

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/325553885>

El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años

Article · June 2018

CITATIONS

0

READS

725

2 authors, including:



[Julieta Di Corleto](#)

Universidad de Buenos Aires

11 PUBLICATIONS 3 CITATIONS

SEE PROFILE

El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años

Julieta Di Corleto y Marta Monclús Masó*

1. Introducción

El encarcelamiento de mujeres embarazadas o con hijos da cuenta de la lógica del sistema penal: el poder punitivo del Estado no reconoce límites para el castigo de mujeres en estado de gravidez y tampoco para el encierro de menores de edad ajenos al conflicto penal.

En Argentina, las mujeres detenidas que cursan embarazos o que tienen hijos a su cargo se hallan en un estado de gran precariedad económica y educativa: la mayoría son pobres y prácticamente no han tenido acceso a instancias de educación formal. En estos casos, el Estado no sólo no ha garantizado su derecho a una vida digna fuera de la prisión, sino que las ha llevado a un encierro más severo, con consecuencias nefastas para sus vínculos familiares¹.

La ley 26.472, sancionada el pasado 17 de diciembre de 2008, es innovadora en el ámbito de Latinoamérica, al introducir el arresto domiciliario para mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años. Su entrada en vigencia resulta estimulante, no sólo por lo que implica para la defensa penal de las mujeres que viven en prisión, sino también porque conlleva el reconocimiento del Estado de los efectos nocivos del encierro, y por tanto, habilita a reflexionar sobre las posibilidades de modificar la forma en la que se imparte el castigo. De todos modos, aun con este

* Julieta Di Corleto es docente de la cátedra a cargo del Profesor Edmundo Hendler. Marta Monclús Masó es Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona y Coordinadora del Observatorio de Cárceles Federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Las autoras dedican este trabajo al Profesor Edmundo Hendler, quien se ha caracterizado por mantener una intachable trayectoria a favor de los derechos humanos de todas las personas —también de las mujeres— a lo largo de toda su carrera, tanto en el ámbito académico como en su desempeño en la judicatura. Recientemente ha renovado los motivos para este homenaje con un fallo pionero sobre el tema que nos ocupa, al que luego nos referiremos.

¹ Cf. María Naredo Molero, “Reclusas con hijos/as en la cárcel”, en *Mujeres y Castigo: un enfoque socio-jurídico y de género* (Elisabet Almeda Samaranch – Encarna Bodelón González, eds.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, 2007, p. 263.

panorama alentador, existen importantes desafíos que enfrentar para favorecer una amplia interpretación de la ley y su correcta implementación.

Iniciaremos este trabajo presentando algunos datos sobre la actual realidad de las mujeres en cárceles federales de la Argentina y las condiciones que padecen con sus hijos menores de cuatro años detenidos con ellas. También reflexionaremos acerca de las consecuencias del encierro para las mujeres, los niños y el adecuado desarrollo de su vínculo materno filial. Ello pondrá de manifiesto la importancia de la nueva legislación relativa al arresto domiciliario y la necesidad de promover su amplia aplicación.

En segundo lugar, analizaremos detenidamente la nueva ley en los supuestos relativos al arresto domiciliario de mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años. Nos referiremos a los antecedentes y experiencias comparadas y haremos hincapié en que la ley ha configurado la sustitución del encierro en prisión por el arresto domiciliario como un derecho de las mujeres y sus hijos. En consonancia con la especial protección que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales dispensan a las mujeres, los niños y la familia, se debe interpretar que el mantenimiento del vínculo materno filial constituye un bien jurídico de primer orden, ante el cual la potestad punitiva del Estado pasa a un segundo término. En esta sección, también nos pronunciaremos acerca de la aplicación de la nueva regulación a las provincias, puesto que la ley 24.660 constituye el marco mínimo en materia de ejecución penal que todas las provincias están obligadas a respetar, lo que no obsta a que éstas puedan aprobar una regulación más beneficiosa, como ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, nos referiremos a algunos desafíos que plantea la nueva ley para lograr una correcta implementación, destacando la oportunidad de que se constituya un servicio social calificado capaz de brindar las medidas de apoyo y asistencia que va a requerir el colectivo de mujeres madres destinatario del arresto domiciliario, el cual — no debemos olvidar— constituye un grupo vulnerable con muchas necesidades básicas insatisfechas.

Por último enmarcaremos la aprobación de la ley 26.472 como expresión de un nuevo enfoque de justicia penal, el cual abre la puerta a nuevas medidas alternativas al encierro en prisión, si bien por ahora limitadas a los colectivos más vulnerables que sufren en mayor medida las nocivas consecuencias del encarcelamiento. Este nuevo enfoque, que reconoce a la cárcel como un lugar no apropiado para que determinados colectivos salden su responsabilidad penal, abre una alentadora grieta en la actual

cultura punitiva, caracterizada por situar al encarcelamiento como respuesta hegemónica frente a acuciantes problemas sociales.

2. La realidad de las mujeres en prisión

El conocimiento acabado de la realidad de las mujeres en prisión permitirá comprender la importancia de promover el arresto domiciliario para mujeres embarazadas o con hijos menores de edad a su cargo. Por ello, en este acápite presentaremos, en primer lugar, algunos datos sobre las cárceles federales y sobre el perfil de las mujeres allí detenidas, y en segundo término, información sobre las consecuencias del encierro tanto para mujeres como para niños.

2.1. Las cárceles de mujeres en Argentina

Según los últimos datos estadísticos de población reclusa publicados recientemente por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, a diciembre del año 2007, en Argentina había 2.804 mujeres privadas de libertad, lo que representaba el 6% del total de la población carcelaria. Si nos centramos en el ámbito del Sistema Penitenciario Federal (SPF), encontramos que ese mismo año la población femenina constituía el 12% del total de la población reclusa, con un total de 1.040 mujeres detenidas².

El elevado porcentaje de mujeres detenidas en el SPF en comparación con el conjunto del país tiene que ver con la competencia federal en los delitos relacionados con drogas, como se pone de manifiesto si tenemos en cuenta que, para el año 2006, de las 1.106 mujeres presas, el 72% (799 mujeres) estaban detenidas por infracción a la ley 23.737³. No está de más señalar que en la inmensa mayoría de los casos estas mujeres – conocidas con el término de “mulas” – constituyen el eslabón más vulnerable dentro del entramado del tráfico internacional de drogas.

