práctica, dirigida a la regulación de las conductas y del comportamiento humano. Es decir, un juez que entienda el derecho de esta manera debería tener presente la necesaria falibilidad que trae la generalidad con que fue dictada la ley para el caso concreto, ya sea por defecto de conocimiento del legislador o por defecto de la materia misma (por ser una excepción⁽¹³⁷⁾), trae la necesidad de advertir el posible perjuicio que trae su aplicación a un caso concreto.

En tanto no sea posible la existencia de una razón práctica en el entendimiento del derecho, por no ser considerada posible la existencia de ciencias prácticas, lógico será que los jueces intenten por todos los medios aplicar la ley que, por entender que por su mayor generalidad y menor concreticidad, es menos falible y se acerca más a las ciencias teóricas. Ello viene de la mano de un “escepticismo ético radical”, identificado con los pensamientos de

(135) Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 387.

(136) *Ibidem* anterior, p. 393.

(137) *Ibidem* anterior, p. 425.

Ferrajoli y Kelsen, en que el valor de la racionalidad práctica se reduce una “instrumental, técnica, pragmática o utilitaria⁽¹³⁸⁾”.

Es claro que un pensamiento que opte por la preferencia de la aplicación directa e indiscriminada de las normas jurídicas al caso concreto trae implícito un concepto del operador jurídico sobre el mismo derecho. Si se considera que la aplicación de la razón práctica no es viable, se la desestima como elemento propio del derecho, y se identifica al derecho como igual al contenido de la ley, en una visión de tinte positivista. En efecto, “la tesis del positivismo de que el concepto del derecho debe definirse en términos valorativamente neutrales⁽¹³⁹⁾”, tiende a evitar el razonamiento judicial práctico, que, en la adaptación de la ley al caso concreto, deba quizás acudir a principios orientadores de la finalidad de la norma.

Para el pensamiento iusnaturalista la cuestión es bastante más lineal: en tanto el derecho tiende a regular conductas y comportamientos humanos, necesariamente versa sobre lo práctico, y por ello es una ciencia práctica⁽¹⁴⁰⁾. Asimismo, el concepto del derecho se extrae de la experiencia: buscamos lo justo. El derecho no será otra cosa que el objeto terminativo de una conducta que realiza objetivamente esa igualdad que genera la justicia⁽¹⁴¹⁾. De esta manera el derecho implica en sí esos caracteres tan propios como son la alteridad, puesto que la justicia no es realizable sino respecto de otro. De otra parte, la necesidad de que la justicia sea realizada terminativamente, en lo concreto. Y de allí la importancia del rol del juez, que asume la extraordinaria tarea de traer justicia.

Ya hablaremos sobre el rol del juez. Ahora volvamos sobre el concepto del derecho: una definición del derecho en el sentido expuesto trae que el concepto del derecho no es de ninguna mera unívoco, sino que por el contrario tendrá varios analogados, entre ellos estará ciertamente la ley, pero también lo serán los derechos subjetivos y cualquier tipo de conducta jurídica⁽¹⁴²⁾.

¿Entonces, qué modo del entendimiento del derecho trae decisiones y leyes que no amparan la vida familiar de las mujeres privadas de su libertad?

(138) Vigo, Rodolfo, “Los neoconstitucionalismos. Cuatro versiones”.

(139) Nino, Carlos, Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica, Editorial Distribuciones Fontamara S.A., p. 80.

(140) Somos conscientes de que aquí se efectúa un salto racional: queda aún la discusión sobre el carácter científico o no del derecho, sobre si tiene carácter de mera técnica o es una ciencia. Ello es excluido de esta tesina por lo limitado del requerimiento de su extensión.

(141) Esta definición se extrae de la combinación de lo desarrollado por Santo Tomás de Aquino en la Suma Teológica, Parte II-IIae - Cuestión 57 y el concepto de derecho desarrollado en el capítulo IV de Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991,

(142) Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 515.

Ciertamente creemos advertir que una concepción del derecho que sea restringida en cuanto lo que se entiende como derecho, y que no comprenda al derecho como una ciencia práctica fallará al intentar traer justicia a esas vidas familiares de las mujeres privadas de su libertad. Se encontrarán con normas que no amparan adecuadamente el derecho a la vida familiar, porque el legislador no ha logrado proteger adecuadamente ese derecho, y si tienen un entendimiento limitado del derecho en cuanto la ley, emitirán decisiones injustas. No harán uso de la prudencia, por cuanto descartarán el uso del razonamiento práctico, y eso no permitirá contemplar el caso concreto.

Y es que ciertamente las leyes han fallado por su generalidad en cuanto a la particularidad del grupo que constituyen las mujeres madres en situación de cárcel. Y esa generalidad debiera poder ser subsanada por el juez. Finalmente, estará realizando un juicio de equidad. Pero la exclusión de una razón práctica y un entendimiento limitado y cerrado del concepto del derecho entorpecerá esa subsanación.

II. Falla en la seguridad jurídica del derecho aplicable

Se parte de un entendimiento de la seguridad jurídica como un valor del derecho, “como algo valioso que aporta al mejoramiento o perfeccionamiento del derecho⁽¹⁴³⁾” y “debe entenderse (como) la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad⁽¹⁴⁴⁾”. En tanto valor del derecho exige de las disposiciones jurídicas que sean generales, que se promulguen, que sean accesibles en su conocimiento, que sean comprensibles, que gocen de estabilidad, y en especial en lo que nos interesa resaltar a nosotros: que formen un sistema coordinado y ordenado, y que tengan capacidad suficiente para responder a las problemáticas jurídicas que regulan. Se exige también a las decisiones judiciales, en tanto deben despejar la incertidumbre de forma definitiva, ser accesibles y comprensibles, los juicios que llevan a ellas no deben prorrogarse indefinidamente y se debe permitir que toda cuestión pueda ser defendida en su plenitud.

Creemos que es capital entender la seguridad jurídica es este sentido, en tanto no se agota por la mera existencia o aplicación de la ley, sino que depende de múltiples factores. Y es esto lo que nos sirve de base para hacer una crítica sobre la respuesta dada por la normativa aplicable a la materia, que estimamos insuficiente para dar respuesta a la problemática jurídica, y que lo mismo, contiene antinomias y desencuentros.

(143) Vigo, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, publicado en Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, p. 500. El desarrollo sobre la seguridad jurídica estrictamente está apoyado en este texto.

(144) Ibidem anterior, en cita a Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 118.

Así, es claro que existe inseguridad jurídica en la norma que regula el otorgamiento de la prisión domiciliaria por el carácter enteramente facultativo de la decisión sobre el otorgamiento, sin ninguna guía, que significa que en la práctica los requisitos exigibles para acceder al beneficio terminan siendo muy variables. Si bien una integración normativa apropiada aconsejaría que el juez, a fin de afrontar esa laguna, recurra a los principios de la misma ley, los jueces se encuentran delante de una norma insuficiente; y las personas que son objeto de esa norma pueden recibir una decisión injusta.

Por otra parte, la curatela establecida en el art. 12 CP, con nulo acogimiento en la normativa civil a la cual remite, y su vacío contenido práctico en el proceso dejan bastante que desear en cuanto a un sistema coordinado y ordenado que responda a una seguridad jurídica suficiente, con antinomias evidentes y dañosas.

En los hechos, estas fallas en la seguridad jurídica traen como consecuencia que las personas cuyas acciones y vidas son reguladas por las normas no pueden confiar en el derecho como uno que ampare y contemple sus situaciones particulares.

Cuando la seguridad jurídica positiva falla, reposa sobre el juez una responsabilidad sobre la garantía de la seguridad jurídica ya “que cuentan con poder para crear derecho...cuanto más jerárquico y comprensivo sea ese poder jurígeno, mayor será la atención que debe prestarse a las exigencias de la seguridad jurídica⁽¹⁴⁵⁾”.

Es inevitable en este sentido relacionar la seguridad jurídica con el concepto anglosajón de *rule of law* cuyo valor se define en “su orientación a conseguir un fin valioso⁽¹⁴⁶⁾”, es decir la vigencia de la ley cuyo valor está en conseguir ese fin valioso. El autor recién citado busca demostrar como *rule of law* y discrecionalidad judicial (diferenciado, importante señalar esto, de arbitrariedad) son compatibles y se retroalimentan, puesto que la discrecionalidad “es el resultado de la indeterminación jurídica, normalmente complementada con el deber... que tienen todos los operadores jurídicos de resolver todos los casos que caen bajo el ámbito de su competencia⁽¹⁴⁷⁾”. Y ello es posible en tanto esta discrecionalidad es una decisión “no arbitraria y limitada... como una libertad relativa... en tanto... ha de estar justificada⁽¹⁴⁸⁾”. El mismo autor refiere como es deseable que aluda a los principios, estándares y al resto material jurídico en esta justificación.

