

La prisión domiciliaria sólo para *buenas* madres. Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía.

Por Indiana Guereño

Han pasado los años, el siglo está muriendo.

¿Cuál es el mundo que nos deja?

Un mundo sin alma, des-almado.

Patatas arriba. La escuela del mundo al revés.

Eduardo Galeano.

Toda privación de la libertad implica un dolor, un sufrimiento que quita no sólo la posibilidad de transitar sino también la de ejercerse como una persona en su totalidad. Ello es así, aun cuando la privación de la libertad se erija como una pena estatal¹, como una potestad del Estado ante la comisión de un hecho catalogado como delito; pues, aun bajo el manto de legalidad, privar de la libertad es quitar tiempo de vida aflictivamente².

Si bien todas las penas *vigentes* en Argentina constituyen una privación de derechos o la imposición de un dolor, la privación de la libertad se presenta como la pena que más afecta a las personas, sea a quienes la padecen por sí o a quienes las rodean.

Esa característica aflictiva intrínseca varía cualitativa y cuantitativamente en virtud de cada coyuntura, de cada lugar y condición de detención.

Sin embargo, hay un colectivo de personas sobre las que pesa un plus de sufrimiento, sobre las que el dolor cobra todavía más resonancia, sobre las que se murmura pero pocos hablan: mujeres madres de niños/as privadas de su libertad.

Aquí *hablaremos* sobre una de ellas y mostraremos cómo el poder judicial cerró la posibilidad de otorgarle el arresto domiciliario, a pesar de encontrarse ello previsto normativamente tanto a nivel internacional como local, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 26.472, que amplió los supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria; decidiendo, en definitiva, sobre la vida de los/las niños/as involucrados.

¹ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro, "*Derecho Penal. Parte General*", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pág.43

² Al respecto ver MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 213, quien siguiendo la obra *La sociedad de los cautivos* de Sykes, Gresham, analiza y describe al contenido del encarcelamiento como *padecimiento*.

María Paola Varela, madre de dos niñas, de nueve y cinco años de edad, y un niño de dos años que vive con ella en su lugar de detención y que padece problemas bronquiales, solicitó el arresto domiciliario en el marco de una causa donde se encuentra condenada a la pena única de diez años y seis meses de prisión³. El Juzgado Nacional de Ejecución Penal Nº 1 de la Capital Federal resolvió rechazar el pedido⁴. Ante ello, la defensa interpuso un recurso de casación que fue rechazado por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal⁵.

Es este último fallo el que merece nuestra atención porque la justicia en él representada silenció todo el plexo normativo que promueve a la prisión domiciliaria como una alternativa que, aun cuando punitiva, causa menos dolor en las madres privadas de su libertad y sus niños/as; vulnerando al mismo tiempo derechos humanos y principios rectores del derecho penal propios de un Estado de Derecho.

A fin de analizar un fallo que tanto oculta, en primer lugar, brindaremos un breve panorama sobre la problemática de las mujeres madres en prisión, en el convencimiento de que sus derechos se encuentran aún más devaluados que las otras personas privadas de su libertad; luego, haremos una mención a la prisión domiciliaria como alternativa al encierro carcelario clásico⁶ en el plano internacional y local; para por último rebatir cada argumento del tribunal, develando los principios constitucionales e internacionales contrariados.

1.- Las mujeres en prisión: las madres y sus hijos/as en la sombra.

Las mujeres madres de niños/as⁷ privadas de su libertad padecen la imposibilidad de ejercer la maternidad, lo cual genera aún más aflicción en la mujer y su entorno, ya que se las encarcela sin tener en cuenta la vida de los/as niño/as que padecerán su ausencia y sin valorar

³ La pena, que tiene como vencimiento el día 23 de junio del 2015, es comprensiva de penas impuestas por los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con privación ilegal de la libertad agravada por haber sido cometido con violencia o amenazas, los que concursan en forma ideal con el delito de portación de arma de uso civil.