Al 16 de enero de 2009 las mujeres presas en el SPF ascendían a 925, de las cuales 14 estaban embarazadas y 75 vivían con sus hijos; en total, 81 menores de cuatro

² Cf. Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal – SNEEP 2007. Dirección Nacional de Política Criminal, Subsecretaría de Política Criminal, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

³ Cf. Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal – SNEEP 2006. Dirección Nacional de Política Criminal, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Para el año 2006 se obtuvo un corte por género de las estadísticas confeccionadas por la Dirección Nacional de Política Criminal.

años vivían en la cárcel⁴. Muchas de estas mujeres —algunas de las cuales poseen hijos menores de cinco años que no viven con ellas en prisión— se verán beneficiadas por la aplicación de la ley 26.472. Sin embargo, un número igualmente importante no podrá ampararse en la nueva ley: se trata de las mujeres extranjeras —quienes componen aproximadamente el 40% de la población penitenciaria femenina del SPF—, muchas de las cuales no residían en la Argentina antes de su detención, por lo que sus familias e hijos menores quedaron en sus países de origen.

En el SPF existen seis establecimientos penitenciarios destinados a mujeres y un módulo dentro de una cárcel de varones: 1) Instituto Correccional de Mujeres (Unidad 3 SPF): Es la mayor cárcel de mujeres del SPF, ubicada en la localidad de Ezeiza. Tiene una capacidad declarada de 484 plazas, alojando a enero de 2009 a 451 mujeres. 2) Centro Federal de detención de mujeres “Nuestra Señora del Rosario de San Nicolás” (Unidad 31 SPF): Ubicada en la localidad de Ezeiza, tiene la particularidad de alojar a mujeres junto a sus hijos menores de 4 años, así como a embarazadas. Tiene capacidad para 256 mujeres y actualmente aloja a 193, 11 de ellas embarazadas y 67 que conviven con sus hijos menores de cuatro años, ascendiendo la cifra a 73. 3) Módulo V del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza: Es un Módulo de Mujeres dentro de un Complejo Penitenciario de Varones. El Módulo tiene capacidad para 120 mujeres y aloja en la actualidad a 106. 4) Instituto Correccional de Mujeres de Santa Rosa “Nuestra Señora del Carmen” (Unidad 13 SPF): Ubicado en la Provincia de La Pampa, tiene capacidad declarada para 86 mujeres, alojando actualmente a 64. Entre ellas, aloja a 2 madres con 2 menores de cuatro años. 5) Cárcel Federal de Jujuy (Unidad 22 SPF): Ubicada en la Provincia de Jujuy, tiene capacidad declarada de 102 plazas, alojando en la actualidad a 75 mujeres, entre ellas 2 embarazadas y 6 madres con 6 menores de cuatro años. 6) Cárcel Federal de Salta (Unidad 23 SPF): Ubicada en la Provincia de Salta, tiene una capacidad declarada de 22 plazas, alojando en la actualidad a 23 mujeres, una de ellas embarazada. 7) Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres (Unidad 27 SPF): Ubicada en la Ciudad de Buenos Aires, tiene una capacidad de 27 plazas, alojando en la actualidad a 13 mujeres. Tiene la particularidad de alojar a detenidas con problemas psiquiátricos.

En cuanto a las condiciones materiales de las cárceles que alojan a menores de edad, podemos afirmar que todas ellas tienen importantes deficiencias en su

⁴ Los datos proceden de la Síntesis Semanal al 16/01/09 de la Dirección de Judicial del Servicio Penitenciario Federal.

infraestructura, al margen del debate acerca de que ninguna cárcel constituye un ámbito adecuado para la crianza de los hijos, por óptimas condiciones materiales que presenten.

En este sentido, la Unidad 31 de Ezeiza, que es la que mayor cantidad de niños aloja, constituye un espacio inadecuado, puesto que las celdas son muy reducidas, sin espacio apenas para la cuna, los patios no disponen de juegos y las rejas no han desaparecido del entorno. La Unidad y los pabellones donde se alojan los niños tienen las mismas características que otras Unidades sin dicha especificidad (así, por ejemplo, tiene iguales características que el anexo de la U.3). La única diferencia es la existencia de un jardín maternal que cuenta con adecuadas instalaciones.

En cuanto a la Unidad 22 de Jujuy, se trata de una cárcel muy precaria (antigua alcaidía de Gendarmería Nacional) en la que se habilitó un pabellón de madres. Si bien dentro del pabellón se han eliminado las rejas, los niños no disponen siquiera de un patio con juegos. Tampoco hay jardín maternal, por lo que las detenidas deben permanecer al cuidado de sus hijos las 24 horas del día, lo que implica que no pueden estudiar ni trabajar.

Por último, la Unidad 13 de La Pampa dispone para el alojamiento de madres únicamente de dos celdas que no están bien acondicionadas. Dado que no hay cunas, los bebés duermen en camas comunes de hierro, con riesgo de lastimarse. No hay patio con juegos, ni tampoco jardín maternal, de modo que las detenidas deben tener a sus hijos consigo todo el tiempo.

2.2. Las consecuencias del encierro para mujeres y niños

El encarcelamiento de mujeres embarazadas o con niños a su cargo genera una problemática de difícil resolución. No cabe ninguna duda de que la cárcel no constituye un ámbito adecuado para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo; y que lo mismo puede decirse respecto de la crianza de los hijos. También hay acuerdo en que el mantenimiento del vínculo materno filial es fundamental para el desarrollo de los niños de corta edad, por lo que, frente al encarcelamiento de una madre, la separación de sus hijos pequeños no es una solución recomendable⁵. En este sentido, las consecuencias

⁵ En términos generales, cf. María Naredo Molero, “Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria”, en I. Rivera Beiras –coord.-, *La cárcel en España en el fin del Milenio – a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria-*, Barcelona, Bosch, 1999, María Eugenia Espinosa Mora y otras, “Invisibilidad social y jurídica de l@s hij@s de las mujeres reclusas en México, en *Mujeres y Castigo: un enfoque socio-jurídico y de género* (Elisabet Almeda Samaranch – Encarna Bodelón González, eds.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, 2007.

del encierro para mujeres embarazadas o con menores de edad a su cargo, así como también para los niños, ponen en evidencia la importancia de buscar una alternativa que tenga en cuenta los derechos de todos los afectados.

