

*“No hay manera de ser una madre perfecta,
hay un millón de maneras de ser una buena madre.”*

Jill Churchill.

ÍNDICE GENERAL.

1. Introducción
2. El sistema carcelario actual en nuestro país. Ideologías “re”.
3. Los artículo 32, inciso f), y 195 de la Ley N° 24.660. Proyectos de ley.
4. Sus antecedentes: el Código Civil de la Nación.
5. Instrumentos internacionales y legislación nacional: Derechos del Niño. Alguna jurisprudencia.
 - a. Convención sobre los Derechos del Niño.
 - b. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.
 - c. Otros instrumentos internacionales.
 - d. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).
 - e. 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).
 - f. Ley N° 23.849.
 - g. Ley N° 26.061.
 - h. Un fallo alentador. Un triste fallo.
 - i. Un fallo de la CSJN.
6. Informe del CELS. *“Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo”*.
7. El principio de trascendencia mínima de la pena a terceros.
8. Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, elaborado por la Comisión, creada por Decreto N° 678/2012. Penas alternativas a la prisión.
9. Conclusiones.

1. Introducción.

Quienes hayan tenido el tiempo para leer algunas de mis notas sin caer en el tedio que sus párrafos provocan, habrán notado que en muchas ocasiones no he estado de acuerdo con las normas penales analizadas; sin embargo, siempre elaboré una crítica constructiva con la finalidad de encontrarle alguna solución al asunto examinado.

Y esta vez no será la excepción ya que pondré bajo el microscopio los artículos 195 y 32, inciso f, de la Ley 24.660 (reformada por la Leyes N° 26.472 y N° 26.813). El primero (195) establece que la mujer en prisión *podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años*; y el segundo (32, f) indica *que el juez podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria, entre otros supuestos, a la madre de un niño menor de cinco (5) años*. Mis reparos se centran en los límites fijados de cuatro y cinco años.

Adelanto mi opinión lisa y llana: realmente son un desatino; si se quiere, de manera más elegante: inconstitucionales y vetustos de toda vejez imaginable, aun para la ballena de Groenlandia que alcanza a vivir más de doscientos años.

2. El sistema carcelario actual en nuestro país. Ideologías “re”.

Sin embargo, vayamos por partes, porque si no explico qué sucede actualmente en el régimen penitenciario, será imposible comprender las razones que me llevan al más acérrimo rechazo de aquellas disposiciones propias del siglo pasado o, mejor dicho, de alguno anterior a la era cristiana.

La Ley N° 24.660 (texto ordenado). Uno de los objetivos primordiales de la ley de ejecución penal es la progresividad en la ejecución de la pena privativa de libertad, es decir, que el condenado adquiera la capacidad de respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, conforme lo establece su artículo 1°: *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando*

su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”.

La resocialización a la que hace mención el artículo 1, es un principio consagrado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10.3: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.6: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”*). La resocialización, readaptación, reinserción o reeducación del delincuente en las ideologías denominadas “re”, absolutamente reaccionarias, presuponen una inferioridad en el preso (moral, biológica, psíquica o social) y por consiguiente merece ser “tratado” y “curado”, pues es un enfermo que no ha podido adaptarse a los parámetros generales preestablecidos socialmente para vivir en libertad. A este proceso de “corrección” se lo denomina “resocialización”.

En este aspecto, señala Eugenio Zaffaroni en “La cárcel” que: *“Las ideologías ‘re’ (resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etc.), propulsadas en general por el positivismo criminológico, respondían más o menos a la idea de que el preso es una suerte de aparato descompuesto o incompleto que debía repararse. La lógica final de esas ideologías es que, cuando se llegase a la conclusión que una persona no tenía arreglo posible, era lo indicado eliminarla ... Nadie puede aprender a vivir libremente privado de libertad. Sin embargo, la ideología ‘re’ puede tener algún sentido, en la medida en que se la adopte con criterio realista. Convengamos que el rechazo frontal -y sin ningún matiz de las ideologías ‘re’- es el discurso predilecto de los que pretenden que las cárceles deben ser meramente vindicativas, administradas por militares o policías, o bien concesionadas a empresas a las que el estado les pague por su cuidado y*

explotación (la famosa privatización de la prisión) ... Una reinterpretación de las ideologías 're' más compatible con los derechos humanos y, además, idónea para no provocar una anomia en el propio personal penitenciario (que la sufre en la medida en que se le propone discursivamente una misión imposible), es entender que cualquier propósito 're' debe interpretarse como el ofrecimiento de la posibilidad de que el preso eleve su nivel de invulnerabilidad al poder punitivo ... A la cárcel no llegan todos los infractores ni mucho menos. Si llegasen todos sería asombroso su número. Del mar de delitos que se cometen (y no se piense sólo en los graves o naturales) sólo llegan unos pocos. La inmensa mayoría de los infractores, en cualquier país del mundo, no le mueve un solo pelo al sistema penal ... La selección de quiénes van presos la llevan a cabo las policías, que siguen la regla de toda burocracia: hacen lo que es más sencillo. Y lo más sencillo es arrestar a los que son portadores de los estereotipos negativos, o sea, a quienes andan por la calle vestidos de delincuentes, poco menos que con uniforme de infractor ... ¿Qué es lo que humanamente y realmente puede hacer la cárcel en estos casos? ¿Se puede intentar algo 're'? Sí, claro. Si sabemos que lo que lo conduce a la cárcel es su vulnerabilidad condicionada por su estereotipo externo e internalizado, lo que puede hacerse es ofrecerle -no imponerle- la posibilidad de salir del estereotipo y aumentar su nivel de invulnerabilidad al sistema penal. No se trata de aconsejarle 'no seas malo, sé bueno como en la 're' clásica o positivista, porque la respuesta espontánea de la persona será: ¿por qué a mí, si hay otros mucho peores y no están presos? Se trata de decirle 'no seas tonto', 'no te regales con esas groserías el poder punitivo', 'no te prestes a ser carne de cárcel', 'no te sientas más hombre ni más valiente por ser más tonto', etc. Se trata de entender la función 're' como un esfuerzo por ofrecerle a la persona la posibilidad de cambiar su autopercepción, o sea, de desintroyectar o desinternalizar su estereotipo."

Y agrega: *“Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales que dejando de lado cualquier pretensión moralizante y también cualquier planteamiento de legitimidad, es decir, asumiendo como un simple dato de realidad que hay una máquina que los atrapa y encierra, y, por ende, que en este encierro es ineludible proporcionarles algún trato lo menos incompatible con los Derechos Humanos ... Una interpretación de la ‘reforma’ y la ‘readaptación’ constitucionales como trato humano, lo menos deteriorante posible y que trate de reducir la vulnerabilidad penal de la persona, constituye un programa penitenciarmente realizable y jurídicamente compatible con las normas constitucionales, dotándolas de sentido pero sacándolas del marco originario de las ideologías ‘re’, que además de vetusto e irrealizable, es incompatible con el encuadre general de los Derechos Humanos (por presuponer una inferioridad en el preso)...”.*

Y concluye con elocuencia: *“...lo único que puede hacer un sistema penitenciario respetuoso de Derechos Humanos es deparar un trato humano.’. Hecho el paréntesis, continuo: el régimen de progresividad consiste en conferir al penado un avance graduado hacia su libertad, atravesando distintos períodos sucesivos, a través de los cuales las medidas restrictivas van disminuyendo, con el objetivo de que el regreso al medio libre no sea brusco, sino gradual, facilitando de ese modo el objetivo de resocialización perseguido, es decir, la naturaleza de este instituto es lograr la atenuación paulatina de las condiciones de encierro, a fin de evitar en el interno un reintegro traumático a la vida extramuros.”.*

