

Los derechos humanos de las mujeres madres presas y el interés superior de los niños/as frente al castigo estatal.*

*Paulo Pereyra***

***“El miércoles cumplen un año M y M,
le vamos a festejar acá en la cárcel”***

Palabras de una mamá presa en la
cárcel de mujeres junto a sus hijas gemelas.
Resistencia, Chaco, Argentina. Octubre de 2016

***“Estar encerrada aquí es lo peor.
Siento que me voy a matar”***

Mujer embarazada en una celda de aislamiento de la Comisaría de La Tablada,
al momento de la visita de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas
de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
Visita de trabajo a Argentina del 13 al 17 de septiembre de 2016

Sumario

- 1. Introducción***
- 2. Jurisprudencia en torno al instituto del arresto domiciliario***
- 3. Visión doctrinaria desde los principios rectores en la materia***
- 4. Reflexiones finales***
- 5. Bibliografía***

* Trabajo presentado y evaluado por la Profesora Doctora Mónica Aranda Ocaña con calificación: excelente 50/50. En el marco del curso “Género y Sistema Penitenciario (GSP)” del Posgrado en Ejecución Penal y Derecho Penitenciario (PEPDP) de la Universidad de Barcelona (UB, España), a través de su Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH) y la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI, Costa Rica). Postgrado dirigido por el Profesor Doctor Iñaki Rivera Beiras.

** Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Investigador en el Proyecto “Violencia institucional: hacia la implementación de políticas de prevención en la Argentina”, financiado por la Unión Europea (UE). Asesor Legal de la Secretaría de Derechos Humanos y Miembro suplente del Comité de Prevención de la Tortura de la provincia del Chaco. Miembro de la Asociación Pensamiento Penal y de la RELAPT. Correo electrónico: paulopereyra1987@gmail.com.

1. Introducción

El presente trabajo aborda la falsa tensión (o pretendida) planteada al momento de resolver la concesión de la prisión domiciliaria, entre el derecho de la madre a acceder a la misma y el interés superior de los/as niños/as.

Así presentada la problematización, nos aproximaremos a responder pregunta de (**María Naredo Molero**, 2012):

¿No se ha pensado que los derechos de la madre y los derechos del hijo/a son coincidentes y que la verdadera colisión se produce entre estos derechos de estas dos personas y el derecho del Estado a castigar a la madre?

La crítica la dirigiremos a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que ha venido teniendo la Ley Nacional N° 24.660 (Ejecución de la Pena Privativa de Libertad) en Argentina, en cuanto al instituto de la detención domiciliaria, en el marco del siguiente texto legal que citamos:

“El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: ... a la mujer embarazada... a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo” (art. 32 incisos e y f). El Código Penal refiere a la institución bajo examen en su art. 10 incisos e) y f).

2. Jurisprudencia en torno al instituto del arresto domiciliario

Veamos algunos casos que fueran recopilados por el Ministerio Público de la Defensa, relacionados con solicitudes de arrestos domiciliarios:¹

Arresto domiciliario – Procedencia – Hijos menores y mayores a cinco años – Interés superior del niño – Protección del vínculo materno-filial – Desmembramiento del grupo familiar

Hechos: Al momento de su detención, Susana Saavedra Balcazar tenía seis hijos a su cargo, dos de ellos menores a cinco años. Los niños vivían con la madrina de la Sra. Saavedra Balcazar, ya que el padre también se encontraba detenido. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy denegó la solicitud de prisión domiciliaria tras invocar peligro de fuga y, contra dicho pronunciamiento, se interpuso recurso de casación. La Cámara hizo lugar al recurso, revocó la resolución recurrida y otorgó la prisión domiciliaria.

Sumarios:

¹ Información brindada por Leandro Daniel Botta Ameri cursante del postgrado en Ejecución Penal y Derecho Penitenciario. (14/10/2016)

1. Para resolver el pedido de detención domiciliaria habrá de ceñirse a la concreta aplicación de los preceptos contenidos en el artículo 10 del Código Penal y en los artículos 32, inciso f, 33 y 34 de la ley N° 24.660 –modif. ley N° 26.472–, normativa ésta que deberá ser ponderada junto con los preceptos con jerarquía constitucional incorporados a nuestra Carta Magna por el artículo 75 inciso 22 –específicamente–, el principio rector del “interés superior del niño” contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (del voto del juez Gemignani).