En la actualidad existe consenso en punto a que el encarcelamiento tiene un impacto más severo sobre las mujeres que sobre los varones⁶. Respecto de las mujeres que atraviesan un embarazo o son madres de hijos pequeños, su situación merece un tratamiento aún más especial. En relación a las embarazadas, la cárcel no garantiza el acceso a la atención adecuada en cuanto a dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y recursos médicos. Al hecho de que los regímenes penitenciarios rígidos son *per se* incompatibles con los cuidados requeridos por las mujeres en estado de gravidez, se suma que el estrés del encierro puede tener un efecto negativo sobre la salud de la mujer y el curso del embarazo. Por otra parte, el alumbramiento durante el encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del niño⁷. Respecto de las mujeres que tienen hijos pequeños, en función de su rol social, éstas se ven muy afectadas por la ruptura de sus vínculos familiares. Por ello, con frecuencia sufren problemas de salud mental y emocional debido a la angustia que les provoca la situación de sus hijos, lo que en muchos casos puede exacerbar o provocar serios problemas psicológicos⁸.

Desde esta perspectiva, el arresto domiciliario para mujeres embarazadas o con niños a su cargo exige una interpretación que atienda en forma específica sus derechos⁹. Si bien la justicia no ha estado muy abierta a este tipo de lectura, algunas decisiones han resaltado la importancia de atender la situación particular de las reclusas. Así, por ejemplo, se ha reparado en la necesidad de otorgar el arresto domiciliario sobre la base de reconocer a la mujer el derecho a recibir protección especial durante el embarazo¹⁰,

⁶ Para un examen sobre las diferencias del encierro en las mujeres y sobre las prácticas de discriminación indirecta en las prisiones, cf. CEJIL, *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, 2007, p. 11; Almeda E., *Corregir y Castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002.

⁷ Comisión sobre temáticas de género, *Limitaciones al encarcelamiento: La situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad*, Edición del Departamento de Comunicación Institucional de la Defensoría General de la Nación, 2007.

⁸ Cf. Quaker United Nations Office, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los amigos*, Grupo del Proyecto Mujeres en la Cárcel, agosto 2007 e *Informe de la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer: misión a la Federación de Rusia*, E/CN.4/2006/61/Add.2 Recomendaciones.

⁹ Tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales permiten analizar la importancia del arresto domiciliario desde la perspectiva de los derechos de las mujeres. Cf. arts. 14 bis, 16, 18, 75 incs. 22 y 23, CN, arts. 1, 5.1, 17.1, 19, 24, CADH, arts. 1, 4.b y 5.b, CEDAW y art. 9 de la Convención de Belém do Pará, arts. VI, VII, XI, XXV, DADH, entre otros.

¹⁰ Cf. C.Ap. y Gtías. San Isidro, Sala II, “Inc. de excarcelación a favor de O.”, rta. 23/11/2006.

el derecho a la lactancia protegido en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos¹¹ o el derecho a su integridad física y psíquica en razón de la aflicción y angustia que provoca la separación de los hijos¹².

En cuanto al impacto del encierro sobre los niños, en un informe desarrollado por la organización Quaker United Nations Office se ha señalado que los hijos de las detenidas sufren depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión y problemas de alimentación¹³. Esto último pone de manifiesto que el encarcelamiento de la madre afecta derechos fundamentales de niños ajenos al conflicto penal. Ante tal constatación, el Estado no puede permanecer indiferente y debe brindar una respuesta alternativa a la prisión ya que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión tome en cuenta a los niños ajenos al conflicto penal¹⁴. En relación con este enfoque, la justicia ha sido más receptiva a contemplar la situación de los niños que fueron separados de sus madres o que deben acompañarlas en prisión. Así, por ejemplo, se han privilegiado las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo puede tener la atmósfera de la prisión¹⁵, se ha prestado atención a las consecuencias del encierro en la salud psicofísica de los niños¹⁶, o incluso en la precariedad económica y emocional en la que permanecen los niños que no acompañan a sus madres en la cárcel¹⁷, todo ello a la luz del “interés superior del niño”¹⁸.

Ahora bien, el hecho de analizar el impacto del encierro desde la perspectiva de los derechos de las mujeres por un lado, y desde los derechos de los niños por el otro,

¹¹ Cf. Voto en disidencia del Dr. Hendler en, C.N.P.Ec., Sala A, “Wozniak, Karina y otra”, rta. 23/03/2006; Juzgado Federal N° 1 de Mar del Plata, “Basallo, María N.”, rta. 17/01/2003.

¹² Cf. C.N.P.Ec., Sala A, “Boheme y otros”, rta. 29/11/2006, en especial el voto del Dr. Hendler.

¹³ Comisión sobre temáticas de género, *Limitaciones al encarcelamiento: La situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad*, ob. cit.

¹⁴ Cf. Eugenio Zaffaroni, *Derecho Penal, Parte General Penal*, § 11-III, Buenos Aires, 2002, p.124.

¹⁵ Cf. C.N.C.P., Sala IV, “A.A.T. s/recurso de casación”, rta. 29/08/2006.

¹⁶ Cf. T.O.C. Fed. Rosario N° 1, “Maloni, Marcela s/ detención”, rta. 20/03/2007.

¹⁷ Cf. T.O.C. Fed. Rosario N° 2, “Junco Graciela s/ Ley 23.737”, rta. 9/08/2007, Jdo. Crim. Corr. Fed. N° 12, Sec. N° 24, “Eva Milagros Clemente s/ inc. prisión domiciliaria”, rta. 21/09/07, Jdo. Penal Ec. N°8, Sec. 16, “Incidente de solicitud de detención domiciliaria a favor de C.M. Sayago”, en causa Boheme y otros s/ contrabando de estupefacientes, rta. 2/11/2006, C.N.P.Ec., Sala A, “Boheme y otros”, rta. 29/11/2006, entre otros.