⁴ JNEP Nº 1, sentencia del 4/08/2010, en legajo Nº 116.181 del Registro del Juzgado.-

⁵ Sentencia del 17/05/2011, caratulada "Varela, María Paola s/recurso de casación", Registro Nº 18.480.-

⁶ SALT, Marcos Gabriel, "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina", en RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 255.

⁷ Una investigación desarrollada en el año 2008 por el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Comisión sobre Temáticas de Género de Defensoría General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación, llevada a cabo en el período comprendido entre el 20 de junio y el 21 de agosto de 2008, en las unidades de alojamiento de mujeres del SPF, reveló que el 85,8% de las mujeres encuestadas declaró ser madre. En promedio tienen tres hijos, el 86% tiene hijos menores de 18 años, y más de una quinta parte, de esos/as niños/as son menores de cuatro años. Cfr. CELS, DGN, PPN, *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pág. 35.-

el impacto que sobre ellas producirá no poder cumplir con la pauta social de continuar criando a sus hijos/as⁸.

Como placebo, algunas madres pueden convivir con sus hijos/as menores de cuatro años en su lugar de detención⁹, pero esa convivencia lejos se encuentra de ser experimentada como el ejercicio de la maternidad desde que aun cuando el establecimiento se encuentre *preparado ediliciamente* en apariencia¹⁰ para albergar a los niños/as, las afectan las mismas carencias que se padecen en todos los centros penitenciarios, en cuanto a lo que asistencia médica, violencia intracarcelaria, alimentación, requisas, traslados con sus hijos/as y malos tratos se refiere¹¹.

Esa imposibilidad de ejercer la maternidad en plenitud se agrava aún más cuando se devela que el sistema penal, en general, y los dispositivos penitenciarios, en particular – progresividad del régimen, agencia penitenciaria, establecimientos carcelarios- se encuentran diagramados, y así funcionan, para un mundo de hombres¹². Dicho en otros términos, la población de encarceladas mujeres es muy menor a la de los varones¹³, circunstancia que hace

⁸ No debe pasarse por alto el patrón imperante en nuestra sociedad que reserva para las mujeres el rol de ser las principales responsables de la crianza y cuidado de los niños/niñas. Al respecto ver IGAREDA, Noelia, *La maternidad de las mujeres presas*, en Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (comps.), *Género y dominación: críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009, pág. 60. Disponible en <http://biblioteca.hegoa.ehu.es/system/ebooks/18286/original/EncarceladasAtxiloturik.pdf?1298896924> Visitado por última vez el 10 de marzo de 2012.

⁹ El art. 195 de la Ley 24.660 reza: “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”.

¹⁰ Lo cierto es que lo único que caracteriza a las unidades carcelarias donde conviven las madres con sus hijas/os como establecimientos *preparados ediliciamente* para tal fin es la existencia de un jardín maternal en alguna de ellas. Por ejemplo, en la Unidad N° 33 del Servicio Penitenciario Bonaerense sita en Los Hornos, donde se encuentra detenida María Paola Varela junto a su hijo, hay una guardería, pero según surge de la sentencia del Juzgado de Ejecución Penal N° 1, el niño no puede concurrir por falta de cupo.

¹¹ Al respecto ver el “Informe Anual 2010” de la Procuración Penitenciaria de la Nación. En particular, capítulo VII. Mujeres en Prisión, Diversidad Sexual Y Cuestión De Género. Disponible en <http://www.ppn.gov.ar>. Asimismo ver “Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay” publicado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Informe colectivo presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante el 126º período de sesiones en octubre de 2006. Disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/paraguay/documentos/cejil.pdf>. Ambos visitados por última vez el 5 de marzo de 2012.