(145) *Ibidem* anterior, p. 514.

(146) Etcheverry, Juan Bautista, “Rule of law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación”, publicado en Revista Derecho del Estado, n° 36, ejemplar de enero-junio de 2017, pp.3-21.

(147) *Ibidem* anterior.

(148) Etcheverry, Juan Bautista, “Sobre la única respuesta correcta y la discrecionalidad jurídica”, p. 177.

Todo este desarrollo con el fin de destacar cómo es posible que el juez arbitre los medios para emitir una decisión que resuelva el conflicto traído a su despacho, no conformándose solo con el texto de la ley, sino que —en un razonamiento más acabado— pueda observar si su decisión responderá adecuada y satisfactoriamente a la situación traída a su conocimiento, y solo así podrá garantizar una adecuada seguridad jurídica.

III. Falta de un razonamiento normativo, axiológico y fáctico adecuado

En la interpretación jurídica, en general, y en la aplicación de esa interpretación para el razonamiento judicial, Vigo identifica cinco dimensiones, que incluyen la dimensión regulatoria o normativa, la dimensión fáctica, la dimensión axiológica, la dimensión lingüística y la dimensión lógica⁽¹⁴⁹⁾. Todos esos aspectos deben ser considerados en la decisión judicial para que sea un razonamiento jurídico válido.

En cuanto a la dimensión normativa, ésta no se reduce a reglas, sino que incluirá —en tanto que normativizados— determinados principios generales del derecho⁽¹⁵⁰⁾, y otros propios de cada rama del derecho en particular, tal como hicimos referencia anteriormente, denominados sectoriales. Modernamente, en las últimas décadas de producción legislativa, se ha optado crecientemente por incluir en los textos normativos principios que sirvan de guía para la interpretación e integración del texto normativo en cuestión. En este sentido, incluso la utilización de una sola dimensión normativa precizaría, para la fidelidad en su aplicación, la contemplación de los principios incluidos en la normativa. No hemos observado una adecuada integración de principios sectoriales en determinadas decisiones judiciales analizadas a lo largo de la tesina.

Por ello, se juega no solo la cuestión de aplicación de las leyes sino de la totalidad de la ley. Sin embargo, un operador jurídico podría entender que, al existir para determinada situación jurídica una regla jurídica lo mismo determinada, no es necesario recurrir a la invocación de los principios. Un juez, de esta manera, podría considerar acabadamente realizado el razonamiento judicial en su dimensión normativa. Sin embargo, quizás este juez no haya contemplado el efecto concreto que tiene la aplicación de la regla en el caso particular, y siquiera se haya detenido a considerar si los principios incluidos en el mismo texto normativo se ven consagrados con la aplicación que realiza.

En relación con la dimensión fáctica, la eficacia de la consideración de los hechos traídos a juicio resalta “la importancia y decisividad que tienen... en aras de un servicio de justicia al servicio de resoluciones equitativas,

(149) Vigo, Rodolfo, *Interpretación Jurídica*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 19.

(150) *Ibídem* anterior, Capítulo V.

racionales, realistas y eficaces⁽¹⁵¹⁾". Y aquí hacemos la conexión con el sentido de coherencia⁽¹⁵²⁾. Esto es, una decisión bien fundada exige que los hechos se encuentren adecuadamente confrontados y sistematizados en relación con las normas que los contemplan y que esa aplicación de las normas a los hechos traídos a juicio traiga una decisión justa. La mera aplicación de las normas por considerarlas abstractamente contemplativas de los hechos traídos a juicio es una renuncia de la tarea esencial del juez, que es traer justicia.

Observamos que, en las decisiones que denegaban el beneficio —basados en la discrecionalidad del artículo sobre prisión domiciliaria— aplicando criterios de aplicabilidad propios, no contemplaban totalmente la situación de las mujeres que peticionaban el beneficio. Por ejemplo, exigían abstractamente que los hijos menores de edad se encontraran en situación de desamparo, y al no verificar tal condición, no se interesaban en determinar si más allá de no estar en situación de desamparo, cuál era la situación familiar y personal de los niños. Otra cuestión era con la curatela, en que la regla se aplica ciegamente, la aplicación es recortada y clínica, no alcanzándose a proveer el marco de protección que parece ser el fin de la norma, puesto en ningún momento se contemplaba realmente la situación personal y familiar de la persona privada de su libertad. También con la suspensión de la responsabilidad parental donde, había una total renuncia a la consideración de los hechos pues siempre se suspenderá la responsabilidad parental cuando haya condena mayor a tres años. En ninguno de los casos, cabe añadir, hubo una consideración sobre la situación genérica de las mujeres en situación de encarcelamiento, esto es, de los estudios sociales sobre el tema. No se trata de exigir una respuesta positiva en cada caso, sino de tener la oportunidad de considerar la cuestión acabadamente a la luz de los hechos, pues sin su consideración, necesariamente el razonamiento será incompleto y fallido.

Finalmente, en cuanto al razonamiento axiológico. Hicimos referencia a que la consideración de la dimensión normativa del razonamiento exigía, por la inclusión normativa de los principios, la consideración de éstos últimos. Sin embargo, creemos que el hecho de que los principios estén incluidos en las normas es meramente accidental. Los principios, estén o no mencionados, existen más allá de los ordenamientos. Esto implica quitar el protagonismo de lo volitivo en el razonamiento axiológico, contrariamente a un pensamiento de tipo positivista-kelseniano, para considerar que la

(151) Vigo, Rodolfo, "Capítulo VII. Los hechos en el paradigma legalista y en el paradigma constitucionalista", en Vigo, Rodolfo y Gattinoni, María - directores -, *Tratado de Derecho Judicial*, Editorial Abeledo Perrot, tomo I, p. 221.

(152) Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 151. Este autor se refiere a una coherencia normativa y una coherencia narrativa, necesarias para un adecuado razonamiento judicial en la sentencia.

identificación de los principios en el orden práctico se sigue de un razonamiento inductivo basado en la experiencia que advierta la permanencia de estos principios. En este sentido, la misma invocación y razonamiento basado en los principios jurídicos es una garantía que viene de la mano de la seguridad jurídica, puesto que un razonamiento axiológico bien realizado, implica que la aplicación y accionamiento de principios permanentes y estables en el tiempo, a diferencia de lo que ocurre con la mutabilidad de las normas.

Reducir los principios a los establecidos normativamente, por otra parte, significa engeguerse a la evidencia del fenómeno jurídico puesto que en la experiencia diaria del derecho vivenciamos que está hecho de fines y valores “que le confieren al mismo su significación propia”. Y la aplicación de los principios por su mera inclusión normativa significa “reducirse a un simple método de organización de la fuerza⁽¹⁵³⁾” donde valoración y validez son la misma cosa. El reconocimiento de que lo valorativo en el derecho no se reduce a lo normativo, sino que tiene que ver con algo más allá de lo normativo, que “la validez del derecho se identifica de alguna manera con la justicia⁽¹⁵⁴⁾”, impone la necesidad de contemplar los principios jurídicos en su dimensión práctica, dimensión que finalmente, se realiza en la materialización de los principios en cada caso concreto, pues el derecho es algo concreto⁽¹⁵⁵⁾ y es responsabilidad de los jueces verificar que su decisión tenga que ver con la justicia, y con la realización en cada caso concreto, del derecho. De otra manera, la decisión estará privada de una dimensión valorativa.

Y es que, cuando los jueces advierten que su razonamiento preliminar, trae un resultado privado del valor justicia, es su deber estudiar nuevamente el razonamiento.

Creemos que esta dimensión no ha sido considerada en alguna jurisprudencia y normativa citada, pues frente a un resultado injusto, no hay mayor acción del aparato jurídico. Tal el caso del proceso de curatela, donde el proceso es meramente un seguimiento mecánico de reglas; la negativa de la prisión domiciliaria por criterios abstractos; entre otros casos.