¹⁸ En la Opinión Consultiva n° 17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que para asegurar la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en la materia (Cf. Corte I.D.H., “Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño”, 28 de agosto de 2002). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a todos los tribunales de todas las instancias a prestar especial atención al interés superior del niño, en tanto principio que proporciona un parámetro objetivo para resolver los problemas en el sentido que resulte mayor beneficio para la niñez (C.S.J.N., “S.C. s/ Adopción”, rta.2/08/2005).

no puede llevarnos a concebir un conflicto de intereses entre mujeres y niños. Como bien ha sostenido Naredo: “La verdadera colisión, y de la que no se habla, es la que enfrenta los derechos de los menores y sus madres reclusas a la vida familiar en un entorno normalizado y el derecho del Estado a encarcelar a la madre”¹⁹. Es por ello que resulta necesario buscar otro tipo de respuestas o “soluciones” más imaginativas frente a los casos de mujeres madres en conflicto de la ley penal. Y sin duda dichas respuestas deben pensarse en el campo de la alternatividad a la pena carcelaria²⁰. Pero no cualquier tipo de alternatividad, sino una genuina en la que la amenaza de la cárcel no penda como Espada de Damocles sobre la cabeza de las mujeres ni el acceso a la pena alternativa se libre a la absoluta discrecionalidad de operadores judiciales o penitenciarios²¹. Si se quiere estipular seriamente una solución alternativa al encarcelamiento de niños con sus madres, dicha posibilidad debe ser configurada como un derecho de ambos.

3. El arresto domiciliario para mujeres según la ley 26.472

La ley 26.472 vino a reparar la situación que se plantea cuando una mujer embarazada o madre de un niño pequeño es imputada o condenada por un delito para el que está prevista una pena privativa de libertad. Frente a estas situaciones, la legislación de varios países prevé la posibilidad de que se suspenda el encarcelamiento de la mujer embarazada o de que la madre pueda tener consigo al niño hasta determinada edad²². En Argentina, el artículo 495 del Código Procesal Penal prevé la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que

¹⁹ Cf. María Naredo Molero, “Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria”, *ob. cit.*, ps. 207 y ss.

²⁰ En un Informe Especial titulado “Mujeres privadas de libertad en Centros Penitenciarios de Andalucía”, publicado en octubre de 2006, el Defensor del Pueblo andaluz señala la necesidad de: “ir adoptando una serie de medidas alternativas al encarcelamiento de mujeres embarazadas, o con hijos de corta edad, medidas que en unos casos implicarán reformas legales y reglamentarias y, en otros, una aplicación más generosa de fórmulas ya previstas sobre clasificaciones de grado o la concesión de beneficios penitenciarios”, pág.106 (Ver página <http://www.defensor-and.es>, consultada por última vez el 12-03-09).

²¹ Ver respecto del debate acerca de las medidas alternativas Massimo Pavarini, “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?”, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 1, Núm. 2, 2º semestre de 1992, ps. 75-85.

²² En general el análisis de la normativa aplicable a mujeres reclusas da cuenta de la falta de previsión de las necesidades especiales de las mujeres. En todas las legislaciones se observa que las referencias explícitas a las mujeres hacen hincapié en su condición reproductora, limitando el enfoque a las condiciones de la maternidad. Para un análisis de la situación en Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, cf. Conf. CEJIL, *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay*, *ob.cit.*

tenga un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia²³. Paralelamente, la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad autoriza la permanencia de los niños en prisión hasta los cuatro años²⁴, una “solución” que pretendidamente conjugaría los derechos de las mujeres con el denominado “interés superior del niño” recogido en tratados internacionales y legislaciones nacionales²⁵. Finalmente, antes de la sanción de la ley 26.472, el Código Penal habilitaba el arresto domiciliario para los casos de “mujeres honestas” cuando la pena no superaba los seis meses de prisión²⁶.

En esta sección presentaremos un análisis de los nuevos supuestos de arresto domiciliario para mujeres incorporados a la ley comentada, la implicancia de esta reforma introducida sobre la ley 24.660, así como también los desafíos que debe enfrentar su implementación. Previo a ello daremos cuenta de algunos antecedentes legislativos y experiencias comparadas que propiciarán una interpretación amplia de la normativa recientemente sancionada.

3.1. Antecedentes y experiencias comparadas

La ley 26.472 es el resultado de tres iniciativas legislativas presentadas por los Legisladores Marcela Rodríguez y Emilio García Méndez, la Diputada Nacional Diana Conti y el Procurador Penitenciario de la Nación Francisco Mugnolo. Dichas iniciativas fueron unificadas por la Comisión de Legislación Penal en un solo proyecto que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados el 7 de noviembre de 2007, y alcanzó la sanción definitiva el 17 de diciembre de 2008 mediante la aprobación en la Cámara de Senadores.

El Proyecto Unificado elevado a las Cámaras contenía una redacción más generosa, puesto que la fórmula de modificación de la ley 24.660 consistía en señalar “*Podrán cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria: [...]*”, a lo que se sumaba la derogación del régimen de la ley 24.660 que regula las condiciones de detención en

²³ El artículo 495 del Código Procesal Penal de la Nación dispone: “La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2º) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente”.

²⁴ El artículo 195 de la ley 24660 establece: “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado”.

²⁵ Cf. arts. 2.2, 3, 5, 7.1, 8.1, 9.1 y 18.1, CDN y arts. 3, 4, 7, 33, 35 y 37 de la ley 26.061.

²⁶ El artículo 10 del Código Penal establecía: “Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”.

los establecimientos de mujeres embarazadas o con niños menores de cuatro años²⁷. En cambio, la ley sancionada dispone que “*El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: [...]*”, por lo que no se han anulado los establecimientos penitenciarios que permiten el alojamiento de niños menores de cuatro años.

En sus fundamentos, el Proyecto Unificado hacía alusión a la necesidad de garantizar el derecho a la salud, especialmente en razón de que el ámbito carcelario no es adecuado para el alojamiento de personas que, como las mujeres embarazadas, requieren una atención especial. También reconocía que, en vinculación con el derecho a la salud, la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes hacía obligatoria una más amplia normativa sobre arresto domiciliario. Finalmente, el Proyecto daba cuenta de la importancia de la protección de los derechos de las mujeres embarazadas o madres, así como también los de los niños, todos ellos protegidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Como antecedente de este modelo podemos citar los casos de Italia y Noruega, que son dos de los países europeos que regulan el arresto domiciliario para las mujeres con hijos²⁸. En el caso de Italia la norma establece, por una parte, un aplazamiento obligatorio del cumplimiento de la pena para el caso de mujeres embarazadas o madres de menores de un año y, por otra parte, la posibilidad de cumplir la pena en arresto domiciliario para las madres con hijos de hasta 10 años²⁹. Además, se prevé que puedan cumplir dicho arresto en su propio domicilio o en otro lugar, como ser algún centro de asistencia o acogida. Asimismo, la regla indica que la detención domiciliaria especial se puede conceder, en las mismas condiciones previstas para la madre, también al padre detenido, si la madre murió, está imposibilitada o si no existe otro modo de confiar la prole a otros que no sea el padre.