Sin dudas, resulta inadmisibles o al menos anacrónico, concebir el cumplimiento de la pena como un mero encierro, pues, se desvirtúa profundamente su naturaleza y sentido. Conforme las Reglas de Tokio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el encarcelamiento debe promover la “readaptación” social del recluso. Sin embargo, la Ley N° 24.660 instaura un régimen de progresividad, a partir del período de prueba, basado en premios y castigos para que el penado

pueda obtener algún tipo de libertad ambulatoria. En consecuencia no se produce un verdadero tratamiento “progresivo” para su inclusión sino, simplemente, se fijan reglas de conducta y disciplinarias que el penado debe cumplir mientras se encuentre privado de su libertad. Debe quedar claro que el condenado sigue siendo una persona, de igual modo que quienes gozamos de libertad ambulatoria, y a partir de allí también merece idéntico respeto, trato digno, asistencia médica, social, educación, trabajo, vestimenta, etcétera. De otro modo, si todas esas condiciones no se brindan y el Estado no puede asegurarlas, estamos frente a un régimen penitenciario hipócrita, cuyas cárceles lo único que logran es mantener en el encierro a quien ha delinquido, y más allá de que pueda cumplirse el fin de la pena, basado en alguna de las teorías de prevención, no se persigue otra finalidad más que, conforme las ideologías “re”, mantener al ser inferior y enfermo alejados de una sociedad que se comporta con “rectitud”, sin ninguna intención de resocializar, readaptar o reeducar.

La Constitución Nacional consagra en el artículo 18 que *“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”*. Y varios instrumentos internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refieren al trato de los reclusos; por ejemplo, el Pacto, establece en su artículo 10 que *“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano ... 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”*; y la Convención dispone en su artículo 5 que *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada*

con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente...6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”.

Bajo esas condiciones veamos qué sucede en la República Argentina.

La población carcelaria actual (año 2015) supera los 60.000 presos en todo el país, según el Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena, y aproximadamente su mitad son personas detenidas sin condena. En la provincia de Buenos Aires que aloja a la mitad de los reclusos, se produce un aumento de 1.000 detenidos por año. Entre 1997 y 2011 *“se ha duplicado la población carcelaria del país, esto es, se ha incrementado en más de un 100 %”*, según destaca la Procuración Penitenciaria de la Nación en su Informe anual. Además, el estado de las cárceles es paupérrimo, con graves problemas de infraestructura ya que muchos centros de detención no están preparados para cumplir su función de manera adecuada, y otros se encuentran en pésimas condiciones materiales debido a la antigüedad de sus instalaciones. Ello surge de informes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y de su presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) donde se sostiene que *“...existen deficiencias estructurales en las construcciones, con serias fallencias edilicias, ausencia de garantías mínimas de seguridad, inexistencia de adecuada ventilación, luz natural, agua corriente, higiene, sin servicios básicos e indispensables como calefacción y agua potable, que constituyen riesgo para la vida y salud de los detenidos.”.*

Los problemas en las condiciones de detención impiden que los internos puedan recibir un tratamiento apropiado para su posterior reinserción en la sociedad ya que complica sus posibilidades de estudiar o trabajar intramuros. En este sentido, los datos oficiales analizados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena dan cuenta de que el 60 % de los reclusos no trabaja, que el

82 % nunca participó de ningún programa de capacitación laboral y que el 55 % tampoco estudia. El resultado de todo esto, se puede observar en el hecho que el 32 % de los detenidos condenados vuelve a la cárcel. Este dato surge de la suma de los reiterantes (11%), más los reincidentes (20%) y los reincidentes múltiples (1%). E incluso este porcentaje, que ya de por sí suena alarmante, es muy probable que sea aún mayor ya que debe tenerse en cuenta que al calcularlo sólo se toma a los condenados (no a los procesados), es decir, el cálculo se realiza sobre 29.094 de un total de 60.789 reclusos. Esta tasa de reincidencia es un indicador clave para analizar el éxito del tratamiento y la recuperación de las personas detenidas ya que demuestra la ineficacia del sistema penal en lograr la resocialización de quienes pasan por el sistema penitenciario, demostrando que un alto porcentaje de ellos vuelve a ingresar a la cárcel.

Queda claro que el sistema penitenciario argentino no cumple con su objetivo principal de lograr la “reinserción social” del recluso y que, en consecuencia, un alto porcentaje de detenidos vuelve a cometer delitos.

Mario Juliano, juez penal de la provincia de Buenos Aires (magistrado al que me he referido en otro artículo al citar uno de sus fallos en relación a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua), ha dicho que *“Como abogado y juez he perdido la fe en el derecho penal. Pienso que es la última ratio para resolver los conflictos. Como ciudadano común aspiraría a que la gente resuelva los conflictos de una manera alternativa, más creativa que la privativa de la libertad. Hay que buscar formas que eviten la respuesta punitiva.”*. El juez de Necochea piensa que la Justicia como valor no se encuentra en el poder judicial, afirmando que *“La Justicia hay que buscarla en otros lados que no son los tribunales. El poder judicial aplica la ley pero no resuelve conflictos. La Justicia es un valor ético y moral que cada uno tiene.”*

En síntesis, con un Poder judicial serio, al menos la mitad de los reclusos ya se encontrarían en libertad, con fundamentos en nuestra Constitución Nacional, en la

propia Ley N° 24.600 y en las convenciones y tratados internacionales, pues, no hay manera de sostener con seriedad que las cárceles argentinas ‘readaptan y resocializan’. La doble moral imperante violenta el principio de justicia, y un país sin justicia se destruye a sí mismo.

3. Los artículo 32, inciso f), y 195 de la Ley N° 24.660. Proyectos de ley.

La Ley N° 24.660 (1996) reformada por la Ley N° 26.472 (2009), en su “*Capítulo II Modalidades básicas de la ejecución, Sección Terceras. Alternativas para situaciones especiales. Prisión domiciliaria.*”, dispone:

“ARTICULO 32. El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) Al interno mayor de setenta (70) años;

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.

La reforma que introdujo la **Ley N° 26.472** respecto a la Ley N° 24.660, también, en su artículo 4º, **modificó el artículo 10 del Código Penal de la Nación:** “*Modifícase el artículo 10 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:*

Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) *El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;*
- b) *El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;*
- c) *El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;*
- d) *El interno mayor de setenta (70) años;*
- e) *La mujer embarazada;*
- f) ***La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”.***

La referida Ley N° 26.472, modificatoria del artículo 32 de la Ley N° 24.660 y del artículo 10° del Cpn., se promulgó en el año 2009; es decir, diecinueve (19) años después que nuestro país ratificara por Ley N° 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) que **entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad.**

Pero, además, para no desentonar en su sintonía de errores, la Ley N° 26.472 también se dictó cuatro (4) años después de que el Congreso Nacional dictara la Ley N° 26.061 (21/10/2005) “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, cuyo artículo 2° establece que: *“APLICACION OBLIGATORIA. 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.”.*

A esta altura, se preguntarán las razones de mi desconsuelo para con la Ley N° 24.660; pues bien, concretamente, que su artículo 195 indique que la mujer en prisión “...podrá retener consigo **a sus hijos menores de cuatro años...**”, y, que la Ley N° 26.472 que modificó su artículo 32, señale en su inciso f), al igual que el artículo 10° de nuestro Código penal, que el juez podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria “**A la madre de un niño menor de cinco (5) años...**”.

Un examen hermenéutico nos permite reconocer que a la interna le está permitido “retener” a su hijo hasta cumplir cuatro de años de edad y, en su caso, “podrá” ser autorizada a cumplir su pena de prisión en detención domiciliaria, siempre y cuando el menor no haya cumplido los cinco años. Es decir con más de 5 años de edad la ley le impide hacer uso de aquélla.