IV. Falta de una adecuado accionar de la supremacía constitucional-convencional

Según refiere Néstor Sagüés⁽¹⁵⁶⁾ es necesario que los jueces en un sistema de control difuso tomen conciencia de que todos ellos son de alguna manera

(153) Lamas, Félix, *La Experiencia Jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, pp. 375/376.

(154) *Ibidem* anterior, p. 376.

(155) *Ibidem* anterior, pp. 526/527.

(156) Sagües, Nestor Pedro, “Del juez legal al juez constitucional”, publicado por el Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de De-

jueces constitucionales. Advierte que hay algunos de ellos que no lo son verdaderamente, por diversas razones, ya sea porque en la práctica se abocan a la aplicación lisa y llana del Código respectivo a la rama del derecho que manejan, sea porque tienen una visión del derecho constitucional como ajeno a la praxis y demasiado asociado a lo político-ideológico. Ante esto, advierte que la aplicación del derecho aislado y separado de la Constitución es un derecho inconstitucional. Ello no significa necesariamente que el juez deba hacer uso de las normas constitucionales en particular en cada resolución, sino alertarlo de que la superioridad constitucional no es solo normativa, sino esencialmente ideológica. Ello significa que el juez debe “repensar el derecho positivo en clave constitucional y decidir los casos primero (y no después, o nunca) desde la perspectiva constitucional. El veredicto judicial, en definitiva, tiene que estar insuflado de constitucionalidad, lo que implica la condena de la sentencia abstemia de la Constitución⁽¹⁵⁷⁾”. Ese compromiso constitucional del juez implica entonces: primero, teñir todas sus decisiones de constitucionalidad ab initio; y segundo, y como consecuencia, desechar las interpretaciones y aplicaciones de un texto infra constitucional que colisione con la Constitución.

Extendiendo esta explicación del autor a una interpretación constitucional-convencional, advertimos en algunos casos de jurisprudencia citados y práctica judicial, falta mayor compromiso constitucional-convencional y medición del impacto que significa la aplicación de las reglas propias de la rama judicial a los valores constitucionales-convencionales. Así no se llegaba a contemplar el derecho a la vida familiar y que significaban las decisiones judiciales para ese derecho. Sin embargo, cabe rescatar las decisiones judiciales que contemplaban el interés superior del niño, como criterio en la decisión, midiendo el impacto en la vida cotidiana de los hijos menores de edad de la mujer privada de su libertad. Estimamos entonces que es preciso que los jueces tomen valores y derechos constitucionales y convencionales y los midan a la luz de las decisiones a adoptar.

En cuanto a la integración de la normativa internacional, si bien es discutible la aplicación de las Reglas de Tokio, en tanto que *soft law*, creemos que ello no obsta a la conveniencia de su utilización en tanto tienden a una mayor garantía de los derechos humanos de las mujeres privadas de su libertad, y en tal sentido la omisión de su contemplación y uso pudo haber influido en algunas de las decisiones que significaron en los hechos la limitación del derecho a la vida familiar de las mujeres privadas de su libertad y sus hijos menores de edad.

V. Falta de una perspectiva de vulnerabilidad

Cuando nos referimos a la perspectiva de vulnerabilidad, la definimos como “eje transversal de análisis y aplicación de los derechos humanos

recho de la UCA- sede Rosario.

(157) *Ibidem* anterior, p. 343.

fundamentales⁽¹⁵⁸⁾”, que nos permite tres ventajas “a) un nuevo vector de análisis de la igualdad, b) una nueva forma de empatía con los que más sufren; y, c) una aproximación al hombre desde su interdependencia, para, desde allí, fortalecerlo⁽¹⁵⁹⁾”.

De tratamiento relativamente reciente en la jurisprudencia y la doctrina, el concepto de la vulnerabilidad como elemento en el derecho es traído como algo extrajurídico, propio de otros saberes, para introducirse en el mundo del derecho en forma lenta y creciente con distintos objetivos.

En un estudio de su aparición en los instrumentos internacionales de derechos humanos, una autora va refiriendo los usos y objetivos que los legisladores internacionales dan a la palabra y sus derivados, estudio que es de gran utilidad para empezar a pensar el concepto. Uno de sus principales usos es para referirse a ella como característica de ciertos sujetos que sufren discriminación y por ello tienen un acceso desigual a derechos, característica que a su vez justifica una actitud activa de parte del aparato estatal hacia ellos. De esta manera, aunque no expresamente, la vulnerabilidad aparece como una motivación subyacente del legislador internacional para justificar un tratamiento especial a determinadas personas o grupos⁽¹⁶⁰⁾. Crecientemente, y en particular en el derecho internacional interamericano en sus opiniones consultivas, se van identificando determinados grupos o personas como vulnerables para referirse a su necesidad de protección especial, considerando que se encuentran en situación de riesgo o peligro, que justifican esa protección. Ello se relaciona con el mismo concepto etimológico de vulnerabilidad, esto es, quien puede ser herido, o lastimado.

Esto lleva a la pregunta de quienes pueden ser identificados como vulnerables o cuál es la vía o la causa para decir que determinadas personas o grupos son vulnerables. Para ello, algunos autores elaboran clasificaciones, identificando las causales de la vulnerabilidad. Una autora incluso

(158) Basset, Ursula, “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema”, en Basset Ursula y otros -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 19.

(159) *Ibidem* anterior, p. 20.

(160) Basset, Ursula C, “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional” en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley. La autora identifica como esta primera serie de instrumentos internacionales a los pactos internacionales de derechos cuando se refieren a la cláusula de no discriminación y a las crecientes traducciones de los tratados generales de derechos humanos a grupos o personas en particular así la Convención relativa al estado de los refugiados, la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

ha propuesto un “test de vulnerabilidad⁽¹⁶¹⁾” que depende de tres factores: el primero de ellos tiene que ver con las causas subyacentes de la vulnerabilidad, y aquí se refiere a las situaciones que pueden causar la vulnerabilidad, clasificándolas como de iure o de facto, según que la desigualdad en el acceso a derechos esté en la ley o se de en los hechos; el segundo de los factores tiene que ver con las circunstancias de exposición a la vulnerabilidad, y aquí la autora se refiere a que ello puede ocurrir por omisión de protección de parte del Estado o por acción directa de éste (en especial casos de guerra, conflicto interno, degradación del medio ambiente, etcétera); y finalmente, el tercer factor tiene que ver con la sensibilidad del sujeto que dependerá de la posición que ocupa dentro del Estado, identificando de esa manera causales de mayor sensibilidad como son condiciones físicas (edad, género, discapacidad, etnicidad) o condiciones sociales (pobreza, trabajo no registrado, privación de la libertad, entre otros).

Otros autores tienden a coincidir en que normalmente las causales de la vulnerabilidad podrán ser clasificables según su origen, igualándolas de esta manera con lo que Estupiñán Silva clasifica como sensibilidad del sujeto: estarán la edad, el género, la edad, la discapacidad (denominadas situaciones estables por Basset) y estarán la pobreza, al condición de embarazo, la enfermedad, la migración, la extranjería, el aislamiento, la privación de la libertad, la falta de educación, la separación de la familia biológica, entre otros (denominadas situaciones transitorias por Basset⁽¹⁶²⁾).

Es decir, son todas ellas situaciones que sitúan a la persona en un lugar de especial debilidad o riesgo, de mayor —justamente— vulnerabilidad y que, por ende, merecen protección.

Según desarrolla Martha Fineman⁽¹⁶³⁾, una jurista norteamericana que fue pionera en el desarrollo del concepto, la dinámica tiene mucho que ver con la teoría de la no discriminación y de los grupos o personas que la sufren y requieren protección. Del breve desarrollo que venimos realizando, ello resulta evidente porque el objetivo de su uso, lo mismo en instrumentos internacionales, resulta similar. Sin embargo, según señala la jurista norteamericana, la aproximación desde la teoría de la discriminación resulta insuficiente y es superada por la teoría de la vulnerabilidad: mientras que la teoría de la discriminación parte desde el enfoque de la identidad de deter-

(161) Estupiñán Silva, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozos de una tipología”, en *Revista Derechos Humanos y Políticas Públicas*, pp. 193-227.