²⁷ Dicha derogación se basaba en la idea de que al habilitar el encierro del niño en la prisión, se lo sometía a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Frente a esta opción, el Proyecto Unificado tomaba partido por la obligatoriedad de conceder a la mujer una medida menos restrictiva de la libertad. Al respecto, Marcela Rodríguez y Emilio García Mendez sostuvieron: “consideramos que la solución de la Ley de Ejecución de la Pena –que permanezcan con sus madres en el servicio penitenciario– resulta aberrante a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Al respecto, ver página disponible en <http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-1261.pdf>, visitada por última vez el 26 de febrero de 2009.

²⁸ Cf. María Naredo Molero, “Reclusas con hijos/as en la cárcel”, *ob. cit.*, p. 274.

²⁹ Ley n° 40, de 8 de marzo de 2001, sobre “Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori”.

Por otro lado, merece la pena mencionar la experiencia española de los pisos tutelados o unidades dependientes de madres, que se caracterizan por huir del espacio penitenciario, de las rejas y de los uniformes, con el fin de que las madres y sus hijos desarrollen su cotidianidad en un espacio lo más normalizado posible, sin bien se mantiene la custodia o vigilancia. El antecedente de dicha experiencia lo encontramos en el Informe del Defensor del Pueblo español de 1988, donde el encarcelamiento de niños junto a sus madres fue duramente denunciado. Desde entonces se creó un modelo alternativo consistente en los aludidos pisos tutelados y unidades dependientes de madres que tratan de apartar a las madres con sus hijos menores del entorno penitenciario. No obstante, podemos destacar que este recurso estuvo infrutilizado, debido a que estaba previsto únicamente para madres en un avanzado estadio de la progresividad dentro del régimen penitenciario —el denominado tercer grado—. Recientemente se ha ampliado posibilitando también el acceso a madres clasificadas en segundo grado, por lo que se deberán evaluar de nuevo los resultados.

3.2. El derecho de las mujeres y sus hijos al arresto domiciliario

La ley 26.472 tiene por objeto ampliar los supuestos en que se puede sustituir el encierro en prisión por la detención domiciliaria, tanto los previstos en la ley 24.660 como en el Código Penal. La reforma está dirigida a evitar el encierro de los colectivos más vulnerables y de aquellos grupos que merecen una especial protección, como son las mujeres embarazadas o con hijos menores a cargo y los niños.

En el caso que aquí nos ocupa, el nuevo artículo 32 de la ley 24.660 dispone lo siguiente: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”. Por su parte, el artículo 10 del Código Penal ha quedado redactado en los siguientes términos: “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

En correspondencia con lo anterior, en el capítulo relativo a la prisión preventiva, el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación —que no ha sido modificado— establece: “El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio”.

Como ya se ha apuntado, la fórmula original del Proyecto Unificado era más amplia, puesto que no establecía la concesión de la detención domiciliaria como una facultad del juez. La redacción aprobada por las Cámaras atribuye al juez la facultad de disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria.

Ello no obstante, una correcta interpretación de la ley no puede llevar a que dicha facultad pueda ser ejercida con absoluta discrecionalidad, y mucho menos de manera arbitraria. En un Estado republicano y de derecho como la Argentina, los principios de legalidad y de seguridad jurídica constituyen un pilar fundamental, y los ciudadanos tienen derecho a que las leyes sean aplicadas según criterios objetivos y previsibles.

Por otro lado, la nueva regulación debe ser interpretada en el marco de la especial protección que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales atribuyen a las mujeres, los niños y la familia, por quienes el Estado está obligado a legislar y promover las acciones positivas que los favorezcan. En función de esta normativa, el bienestar de estos grupos debe anteponerse a la pretensión punitiva del Estado³⁰. Por consiguiente, a luz de estas normas debemos interpretar que las mujeres madres en conflicto con la ley penal y sus hijos menores de edad tienen derecho a la concesión de la detención domiciliaria, con el fin de que su vínculo materno filial y su vida cotidiana puedan discurrir regularmente. En este sentido, cuando se den los supuestos legales de una mujer embarazada o madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo, la concesión de la detención domiciliaria debe ser la regla general, que únicamente podrá ser denegada en supuestos excepcionales y con la debida motivación.

Por otra parte, con relación al límite de cinco años de edad establecido por la ley 26.472, cabe señalar que este parámetro se ha establecido en consonancia con la ley civil que otorga a las mujeres el cuidado de los hijos hasta los cinco años de edad³¹, pero ello no obsta a que se conceda el arresto domiciliario a una mujer cuando sus hijos

³⁰ La normativa que favorece este tipo de análisis se encuentra en los artículos 14 bis, 16, 18, 33, 75 incs. 22 y 23, CN, arts. 1, 5.1, 17.1, 19, 24, CADH, arts. VI, VII, XI, XXV, DADH, arts. 1, 4.b y 5.b, CEDAW y art. 9 de la Convención de Belém do Pará, arts. 2.2, 3, 5, 7.1, 8.1, 9.1 y 18.1, CDN, art. 23 PIDCP y arts. 10 y 12, PIDESC.

³¹ El artículo 206, CC establece: “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos”.

ya han superado esa edad. En efecto, la edad máxima establecida por el legislador no puede ser interpretada como un límite rígido, sino más bien como una previsión con carácter indicativo, que pueda ser exceptuada en los casos en que aparezca como necesario extender el período de detención domiciliaria para garantizar la preservación de un bien jurídico superior, como puede ser el “interés superior del niño”³².

Conviene señalar, por otro lado, que la nueva regulación no ofrece respuestas frente a la problemática de las mujeres madres de niños de cinco años que encuentran fuera del país. Como se ha señalado más arriba, en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal aproximadamente el 40% de las mujeres son extranjeras, la mayoría de las cuales no residía en la Argentina antes de su detención. Ello significa que hay un colectivo de mujeres extranjeras detenidas cuyos hijos menores de 5 años quedaron en su país de origen, en algunos casos en una situación de absoluto desamparo. Ante casos de este tipo, debería pensarse en algún tipo de solución, como la posibilidad de que el menor en situación de desamparo ingrese a la Argentina para que su madre pueda hacerse cargo de él en detención domiciliaria, o bien la opción de que sea la madre quien regrese a su país de origen, arbitrando nuevas medidas alternativas para canalizar su responsabilidad penal.