Y entonces, deberíamos bucear en los antecedentes legislativos que llevaron al dictado de la Ley N° 24.660 y de la Ley N° 26.472 que, de manera antojadiza, fijaron las edades de los niños en 4 y 5 años, respectivamente.

Aconsejo continuar la lectura con calma, pues, les advierto que es irritante lo que sigue. Véase.

El Decreto-Ley 412/58, dictado durante el gobierno de facto de Pedro Eugenio Aramburu (ratificado por Ley N° 14.467) ordenaba:

“ARTICULO 112. *La interna que tuviere hijos menores de dos años podrá retenerlos consigo. Cuando se encuentre justificado, se organizará una guardería infantil, con personal calificado.*

ARTICULO 113. *Al cumplir el menor los dos años, si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del mismo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad jurisdiccional o administrativa que corresponda.”.*

En el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional, elevado el 6 de julio de 1995 al H. Congreso Nacional, se lee: “*Con relación a los establecimientos para mujeres, destácase que consagra el derecho de la interna que tuviere hijos menores de*

cuatro años, a retenerlos consigo. Aumenta así la edad de los menores que la mujer interna puede tener a su cargo, respecto de la normativa que se pretende modificar.”.

Sin objeciones en este punto, con fecha 19 de junio de 1996, en la 23ª Reunión de la 12ª Sesión Ordinaria se sancionó la Ley N° 24.660, disponiendo, como se vio, elevar de dos a cuatro años la edad del menor como límite máximo de permanencia junta a su madre privada de libertad (recuérdese que el artículo 32, inciso f, recién se introdujo con la reforma que produjo la Ley N° 26.472).

Y, sin más preámbulos, en 1996 se aumentó de 2 a 4 años la edad para que la madre pudiera “retener” a sus hijos en la cárcel. Significativo avance, ¿no? Olvidando, insisto, que desde 1990 nuestro país había ratificado la CDN por Ley N° 23.984, y que desde el año 1994 el artículo 75, inciso 22, de la “nueva” Constitución Nacional, establece la supremacía de los instrumentos internacionales por sobre la legislación interna.

A ningún legislador se le ocurrió pensar que aumentar de dos a cuatro años la edad de los menores para permanecer intramuros con sus madres, era un retroceso y no un avance. Y aún mayor si hubieran elevado el límite de edad a seis, ocho, catorce o dieciocho años. Insisto, a ningún legislador se le ocurrió pensar que hubiera resultado mejor encontrar una pena alternativa a la prisión para las mujeres con hijos menores. No, de ningún modo, a ningún legislador se le ocurrió pensar.

Tuvieron que pasar 13 años desde el dictado de la Ley N° 24.660 para que los señores legisladores advirtieran una suerte de laguna legal, debido a que alguno de ellos se habrá preguntado, con miras a mantener la “relación familiar”, qué hacer una vez cumplido el menor los 4 años edad.

Entonces, la Ley N° 26.472, sancionada en el año 2009, dispuso (artículo 32, f) que *El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria a la madre de un niño menor de cinco*

(5) años, modificando, en igual sentido, el artículo 10 del Código Penal de la Nación.

Y ello, debido a que en su redacción original la Ley N° 24.660 sólo contemplaba la prisión domiciliaria para el condenado mayor de setenta años o para el que padeciera una enfermedad incurable en período terminal (antiguo artículo 33).

Una aclaración antes de ingresar al tema que deseo desarrollar: con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.472 (2009), en los años 2005 y 2006 la Diputada Nacional Diana Conti presentó respectivos proyectos de ley (S.-1.971/05 y 269-D.-2006) proponiendo, en ambos, la derogación del artículo 195 de la Ley N° 24.660, esto es, que la mujer en prisión pueda *retener consigo a sus hijos menores de cuatro años*; así como la modificación del artículo 32, proponiendo en su inciso f, que *deberán* cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, entre otros supuestos, **la madre de un niño menor de cuatro (4) años**. En idéntico sentido proponía la modificación del artículo 10 del Código Penal de la Nación. Ninguno de ellos prosperó.

Y si bien se advierten con absoluta claridad sus buenas intenciones, pues, eliminaba el encierro de los menores de cuatro años al derogar el artículo 195 y, en consecuencia, disponía que una madre con un hijo de esa franja etaria debía cumplir su pena de prisión en detención domiciliaria, eliminando, además, la facultad otorgada al juez para decidir, en razón que sustituyó el verbo “podrá” [el juez otorgar] por “deberá[n]”, lo cierto es que continuó “encerrada” en el límite de edad de los menores que arrastra nuestra legislación desde antaño.

Y pese a haber citado *in extenso* los instrumentos nacionales e internacionales que rigen al asunto en protección de los derechos del niño, más lo resuelto el 3 de mayo de 2005 por la CSJN en el fallo “*Verbitsky*” que establece que “*Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la*

Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”, la legisladora no tuvo en cuenta que, en la actualidad, mejor dicho, desde hace muchos años, el derecho y el interés del menor priman por sobre el castigo (léase, prisión) que debe soportar la madre por el injusto cometido. De todas formas su proyecto fue de vanguardia, reitero, al proponer la eliminación del artículo 195 de la citada Ley N° 24.660.

Algunas precisiones debo escribir acerca de lo dicho hasta aquí, en relación a los dos artículos en análisis, de la Ley N° 24.660 (texto ordenado).

a. Que desde el dictado del Decreto-Ley 412/58 sea el juez competente quién “podrá” disponer la detención domiciliaria y no resulte una obligación legal, se contrapone con los derechos que le son reconocidos a los niños y niñas, por lo que no debería otorgársele a los jueces ningún margen de discrecionalidad para evaluar o decidir qué madre podrá obtener la detención domiciliaria, pues, sólo deberían aplicar el marco jurídico imperante sin atender a circunstancia fáctica ninguna. En definitiva, el menor de edad tiene el derecho a permanecer con su madre y nada importa si ésta se encuentra en libertad o detenida, y las autoridades judiciales o administrativas tienen el deber de cumplir con los tratados y convenciones internacionales, la Constitución y las leyes, y con extremo celo y cuidado cuando lo que habrá de decidirse es el futuro de un niño en plena etapa de desarrollo. El proverbio *suajili* o *swahili* es muy claro “*Un hijo será lo que se le ha enseñado*”.

b. Que a la madre detenida se le “permita retener” al menor hasta los dos años de edad (Decreto-Ley 412/58) o hasta la cuatro (Ley N° 24.660), me parece una solución que apareja más problemas que los que resuelve, debido a que si bien conlleva un fin altruista, es decir, permitir que perdure la relación madre-hijo, lo cierto es que este último deberá permanecer encarcelado en una prisión. Y todo lo que se ha escrito acerca de las razones que imponen que llegado a determinada edad el menor debe abandonar el establecimiento carcelario, sirven para sostener

que ni un solo día debe vivir en una cárcel. Los efectos nocivos que provoca el encierro, aun desde temprana edad, afirman los especialistas, es un modo de “institucionalizar” al impúber. Cómo puede suponerse que un menor habrá de crecer “sano” en un establecimiento carcelario, si, como se indicó al inicio, el hacinamiento y las malas condiciones de detención, entre muchas otras variables, demuestran que ni siquiera la madre logra su “readaptación ni “resocialización”.