(162) Basset, Ursula, “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema”, en Basset, Fulchiron Bidaud-Garon y Laferriere -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017

(163) Fineman, Martha Albertson, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, publicado en *Emory Law Journal*, Vol. 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=1694740> (consultado con fecha 05/07/22).

minados grupos catalogados como discriminados, y la misma categorización requiere de una elaboración normalmente entretendida con ingredientes históricos y estructurales (generando de esa manera, añade la autora, uso político de la teoría de la discriminación); la teoría de la vulnerabilidad nos aleja de ese enfoque basado en la identidad para situarnos en “la parte humana del derecho, y no en la parte del discurso de derechos⁽¹⁶⁴⁾”.

Es decir, la teoría de la vulnerabilidad tiene la ventaja de “posicionarnos en relación unos con otros como seres humanos⁽¹⁶⁵⁾” porque como humanos, y humanos que tenemos un cuerpo, necesariamente siempre podremos ser lastimados, heridos, dañados. Esto va de la mano de la pragmática de la vulnerabilidad: condición y potencialidad⁽¹⁶⁶⁾, como la llama Basset: podemos tener condiciones que nos hacen más vulnerables (por ejemplo, durante la infancia, o por tener una discapacidad, o por factores combinados: por tener una discapacidad en la infancia) y además podemos potencialmente ser vulnerables o sufrir circunstancias que aumenten nuestra vulnerabilidad. Es este carácter permanente, continuo y contingente de la vulnerabilidad como característica que todos podemos o podremos tener a lo largo de nuestra vida que la diferencia de la teoría de la discriminación: tiene que ver con un dato de la realidad que, para percibir, podemos empatizar con esa vulnerabilidad porque es contingente a cualquier persona, en cualquier momento. No se trata de buscar encasillar a una persona como discriminada, sino de percibirla en sus circunstancias propias, que la convierten en vulnerable.

Claro que esa perspectiva de vulnerabilidad nos sitúa en un espectro amplio. De hecho, Besson refiere que devendría necesario afinar el análisis sobre la teoría de la vulnerabilidad frente a un uso que hace Corte Europea de Derechos Humanos, no fundando el porqué de su utilización⁽¹⁶⁷⁾. Pero también es esa amplitud, esa vaguedad, según señala Fulchiron, lo que justifica su éxito porque tiene un efecto “que algunos autores denominan su efecto ‘de categorizante’... permite salir de las categorías tradicionales y aprehender ‘de otra manera’ la realidad y las realidades de la vida social”. Continúa el autor recién citado refiriendo que el concepto de vulnerabilidad “forma parte de los conceptos ‘transversales’ que permiten ‘recomponer’ nuestro derecho ...en tomo al individuo y no a partir de categorías

(164) *Ibidem* anterior, p. 10.

(165) *Ibidem* anterior.

(166) Basset, Ursula C, “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional” en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley.

(167) Besson, Samantha, “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme : l’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en Laurence Burgorgue Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, 7, Pedone, pp.59-85, 2014, Cahiers européens, 978-2-233-00709-4. Disponible online en: (hal-02555909) (consultado con fecha 05/07/22).

preestablecidas. Es, entonces, una doble ventaja: aprehender de otra manera la realidad y recentrar el derecho sobre el individuo⁽¹⁶⁸⁾". Nuevamente volvemos sobre esa virtud que señalaba Fineman, de volver sobre la parte humana del derecho.

Nos detendremos aquí en el desarrollo de esta perspectiva de vulnerabilidad, para volver sobre lo que veníamos desarrollando: no percibimos en las decisiones que deniegan la prisión domiciliaria, alegando criterios creados dogmáticamente y sin mayor investigación sobre la situación de la mujer y sus hijos; ni en los procesos de curatela que no tiene real trámite y no proveen a la protección de la persona privada de su libertad; ni en la legislación que suspende automáticamente la responsabilidad parental, un juicio que permita volver los ojos sobre la persona implicada en el proceso judicial. Los criterios legales y judiciales no han tenido entonces una perspectiva de vulnerabilidad porque nunca exploraron la parte humana, las condiciones propias de la mujer privada de su libertad y de sus hijos, sino que se han quedado en el discurso de los derechos. Por eso creemos que aun cuando existan leyes que parecen proveer a la protección de las mujeres privadas de su libertad, ante la evidencia de que dichas leyes no proveen en los hechos protección, los operadores jurídicos deben darse cuenta de que "el derecho no puede darse el lujo de sistemas abstractos de protección ... no puede permitirse ser ciego si quiere adoptar la perspectiva de la vulnerabilidad⁽¹⁶⁹⁾".

B. Balance de la sección

Hemos identificado las causales de la respuesta negativa a la hipótesis planteada, esto es, de porqué la situación fáctica de las mujeres privadas de su libertad y la de sus hijos menores de edad y su derecho a la vida familiar no se encuentran acogidas en las respuestas jurídicas.

Todas las respuestas dadas se interrelacionan. Para empezar, las respuestas jurídicas insuficientes tenían un concepto de derecho limitado y un entendimiento más teórico que práctico: como consecuencia de ello había menores herramientas a la hora de buscar responder adecuadamente a los problemas que nos planteaban los hechos injustos. Por alejarse de la práctica y por tener un concepto reducido del derecho que no incluía las mismas conductas jurídicas y los hechos justos o injustos, se alejaban lo mismo de los hechos y ello traía como consecuencia una falta de razonamiento fáctico, que cegaba el razonamiento jurídico al privarlo de una de sus dimensiones. La ceguera fáctica impide a su vez la posibilidad de poder asumir

(168) Fulchiron, Hughes, "Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables" en Basset, Fulchiron Bidaud-Garon y Laferriere -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 3/9.

(169) Basset, Ursula C, "La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema...", Basset, Fulchiron Bidaud-Garon y Laferriere -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 25.

una perspectiva de vulnerabilidad, para poder visualizar al sujeto en sus circunstancias propias, que permitirían advertir y fortalecer desde el derecho.

La falta de un adecuado razonamiento axiológico que advertimos en algunas respuestas jurídicas importaba, además de una falla misma del razonamiento jurídico del caso, al estar privado de una de sus dimensiones, nuevamente una falta de herramientas adecuadas ya que “los principios...nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas⁽¹⁷⁰⁾”, y sin ellos, los operadores jurídicos se resignaban a la situación tal como la encontraban, ni siquiera acudiendo a la ideología constitucional-convencional, que por supremacía debiera ser contemplada.

La resignación a la situación para operar en ella únicamente con la respuesta y razonamiento normativo, a su vez, determina al operador jurídico parecido al de un convidado de piedra; y por ser la respuesta normativa insuficiente, consagra una falta de seguridad jurídica ya que el juez no resuelve la problemática jurídica delante de sus ojos.

Ahora bien, esta resignación es intolerable. Los operadores jurídicos y especialmente, los jueces, están llamados a idear caminos para llegar a la solución justa, y lo debe hacer “activa e imaginativamente, con la conciencia de que no es un mero convidado de piedra, sino que ha sido encomendado por la sociedad para que procure llevar la paz jurídica ahí donde se ha desatado un conflicto de intereses⁽¹⁷¹⁾”.

Es esta necesidad de buscar caminos que conduzcan a la paz jurídica que justifican la próxima y última sección de esta tesina: la propuesta de soluciones.

(170) Zagrebrelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, p. 110.

(171) Vigo, Rodolfo, “Problemas y teorías actuales de la Interpretación Jurídica”, en *Interpretación Jurídica*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 35.

TERCERA PARTE

I. Propuestas

Dividiremos la sección agrupando las distintas propuestas según la temática a la cual pertenecen: así, primeramente, nos referiremos a propuestas relacionadas con lo procesal y el acceso a la justicia; segundamente, a propuestas relacionadas con el razonamiento; tercero, a propuestas relacionadas con instauración de prácticas; para finalizar reordenando y resumiendo todo ello nuevamente a la luz de la perspectiva de la vulnerabilidad.

A. Propuestas en orden a lo procesal y el derecho de acceso a la justicia

A la hora de hablar del derecho de acceso a la justicia hay que describirlo como un macro derecho: implica en sí mismo otros tantos: implica la posibilidad de acudir a los Tribunales, de iniciar la petición, de poder sostener el trámite, de obtener una sentencia que responda a la petición, que dicha sentencia se pueda ejecutar y de tener una instancia recursiva efectiva.

Este carácter macro del derecho de acceso a la justicia tiene que ver con la consideración del derecho de acceso a la justicia como la puerta de entrada a la efectivización de los demás derechos, en el sentido que “el respeto y la protección de los derechos humanos solo puede ser garantizado por la disponibilidad de remedios judiciales efectivos”⁽¹⁷²⁾.