¹² “La invisibilización del colectivo de mujeres encarceladas hace que poco se sepa sobre quiénes son y qué necesidades tienen. Por lo tanto, el trato que se les imparte no suele considerar sus experiencias y requerimientos específicos. Estas circunstancias ocasionan un daño diferenciado a las mujeres presas, pues detrás de un trato supuestamente neutral a todas las personas privadas de su libertad, se esconde un modelo de encarcelamiento diseñado por y para varones” Cfr. MARTINEZ, Stella Maris, “Estándares internacionales para el tratamiento de la violencia contra mujeres encarceladas” en *Discriminación y Género. Las formas de la Violencia*, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Ciudad de Buenos Aires, 2011, pág. 262.

¹³ “El hecho más notable sobre las mujeres en la cárcel es cuán pocas de ellas allí. En todo el mundo las mujeres tan sólo representan una minúscula minoría de aquellos privados de libertad. Las proporciones son realmente impactantes. En promedio una cada veinte presos es una mujer. Las mujeres constituyen groseramente el 50 por ciento de la población de cualquier país, y proveen únicamente el cinco por ciento de sus presos. Esto no es específico a ningún país o región pero está reflejado en todo el mundo. Existen variaciones. En España, la proporción de mujeres en la cárcel es 10 por ciento, en los Estados Unidos más del 6 por ciento, en Francia 4 por ciento, Rusia 3 por ciento y en Marruecos es el 2 por ciento. Pero en ningún lugar del mundo las mujeres son más de uno cada diez de toda la población carcelaria total” Cfr. STERN, Vivien, *Mujeres en la cárcel*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/mujeres-carcel>. Visitado por última

a la masculinidad del abordaje de toda cuestión atinente a una mujer en conflicto con la ley penal, omitiendo valorar el complejo mujer/madre de niños y niñas.

2.- Un poco menos de dolor: la posibilidad de cumplir la pena en el domicilio.

Para tratar de paliar el dolor, de aminorar un poco las malas consecuencias provocadas por el hecho de que la madre de la familia, proveniente de los sectores más vulnerables, muchas veces único sostén afectivo y económico de aquella tratándose de núcleos monoparentales, se encuentre privada de su libertad, diversos instrumentos internacionales y locales contemplan la prisión domiciliaria en consonancia con los principios de mínima trascendencia de la pena, de humanidad, de dignidad, de igualdad y no discriminación e interés superior del niño¹⁴, en el entendimiento de que la prisión debe ser el último recurso¹⁵.

A nivel internacional la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok)¹⁶ que, en consonancia con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)¹⁷, toman en consideración *“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”*¹⁸,

En Argentina la prisión domiciliaria no constituye una sanción no privativa de la libertad, sino que se halla prevista como una alternativa para situaciones especiales que

vez el 1º de marzo de 2012. En Argentina, según la Dirección Nacional de Política Criminal, SNEEP 2008, el colectivo femenino constituye el 5% de la cantidad de personas detenidas (2.807 mujeres y 50.641 hombres).

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 5.1, Art. 5.3, Art. 5.6 y Art. 19; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 7; Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 25.2, Art. 26.3, Art. 29.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 10.1, 10.3, Art. 23.1; Convención sobre los Derechos del Niño, reserva interpretativa de Argentina al Art. 24 Inc. F, Art. 3.2, Art. 5 primera parte, Art. 8.1, Art. 9.1, Art. 9.3, Art. 18.1, Art. 20.1, Art. 27.1, Art. 29.1.d; Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 5.B y Art. 16.

¹⁵ Ya el Segundo Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del crimen y tratamiento del delincuente celebrado en Londres, en el año 1960 recomendaba el arresto domiciliario, entre otros sustitutos de la pena privativa de la libertad, y sostenía la aplicación de la prisión como último recurso.

¹⁶ ONU, A/RES/65/229, del 21 de diciembre de 2010. La Sección III trata sobre las Medidas no privativas de la libertad y la Regla 64, en particular, reza “Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero *teniendo presente el interés superior del niño o los niños* y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”. El resaltado me pertenece. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/526/31/PDF/N1052631.pdf>. Visitada por última vez el 11 de marzo de 2012.