Por todo ello, en nada comparto algunos Documentos elaborados por Naciones Unidas con relación al encarcelamiento de mujeres, en el entendimiento que parten de una utopía y, además, producen un efecto inverso al deseado. Me he cansado de leer fallos judiciales que citan recomendaciones de la ONU para fundar alguna decisión espasmódica que no resuelve ninguna cuestión estructural o de fondo. Véase. *“En lo que respecta a los niños que residen en la prisión junto con sus madres, el Comité recomienda que el Estado parte garantice unas condiciones de vida en la prisión que sean adecuadas para el pronto desarrollo del niño, de conformidad con el artículo 27 de la Convención. El Comité alienta al Estado Parte a que pida asistencia a este respecto, entre otros, al UNICEF y a otros órganos de las Naciones Unidas. (Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, 17/03/2006, párr. 48).”*

Me pregunto con sinceridad ¿Cree realmente el Comité que en la cárcel se le garantiza al menor una adecuada atención sanitaria, médica, alimentaria, y libre de enfermedades y malnutrición?

En realidad lo que debería recomendar el Comité es la eliminación de toda legislación que prevea el cumplimiento de la pena de prisión efectiva en una cárcel para toda madre con hijos menores; o, lo que es lo mismo, una pena alternativa para ella si “afuera” la esperan los hijos para su crianza.

c. En idéntico sentido rechazo profundamente que la madre pueda “gozar” de una detención domiciliaria si el hijo o hija es menor a cinco años, suponiendo que si tiene seis, o algunos más, sus descendientes directos ya no necesitarán ni habrán de requerir de ella, y alcanzará con que sean criados y educados por un tío o, en el mejor de los casos, quizás por un hermano un poco mayor.

Es que, como me he cansado de afirmar en reiteradas ocasiones, particularmente, en el artículo titulado “*La pena de prisión. La prisión permanente revisable. Las penas alternativas.*”, aún se entiende a la detención domiciliaria como una gracia que concede el monarca al súbdito, y no como una pena alternativa a la prisión efectiva.

Lamento no conocer personalmente a Luigi Ferrajoli, pues, de haberlo consultado para redactar estas pocas líneas, él, sin dudas, lo hubiera hecho mejor, con más énfasis y de manera más categórica, y no sólo por su pluma sino por la autoridad que le otorga haber dedicado su vida entera al conocimiento, particularmente a la filosofía y al derecho penal.

Perdón por la digresión; continúo: quienes, también con transparentes intenciones, sostienen que el niño debe permanecer dentro del establecimiento carcelario y no fuera mientras su progenitor cumple su pena en prisión, para un mejor fortalecimiento y desarrollo familiar, no han llegado a comprender que esta suerte de excepción por la que luchan no es más que eso: una alteración a la regla, en la medida que lo general, normal y de toda lógica es que a la madre o padre que ha sido condenado a prisión de cumplimiento efectivo, se le permita su sustitución por otra pena.

d. Pero como no siempre se nada solo en el desierto, el Procurador Penitencia de la Nación, Dr. Francisco Mugnolo, en el año 2006 también presentó un proyecto de ley, sin éxito, (639-O.V.-2006.), que tenía como finalidad desterrar los límites de las edades de los menores: ni menos de cuatro años para permanecer junto a su madre en la cárcel ni menos de cinco para que ella pudiera obtener la

detención domiciliaria. Simplemente proponía que la mujer embarazada o con hijos menores o incapaces pudiera cumplir su pena bajo aquella modalidad.

Y sus sólidos fundamentos merecen ser transcritos, al tiempo que advierto, con cierto beneplácito, que refuerzan lo que se viene sosteniendo hasta ahora. Textualmente indica que:

“...En este sentido, institutos como el arresto domiciliario constituyen herramientas fundamentales que los jueces deben utilizar ante casos en los cuales el encierro no puede garantizar los estándares exigidos constitucionalmente para ser legítimo ... Por ello, se estima pertinente la creación legislativa de una nueva hipótesis, que contemple la posibilidad de que las mujeres embarazadas al momento de la comisión del hecho o que tengan hijos menores o incapaces a cargo, puedan ser destinadas a este tipo de prisión o detención excepcional ... Es que las medidas de coerción que tome el Estado para someter a las personas a proceso deben abstenerse de perjudicar intereses superiores como los de personas inocentes -en el caso los niños dependientes de sus madres- que serán indirectamente victimizados por el aparato punitivo, paradójicamente, mientras intenta cumplir el mandato constitucional de afianzar la justicia y cumplir con el objetivo resocializador. En este sentido, el enfoque alternativo a la prisión debe ser contemplado en aras a los beneficios que puede acarrear a futuro y evitando, de tal forma, la institucionalización de niños.”.

4. Sus antecedentes: el Código Civil de la Nación.

Un poco de historia para conocer qué razones llevaron a los señores legisladores, al reformar la Ley N° 24.660, a imponer los topes de cuatro o cinco años. Veamos. Cuando se promulgó el Código Civil (1869) se estableció en su artículo 213, al regular los efectos del divorcio en el matrimonio, que *"Los hijos menores de cinco años quedarán **siempre** a cargo de la mujer. Los mayores de esta edad se entregarán al esposo, que a juicio del juez, sea el más a propósito para educarlos,*

sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer, preferente derecho a tenerlos".

La ley 2392, en su artículo 76 de Matrimonio Civil quitó la palabra "**siempre**". Posteriormente, la Ley 17.177 modificó el citado artículo 76, manteniendo el principio de otorgar la tenencia de los hijos a la madre "**salvo causas graves**" y estableció, además, que *"los mayores de esa edad quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esta solución fuere inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso"*.

La ley 23.515 (B.O. 12/06/1987) disponiendo en el artículo 206 que la tenencia de los hijos *"quedar[á] a cargo de la madre, **salvo causas graves** [agregando] **que afecten el interés del menor**".* Y en cuanto a los niños mayores de cinco años, retoma la letra del criterio de Vélez Sarsfield prefiriendo al progenitor más idóneo. Finalmente, la Ley N° 26.618 (B.O. 22/07/2010), mantuvo, en lo que aquí interesa, idéntica redacción; por supuesto con un agregado a los tiempos que corren: **"Los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta 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."**

Es decir, para los hijos menores de cinco años, desde 1869, es regla general que queden a cargo de la madre.

Por fin, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994; B.O. 8/10/2014), y que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, establece en su *Título VII. Responsabilidad parental, Capítulo 3. "Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos"* lo que sigue:

“ARTÍCULO 648.- Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

*ARTÍCULO 649.- Clases. **Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.***

ARTÍCULO 650.- Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

*ARTÍCULO 651.- Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, **el cuidado compartido** del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.*

ARTÍCULO 652.- Derecho y deber de comunicación. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.

*ARTÍCULO 653.- Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el **supuesto excepcional** en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a. la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b. la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.”.*

Así entonces, pasados 146 años desde la sanción de nuestro Código Civil, se elimina el tope de los cinco (5) años y, por tanto, los menores, a cualquier edad, pueden quedar al **cuidado compartido** o, en su caso, de uno u otro progenitor, prefiriéndose, de ser posible, que dicho cuidado sea ejercido por ambos.

Y de este modo, sin preferencias en cuanto a qué progenitor quedará al cuidado de los hijos, el nuevo Código viene a significar que el niño, sea menor o mayor de cinco años, ineludiblemente requiere la atención de ambos padres, cualquiera sea su edad. Y no como sostiene el artículo 32, inciso f) de la Ley N° 24.660, así como el artículo 10° del Código penal, que consideran pertinente que la madre pueda obtener su detención domiciliaria cuando su hijo tuviere menos de cinco años de edad.

5. Instrumentos internacionales y legislación nacional: Derechos del Niño.

Alguna jurisprudencia.

Para que estas notas no que queden huérfanas de las normas que rigen los derechos de los menores, haré un breve repaso de las leyes nacionales y los instrumentos internacionales más sobresalientes, así como también a alguna jurisprudencia.

a. Convención sobre los Derechos del Niño.