Todo lo cual no sólo habla de la grandeza e importancia de este derecho de carácter constitucional, sino de la fundamental y capital tarea que tienen a cargo los jueces.

Sin duda el acceso a la justicia empieza bastante antes de que un caso tramita ante un Juzgado, y ello implica una responsabilidad interestatal, debiendo todos los poderes del estado arbitrar medidas para su consagración efectiva, pero la tarea que les toca a los jueces es radical: ellos intervienen cuando ese derecho se encuentra amenazado y se busca protegerlo, se encuentra perdido y se busca recuperarlo, e incluso a veces para reconocer un derecho negado. Especialmente en casos donde se encuentran en juego

(172) Francioni, Francesco, “The Rights of Access to Justice under Customary International Law”, en Francioni, Francesco (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, 2007. La traducción es propia.

derechos tan fundamentales como son el derecho a la vida familiar y el derecho a la libertad ambulatoria, como sucede en la temática que nos ocupa.

Creemos que el acceso a la justicia en relación con su derecho a la vida familiar, de las mujeres madres privadas de su libertad y el de sus hijos menores de edad, no se encuentra amparado. Tanto las normas como el proceso en sí les cierran la puerta. La suspensión de la responsabilidad parental, prescrita en el CCCN, con carácter automático a la condena mayor a tres años dictada por un juez penal, excluye del ámbito de discusión judicial el destino de los hijos menores de edad, no dándoles voz ni a las mujeres ni a sus hijos menores de edad. La curatela del art. 12 CP no tenía trámite procesal real, y la norma prevista con fines protectorios, al no estar recibida en la normativa civil a la cual remitía, también le cerraba las puertas de la Justicia Civil a las mujeres privadas de su libertad. El otorgamiento de la prisión domiciliaria y/o la posibilidad de retener consigo a los hijos menores de cinco años de edad, era disímil en su consideración pretoriana, y colisionaba con otras normas civiles, creando antinomias e inseguridad jurídica para las mujeres privadas de su libertad a la hora de intentar petitionar por su derecho a la vida familiar. Tampoco se daba intervención a la Defensoría de Menores e Incapaces en la totalidad de todos los casos, cerrándose también la puerta de acceso a la justicia a los hijos menores de edad.

Nos preguntamos entonces qué tipo de proceso o qué arreglos deberían hacerse a estos procesos para que haya un pleno acceso a la justicia de las mujeres privadas de su libertad y de sus hijos, para decidir acabadamente su derecho a la vida familiar. Proponemos las siguientes respuestas.

I. Las decisiones sobre la vida familiar deberían ser tomadas en cada caso concreto y por un juez especializado; con colaboración interjurisdiccional

La materia que nos ocupa es una que ladea continuamente entre el derecho penal y el derecho de familia, en desencuentros y encuentros. Eso lo comprobamos en múltiples ocasiones, conforme surge de la sección de análisis de la situación jurídica.

Estos desencuentros no solo se daban a nivel normativo expreso, sino también se da en los hechos del proceso mismo: en ningún momento hay una colaboración entre los jueces de ejecución penal y los jueces de familia, cuando es evidente que a los fines de la consagración de la vida familiar es necesaria la intervención de ambos, por sus ámbitos de competencia propios. No nos parece adecuado que el juez penal esté tomando decisiones que tienen que ver con la responsabilidad parental cuando esa temática es una propia del juez de familia, especializado⁽¹⁷³⁾. Sin embargo, es evidente que el juez penal decide sobre la responsabilidad parental en varias ocasiones. Primeramente, por imperio de ley, decide sobre la responsabilidad parental

(173) La especialización en materia de familia está prevista en múltiples normativas, desde el art. 4 de la Ley 23.637 al actual artículo 706 inciso B CCN.

cada vez que resuelve una condena mayor a tres años, al traer consigo automáticamente la suspensión. Segundamente, decide sobre la responsabilidad parental tanto cuando le peticionan el beneficio de prisión domiciliaria como cuando le peticionan retener a los hijos consigo en prisión.

En este punto, si bien reafirmamos que decidir sobre responsabilidad parental es competencia del juez de familia, es necesario señalar también que la intervención del juez penal de ejecución es precisa para estas decisiones. Ello así, tanto por imperio de la LEP⁽¹⁷⁴⁾ que así lo impone, como por sus conocimientos propios, pues entiende muchísimo mejor que el juez de familia de lo que se trata la ejecución de una pena. El juez de ejecución penal debe tratar con diversos otros bienes jurídicos como lo es el interés estatal y social del cumplimiento de la pena, y la seguridad en la ejecución de ésta, temas que para el juez de familia son completamente ajenos.

Por eso, para cualquier decisión que tenga que ver con el ejercicio de la responsabilidad parental de las personas privadas de su libertad, la propuesta es una colaboración interjurisdiccional de los jueces de familia y ejecución penal, debiendo ser necesario el aporte de competencia y de especialización de cada uno de ellos para llegar a una decisión. De esa manera, la decisión debería tramitar ante ambos fueros, idealmente sucesivamente: primeramente, asegurando de parte del juez penal lo que tiene que ver con la ejecución de la pena; y segundamente, examinando el juez de familia lo que más conviene en cuanto a la responsabilidad parental, según los principios que guían dicho instituto, como prescribe el artículo 639 CCCN, como el interés superior del niño. El fuero de familia será un fuero ideal para la participación indirecta y directa de los niños; ya a través de la intervención de la Defensoría de Menores o mediante la creación de un espacio de escucha de los niños.

II. Repensar el proceso de la curatela art. 12 CP según su finalidad

En línea con lo mencionado con los párrafos precedentes, al ser —actualmente y según la legislación vigente— la curatela establecida por el artículo 12 del Código Penal el único acceso de la persona privada de su libertad a la Justicia Civil de un modo directo, creemos que resulta palmariamente contrario al acceso a la justicia de esas personas que el trámite de curatela no pueda realizarse en los hechos por ausencia de normas que lo sostengan y falta de recursos y práctica judicial efectiva.

Por eso, la segunda propuesta es que los jueces de familia, que entienden en el trámite de curatela, comiencen a pensar de la protectoriamente el proceso, pues actualmente el trámite se reduce al seguimiento de unos pasos ritualmente realizados, sin que en los hechos produzca —salvo rara ocasión— el objetivo que persigue la norma. Más aún, reiteramos, considerando

(174) Así lo establece del art. 3 de la citada ley.

que las puertas de la Justicia Civil, especialmente en lo que hace a la vida familiar y responsabilidad parental en particular, se hallan cerradas por la normativa misma el prever el Código Civil la suspensión automática de la responsabilidad parental, es una oportunidad para intentar proveer un poco de esta protección a la vida familiar. Claro que ello dependerá de la visión que tenga el juez del caso sobre el carácter del derecho procesal, y finalmente de que adopte una perspectiva de vulnerabilidad, advirtiendo la frágil condición en la que se hallan las mujeres privadas de su libertad y sus hijos menores de edad.

No negamos que esto sea tarea fácil: las leyes no acompañan, tampoco lo hacen los recursos. Queda reforzar otros mecanismos de acceso a la justicia y representatividad, con órganos de defensa especializados, y en su caso con el auxilio de organizaciones no gubernamentales, hasta tanto el legislador tome cartas en el asunto. Florencia Serdan, en similar línea propone una intervención intersectorial de diversos actores del Estado como propuesta de mejoramiento de la situación de estas personas⁽¹⁷⁵⁾.

III. Establecer mayor rigurosidad en la dimensión fáctica probatoria del razonamiento judicial

Según hemos señalado al responder negativamente a la hipótesis, y analizar las causas de dicha respuesta negativa, hay una falla en el razonamiento fáctico de muchos de los fallos que denegaban la prisión domiciliaria y en la tramitación de la curatela. En este sentido, deviene necesario reforzar la necesidad y la importancia del razonamiento fáctico, por su importancia para la adecuada resolución de los casos, puesto que será únicamente teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada situación de cada mujer en situación de cárcel y de sus hijos menores de edad, que se podrá arribar a un razonamiento justo.