¹⁷ ONU, A/RES/45/110, del 14 de diciembre 1990. El Art. 8.2.k prevé como sanción no privativa de la libertad al arresto domiciliario. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/572/73/IMG/NR057273.pdf?OpenElement>. Visitada por última vez el 11 de marzo de 2012.

¹⁸ Cfr. ONU, A/RES/65/229, del 21 de diciembre de 2010.

permite “reemplazar el encierro carcelario como modalidad de la ejecución de determinadas penas por medidas menos restrictivas de la libertad”¹⁹. En otros términos, en nuestro país la prisión domiciliaria no constituye una verdadera alternativa a la privación de la libertad, sino que se continúa privando de ella –con el mismo componente aflictivo intrínseco- pero en un lugar distinto a la cárcel.

La prisión domiciliaria se encuentra prevista en el art. 10 del Código Penal y en el art. 32 de la Ley 24.660. Ambas normas fueron modificadas por la Ley 26.472, la cual amplía los supuestos en los que es posible otorgar la prisión domiciliaria, previendo ahora en forma explícita la posibilidad de que la mujer madre de niños/as menores de cinco años acceda a cumplir la pena en su domicilio.²⁰

3.- La sentencia que restringe lo que la ley amplía.

Fue en virtud de la Ley 26.472, y por integrar el colectivo de personas que más sufren la prisión en virtud de ser madre de un niño y dos niñas, que la defensa de María Paola Varela solicitó el arresto domiciliario. Sin embargo el tribunal de Casación confirmó lo decidido por el a quo con argumentos que carecen de asidero jurídico y que a continuación desarrollaremos.

Así el más alto tribunal penal de la Nación restringe lo que la ley amplía en base a sostener que: a.- María Paola Varela fue condenada a más de tres años de prisión, por lo que ha perdido la patria potestad sobre su hijo e hijas; b.- El interés superior de los niños/niñas involucrados no implica que madre e hijos/as convivan; c.- La mujer tiene varios antecedentes penales, lo cual la erige en una madre que descuidó a sus hijos/as, ergo, mala madre; d.- Para que proceda el beneficio solicitado deben los/as niños/as encontrarse en una situación de desamparo o de inseguridad material o moral.

3.a- La privación de la patria potestad por haber sido condenada a más de tres años de prisión.

¹⁹ SALT, ob. cit., pág. 255.

²⁰ El art. 10 del Código Penal reza “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo. Por su parte, el art. 32 inc. f. de la Ley 24.660 reza: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

Con la sola cita de un precedente de la Sala²¹, el voto mayoritario deniega la prisión domiciliaria porque al haber sido María Paola Varela privada de la patria potestad en virtud de su condena, carece de legitimación para solicitar el arresto domiciliario en aras del mejor interés del niño y las niñas.

Empero, este razonamiento desconoce que el art. 12 del Código Penal, en cuanto establece como *pena accesoria* que “*La reclusión y la prisión por más de tres años ... importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad ...*”, debe interpretarse restrictivamente, debiendo operar sólo cuando el delito cometido haya sido en perjuicio de los/as niños/as, lo cual no ocurre en el presente caso.

De este modo, resolver sin más que María Paola Varela ha sido privada de su patria potestad y por ello no puede petitionar por su hijo e hijas constituye una violación al principio de proporcionalidad mínima entre el injusto y la pena, convirtiendo la pena en cruel²²; además de vulnerar el principio de mínima trascendencia de la pena, como veremos más adelante, afectando la dignidad de la madre y del niño y las niñas²³.

Por otro lado, la pérdida de la patria potestad no importa en las personas protagonistas de ese vínculo la anulación de sentimientos o de la preocupación por la salud y el bienestar de los/las niños/as; así como tampoco repercute en los hechos en una negativa de la madre a ocuparse de sus hijos/as, ni genera que ellos/as pierdan el amor hacia su madre, pues, “*el hecho de haber cometido ... un delito no debería traer aparejada la inhabilitación para la función maternal*”²⁴, en tanto “*el hecho físico del encierro no impide a los padres ejercer las obligaciones y derechos sobre las personas y bienes de los hijos para su protección mientras sean menores y no se hayan emancipado*”²⁵, aunque, como es obvio, lo dificulta en demasía.