En el año 1924 la Sociedad de las Naciones Unidas adopta en su V Asamblea el primer texto formal conocido como la Declaración de Ginebra redactada por *Eglantyne Jebb*, fundadora de la organización internacional *Save the Children*.

En el año 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y si bien contenía de manera implícita los derechos de los niños, se llegó a la conclusión debía aprobarse una convención que especialmente los protegiera.

Pasados 30 años, en 1978, el gobierno de Polonia propuso a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la versión provisional de una Convención sobre los Derechos de la Niñez. En 1979, Año Internacional del Niño, se creó un equipo para trabajar sobre esa versión provisional que fue presentada a todos los gobiernos del mundo, y luego de 10 años de trabajo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Convención sobre los Derechos del**

Niño, el 20 de noviembre de 1989. La Convención fue ratificada por casi todos los países del mundo.

Ya no se discute seriamente que el niño o niña tiene derechos fundamentales: el derecho a la salud y a la nutrición, a una educación, a la igualdad de género, a la eliminación de la discriminación, a estar libre de la explotación y del abuso. También el derecho a un nombre y a una nacionalidad, a expresarse libremente, y a participar en las decisiones que los afecten. Es que a partir de la Convención, el niño es reconocido como sujeto de derechos y titular de todos los derechos contemplados en los tratados de derechos humanos, afirmando su condición de personas en desarrollo por lo que se pone especial énfasis en su infancia y adolescencia, sustentado en el principio de igual trato y consideración en las dimensiones de la vida personal, familiar y social.

Su artículo 1º: ***“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo en virtud de la ley que se le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”***

La Convención reconoce que, por sus condiciones particulares, el niño es un ser humano en estado de inmadurez física y mental que necesita *“protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*, y que la familia, *“como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*.

Asimismo dispone que los *“Estados Partes 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”*.

El Comité de los Derechos del Niño (UNICEF) agrupa los derechos del niño en cuatro categorías: derecho a la supervivencia, derecho al desarrollo, derecho a la protección y derecho a la participación.

Este espectro normativo se amplía con otras normas internacionales que por disposición de nuestra propia Constitución Nacional ingresan al régimen de protección de los derechos de los niños.

b. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Establece la Declaración en sus artículos:

1 *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”*

3. *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”*

5. *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”*

25. 1. *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”*

25. 2. *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”*

28. *“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”*

30. *“Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”*

c. Otros instrumentos internacionales.

En similar sentido otros instrumentos internacionales refuerzan el *status* del niño, niña y adolescentes con absoluta prevalencia de sus derechos y garantías fundamentales cuando se encuentren en juego su bienestar y desarrollo. Así se expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Véase.

El PIDCP, artículo 10: *“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Y en su artículo 24 indica que todos los niños tienen *“derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*.

La CADH, artículo 5: *“2. ...Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Y su artículo 5: *“3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente”*.

La DADDH, artículo VIII. *“Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.”*;

artículo XXV: *“...Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”*;

artículo XXVI: “...Toda persona acusada de delito tiene derecho ... a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”.

Y no transcribiré más disposiciones internacionales porque prefiero centrar estas notas en lo que hace, concretamente, a los fundamentos que impiden mantener a los niños encerrados en la cárcel junto a sus madres.

Precisamente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo que aquí interesa, establece en su artículo 19.1. que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente...”.

Su artículo 27.1. dispone que “ Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”.

Y su artículo 31.1. indica que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.”.

Nada de ello sucede en la cárcel.

Y como bien señala la Corte IDH (Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28/8/2002), “La familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el

Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar ... En aras de 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 esta materia. Debe remarcarse que la privación de la libertad de una niña o niño debe ser una medida excepcional, lo cual se traduce en que sólo debe aplicarse cuando no pueda adoptarse otro remedio. En consecuencia, no puede justificarse la privación de la libertad de la niña o del niño junto a su madre en aras de resguardar el derecho a la familia y la prohibición de separación de sus padres, ya que se puede adoptar otra medida estatal menos lesiva que asegure esos fines.”.

d. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio -14/12/1990-).

Consideran que la prisión domiciliaria está comprendida en las medidas no privativas de la libertad (artículo 8: “2 Las autoridades sancionadoras podrán disponer del caso de los modos siguientes: ... k) Arresto domiciliario...”; y, conforme su artículo 2.3: “...El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles debe estar determinado de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”; sometidas al control judicial para garantizar que se cumplan sus fines y que no se afecten los derechos del beneficiario (artículo 3: “5. Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente. 6. El delincuente estará facultado a presentar pedidos o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad”; el plazo debe ser determinado de manera previa (artículo 11: “1. La duración de las

medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley”); para la adopción de estas medidas deben considerarse “las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda” (artículo 8. Se le debe asegurar al beneficiario el conocimiento de “las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos” (artículo 12).

e. 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 -21/12/2010-).

Sus Reglas disponen:

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.*

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 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.

f. La Ley Nº 23.849.

Esta Ley (año 1990) dispone en su artículo 1º *“Apruébase la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York ... [que] forma parte de la presente ley. Y en su artículo 2º explica que “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones ... Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.”.*

Vale señalar que la Asamblea General de las Naciones Unidas define a los jóvenes como las personas entre los 15 y 24 años de edad; en consecuencia, se considera "niños" a las personas menores de 15 años. Sin embargo, el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, amplía esa franja hasta la edad de 18 años. Y así ocurre, pues, la Convención pretendió otorgar esos mismos derechos a un grupo de edad tan grande como fuera posible, ya que no existía convención similar de las Naciones Unidas sobre los derechos de la juventud.

g. La Ley Nº 26.061.

Dicha norma (año 2005) denominada “La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, establece en su **artículo 1º** que *“Esta ley 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.”.

Y en su artículo 2º 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.”.

Su artículo 3º establece que “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: ... 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.”.

Y su artículo 5º que: “Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal ... Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes ... Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: ... 2. Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas.”.

Su artículo 7º que “...El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.”.

Y, más allá de reconocerles los derechos a la vida, dignidad, identidad, salud, educación, igualdad, no discriminación, etcétera, su **artículo 19º** dispone que: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende: 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.”*

Sin embargo, y pese a su génesis de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, y con antecedentes visibles como la Ley Nº 23.849 que, ya vimos, ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, su artículo 17 echa por tierra y borra con el codo todo lo escrito con la mano, cuando afirma que:

“... La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario...”

Una vez más, el legislador no pudo concebir, pese a ser una ley que protege a los niños, un instituto alternativo de prisión para la madre (o padre) de uno o más hijos menores de 18 años, y que ha sido condenada a la pena de prisión efectiva.

¡Qué tristeza!

h. Un fallo alentador. Un triste fallo.

h.1. Algún solitario fallo me sorprendió gratamente:

“La prisión domiciliaria viene a constituir una de las formas por las que el legislador ha receptado el principio del trato humanitario en la ejecución de la pena, que tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa (CN, artículo 75, inciso 22; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV; Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, artículo 5, 2; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 10; Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 10; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes - A.G. ONU 10-12-1984, Considerandos)”;

v. "**Pastor Bernardo s/P.S.A. de lesiones graves, etcétera. Recurso de casación**", Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, rta. 23/8/2000.

h.2. Pero mi alegría duró apenas estos pocos renglones porque siguiendo con la búsqueda de antecedentes jurisprudenciales, y ya que para muestra alcanza un botón, transcribiré parte de un fallo dictado el 25 de agosto de 2010 por la Sala II del Superior Tribunal de la provincia del Chaco, en la causa Nº 68.716/2010, caratulada: "**R.M.N. s/ ejecución de pena**", que resume la línea ideológica que siguen la mayoría de los tribunales de todo el país.

Aclaro que se trata de una madre condenada a prisión efectiva, con dos hijas de ocho años y un año y medio de edad "*quienes no tienen padre conocido*".