La advertencia de la situación fáctica de cada mujer en particular exige una actividad probatoria suficiente y acabada. Eso será ya admitiendo mayor amplitud en su producción cuando ella sea requerida por las partes; o de oficio, plenamente justificada dicha oficiosidad atento el carácter de orden público de la materia que nos ocupa, o de otra manera por la manda de oficiosidad que existe en el proceso de familia⁽¹⁷⁶⁾ si por cuanto se trata de cuestiones que hacen a la responsabilidad parental.

Si bien volveremos sobre ello al referirnos a la perspectiva de vulnerabilidad como propuesta final e integradora, debemos aquí señalar que

(175) Serdan, Florencia, "El vínculo entre el derecho penal y las relaciones de familia al crisol de los derechos humanos: niños y madres en centros de detención", en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley.

(176) Así lo manda el artículo 709 CCCN.

mediante la perspectiva de vulnerabilidad se trata de “percibir la diferencia en los hechos...despierta un dispositivo de corrección especial⁽¹⁷⁷⁾”. Mediante un adecuado razonamiento fáctico es más posible que el juez advierta la existencia de una vulnerabilidad, y de esa manera actúe ante ella mediante acciones positivas.

IV. Reforzar la representación y asesoramiento

Es necesario reforzar mecanismos de asesoramiento y patrocinio jurídico, gratuito en su caso, y específicamente en materia de familia para las mujeres privadas de su libertad, ello en atención a situación fáctica que señalamos: la mayoría de ellas son madres, y en la mayoría de los casos sus hijos tienen un destino de cuidado incierto tras el encierro de su progenitora.

Nuevamente tomamos la idea de la vulnerabilidad para decir que al advertir el Estado esta vulnerabilidad evidente, debiera tomar acciones positivas para lograr crear mecanismos de resiliencia para que estas personas puedan hacer frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Ello se encuentra mandado por la jurisprudencia de la CIDH en diversos casos⁽¹⁷⁸⁾. Asimismo, surge como evidencia de lo mandado por las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, que considera en su décima regla, que las personas privadas de su libertad pueden encontrarse en dificultad para ejercer plenamente sus derechos ante la Justicia.

Es evidente de los párrafos precedentes que, ante esta evidencia de la vulnerabilidad, nace la obligación estatal de poner en marcha mecanismos para reforzar el acceso a la justicia. Si bien existen determinados programas de asesoramiento de las mujeres privadas de su libertad⁽¹⁷⁹⁾, deviene necesario reforzar los recursos para el acceso a dichos programas, a nivel federal.

(177) Basset, Ursula C, “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema...”, en *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, 1era edición, La Ley, Buenos Aires, p. 25.

(178) Por ejemplo, en *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la CIDH refiere “*La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*” (CIDH, “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, fallo de fecha 04/07/06, párr. 103, disponible online en: Microsoft Word - Serieec_149_esp.doc (corteidh.or.cr) (consultado con fecha 09/07/2022).

(179) En el marco de la Defensoría General de la Nación existe el Programa Piloto para la Asistencia Jurídica a Mujeres Privadas de Libertad. Se puede consultar sobre sus alcances online en Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad (mpd.gov.ar) (consultado con fecha 09/07/22).

Por ello, la propuesta es que toda mujer madre con hijos menores de edad, desde el mismo momento de su condena efectiva a prisión o procesamiento con prisión preventiva, le sea ofrecido un patrocinio jurídico especializado en familia (en caso de no contar ya con uno) para desde el comienzo poder trabajar sobre esos aspectos y de allí iniciar los procesos de intervención interjurisdiccional.

Por otra parte, en relación con los hijos menores de edad. Su participación, hemos visto, es casi nula en los procesos que se ocupan de las mujeres madres en situación de cárcel. Ya porque la ley los silencia al directa y automáticamente suspenderle la responsabilidad parental a sus madres con la condena mayor a tres años, sin detenerse nunca a escucharlos ni a considerar su superior interés; ya porque en los procesos de otorgamiento de prisión domiciliaria, curatela o retención de los hijos menores en prisión, rara vez se disponen mecanismos de participación directa o indirecta a través de la participación de la Defensoría de Menores.

En ese sentido, volvemos sobre la vulnerabilidad. Los niños también son incluidos como personas en condición de vulnerabilidad en Las 100 Reglas de Brasilia para poder acceder a la Justicia⁽¹⁸⁰⁾. Los jueces están obligados a disponer los medios necesarios para asegurar su participación en el proceso, y a considerar sus intereses y proveer su representación.

Por eso, también proponemos que en todo proceso ya sea de curatela del artículo 12 CP, de otorgamiento de prisión domiciliaria, o cualquiera relacionado con la responsabilidad parental de las mujeres privadas de su libertad, sea necesaria la intervención de la Defensoría de Menores bajo pena de nulidad de todo lo actuado. Y la necesidad de que el juez, según la edad y madurez del niño en cada caso y con los medios adecuados, disponga su escucha, debiendo siempre fundar en su caso porque no la dispuso.

B. Propuestas de esclarecimiento de los principios que informan la materia: mayor rigurosidad en la dimensión axiológica

Las propuestas que siguen tienen bastante que ver con los defectos que señalamos en el razonamiento axiológico y el razonamiento normativo. En esa oportunidad habíamos referido que había una falla al no integrar las normas en concreto aplicadas con los principios señalados por el mismo cuerpo normativo; ni había un razonamiento axiológico acabado.

En este sentido, es necesario que los jueces que adoptan decisiones en relación con la responsabilidad parental de las mujeres madres privadas de su libertad, consideren y tiñan sus decisiones de los principios que rigen en la materia, advirtiendo que no es posible que las normas que aplican en concreto terminen contradiciendo los principios que la misma norma establece

(180) Cfr. Regla 2.5.

como guías. Por eso, es preciso recordar los principios de resocialización y rehabilitación y no aislamiento, donde es capital la promoción de la vida familiar de las personas privadas de su libertad. Este principio trae como consecuencia que los jueces tiendan a tomar decisiones que promuevan ese derecho a la vida familiar de las mujeres privadas de su libertad, pues en tanto lo hagan estarán logrando los principios que la Ley 24660 marca.

En este sentido, pensamos que, sobre todo, es capital que los jueces aquí pongan como pilar el principio de interés superior del niño, debiendo examinar en cada situación como afecta a cada niño en particular la decisión que adopten en relación con la progenitora de ese niño.

C. Propuestas en orden al establecimiento de prácticas y preferencias

Hemos visto al describir la normativa penal que en la decisión sobre el otorgamiento de la prisión domiciliaria y en el proceso de curatela del art. 12 CP, había mucho del criterio de cada juzgador, que determinaban la elaboración de requisitos y trámites variables, atento la falta de precisión de las normas. Ante ello, creemos que deviene necesario proponer guías de buenas prácticas o de preferencias, a fin de intentar unificar el criterio judicial existente en la materia, lo cual proveerá no solo mayor seguridad jurídica, sino que tenderá a intentar garantizar la vigencia de los principios que informan las normas. En este sentido se ha formulado que las guías de buenas prácticas tienen el “fin de orientar, asistir y contribuir a sistematizar la actuación de los funcionarios y operadores involucrados en las distintas instancias del proceso y así mejorar las condiciones y la calidad del abordaje⁽¹⁸¹⁾” a las personas que acuden a la Justicia, mediante la colaboración en su formación de expertos en la materia.

I. Establecer guías de buenas prácticas para la decisión de otorgamiento de prisión domiciliaria

A fin de recoger los buenos frutos que reconocemos que puede generar la creación pretoriana de los requisitos creados para la concesión del arresto domiciliario y la experiencia de operadores jurídicos en la materia, proponemos la elaboración de guías sobre dichos requisitos, todo lo cual determine a futuro un camino más seguro y estable para recorrer para cada juez que le toque analizar si conviene o no el otorgamiento de prisión domiciliaria.

En este sentido, ello determina que se debe analizar cada requisito y cada criterio a la luz de los principios que informan la materia, para ver si su

(181) Oñate Muñoz, Josefina, “Para ir más lejos: actualización de doctrina,” en cita a la Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos elaborado por JUFEJUS, en Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Editorial El Derecho, ejemplar de febrero de 2022, p. 26.

exigibilidad a la hora de que de ellos dependa el otorgamiento de la prisión domiciliaria conduce o no a una decisión más justa. Nuevamente, se entrelazan las propuestas, por cuanto a la hora de elaborar estas guías se deben tener presentes los principios que rigen la materia.