3.3. La aplicación de la ley 26.472 a las provincias

Con la sanción de la ley 26.472 el debate referido a la distribución de competencias legislativas en materia de ejecución de la pena recobra actualidad. Ello por cuanto el alcance de la aplicación de los nuevos supuestos de arresto domiciliario dependerá de decidir si la ley 24.660 y sus modificatorias rigen exclusivamente en la jurisdicción federal o si las provincias se encuentran obligadas por esta normativa, ya sea porque sólo el Congreso Nacional se encuentra facultado a dictar normas sobre ejecución de la pena o porque la ley nacional representa el marco mínimo de la legislación local en la materia³³.

³² En este sentido se puede citar el caso de una mujer extranjera madre de una niña de 5 años que carece de otros vínculos familiares en la Argentina, por lo que la denegación del arresto domiciliario a la madre comportaría la institucionalización de la menor. Véase al respecto el *amicus curiae* presentado por la Comisión sobre temáticas de género de la Defensoría General de la Nación “Incidente de solicitud de prisión preventiva domiciliaria de Helena Opoku Jhonston –causa n° 9515- Sala “A” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico” y la decisión emitida por dicho Tribunal el 3 de marzo de 2009, que comentaremos en las conclusiones.

³³ Para un análisis de los argumentos que sustentan cada una de estas posiciones, cf. Gustavo Herbel, “Los inescrutables caminos de la competencia legislativa en materia de ejecución penal”, en *Derecho de ejecución penal* (Zulita Fellini dir.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 211.

En el contexto de esta discusión existen fuertes argumentos para validar la posición que sostiene que, no obstante su competencia para dictar normas sobre ejecución de la pena, las provincias se encuentran obligadas a respetar la ley 24.660 siempre que resulte más beneficiosa para el condenado. En efecto, si bien las provincias no pueden verse impedidas de ejercer las facultades que no fueron expresamente delegadas al gobierno central —más si resultan necesarias para la administración de justicia— los principios de legalidad en la ejecución de la pena, el de judicialización y el de resocialización justifican el dictado de una reglamentación nacional mínima que satisfaga un estándar básico de derechos y garantías para todas las personas condenadas a penas privativas de la libertad³⁴. Así, la fórmula completa incluida en los artículos 228 y 229 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad — en tanto reconocen a las provincias la potestad de emitir normas de ejecución penal, pero las obligan a concordarlas con la nacional— parece adecuada a la luz de la normativa constitucional que prescribe que las provincias se reservan todo el poder no delegado al gobierno nacional pero que deben respetar y garantizar los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales³⁵. Para reforzar este argumento se ha dicho que sólo una interpretación contraria al principio *pro homine* permitiría negar a las provincias la facultad de sancionar su propia legislación so pretexto de afectar el principio de igualdad, pues lo que “se pretende es eliminar de las leyes provinciales las normas que no garanticen en igual o mayor medida los derechos de los presos”³⁶ contemplados en la normativa sancionada por el Congreso Nacional.

En función de estos argumentos, resulta correcta la interpretación que determina que la ley 24.660 y sus modificatorias conforman los estándares mínimos de los derechos y garantías constitucionales para las personas privadas de su libertad y las normas locales sólo pueden establecer pautas que adapten la normativa nacional a los contextos provinciales o que otorguen mayores beneficios a los condenados en sus jurisdicciones³⁷.

Esta problemática se da fundamentalmente en las provincias que no han adherido a la ley 24.660, como por ejemplo Buenos Aires y Córdoba³⁸. De todos

³⁴ Sobre esta cuestión, cf. Gustavo Herbel, *ob. cit.*, ps. 232 y 233.

³⁵ En esto se sigue a Gustavo Herbel, *ob. cit.*, ps. 229, 232 y ss.

³⁶ Cf. Zaffaroni- Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 168.

³⁷ Cf. Gustavo Herbel, *ob. cit.*, p. 234. En el mismo sentido, Zaffaroni-Alagia-Slokar, *ob. cit.*, p. 168.

³⁸ En la Provincia de Buenos Aires, la ley 12.256 regula todo lo relativo a la ejecución de la pena. Por el contrario Provincias como Entre Ríos (Ley 9117), San Juan (Ley 6883) y Santa Fe (Ley 11.661), han adherido a la legislación nacional.

modos, la cuestión ya ha sido resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”³⁹, en el cual el Máximo Tribunal explicitó que la ley federal de ejecución es norma marco que no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales y “que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones”. De ello se desprende que la Corte ha resuelto que las competencias legislativas deben estar distribuidas de tal manera que el Estado Nacional está obligado a fijar un estándar mínimo para la ejecución de la pena y los Estados Provinciales, habilitados a mejorar la situación de las personas condenadas. Este argumento de autoridad no es intrascendente para la judicatura ya que, conforme lo establece el Máximo Tribunal, “es obligación de los jueces inferiores conformar sus decisiones a las conclusiones de la Corte, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, a menos que sustenten su discrepancia en razones no examinadas o resueltas por el tribunal”⁴⁰.

De lo expuesto resulta que la ley 26.472 constituye una norma aplicable a todo el país en tanto modifica a la ley 24.660 que establece principios y modalidades básicas de ejecución de la pena. Por ello, dado que las legislaciones provinciales sólo pueden mejorar la situación de los condenados, los jueces provinciales no podrán negar la concesión del arresto domiciliario según los parámetros de la ley 26.472, privilegiando una legislación local más restrictiva que la federal⁴¹.

3.4. Los desafíos en la implementación de la ley

La ley 26.472 ha dispuesto que: “El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad” (nueva redacción art. 33 Ley 24.660 y art. 502 Código Procesal Penal de la Nación). En este sentido, se prevé la posibilidad de una supervisión de la medida de arresto domiciliario, la cual será dispuesta cuando el juez *lo estime conveniente*. Al respecto, lo primero que debemos señalar es que “supervisión” no es sinónimo de vigilancia o control necesariamente,

³⁹ Cf. C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, rta. 3/5/2005, cons. 59 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti.

⁴⁰ Cf. Fallos 311:1644, 312:2007, entre otros. Estos argumentos han sido desarrollados en numerosas decisiones jurisdiccionales. Así, por ejemplo, cf. C. Apel. y Garantías Penal San Isidro, sala 2ª, “Bermúdez Rodríguez, Luis”, rta. 03/10/2008.