El juez de ejecución rechazó la petición de detención domiciliaria por entender que las menores se encuentran contenidas por sus abuelos "*los que han asumido el rol de padres*", y que el problema de deserción escolar que presenta la mayor de ellas en nada cambia que la condenada esté encerrada en su casa con sus hijas o un centro de detención erogando gastos al Estado. Y agregó el magistrado que los "*...informes remitidos por el personal penitenciario, agregados al Legajo y del mismo Informe Social-Psicológico, se infiere que la interna lejos está de aceptar las normas impuestas, de convivir con sus compañeras de encierro o poner voluntad para aceptar sugerencias realizadas para mejorar su personalidad...*", estimando por ello que no podría cumplir con las obligaciones que se le impongan ante el supuesto de una detención domiciliaria.

En igual sentido se expresó el Superior Tribunal y negó a la "prisionera" la posibilidad de continuar en detención domiciliaria; y a sus hijas, sin padre, el derecho a criarse al lado de su madre; error que jamás podrá ser subsanado ... ni perdonado.

Se confundió el derecho de las hijas menores con el "beneficio" del que podría haber "gozado" la madre.

En definitiva una interna "rebelde" que no acepta demasiado la panacea que le

impone el régimen carcelario, y que además eroga gastos al Estado, no merece detención domiciliaria porque sus hijas están muy contenidas por sus abuelos; incluso la menor de 8 años que ha abandonado la escuela. ¡En fin! Así vamos en pleno siglo 21.

i. Un fallo de la CSJN.

Transcribiré un fragmento largo del fallo (M. 821. XLIII) “**Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación**”, dictado el 1º de noviembre de 2011 por nuestra Corte, porque resume los derechos y garantías con lo que deben contar los reclusos. De allí a que se cumplan es otra historia.

Cito: 4º) Que, en igual sentido, el Comité de Derechos Humanos, al resolver el caso Womah Mukong c. Camerun, sostuvo de manera concluyente y de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, por un lado, que es “obligación” del Estado respecto de todo recluso la observancia de ciertas reglas mínimas (vgr., habitación, instalaciones sanitarias, nutrición, salud) y, por el otro, que dicha obligación debe cumplirse “siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer[lo] difícil” y “cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado parte de que se trate” (comunicación n° 458/1991, 21-7-1994, CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.3). Con ello, por lo pronto, reiteró los lineamientos de su Observación General n° 21. Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), de 1992, con arreglo a los cuales, así como el artículo 10.1 del mencionado pacto impone a los Estados Partes una “obligación positiva” en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad, así también tratar a éstas con humanidad y respeto de su dignidad “es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte” (párrs. 3 y 4). Dichas Reglas Mínimas (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y

Tratamiento del Delincuente -Ginebra, 1955-, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31-7-1957, y 2076 (LXII), 13-5-1977), por lo demás, regulan pormenorizadamente las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales de los detenidos (vgr. reglas 9/14 -locales destinados a los reclusos-, 15/16 -higiene-, 17 -ropa-, 20 -alimentación-,

22 -servicios médicos-, 77 -instrucción-). Y- si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad (“Verbitsky”, cit., pág. 1187; asimismo: “Gallardo”, Fallos: 322:2735). Con análogos alcances han sido aplicados, entre otros, por el Comité contra la Tortura (vgr.: Observaciones finales: Guatemala, 6-12-2000, A/76/44, párr. 73.f), por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, (p. ej.: Yvon Neptune vs. Haití, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6-5-2008, Serie C n° 180, párr. 144), y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que las ha entendido como referencias adecuadas de las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos, en materia, p. ej., de alojamiento, higiene y tratamiento médico (informe n° 127/01, caso 12.183, Joseph Thomas – Jamaica, 3-12-2001, párr. 133, entre otros).

De igual modo, ciertamente, puede discurrirse a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: todo individuo “tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (art. XXV). Valga recordar, incluso, que si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene norma alguna sobre las condiciones de reclusión, ello no le ha impedido a la Corte Europea de Derechos Humanos juzgar, mediante una interpretación constructiva, que el art. 3° del citado instrumento “impone” al Estado el “aseguramiento” de que dichas condiciones resulten compatibles con el respeto

de la dignidad humana (Kudla c. Pologne, sentencia del 26-10-2000, Recueil 2000- XI, párr. 94).

5°) Que, en suma, por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y Estado, “este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2-9-2004, Serie C nº 112, párr. 153).

6°) Que, esta Corte ya había enunciado que el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimiento del debido proceso. Esta postura seguida desde el precedente “Dessy” (Fallos: 318: 1894), sobre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, se ha mantenido en otros precedentes (Fallos: 327:388 y 328:1146).

Justamente en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos -La Habana, Cuba, 1990- se estableció como regla elemental que el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de su libertad; es que con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos.

Cuadra acotar, incluso, ... las “normas de trato” previstas en la propia ley 24.660, entre las que corresponde destacar, vgr.: “(e)l régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud” (...) (artículo 58); *“(l)a administración proveerá al interno de vestimenta acorde al clima y a la estación”* (artículo 63); *“(a)l interno se le proveerá de ropa suficiente para su cama individual, la que será mudada con regularidad”* (artículo 64); *“(l)a alimentación del interno estará a cargo de la administración, será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos”* (artículo 65); *“los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias y proveerán al interno de los elementos indispensables para su higiene (artículo 60); desde su ingreso “se asegurará al interno el ejercicio de su derecho de aprender, adoptándose las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar su educación e instrucción”* (artículo 133).

6. Informe del CELS. “Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo”.

El CELS en su informe (2011) *“Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo”*, elaborado por un equipo que se conformó con el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) y, en la primera etapa de la investigación, el Grupo Justicia y Género del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP), llevó a cabo un trabajo de campo en el período comprendido entre el 20 de junio y el 21 de agosto de 2008, en prisiones del Servicio Penitenciario Federal de todo el país.

Sus resultados fueron los que siguen:

a. *“La mayoría de las mujeres privadas de libertad está detenida bajo la imputación de delitos no violentos, como la comercialización o el contrabando de estupefacientes.”* El 70% están procesadas o condenadas por delitos vinculados con las drogas, el 16,2% están detenidas por delitos contra la propiedad y sólo el

14,2% por delitos contra las personas. El restante 3,4% están procesadas o condenadas por otro tipo de delitos. (página 30).

b. Casi 70% de las mujeres está condenada a una pena menor a 5 años, cifra que llega al 80% para el caso de condenadas (sin o con sentencia firme) a una pena inferior a los 8 años. (página 34).

c. El 85% son madres: *“Las reclusas que son madres tienen en promedio tres hijos. El 86% tiene hijos menores de 18 años, y más de una quinta parte, niños menores de 4 años. El 88% de las que tienen hijos menores de 18 años declaró que convivía con dos o tres de los hijos al momento de la detención, y el 22% expresó que convivía con hijos mayores de 18 años. Además de las responsabilidades de cuidado respecto de los hijos menores de 18 años, muchas mujeres afirmaron que tenían otras personas a su cargo. Las entrevistadas manifestaron que convivían, en promedio, con tres personas menores de 18 años dependientes de sus cuidados antes de ser encarceladas, incluidos sus hijos.”*. El 60,1% del total de encuestadas respondió que en el momento de la detención no convivía con un cónyuge o pareja, y el 63,5%, que era el principal sostén económico de su hogar. (página 35).

d. En el Capítulo V. “La maternidad entre rejas”, se informa que: *“Un primer dato categórico para dimensionar el impacto que provoca el encarcelamiento de la madre en la familia, en particular en sus hijos menores de 18 años, es que en 4 de cada 10 casos se provocó el desmembramiento del grupo familiar. En efecto, el 39,3% de las encuestadas respondió que, tras su detención, sus hijos menores de 18 años interrumpieron la convivencia entre ellos. Esto significa que en un elevado porcentaje la detención de la madre provoca no sólo la ruptura del vínculo materno sino también la separación o dispersión de los hermanos entre diversos cuidadores, y la consiguiente ruptura de sus vínculos sociales.”*.