De nuestra parte, creemos que serán buenas prácticas, entre otras: el examen de la capacidad parental de la mujer madre en situación de cárcel; realización un informe socioambiental en el hogar; en caso de que haya pasado mucho tiempo desde el último contacto de los niños con su progenitora (y ya probada su capacidad parental) la realización de una revinculación asistida. También será necesaria la participación de la Defensoría de Menores; y en su caso la escucha según señalamos en el acápite precedente.

II. Establecer una preferencia por alternativas de cumplimiento de la pena no privativas de la libertad

Ya mencionamos en las páginas precedentes la alta tasa de delitos no violentos en caso de las mujeres privadas de su libertad, como así también la alta tasa de procesamientos con prisión preventiva. Si a ello le sumamos el hecho de que la prisión domiciliaria, en un análisis acabado de su conveniencia, puede resultar beneficioso al derecho a la vida familiar de las mujeres privadas de su libertad y de sus hijos menores de edad, debemos acordar con la tendencia que marca el derecho internacional en esta temática⁽¹⁸²⁾ de establecer una preferencia por alternativas no privativas de la libertad en el cumplimiento de la pena, como una guía para los jueces de ejecución penal, lo cual también proponemos.

2. Conclusión: propuestas integradas en la perspectiva de vulnerabilidad

En esta sección final intentaremos demostrar cómo, a través de una perspectiva de vulnerabilidad, es posible reforzar y tender hacia las propuestas desarrolladas precedentemente, exponiéndola de esta manera como una propuesta integradora.

Ya hemos desarrollado preliminarmente la teoría de la vulnerabilidad en la sección de respuesta a la hipótesis, por ello partimos de la base de esa serie de conceptos ya planteados. Retomamos la idea final allí desarrollada, cuando señalamos a la vulnerabilidad como una perspectiva que nos abría los ojos más allá de las categorías y conceptos estrictamente jurídicos, para observar la situación concreta en la que se encontraban las personas inmersas en un juicio. Ese abrir los ojos, desde una posición más fraterna, más humana, nos exige —como enseñaba Fineman⁽¹⁸³⁾— salir del discurso

(182) Remitimos a la sección de análisis de las normas del ámbito internacional.

(183) Fineman, Martha Albertson, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, publicado en *Emory Law Journal*, Vol. 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=1694740> (consultado con fecha 05/07/22).

de derechos y entrar en la parte humana. Nos permite, a la vez, al estar decategorizado, al ser transversal —al decir de Fulchiron⁽¹⁸⁴⁾— observar a todas las situaciones de vulnerabilidad en la que se encontraban las personas: la perspectiva de vulnerabilidad nos permite no centrar nuestro discurso en un individuo en particular que entra en la categoría de discriminado por la ley y respecto del cual el derecho elige usar todas sus municiones, sino que permite ver a todas las situaciones de vulnerabilidad del caso, ello por el carácter amplio y potencial de la vulnerabilidad. Se trata de observar a las anchas, buscando fraternizar y dar a las personas vulnerables del caso, que generalmente no son singulares, respuestas de convivencia de derechos. Recordemos como Fineman resalta que la teoría de vulnerabilidad supera a la teoría de la discriminación en su entendimiento de la igualdad, puesto que la teoría de la vulnerabilidad se sale del discurso de los derechos, de la igualdad de derechos, para observar en la parte humana de cada persona y su situación concreta, para luego volver la mirada sobre la persona, empatizando con el sufrimiento y la fragilidad⁽¹⁸⁵⁾, a fortalecer desde las herramientas de resiliencia que provea el derecho.

¿Y por qué bregamos por el uso de la perspectiva de vulnerabilidad como propuesta de solución a nuestra hipótesis? Ante todo, porque nos parece evidente que en el caso hay varios sujetos vulnerables. Lo son tanto la mujer madre privada de su libertad, como sus hijos menores de edad. Que la privación de la libertad es una causa de vulnerabilidad lo hemos demostrado a lo largo de la tesina, y es así considerado de esa forma por instrumentos internacionales⁽¹⁸⁶⁾. Asimismo, mencionamos que, en el caso de las mujeres privadas de su libertad, se trataba de una vulnerabilidad interseccional: existían dos factores de vulnerabilidad que confluían como lo eran el género y la privación de la libertad; y, además, dicha vulnerabilidad atraía otras⁽¹⁸⁷⁾: la falta de comunicación, el deficiente acceso a la justicia, la privación parcial de la vida privada y familiar. En el caso de los hijos menores

(184) Fulchiron, Hughes, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables” en Basset, Fulchiron Bidaud-Garon y Laferriere -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 3/9.

(185) Basset, Ursula C en “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional” en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley.

(186) Así en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en el artículo 9 de la Convención de Belem do Para, por la Corte IDH en numerosos fallos (ver según lo desarrolla Estupiñán Silva, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozos de una tipología”, en *Revista Derechos Humanos y Políticas Públicas*, pp. 193-227), entre otros.

(187) Así lo desarrolla Basset, Ursula C en “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional” en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley.

de edad también tienen una vulnerabilidad interseccional: son niños y se encuentran separados de —al menos— de su progenitora, posiblemente de ambos de sus progenitores⁽¹⁸⁸⁾. Esto a la vez atraía otras vulnerabilidades: no tenían la posibilidad de crecer en familia. Este último tipo de vulnerabilidad, en la que una vulnerabilidad genera un efecto multiplicador, que atrae otras, tiene que ver con “que los derechos están entrelazados entre sí, la vulnerabilidad causada por la privación, riesgo o imposibilidad de goce pleno de los derechos deriva invariablemente en otras⁽¹⁸⁹⁾”.

Bregamos también por su uso porque advertimos que una perspectiva de vulnerabilidad permitirá al operador jurídico advertir los problemas de desprotección jurídica más fácilmente. Es oportuno en este punto mencionar que la vulnerabilidad, según desarrollan los autores, y la jurisprudencia de la Corte IDH, puede ser tanto *de facto*, como *de iure*. Esto es, la causal de la vulnerabilidad que sufren determinadas personas puede ser fruto tanto de un impacto desigual de las normas en los hechos y en las vidas concretas de las personas, sin que la ley sea atacable; como por la ley misma porque en sí misma, por como regula y prescribe, determina una situación de desigualdad para determinadas personas. Creemos que, en el caso, tanto las mujeres madres privadas de su libertad, como sus hijos menores de edad, sufren ambos tipos de vulnerabilidad. De un lado, las normas genéricas que regulan su situación generan un impacto desigual, porque no han tenido en cuenta la situación particular de la mujer que hemos descripto: la mayor incerteza del cuidado de los hijos cuando sufren la pena las madres, la menor comunicación y vida familiar que tienen cuando son privadas de su libertad, entre otros factores.

De otro lado, también tienen un tratamiento desigual en la ley: la misma ley, por ejemplo, determina que estarán suspendidas de su responsabilidad parental automáticamente en cualquier caso de condena mayor a tres años por delitos que no entren en la categoría de los supuestos de privación. Así la ley quitaba el derecho de acceso a la justicia tanto a las mujeres madres privadas de su libertad, como a sus hijos menores de edad. Es preciso que el

(188) La separación de la familia de origen durante la niñez es considerado un factor de vulnerabilidad agravado por diversos tratados. Así, según señala Basset, lo recoge el Protocolo de San Salvador en su artículo 16, en el párrafo 176 y siguientes de la OC-21/24 de la Corte IDH (Ver Basset, Ursula C, “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional” en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley), o en el Caso Gelman v. Uruguay, según señala la misma autora en Basset, Ursula, “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema”, en Basset Ursula y otros -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 19.

(189) Basset, Ursula C en “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional” en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley.

juzgador, y todos los operadores jurídicos en general, adviertan esta situación: se advierte acabadamente desde una perspectiva de vulnerabilidad, una que se detiene a mirar a las personas inmersas en su situación concreta.