2. El derecho que asiste a los menores de crecer dentro del seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que habrá de ser evaluado en cada caso analizando sus características particulares (cf. CNCP, Sala III, “Herrera, Mara Daniela s/ rec. de casación”, rta. 5/6/2008, reg. N° 696/08). Por ello se comprende el estado de angustia emocional al que sin lugar a dudas se encuentran sometidos los niños –especialmente, los de temprana edad– cuando ocurren situaciones como se dan en el caso de autos que, como consecuencia de una medida restrictiva de la libertad impuesta contra los padres, se ven afectados de alguna manera los niños (voto del juez Gemignani).

3. El arresto domiciliario permitiría que el hijo menor de edad de la imputada pueda convivir con su mamá en un ámbito más propicio para el desarrollo de éstos, donde ésta podría incluso interactuar con sus otros cuatro hijos mayores de edad, ambiente en el que todos los niños permanecerían juntos (voto del juez Hornos). 4. La sanción de la ley N° 26.472, contempla en su artículo 32, inciso f), la atenuación de las circunstancias de detención de las madres de hijos menores de cinco años en resguardo de la salud psíquica de éstos privilegiando el interés de la necesidad del desarrollo de los hijos menores en un grupo familiar (voto del juez Hornos).

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 299/2013, “Saavedra Balcazar, Susana s/ recurso de casación”, rta. 30/08/2013.

Arresto domiciliario – Procedencia – Niños menores y mayores a cinco años – Principio de intrascendencia de la pena

Hechos: Gisela Córdoba se encontraba detenida junto con su hija de cuatro meses de edad, quien sufría problemas de salud agravados por las condiciones del ámbito carcelario. Además, tenía dos hijos de nueve y doce años que habían quedado a cargo de la abuela materna. Los niños pasaban varias horas en el domicilio sin ningún adulto, debían trasladarse solos hasta el establecimiento educativo y habían disminuido el rendimiento escolar desde el encarcelamiento de su madre. El Tribunal Oral de Menores N° 1 denegó el pedido de arresto domiciliario presentado por la defensa, lo que motivo la presentación de un recurso de casación. La Cámara resolvió hacer lugar al recurso, anular la resolución recurrida y conceder el arresto domiciliario a Gisela Córdoba.

Sumarios:

1. El arresto domiciliario constituye una solución más aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica un desmedro que trasciende las restricciones propias de la ejecución de la pena.

2. La búsqueda de alternativas, para evitar las consecuencias que implica el encierro carcelario, es una de las reglas por las que se debe velar. Por ello, evaluar la posibilidad de disponer medidas menos gravosas, resulta ajustado a los enunciados constitucionales que rigen en la materia.

3. El arresto domiciliario otorga la posibilidad de una mejora significativa en la calidad de vida de todos los integrantes del grupo familiar teniendo en miras el interés superior del niño. La presencia de la progenitora en el hogar contribuirá al desarrollo de una mejor calidad de vida para el bebé, debido a su estado de salud, pero también para los otros hijos de Córdoba que podrán contar con el apoyo y la contención de la madre.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.176, “Córdoba, Johana Gisela s/ recurso de casación”, del voto de la jueza Ledesma al que adhieren los jueces Slokar y Figueroa, rta. 14/11/2012.

3. Visión doctrinaria desde los principios rectores en la materia

Desde los siguientes principios, la doctrina ha fundado *el porqué* de la concesión de la prisión domiciliaria a una mujer presa con hijos/as a su cuidado, a saber:

- a) “Convención sobre los Derechos del Niño”;²
- b) los principios de “personalidad o intrascendencia de la pena”;³
- c) Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -La ley 26061-;⁴

² Según la mencionada Convención, “los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna...” (art. 2.1) y “tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” (art. 2.2). A su vez, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1).