3. b.- El interés superior de los niños/niñas involucrados no implica necesariamente que madre e hijos/as convivan.

El voto minoritario así lo afirma al señalar que “*La propia Convención acepta que padres e hijos puedan mantener el vínculo sin que implique la necesidad de que convivan en un mismo ámbito. Ello acontecerá siempre que resulte necesario en el interés superior del niño (art. 9), o*

²¹ “Chirino, Elba Rosana s/ recurso de casación”, causa n° 8458, reg. N° 11.930 de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, rta. el 10 de junio de 2008.

²² ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., pág. 942.

²³ TOralCrim. Fed. Mar del Plata, “Andreo, Armando A.R.”, 1998/09/03, La Ley 1998-F, 699. Citado por D’ALESSIO, Andrés José (Director), *Código Penal comentado y anotado. Parte General (arts. 1 a 78 bis)*, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2005, pág. 64.

²⁴Cfr. CELS, DGN, PPN, ob. cit., pág. 157.

²⁵ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., pág. 942.

cuando la imposibilidad de crecimiento en el seno familiar resulte consecuencia de una medida adoptada por un Estado Parte como la detención, el encarcelamiento (...) de uno de los padres del niño o de ambos (art. 9.4)".²⁶

Este fundamento constituye una interpretación sesgada de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que el art. 9.4 literalmente establece que *"Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas"*.

En otros términos, se intenta justificar la separación de María Paola Varela de su hijo y sus hijas tergiversando la norma madre que los protege, haciéndole decir algo que no dice, vulnerando el verdadero alcance del *"interés superior del niño"* que garantiza la satisfacción integral de los derechos²⁷.

Además, a la hora de interpretar el tan mentado *"superior interés"* el magistrado sentencia que *"las mejores condiciones en las que puedan desarrollarse ... se encuentran garantizadas por la asistencia que los hermanos de Varela le brindan a los menores"*²⁸, sin valorar si quiera el informe elaborado por los profesionales del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, expedido en sentido favorable a la concesión del beneficio.

Dicho informe establece que el niño padece problemas bronquiales y hasta ha estado internado en un hospital por ello; una de las niñas sufre una extrema angustia por la separación de su madre; y la otra niña ha nacido en el centro de detención, habiendo vivido desde pequeña, primero, en el hogar de uno de los tíos y actualmente en el domicilio de la abuela materna, donde conviven los hermanos de María Paola junto a sus hijos/as y donde la peticionante hubiera vivido de haberle sido concedido el arresto domiciliario.

²⁶ Cita textual del voto del Dr. Mitchell.

²⁷ Al respecto ver CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño"; en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, Ed. Temis/Depalma, Colombia-Argentina, 2004.

²⁸ Cita textual del voto del Dr. Mitchell.

Sorprende observar cómo ninguna de estas circunstancias fue siquiera mencionada por el tribunal; como si el *tiempo de vida*²⁹ en desarrollo no tuviera valor, como si la salud física y psíquica no se viera afectada por una sentencia judicial que deniega, en definitiva, a este niño y a las niñas el derecho de crecer con la presencia de su madre en su domicilio.

Ante esta postura no cabe más que repetir: *“No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce”*³⁰.

La negativa a oír y a tomar en consideración al niño y a las niñas, sus problemas de salud; sus deseos y el derecho a crecer y a desarrollarse bajo el cuidado de su madre³¹, vulnera, entonces, la propia Convención y la interpretación efectuada por el Comité de los Derechos del Niño.³²

Por otro lado, este fundamento soslaya el principio de mínima trascendencia de la pena, porque si bien es inevitable que la pena afecte a la familia de María Paola Varela, deben extremarse los esfuerzos para que su hijo y sus hijas no sufran, como lo están haciendo, en demasía su ausencia. Máxime cuando se trata –como en el común de los casos, como vimos antes- de una familia monoparental, ya que el padre de las niñas ha muerto y el padre del niño sólo es nombrado en la sentencia del juzgado de ejecución para señalar que es alcohólico, pero no se lo menciona en su papel de padre.