⁴¹ Cf. Gustavo Herbel, *ob. cit.*, p. 234.

sino que tiene un significado más amplio y puede ser leído también en clave de medidas de apoyo y asistenciales.

Es conveniente recordar que buena parte de las mujeres en prisión está detenida por delitos vinculados a situaciones de elevada o extrema pobreza. Ello significa que se trata de un colectivo con muchas necesidades básicas insatisfechas. En algunos casos las mujeres no disponen de un domicilio o incluso ni siquiera cuentan con vínculos de familiares o amigos que puedan facilitar su asistencia y manutención para el cumplimiento de la medida del arresto domiciliario.

Por consiguiente, para una adecuada implementación de la nueva ley, va a ser necesaria la creación de un servicio social calificado que pueda asistir a las mujeres de diversas formas: desde la obtención de un domicilio donde poder cumplir la medida de arresto domiciliario, a la asistencia material en términos de cubrir las necesidades básicas de manutención propias y las de sus hijos, a la posibilidad de brindar acompañamiento a los niños para que realicen actividades fuera de su domicilio (asistencia a jardín o colegio, controles médicos, visitas a familiares y amigos, otras salidas recreativas, etc.) en el supuesto de que el juez no autorice salidas diarias de la madre. A ello se suma que, dado que la ley debe ser aplicada tanto en la jurisdicción nacional, como en las provinciales, tanto las administraciones nacionales como provinciales deberán implementar los programas necesarios para garantizar la amplia implementación de la normativa sancionada.

4. Un nuevo enfoque de justicia penal

La ley 26.472 es una expresión de la medida en que los legisladores han advertido de qué forma la prisión no es un lugar apropiado para que algunas mujeres cumplan la pena privativa de la libertad. Sin embargo, aun cuando los datos de la realidad social indican que son muchas las mujeres encarceladas que tienen niños menores de edad a su cargo, esta característica —a diferencia del supuesto del estado de embarazo— no es privativa del sexo femenino. En este sentido, el arresto domiciliario, tal como está regulado por la ley recientemente sancionada, tendría el potencial de permitir repensar la forma en la que se imparte el castigo tanto para varones como para mujeres, ya sea en términos de sanciones alternativas o de modalidades de

cumplimiento de la pena privativa de la libertad menos cruentas que el encierro en la prisión⁴².

En la actualidad, por sus características especiales, la categoría “criminalidad femenina” nos invita a reevaluar la forma en la que se castiga en el ámbito penal. Por ejemplo, la gran mayoría de las mujeres presas está detenida por delitos no violentos, principalmente los referidos al tráfico de estupefacientes. En este sentido, el legislador podría haber reparado en esta circunstancia para proponer distintas modalidades de cumplimiento de la pena de prisión para estas infracciones penales. Sin embargo, el Congreso no se detuvo en esta variable, sino que puso su atención en el estado de embarazo o en la condición de “madres” de muchas de las mujeres detenidas. Para el caso de las mujeres embarazadas resulta evidente que la prisión no garantiza la atención adecuada para dicho estado de salud; y para el supuesto de mujeres con hijos a su cargo, el legislador ha reconocido, por un lado, que son las mujeres quienes asumen el cuidado primario de los hijos —y que este hecho debe ser reconocido y no ignorado, pensando en un futuro ideal en el que varones y mujeres compartan equitativamente las tareas del hogar—, y por el otro, que los efectos de la prisión trascienden violentamente sobre sus familiares, por lo que resulta necesario buscar otras modalidades de castigo.

Ya con anterioridad a la sanción de la ley 26.472, abogados de mujeres y de niños han advertido sobre las deficiencias sanitarias para la atención de las embarazadas y sobre las consecuencias de exponer a un niño a la atmósfera de la prisión⁴³. Salvo en los casos en los que haya alguna restricción de contacto, lo ideal es que la madre y su hijo mantengan su vínculo en forma regular fuera de la cárcel. En este contexto, el arresto domiciliario parece una forma adecuada de resolver la problemática, incluso cuando se mantenga la estructura tradicional de la privación de libertad.

Ahora bien, aun bajo las ventajas evidentes de la legislación recientemente sancionada, no puede soslayarse el hecho de que ésta sólo habilita un tratamiento especial para la mujer en su función reproductora o en su rol de madre. Este hecho, podría argumentarse, refuerza los estereotipos de género que asignan a las mujeres un rol preponderante en la esfera doméstica. Desde esta perspectiva, el arresto domiciliario

⁴² Esta situación resultaría paradójica si se tiene en cuenta que la criminalidad femenina y su castigo ha sido una temática generalmente relegada y que es desde este ámbito donde pueden abrirse nuevos espacios para pensar el castigo penal.

⁴³ Prueba de ello es el interesante cuerpo de jurisprudencia que ha habilitado el arresto domiciliario para el supuesto de mujeres con niños a su cargo. Respecto de la Cámara Nacional de Casación Penal, vale la pena consultar: Sala III, “Comesaña, Teresa Martina s/recurso de casación”, rta. 7/06/2006; “E., A. K. s/rec. de casación”, rta. 27/11/2006; Sala IV, “A.A.T. s/recurso de casación”, rta. 29/08/2006; “A., C.E. s/rec. de casación”, rta. 06/02/2008, “D., E. E. s/rec. de casación”, rta. 02/06/2008.

concebido únicamente para mujeres iría a contravía de una agenda que busca la igualdad formal entre varones y mujeres.

Sin embargo, los abogados de mujeres encarceladas deberían desechar esta clase de cuestionamientos retóricos. En primer lugar, porque en política penitenciaria, la mirada que privilegia igual tratamiento para mujeres y para varones lleva a desconocer el impacto diferencial del encierro sobre las primeras; en segundo término, porque este tipo de críticas no puede anteponerse a una mejor defensa penal para una mujer en un caso en concreto, y por último —pero no por ello menos importante— porque en el mediano plazo este tipo de medidas beneficiará a un grupo más amplio que el compuesto por las mujeres embarazadas o madres.

En efecto, si bien la ley 26.472 prevé el arresto domiciliario para las mujeres en estado de embarazo o con hijos menores de cinco años a su cargo, frente a un supuesto en el que un progenitor varón se encuentre en una situación equivalente a la prevista en la norma recientemente sancionada, no sería razonable negarle la posibilidad de un arresto domiciliario.