³ El principio de personalidad de la pena o de intrascendencia de la pena expresa que con ésta sólo puede ser castigado quien ha sido encontrado culpable de un delito dentro de un debido proceso constitucional. El art. 119 de la CN señala que la pena “no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes en cualquier grado”. Por su parte, el art. 5.3 de la CADH dispone que “La pena del reo no puede trascender de la persona del delincuente”.

⁴ Es clara al señalar que “tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y

disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces” (art. 1). Por su parte, el art. 2 de la mencionada ley expresa que “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”. Y, en lo que respecta al “interés superior del niño” el art. 3 de la mencionada ley señala: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás 21 condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. A su vez, la ley 26061 dispone que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida” (art. 8). Asimismo expresa el art. 9 que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante ... La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley”. Por su parte, el art. 10 de la ley 26061 establece que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. 22 Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”. A su vez los niños deben tener garantizado el acceso a la salud (art. 14) y educación (art. 15) que está menoscabado cuando conviven con sus madres en contextos de encierro. El art. 19 de la citada ley señala, dentro del derecho a la libertad, que “Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente”, lo que forma parte de su derecho a la dignidad (art. 22). A su vez, el art. 28 es claro al señalar que “Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales”. El art. 29 recuerda el deber del Estado en hacer efectivos estos derechos: “Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas,

d) las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de las eclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), complementarias de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (ahora actualizadas por las *Reglas Mandela 2015*).⁵

legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

⁵ Se deberá prestar atención suficiente a los procedimientos de ingreso de mujeres y niños a la institución, por su vulnerabilidad especial en ese momento. Se deberán suministrar a las reclusas locales para reunirse con sus familiares, así como prestarles asesoramiento jurídico, y proporcionarles información sobre los reglamentos y el régimen penitenciario, las instancias a las que recurrir en caso de necesitar ayuda, en un idioma que comprendan; en el caso de las extranjeras, se deberá también darles acceso a sus representantes consulares. 2. Antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños”. “Regla 9 Si la reclusa está acompañada por un niño, se deberá someter también a este a reconocimiento médico, que realizará de preferencia un pediatra, a fin de determinar sus necesidades médicas y el tratamiento, si procede. Se brindará atención médica adecuada, y como mínimo equivalente a la que se presta en la comunidad”. “Regla 48 1. Las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales. 2. No se impedirá que las reclusas amamenten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello. 3. En los programas de tratamiento se tendrán en cuenta las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión”. 26 “Regla 49 Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres no serán tratados como reclusos”. “Regla 50 Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos”. “Regla 51 1. Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo estará sujeto a la supervisión de especialistas, en colaboración con los servicios sanitarios de la comunidad. 2. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios”. “Regla 52 1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño, con arreglo a la legislación nacional pertinente. 2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, y únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares. 3. En caso de que se separe a los niños de sus madres y se pongan a estos al cuidado de familiares o de otras personas o servicios de atención, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público”. “Regla 63 Al adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades maternas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social”. 27 “Regla 64 Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo, y se estudiará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presentes los intereses superiores del hijo o los hijos y velando por que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos hijos”.

4. Reflexiones finales

Como hemos visto brevemente, el constructo jurisprudencial y doctrinario para el otorgamiento del *beneficio* del arresto domiciliario a la madre de un niño menor de cinco años, ha orbitado solo desde la óptica del interés superior del niño/a, lo cual de ningún modo negamos, lo que planteamos es que, este interés y derecho de los/as niños/as se compone, converge, con los derechos humanos de las mujeres (presas) a gozar libremente sus derechos y la protección de su familia (Antony, 2007- Tárraga, 2010 - Molero, 2012 - Rivera Beiras, 2016).⁶

Dicho de otro modo, pareciera que tanto la interpretación constitucional, convencional y legal del instituto traído a análisis (sin contar los prejuicios que conviven en la práctica tribunalicia), terminan por confrontar el interés superior de los/as niños/as (hijos/as) con los derechos de la madre recluida. Siendo esta tensión, no solo innecesaria, sino que, evidencia la falta de sentido humano frente al verdadero conflicto, que es el del poder punitivo contra los vulnerados (madre e hijos/as).