“Sólo 2 de cada 10 niños menores de 18 años quedaron a cargo del padre tras la detención de la madre [y] en la mayoría de los casos, el cuidado de los niños es

asumido por los abuelos (30,8%), y en otro número considerable, por los tíos (10,9%) u otros familiares (14%).”.

En su página 158 refiere que *“La información recogida demuestra que el encarcelamiento de mujeres que son madres suele implicar la destrucción del grupo familiar y graves costos para sus hijos menores de edad. Para los más pequeños, a la separación de la madre se suma la separación de los hermanos; la circulación constante por distintos hogares, a veces padeciendo maltratos; la institucionalización o el cuidado a cargo de familias sustitutas; la pérdida de todo contacto, o de contacto regular, con la madre. Con certeza, estas consecuencias constituyen de hecho una punición extra no contemplada normativamente, y la omisión completa del deber de velar por la vigencia de los derechos de los niños.”*

e. *“En el 73% de los casos, el hecho de que las mujeres encuestadas estén detenidas afectó el mantenimiento o la subsistencia de sus hogares. Por supuesto, la afectación es valorada como negativa, ya sea por las consecuencias económicas acarreadas tras el encierro, como por el daño emocional que conlleva. El impacto que genera en los hogares el encarcelamiento y, en especial, en sus hijos, configura de hecho un castigo adicional a las detenidas que debería ser reconocido legalmente y ponderado por la justicia. Con relación a la afectación de índole material, el 67,5% de las respuestas hizo referencia al aumento de la vulnerabilidad económica del grupo familiar. Más de la mitad de estas mujeres (51,9%) contestaron que la afectación fue directa, pues ellas eran el principal sostén económico, y el 8,3% manifestaron que perdieron o debieron alquilar su casa como consecuencia del encarcelamiento.”* (página 161).

En su página 169 da cuenta de que el 67% de las internas no recibe la visita de sus hijos menores de 18 años; el 22% sólo una vez al mes y resto cada tres meses o nunca. Y aclara que, en su mayoría, se debe a la distancia que existe entre los domicilios y el penal, el costo económico del viaje, la imposibilidad de

que los menores concurren acompañados con un mayor (como lo exige la normativa vigente), o, simplemente, porque las propias madres no quieren que sus hijos las vean prisioneras. (página 170).

f. *“Otro aspecto que interesó indagar apunta a los motivos por los cuales las mujeres decidieron que sus hijos vivieran, o no, con ellas en el penal. Al respecto, la gran mayoría respondió que no le gusta cómo es la vida en la cárcel (88,2%) ... En menor proporción respondieron que no lo hacen para que no se separen los hermanos (5,8%), o porque algún familiar se lo pidió ... Al profundizar sobre los motivos por los cuales consideran inapropiada la presencia de los niños en la cárcel la mayoría coincidió en señalar las nefastas consecuencias del encierro y el daño que ello acarrea.”* (página 184).

g. *“Uno de los temas más sensibles y difíciles de afrontar para estas mujeres y sus hijos es la separación cuando los niños cumplen el límite de edad establecido para su permanencia en la prisión. Al abordar esta cuestión, 6 de estas entrevistadas respondieron que sus hijos cumplirían los 4 años antes de que ellas recuperaran la libertad, y 4 de ellas manifestaron no saber quién se haría cargo de sus hijos -otras 2 respondieron que no sabían si recuperarían o no su libertad antes de ese momento- ... **Estas políticas extremas que diferencian a los niños menores y mayores de 4 años conllevan un impacto traumático para ellos y para sus madres: hasta los 4 años están en contacto casi exclusivo con su madre, en muchos casos permanecen junto a ellas todos los días de su vida y no tienen ningún tipo de vínculo con otras personas o con el exterior. Pero al cumplir esa edad son separados y deben afrontar todas las dificultades ya descritas que tienen madres presas e hijos menores de edad para relacionarse, sin que se encuentren previstos programas destinados a mantener el vínculo y a mitigar las brutales secuelas de la separación...**”* (página 185).

h. En sus conclusiones (v. páginas 203 y 204) consideran que:

*“Una primera alternativa al encierro de mujeres que podemos destacar está vinculada a la condición de madres de niños menores de edad. Tras el reconocimiento de jerarquía constitucional de numerosos tratados internacionales de derechos humanos, y la aprobación de la Ley 26.472, que incluye a las mujeres embarazadas o madres de hijos menores de 5 años entre los supuestos en los que procede el arresto domiciliario, **se debería evitar el uso del encierro o sustituirlo, cuando ello no es posible, por el arresto domiciliario como regla general. Hay que aclarar que, aunque la ley hace referencia a madres de niños menores de 5 años, se considera que esta norma no puede ser interpretada como un límite para la procedencia del arresto domiciliario en otros casos en los que haya niños mayores de esa edad, de acuerdo con los derechos reconocidos en instrumentos de derechos humanos de mayor jerarquía constitucional ... Este objetivo constituye un desafío para todas las agencias del sistema, ya que en la actualidad la condición de madre termina siendo un agravante cuando ésta se encuentra en conflicto con la ley penal.**”*

Y agrega: *“En tercer lugar, la legislación de ejecución penal también contiene instituciones jurídicas de morigeración del encierro basadas en el principio de autodisciplina, como es el caso de la semilibertad o las salidas transitorias, instituciones a las que puede accederse a mitad de la condena (Ley 24.660, art. 17). La semilibertad -prevista en el art. 23 de esta ley- permite a la persona condenada salir a trabajar fuera de la cárcel y regresar al finalizar la jornada laboral, y además incluye una salida transitoria semanal. Por su parte, las salidas transitorias permiten efectuar salidas de la cárcel de 12, 24 o hasta 72 horas para afianzar lazos familiares y sociales, cursar estudios o participar en programas de prelibertad. Estas instituciones forman parte del ya mencionado régimen penitenciario progresivo orientado a la resocialización y reinserción social. No obstante, son absolutamente subutilizadas en el sistema federal. En diciembre de*

2009, sólo el 15% de las mujeres condenadas tenían salidas transitorias, y ninguna estaba incorporada al régimen de semilibertad.”.

Con relación a los institutos de morigeración del encierro y al que *supra* hace alusión el CELS, a fin de no resultar repetitivo, señalo que me he referido a ellos en el artículo “*La pena de prisión. La prisión permanente revisable. Las penas alternativas*” (Parte 2, Capítulo XI. La Ley N° 24.660).