5. Conclusiones

Debemos celebrar la aprobación de la ley 26.472, mediante la cual la Argentina se convierte en pionera en el ámbito latinoamericano y se sitúa entre los países más avanzados en cuanto al tratamiento penal de las mujeres embarazadas y madres de hijos menores.

La nueva regulación del arresto domiciliario pone de manifiesto que la cárcel no es un lugar adecuado para exigir responsabilidad penal a determinados colectivos especialmente vulnerables, como las mujeres embarazadas y madres de niños menores, pero también enfermos incurables en período terminal, personas con discapacidades o enfermos cuyas dolencias no puedan ser tratadas adecuadamente en prisión, así como mayores de 70 años. Frente a estos casos, los legisladores argentinos han optado por una medida alternativa al encarcelamiento, aunque no a la privación de la libertad. Es decir, las personas destinatarias de la ley siguen cumpliendo su pena privativa de la libertad —o sujetas a una medida procesal restrictiva de su libertad— pero lo hacen en sus domicilios, fuera de los muros de la cárcel. Y en este sentido la ley 26.472 abre una brecha a la condición hegemónica de la prisión como única respuesta frente a los problemas sociales que están en la base de los conflictos penales.

En cuanto al tratamiento de las mujeres madres en conflicto con la ley penal, debemos advertir que no se trata de la mejor regulación posible, puesto que establece limitaciones en cuanto a la edad de los hijos –cinco años-, así como restringe su aplicación a las mujeres, sin contemplar el supuesto del progenitor varón que se encuentre a cargo de hijos menores.

No obstante, dichas limitaciones, como cualquier otra que surja de la casuística de la nueva regulación, pueden y deben ser abordadas por los magistrados encargados de su aplicación, mediante una interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico que contemple la especial protección a la mujer, la familia y la niñez tal como lo exige la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

En otros términos, una vez sancionada la ley por el Congreso, corresponde al Poder Judicial tomar la posta para garantizar la correcta aplicación de la nueva regulación, procediendo a una amplia interpretación de los supuestos legales y evitando que la ley se transforme en papel mojado, puesto que la voluntad manifestada por los representantes del pueblo es clara en el sentido de atribuir supremacía a la especial protección de la mujer, la familia y la niñez, morigerando la potestad punitiva estatal mediante la sustitución del encierro en prisión por el arresto domiciliario.

En este sentido, queremos finalizar estas líneas de homenaje al profesor Edmundo Hendler destacando un reciente pronunciamiento de fecha 3 de marzo de 2009 de la Sala que integra como Juez de Cámara —conjuntamente con los Dres. Bonzon y Repetto—, pronunciamiento que constituye un valioso precedente en la aplicación del supuesto legal del arresto domiciliario a mujeres madres⁴⁴.

El caso involucraba a una mujer extranjera residente en la Argentina imputada en un proceso seguido por el delito de contrabando de estupefacientes, quien tenía una hija de cinco años. La nueva ley 26.472 fue aducida por el defensor oficial como elemento a considerar, pues amplía los supuestos de arresto domiciliario para las madres de niños menores de cinco años. Pese a que la niña ya había cumplido los cinco años de edad, el defensor solicitó el cumplimiento de la prisión preventiva dictada a la imputada bajo el régimen de arresto domiciliario, alegando por una parte, los derechos de la madre y su hija a una vida familiar normalizada y, por otra parte, argumentando que no había en la Argentina otros familiares que pudieran hacerse cargo de la menor, por lo

⁴⁴ Incidente de solicitud de prisión preventiva domiciliaria de Helena Opoku Jhontson –causa N° 9515-Sala “A” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, 3 de marzo de 2009.

que el encarcelamiento de la madre la colocaba en situación de desamparo, tornando inevitable su ingreso en un instituto de menores.

El juez de primera instancia no hizo lugar a la solicitud de la defensa relativa al arresto domiciliario de la madre, por haber cumplido la hija la edad de cinco años y en razón de la suscripción por parte de Argentina de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas⁴⁵.

En su apelación, la defensa alegó la prioridad que debe darse a la Convención sobre los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales que establecen una especial protección a la mujer y a la familia —todos ellos incorporados a la Constitución Nacional—, por sobre la concerniente al tráfico de estupefacientes ratificada por ley. La apelación fue acompañada por una presentación en carácter de *amicus curiae* del presidente de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otra de la Comisión sobre temáticas de género de la Defensoría General de la Nación.

La Cámara de Apelaciones resolvió revocar la resolución de primera instancia e hizo lugar a la solicitud de arresto domiciliario de la imputada teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Por una parte, porque se trataba del caso de una mujer procesada y, por consiguiente, amparada por la presunción de inocencia, por lo que la ley debía ser interpretada de la forma más favorable posible. A continuación, la Cámara descalificó “la interpretación *a contrario sensu* y en forma rigurosamente literal que el juez efectúa a partir de la disposición que autoriza la prisión domiciliaria de mujeres con hijos *menores de cinco años*”. Esa manera de interpretar la ley —señaló— no está en armonía con el resto del ordenamiento jurídico y, en especial, se halla en pugna con disposiciones de rango constitucional. Por otra parte, la Cámara destacó que la Convención Internacional referida al tráfico de estupefacientes no tenía que ver con la cuestión en debate, que eran los derechos de la hija menor de la imputada a ser asistida y cuidada por su madre. Además, la jerarquía normativa de esa convención es inferior a la de aquéllas incorporadas a la Constitución Nacional, las cuales “establecen una prioridad poco menos que absoluta de los derechos e intereses de los menores frente a cualquier otro derecho o interés. Entre esos derechos se comprenden, fundamentalmente, el ser cuidados por sus padres y la preservación de sus relaciones familiares (conf. artículos 7º y 8º de la Convención aprobada por ley 23.849 – incorporada a la Constitución Nacional- y artículos 3º *in fine*, 5º y 7º de la ley 26.061)”.

⁴⁵ Aprobada por ley 24.072.

Esta resolución de la Cámara Nacional en lo Penal Económico es pionera en la aplicación de la ley 26.072, adoptando una interpretación amplia de la nueva regulación en concordancia con los derechos e intereses en juego a los que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales brindan especial protección. No resta más que auspiciar que nuestros magistrados adhieran a semejante línea jurisprudencial.