⁶ Tratados Internacionales de Derechos Humanos-art. 75 inc.22: En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, en su artículo 25.2 se recoge que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales; Madre e hijo/as, ambos grupos vulnerables a la luz de 14 las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia sobre Personas en Condición de Vulnerabilidad” -cfr. Reglas 3, 4, 5, 15, 17/20, 22/23 entre las más destacadas-). Convención de Belém do Pará, ley nacional 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres” y la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención de Belem do Pará) La citada Convención (aprobada por ley 24632) establece que “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 3); y que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; h. el derecho a la libertad de asociación; i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones” (art. 4). Por su parte, se establece que “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que puede sufrir una mujer en razón, entre otras cosas, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad” (art. 9); f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

No caben dudas que la cárcel no constituye un ámbito adecuado para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo y la crianza de los hijos y que a esto se suma el estrés del encierro puede tener un efecto negativo sobre la salud de la mujer y el curso del embarazo. 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 niño (**Di Corleto - Monclús Maso**, 2009).

Pero además, introduzcámonos en el análisis del *espíritu del legislador* al tratar la sanción de la Ley N°26.472. Momento en el cual existían dos opciones legislativas: la primera la de la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Así el Estado argentino evidenció por medio de la sanción de la Ley 26.472, su preferencia por que las mujeres madres en conflicto con la ley penal ¿? permanezcan junto con sus niños/as pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra. Priorizando lo más importante, el vínculo y contacto madre - hijo/a fuera de los muros de la cárcel (**Alderete**, 2012 – **Nardiello**, 2015).

Aún más, en muchos casos, la suerte de sus hijos/as es motivo de gran preocupación y tensión para las reclusas, situaciones que tendrán un fuerte repercusión sobre el bienestar mental y harán que el encarcelamiento le resulte psicológicamente más doloroso que al hombre (**Valverde**, 1990 - **Molero**, 2012 - **Coyle**, 2012 - **Graziosi**, 2014 - **Rivera Beiras**, 2016).

Así, la permanencia de las mujeres madres junto a sus hijos/as en la cárcel termina siendo un trato cruel e inhumano, proscripto por el *ius cogens* -derecho internacional público de raíz consuetudinaria- luego recepcionado por los tratados internacionales (**Rafecas**, 2015): artículos 10.12, *PIDCP*; 5°.13, *CADH*, y XXV y XXVI, *DADDH*; Convención de la ONU contra la tortura, normativa acogida en nuestra Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22.

Es que, ningún ser humano debería ser engendrado en cautiverio y mucho menos, producido su alumbramiento, permanecer recluido junto a su madre (**Kent**, 2007).

En este contexto, de madres presas con sus hijos/as sin que puedan acceder a la *libertad domiciliaria*, está en juego la dignidad inherente de toda persona humana frente al interés del Estado de encarcelar⁷. El propósito del Estado de recluir a las vulneradas de siempre, incluso más, de encerrar a aquellos que debiera proteger, a los/as niños/as.

⁷ Como recientemente afirmara (**Ferrajoli**, 2016): *La cárcel ontológicamente, por su misma naturaleza de práctica de segregación, una violación de los derechos fundamentales y de la dignidad de las personas y entonces una patología no reformable del Estado de Derecho. En suma, vuelve a proponerse una cuestión teórica de fondo: la de la legitimidad de la cárcel, que reenvía aún más a aquella de mayor calado como es el problema de la justificación de la pena.*

Es que, como diría hace más de medio siglo el pensamiento de Hannah Arendt en su obra *la condición humana*, la acción que mantiene la más estrecha relación con la condición más general de la existencia humana es la natalidad; el nuevo comienzo inherente al nacimiento se deja sentir en el mundo sólo porque el recién llegado posee la capacidad de empezar algo nuevo, es decir, de actuar. La natalidad, es inherente a todas las actividades humanas.