3. c.- La mujer peticionante tiene varios antecedentes penales, lo cual la erige en una madre que descuidó a sus hijos/as, ergo, mala madre

El voto minoritario, inmediatamente después de brindar el fundamento basado en los derechos del niño, afirma *“Además de ello, corresponde memorar que María Paola Varela fue condenada 1) en la causa N° (...); 2) en la causa N° (...); y 3) N° (...)”*³³, enumerando así la totalidad de sus antecedentes penales.

²⁹ “Tiempo de vida” entendido como *“El sol es el mismo de una manera relativa, pero eres mayor, Más corto de aliento y un día más cerca de la muerte.”* Canción “Time” del álbum *El lado oscuro de la Luna* de Pink Floyd.

³⁰ CILLERO BRUÑOL, ob. cit., pág. 77.

³¹ Para un análisis completo del plexo normativo internacional de protección de los/las niños/as ver PINTO, Gimol y FREEDMAN, Diego, “Hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables” en *Mujeres Privadas de Libertad. Limitaciones al Encarcelamiento de las Mujeres Embarazadas o con Hijas/os Menores De Edad*, Defensoría General de la Nación y UNICEF Argentina, Ciudad de Buenos Aires, 2009, pág. 21.

³² Sobre el derecho a ser oído y la situación de los/as niños/as separados de sus padres ver: CRC/C/GC/12, 20 de Julio 2009, The right of the child to be heard (El derecho del niño a ser oído) Original: ENGLISH y CRC/C/153, 17 de Marzo de 2006, Children Without Parental Care Original: ENGLISH.

³³ Cita textual del voto del Dr. Mitchell.

De esta manera, se muestran condenas distintas a la que se está cumpliendo actualmente y por la que se solicita el arresto domiciliario.

Este razonamiento merece un detenido análisis porque denegar la prisión domiciliaria en función de los delitos que la persona ha cometido a lo largo de su vida, habiendo sido previamente condenada por ellos y no formando parte de la presente causa, conlleva en sí un doble juzgamiento de los ilícitos, los cuales fueron ya perseguidos y juzgados en su oportunidad. Ello vulnera el principio de prohibición del doble juzgamiento denominado *ne bis in idem* y la prohibición de doble punición.

Mas luego, el voto continúa sentenciando *“Pese a lo expuesto (se refiere a los antecedentes penales) Varela pretende que se le otorgue el beneficio del arresto domiciliario amparándose en el resguardo del vínculo familiar, sin tener en cuenta que estuvo ajena al normal desarrollo psicosocial de sus menores si se atiende al descuido y desatención que les dispensó durante todo su crecimiento (Causa 12.852, “Benítez Villamayor, Clara Ramona s/recurso de casación”, Registro 1880/10 de la Sala III). Siendo ello así, no se comprende cómo podría variar la situación si se le concediese el arresto domiciliario pretendido (...) Desde la primera condena en junio de 2009 hasta la última, Varela tuvo a sus tres hijos, sin que ello provocase un cambio en la actitud delictiva.”*

Es aquí donde el tribunal, otra vez con la cita de un precedente sin adecuarlo al caso en concreto, comulga con el prejuicio más común: una mujer con varios antecedentes penales no es, según su concepción, una *buena madre*³⁴ y, por tanto, no puede escudarse en la protección de sus hijos/as para cumplir condena en su domicilio.

Esta innecesaria enumeración de causas penales no son sino la radiografía de un ser que se presupone mala persona; una reminiscencia a un *“modo de vida delincencial”*³⁵ en clara alusión al derecho penal de autor, contrario al derecho penal que debe imperar en un Estado de Derecho.