La perspectiva de vulnerabilidad, lo mismo, coadyuvará a advertir otros problemas que hemos descripto como impeditivos de responder positivamente a la hipótesis planteada. Así, una perspectiva de vulnerabilidad, que como punto de partida exige ampliar la mirada, desafía a repensar el concepto del derecho que usamos para —al decir de Fulchiron⁽¹⁹⁰⁾— recomponer nuestra idea de derecho en torno a las personas vulnerables. Un concepto de derecho que no transforme al juez en un sujeto insensible al sufrimiento humano. Será preciso, en tanto el derecho tiene su base en la alteridad, tomar un concepto del derecho centrado en la conducta de justicia hacia el otro. Seguidamente, la perspectiva de vulnerabilidad hará aconsejable un juicio de razonamiento que incluya la dimensión normativa en su totalidad, con integración de los principios sectoriales y su verificación en la decisión; una dimensión axiológica, que revise y ex ante —como recomendaba Sagüés⁽¹⁹¹⁾ respecto de los principios constitucionales— tñia la decisión de dichos principios que deben materializarse en la decisión concreta para que sea verdaderamente justa.

El uso de los principios, en clave de verificación de su presencia en las decisiones a adoptar, en clave de verificación en cuanto a fines a los que tienden las normas, deberá ser observada a lo largo de todo el proceso y de toda petición, verificando la posible afectación de estos principios. Así, es capital que en toda decisión que el juez tome sobre, por ejemplo, la concesión del arresto domiciliario a la mujer con hijos menores de edad, en todo momento verifique el impacto de la decisión en el interés superior de esos niños concretos, en todo momento del proceso, y aún luego de concedido el arresto domiciliario, en el control de su cumplimiento, pues lo que interesa será no solo la consagración de un pleno derecho a la vida privada y familiar de la mujer, sino en primer lugar, que ello sea en beneficio de los niños.

Para eso, se deben volver los ojos sobre la situación personal y familiar de cada uno de esos niños, y de sus madres periódicamente. Una dimensión fáctica acabada será reclamada desde una perspectiva de vulnerabilidad pues esta, nuevamente, nos exige abrir la mirada y observar las circunstancias concretas de la situación sometida a juzgamiento: ello no puede conducir sino a una exige actividad probatoria acabada y una dimensión fáctica plena en el razonamiento judicial. Es que la inclusión de la dimensión

(190) Fulchiron, Hugues, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables” en Basset, Fulchiron Bidaud-Garon y Laferriere -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 3/9.

(191) Sagües, Nestor Pedro, “Del juez legal al juez constitucional”, publicado por el Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCA- sede Rosario.

fáctica en el razonamiento judicial asegura “un servicio de justicia al servicio de resoluciones equitativas, racionales, realistas y eficaces⁽¹⁹²⁾”.

Por esta misma vía, en la cual una perspectiva de vulnerabilidad puede asegurar un razonamiento judicial que incluya todas las dimensiones de un razonamiento adecuado, esto mismo puede consagrar una mayor seguridad jurídica como valor demandado a las decisiones judiciales, a la misma discrecionalidad judicial⁽¹⁹³⁾.

También, una perspectiva de vulnerabilidad debería enseñar a los juzgadores que no deben temer de adoptar un determinado rol o posición⁽¹⁹⁴⁾, de cómo se muestran a la sociedad, sino convencerse que su único rol es el que ha sido encomendado por la sociedad de “para que procure llevar la paz jurídica ahí donde se ha desatado un conflicto de intereses⁽¹⁹⁵⁾”. En ese sentido, un juzgador con perspectiva de vulnerabilidad debe recentrar su visión en las personas concretas inmersas en el proceso, y no dejarse llevar por ideologías abstractas. A ello coadyuvará una perspectiva de vulnerabilidad.

Creemos también que la perspectiva de vulnerabilidad favorecerá las demás propuestas sugeridas. Así, consideramos que un juez comprometido con una perspectiva de vulnerabilidad será más tendiente a involucrarse en una colaboración interjurisdiccional, puesto que la finalidad será fortalecer desde el derecho la situación de las personas en condición de vulnerabilidad. Lo mismo, buscará dar contenidos concretos a la curatela art. 12 CP, buscando que sea un proceso que dé protección al sujeto que se advierte que la precisa, transformando el proceso en uno que responda a la finalidad de la norma, que, si bien puede ser criticable desde una política legislativa y metodológicamente, es de claro corte tutelar. Será lo mismo tendiente a facilitar y promocionar la representación, asesoramiento y participación de los sujetos vulnerables en el proceso (las mujeres en condición de encarcelamiento y sus hijos menores de edad) puesto que advertirá el deficiente acceso a la justicia que la situación de encarcelamiento, y la privación de la vida familiar generada en estos sujetos, que determinan la necesidad de reforzar su escucha en el proceso. Creemos también se mostrará disponible

(192) Vigo, Rodolfo, “Capítulo VII. Los hechos en el paradigma legalista y en el paradigma constitucionalista”, en Vigo, Rodolfo y Gattinoni, María - directores -, *Tratado de Derecho Judicial*, Editorial Abeledo Perrot, tomo I, p. 221.

(193) Fulchiron, Hughes, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables” en Basset, Fulchiron Bidaud-Garon y Laferriere -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 3/9.

(194) Sagues, Nestor Pedro, “Del juez legal al juez constitucional”, publicado por el Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCA- sede Rosario

(195) Vigo, Rodolfo, “Capítulo VII. Los hechos en el paradigma legalista y en el paradigma constitucionalista”, en Vigo, Rodolfo y Gattinoni, María - directores -, *Tratado de Derecho Judicial*, Editorial Abeledo Perrot, tomo I, p. 221.

a generar una guía de buenas prácticas que asegure una mayor seguridad jurídica en quienes acceden a la justicia por estas causas.

La perspectiva de vulnerabilidad, en tanto significa expandir nuestra mirada y nuestro conocimiento, más allá de lo estrictamente jurídico, nos permite reconocer al otro en sus falencias, en sus debilidades, para poder repensar, desde ese enfoque, lo jurídico, utilizando las herramientas del derecho para el fortalecimiento de las personas, en la construcción de una resiliencia, como “contrapunto de la vulnerabilidad⁽¹⁹⁶⁾”, siendo así la vulnerabilidad acogida por el derecho. Esto es, sin dudas, un camino progresivo: el mismo camino que ha ido recorriendo la normativa y jurisprudencia de los sistemas interamericanos y europeos de derechos humanos, de elaboración creciente y desarrollo teórico necesario, deberá irse gestando desde la prudencia judicial, equilibrando principios y derechos propios de nuestro sistema jurídico y de cada rama del derecho en particular.

En definitiva, “cuando un derecho o un sistema jurídico no ve la vulnerabilidad, ignora aspectos esenciales de la persona humana y así es como si no existiera para el derecho⁽¹⁹⁷⁾”. Cuando una persona no existe para el derecho, por ignorarse aspectos de su situación, tal como sucede y es la causa esencial de la respuesta negativa a la hipótesis planteada en esta tesina, hay una falta de reconocimiento de la personalidad jurídica, que sería la mayor de las vulnerabilidades⁽¹⁹⁸⁾. Volviendo a la jurisprudencia interamericana “cuando falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace a la persona vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares⁽¹⁹⁹⁾”. Es tarea del juez, y de todo operador jurídico, que se encuentra delante de esta situación, entonces, mediante la advertencia de la vulnerabilidad, accionar las herramientas de protección del derecho en busca de ofrecer la solución materialmente más justa para esas mujeres madres en situación de cárcel y sus hijos menores de edad.

Queremos terminar con las palabras del jurista francés Philippe Malaurie: “el derecho de las personas vulnerables tiene poderosos y notables

(196) Fineman, Martha Albertson, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, publicado en *Emory Law Journal*, Vol. 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=1694740> (consultado con fecha 05/07/22).

(197) Basset, Ursula C en “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho internacional” en Basset, Ursula y Santiago, Alfonso (directores), *Tratado de derecho constitucional-convencional del derecho de familia y de las personas*, inédito, a publicarse por Editorial La Ley.

(198) *Ibidem* anterior.

(199) CIDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, disponible online en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf (consultado con fecha 19/07/22).

sentimientos: los de la solidaridad y la misericordia, la piedad, y la ayuda mutua y el amor, la compasión y el combate contra la explotación del otro, contra la dominación de los poderosos, contra el fracaso de los débiles. Ese derecho...no es ni pura técnica ni una receta de pequeños funcionarios de la caridad, es un soplo inmenso: el amor del débil, del pequeño, de aquel que la vida ha quebrado. Se trata del honor del derecho⁽²⁰⁰⁾.

(200) Malarie, Philippe, "Prefacio", en Basset, Fulchiron, Bidaud-Garon y Laferriere -directores-, *Tratado sobre la Vulnerabilidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, p. XLI.