Finalmente y como sostuvimos a lo largo de este trabajo, hay fundamentos de diferentes dimensiones del conocimiento (jurídico, social, cultural, psicológicos, filosóficos, ...) para el otorgamiento del arresto domiciliario de las madres con sus hijos/as que todavía *habitan lo inhabitable*⁸, la cárcel.

Y así, queda sobrevolando una pregunta...

¿No será que en estos casos, subyacen los prejuicios y *obtusidad* de los operadores del sistema penal frente al derecho fundamental (basado en la dignidad humana) de *ser* madre e hijo/a fuera de la cárcel?⁹

Resistencia, Chaco, Argentina.

Octubre de 2016.

5. Bibliografía

ANITUA, G. I. (2016). *Recensión: Habitar lo inhabitable. La práctica política-punitiva de la tortura, de Ignacio Mendiola, Barcelona, Bellaterra, 2014, 350 páginas.* En la Revista Crítica Penal y Poder 2016, n° 10 Marzo (pp.171-178), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.

ALDERETE, L. (2012). *La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos.* (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos

⁸ Terminología extraída y puesta en el sentido de este trabajo de: *Habitar lo inhabitable. La práctica política-punitiva de la tortura*, de Ignacio Mendiola, Barcelona, Bellaterra, 2014. Recensiones hechas por: Gabriel Ignacio Anitua en la Revista Crítica Penal y Poder 2016, n° 10 Marzo (pp.171-178), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona; “*vidas concretas que merecen vivir dentro de lo amablemente habitable*”. También en el Informe de la RELAPT 2016. Introducción: Tortura y memoria. <http://relapt.usta.edu.co/images/I-Informe-RELAPT.pdf>.

⁹ Esta incógnita reconduce a pensar en que la norma, vive en la cárcel al mismo tiempo que sus excepciones: puede aplicarse al pie de la letra o negarse por exigencias “superiores” –la seguridad, ante todo–, o bien aplicarse con elasticidad en determinadas ocasiones. Todo ello no afecta solo a los casos evidentes de mal funcionamiento o a los que las instituciones denominan “eventos críticos”, sino también a numerosas y frecuentes historias de obtusidad burocrática (**Graziosi**, 2016).

de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible), en Chinkin, Violencia de género. Defensoría General de la Nación, Buenos Aires.

ANTONY, C (2007). *Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina*. Revista Nueva Sociedad No 208, marzo-abril de 2007.

COYLE, A. (2002). *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*, CIEP, Londres.

DI CORLETO, J – MONCLÚS MASO, M (2009). *El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años*, en La cultura penal. Editores del Puerto, Buenos Aires.

FERRAJOLI, L. (2016), Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. En *Crítica penal y poder*, núm. 11. Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona.

GRAZIOSI, M. (2014). Università La Sapienza di Roma. *Género y norma: los derechos de las mujeres detenidas*. En Revista Crítica Penal y Poder 2016, nº 10 Marzo (pp.162-167) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona.

KENT, J. (2007). *La criminalidad femenina. ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

NARDIELLO, A. G; Et.al (2015). Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Comentada. Anotada. Buenos Aires, Hammurabi.

RAFECAS, D. E. (2015). *El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de Derecho*. Buenos Aires, Didot.

Red Euro Latinoamericana para la Prevención de la Tortura y la Violencia Institucional RELAPT (2016). “Introducción: Tortura y memoria” en *Informe sobre la situación de la tortura y la violencia institucional*, pp. 21-30. Consultado en <http://relapt.usta.edu.co/images/I-Informe-RELAPT.pdf>.

RIVERA BEIRAS, I. *Des-carcelación (II)*. Material didáctico dado en el marco del Postgrado en Ejecución Penal y Derecho Penitenciario (*PEPDP*); 4ta. Generación (2016).

TÁRRAGA, D. S. (2010). *La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXX.

VALVERDE MOLINA, J. (1990). *Incidencia psicológica de la privación de libertad en los niños*, Primeras Jornadas Nacionales sobre Mujeres, niños y jóvenes en prisión, Almería, 21 al 23 de noviembre de 1990.