Por otro lado, cabría preguntarse si el tribunal no está valorando, aunque sin hacerlo explícito, la gravedad de los hechos por los cuáles se está cumpliendo condena. La respuesta a

³⁴ Según IGAREDA *“... se entra a juzgar la idoneidad de estas mujeres como madres, confundiendo el delito por el que estas mujeres están cumpliendo condena con su capacidad y competencias para ser buenas o malas madres”*. Cfr. IGAREDA, ob. cit, pág. 60.

³⁵ Cita textual del fallo del Juzgado Nacional de Ejecución Nro. 1.

este interrogante puede encontrarse en precedentes de la misma Cámara en los que se otorga la prisión domiciliaria en causas por delitos mucho más graves³⁶.

Dicho con otras palabras, si una persona condenada por delitos de lesa humanidad puede cumplir su condena en su domicilio, más aún podría hacerlo la madre de dos niñas y un niño condenada por delitos violentos. Lo contrario, implicaría violar la garantía de no discriminación.³⁷

3. d.- Para que proceda la prisión domiciliaria solicitada deben los/as niños/as encontrarse en una situación de desamparo o de inseguridad material o moral.

Aquí el tribunal exige ciertos requisitos no previstos normativamente, violando de esa manera el principio de legalidad.

La Ley 26.472 nada dice sobre el estado en que deberán encontrarse los/as niños/as para que el beneficio sea otorgado. Por el contrario, con la clara intención de que la prisión domiciliaria, en tanto medida menos restrictiva de la libertad que la cárcel, sea ampliamente otorgada, la norma sólo pide que se trate de una madre con hijos/as menores de cinco años. Por tanto, ningún requisito subjetivo es exigido.

En este sentido es ilustrativo acudir a los antecedentes parlamentarios de la norma, donde se dejó expresado que *“Esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”*³⁸.

Por otra parte, el Tribunal sostiene que la nueva norma no se aplica automáticamente, sino que deben analizarse las circunstancias particulares del caso. Sin embargo, a pesar de esta afirmación, no existe una relación circunstanciada de la totalidad del contexto presentado por María Paola Varela ante el tribunal y la respuesta brindada.

³⁶ Se trata de sendas causas por delitos de lesa humanidad, en las que se ha otorgado la prisión domiciliaria. Registro n° 18856, "Riveros", Sala II, causa n° 14151, 6/7/2011; Registro n° 14965, "Menéndez", Sala IV, causa n° 12937, 20/5/2011; Registro n° 14978, "Smaha Borzuk", Sala IV, causa n° 13772, 24/5/2011, entre otras.

³⁷ La garantía de no discriminación se halla prevista por la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU (CEDAW) y la Ley 26.485. Al respecto ver CIDH, "María Eugenia Morales Sierra vs. Guatemala". Informe N1 54/01, de 19 enero de 2001 y Corte IDH, "González y otras" ("Campo Algodonero"), Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

³⁸ Intervención de la Diputada Rodríguez, Marcela Virginia.

4.- Conclusión

María Paola Varela pertenece al colectivo de personas privadas de su libertad que más sufren con la imposición de una pena y a la vez se encuentra más invisibilizado: es mujer y madre de un niño de dos años, que convive con ella en su lugar de detención, y de dos niñas, de cinco y nueve años, que padecen por su ausencia. Es jefa de una familia monoparental y se encuentra cumpliendo condena en un mundo diseñado por y para varones.

Por el mejor interés de las niñas y el niño, amparándose en el plexo normativo internacional y local que prevé la prisión domiciliaria como un modo de aminorar el dolor, María Paola Varela solicitó cumplir lo que resta de su condena en su domicilio.

Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley 26.472, que amplía los supuestos en los que es posible otorgar la prisión domiciliaria, previendo ahora en forma explícita la posibilidad de que la mujer madre de niños/as menores de cinco años acceda a cumplir la pena en su domicilio, María Paola Varela recurrió a la Justicia. La respuesta fue contundente. En ambas instancias se le cerró la posibilidad abierta normativamente. En ambas ocasiones se decidió, en definitiva, sobre la vida del niño y las niñas.

En una sentencia rica en omisiones, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal selló la suerte de la mujer, su niño y niñas con argumentos carentes de asidero jurídico por violar: el principio de mínima trascendencia de la pena; la dignidad de la madre y su hijo e hijas, convirtiendo a la pena en cruel; los derechos del niño y las niñas a ser oído, a la salud, a crecer y a desarrollarse bajo el cuidado de su madre, tergiversando su propio interés superior; el principio *ne bis in idem* y prohibición de doble punición; la prohibición de aplicar un derecho penal de autor; y el principio de legalidad al exigir requisitos no previstos normativamente.

Como si ello fuera poco, como si el fallo ya no fuera una mera quimera, el tribunal desnuda el común prejuicio: una mujer con varios antecedentes penales no es una *buena madre* y por tanto no puede escudarse en la protección de sus hijos/as para cumplir condena en su domicilio.

Nada de lo que el tribunal afirma, el plexo normativo aplicable establece; nada de lo que el tribunal privilegia, el derecho penal propio de un Estado de Derecho y los derechos humanos tolera.

Será que la hoguera aún existe. Será que, parafraseando a RIVERA BEIRAS³⁹, las mujeres madres de niños/as privadas de su libertad son ciudadanas de *tercera* categoría, y sus hijos/as *presos* de decisiones judiciales que silencian derechos, restringiendo lo que las normas amplían.

BIBLIOGRAFIA

- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL). “Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay”. Disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/paraguay/documentos/cejil.pdf>. Visitado por última vez el 5 de marzo de 2012.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”; en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Ed. Temis/Depalma, Colombia-Argentina, 2004
- D’ALESSIO, Andrés José (Director), *Código Penal comentado y anotado. Parte General (arts. 1 a 78 bis)*, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2005
- DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) Año 2008.
- GOMEZ, Eduardo Oscar, *Algunas reflexiones en torno a la prisión domiciliaria en el nuevo régimen de ejecución de las penas privativas de la libertad*, Publicado en: LLC 2009 (junio), 471.
- IGAREDA, Noelia, *La maternidad de las mujeres presas*”, en Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (comps.), *Género y dominación: críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009.
- MARTINEZ, Stella Maris, “Estándares internacionales para el tratamiento de la violencia contra mujeres encarceladas” en *Discriminación y Género. Las formas de la Violencia*, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Ciudad de Buenos Aires, 2011
- MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

³⁹ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La Cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Editores del Puerto, Ciudad de Buenos Aires, 2006, pág. 540.

-ONU, A/RES/65/229, del 21 de diciembre de 2010. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/526/31/PDF/N1052631.pdf>. Visitada por última vez el 11 de marzo de 2012.

-ONU, A/RES/45/110, del 14 de diciembre 1990. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/572/73/IMG/NR057273.pdf>. Visitada por última vez el 11 de marzo de 2012.

- PAVARINI, Massino, *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

-PINTO, Gimol y FREEDMAN, Diego, “Hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables” en *Mujeres Privadas de Libertad. Limitaciones al Encarcelamiento de las Mujeres Embarazadas o con Hijas/os Menores De Edad*, Defensoría General de la Nación y UNICEF Argentina, Ciudad de Buenos Aires, 2009,

- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, “Informe Anual 2010”. Disponible en <http://www.ppn.gov.ar> . Visitado por última vez el 5 de marzo de 2012.

- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La Cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Editores del Puerto, Ciudad de Buenos Aires, 2006.

- SALT, Marcos Gabriel, “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999

- STERN, Vivien, “De la violencia a la violencia. La situación de las mujeres en prisión”, en *Discriminación y Género. Las formas de la Violencia*, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Ciudad de Buenos Aires, 2011

-*Mujeres en la cárcel*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/mujeres-carcel>. Visitado por última vez el 1º de marzo de 2012.

-ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

-*Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005.