7. El principio de trascendencia mínima de la pena a terceros.

a. La Partida VII, Título XXXI, Ley IV dispone *Carcer enime ad contienedos homines non ad puniedos haberit debit*, es decir, “la cárcel debe ser para guardar los presos no para otro mal”. Hasta el siglo XVI la cárcel se utilizaba para custodiar a los internos hasta el momento del juicio, pero poco a poco se empieza a considerar el encierro como pena. Y un claro ejemplo de ello sucede en Inglaterra (1522), en Alemania (1558) y en Holanda (1595). Fue Beccaria en “*De los delitos y de las penas*” (1764) quien elabora un novedoso sistema penal, señalando que la pena debe fundarse en los siguientes principios: racionalidad, legalidad, publicidad, igualdad, proporcionalidad de las sanciones y menor severidad. Casi de manera concomitante, en 1777, John Howard en su obra “*El estado de las prisiones de Inglaterra y Gales*” describió el lamentable estado de las cárceles europeas, luego de haber visitados prisiones en Francia, España, Italia, Polonia, Rusia y Suecia, entre otras. Así es como indica que las cárceles deben ser higiénicas para evitar enfermedades; debiéndose separar a los condenados a penas más severas de los condenados a penas menores; en su caso, en celdas individuales y, finalmente, promoviendo el trabajo de los internos. Ya avanzados en el tiempo pero retrocediendo en ideas, el nazismo impulsa la “escuela de Kiel” y se instala el concepto de un derecho penal de autor en lugar de un derecho penal del acto, lo que permite, con fundamento en la peligrosidad del sujeto, llevar a cabo las más aberrantes conductas y castigos contra un ser humano (por ejemplo, la castración y la lobotomía), no resultando ajeno el sistema

penitenciario (concretamente, los campos de concentración), al punto de autorizarse los castigos corporales, más allá de la pena de muerte, y todo tipo de vejaciones lamentablemente por todos conocidas. Y fue precisamente un alemán, Reinhart Maurach (1902-1976) quien inició un camino de cordura alertando acerca de que la pena debe tener como fin resocializar al interno. Y el camino hacia una concepción de una pena más justa comienza a transitarse a partir del año 1973 cuando se publican las Reglas Mínimas del Consejo de Europa para el tratamiento de reclusos, y, luego, al año siguiente se dicta en Suecia la Ley penitenciaria que, definitivamente, instala el criterio de reinserción del penado, privilegiando los derechos inherentes de toda persona. Dicha ley será el punto de partida para el resto de las legislaciones europeas como la alemana, española e italiana. En la República Argentina, ya se ha visto, rigió el Decreto-ley 412/58, ratificado por la Ley 14.467, hasta su derogación en el año 1996 con la sanción de la vigente Ley N° 24.660 “Ejecución de la pena privativa de libertad”, que establece en su artículo 1° *La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.*

b. La pena privativa de la libertad o la prisión preventiva no deben trascender al individuo responsable o al imputado penalmente. Y, menos aún cuando se aplica a mujeres con hijos menores de edad, toda vez que siempre, de uno u otro modo, afectará a estos últimos. Por esa razón, el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte no se extienda injustificadamente a las personas ajenas al conflicto penal.

La pena no debe recaer en nadie más que la persona imputable. Los demás, especialmente su familia, no tienen que sufrir ni todo ni parte del castigo.

Pero no siempre ha sido así, sino todo lo contrario, porque en realidad con la pena se pretendía también castigar a las personas más próximas al culpable. El caso más conocido es la *Sippenhaft* alemana; concepto que fue establecido por el Tercer Reich y por el cual un acusado de crímenes contra el Estado extendía, automáticamente, su responsabilidad penal a sus familiares; es decir, eran considerados igualmente culpables.

Mejor no recordar el pasado, y sólo referirnos al principio de trascendencia mínima de la pena a terceros que rige en la región.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala en su artículo 5.3 que: *“La pena del reo no puede trascender de la persona del delincuente”*. Nuestro país aprobó la Convención mediante el dictado de la Ley N° 23.054, y fue ratificada el 14 de agosto de 1984, habiéndose recibido en la OEA el instrumento respectivo con fecha 5 de septiembre del mismo año, con una reserva y declaraciones interpretativas. Entre estas últimas aparece la efectuada al artículo 5.3., e indica que: *“El artículo 5, inciso 3, debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes.”*

El principio de intrascendencia de la pena no es otra cosa que el principio de personalidad de las penas, es decir, las penas son personales y no pueden trascender a personas que no sean culpables del delito.

Según el Diccionario de la lengua español, en su tercera acepción, trascender significa *“Dicho de los efectos de algunas cosas: Extenderse o comunicarse a otras, produciendo consecuencias.”*

En definitiva, en la actualidad no hay modo de concebir una ley penal que imponga una sanción a persona diferente al autor del delito, pues, nadie debe responder por un ilícito cometido por otro, en razón de que hoy la pena es

concebida como una sanción que se impone con una finalidad “resocializadora” sobre el sujeto.

Sin embargo, en algunas ocasiones, la pena trasciende al penado e irradia a su familia más directa, sea por un efecto estigmatizante u otros motivos, y esta criminalización secundaria es la que el Estado debe evitar, en aras de que ningún tercero ajeno al hecho sufra la más mínima sanción. Y si ha de sufrirla, valga la redundancia, que ella sea mínima. En síntesis, el principio de intrascendencia de la pena se funda en el concepto que el castigo impuesto al reo no debe transferirse a otro.

c. Del modo en que está concebida la Ley N° 24.660, particularmente su artículo 195, es decir, el encierro del hijo menor de cuatro años junto a su madre condenada a prisión efectiva, sin dudas, más allá de estigmatizar, importa una grave trascendencia de la pena a terceros. Y esa, entre otras, es la razón de mi furia para con los instrumentos internacionales que, como se ha indicado *supra*, con fundamento en la continuidad de la relación filial madre-hijo, recomiendan cuáles han de ser las condiciones de detención de una madre pero, de manera tácita o en silencio, aceptan esa aberración. De igual modo sucede con nuestra legislación interna, si se recuerda que el artículo 17 de la Ley N° 26.061, dispone: ***“... La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario...”***.

Sinceramente, un verdadero disparate jurídico vigente desde el año 2005 y aún más si se tiene en cuenta que integra la denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

8. Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, elaborado por la Comisión, creada por Decreto N° 678/2012. Penas alternativas a la prisión.

a. En el Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, quedó claro que la pena de prisión se encuentra

presente en todas las legislaciones, así como en el Estatuto de Roma, razón por la cual no se puede, legalmente, prescindir de ella. Y como en pocos códigos penales aparecen las penas alternativas o sustitutos de la pena de prisión, sólo resta su aplicación imponiendo máximos que no violenten su finalidad y que tampoco resulten crueles o inhumanas. Poco a pocos, quizás en los próximos siglos, la pena de prisión perpetua o mayor a treinta años, sin posibilidad de libertad condicional a los quince, resulte un mal recuerdo; como lo es hoy algunas de las penas históricas, por ejemplo, los tormentos, los azotes, la mutilación de un miembro o la muerte. En este contexto no hay dudas en cuanto a que la pena debe ser necesaria y útil y el Estado debe intervenir con esa única finalidad. Partiendo del supuesto que la prisión es una opción dentro de un abanico de penas, es imperativo analizar si en el siglo XXI no correspondería reemplazarla por penas alternativas, menos lesivas y, seguramente, más eficaces que el encierro, pues, a estar a sus resultados, en modo alguno ha servido para resocializar. Las Reglas de Tokio enuncian una serie de penas sustitutivas: penas privativas de derechos o inhabilitaciones, sanciones económicas, restitución o indemnización a la víctima, suspensión de la sentencia o condena diferida, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado, y arresto domiciliario, entre otras. En el ámbito internacional de los derechos humanos se han adoptado por los organismos de la OEA y de la ONU diversos instrumentos orientados a impulsar la adopción de medidas sustitutivas a la privación de la libertad personal. Dentro de la OEA tenemos los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, adoptado por la CIDH mediante la Resolución 1 de 2008, que en el principio III, numeral 2, *“Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad”*, y numeral 4, *“Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad”*, se refieren a la materia. Asimismo, en las Recomendaciones de la Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las

Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados Miembros de la OEA se hace una breve alusión al asunto, del mismo modo que ocurre en la ONU con el Informe sobre Medias Sustitutivas de la Prisión y Medidas de Reinserción Social de los Presos, presentada en 1985 en el Séptimo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; así como también en los documentos elaborados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Como se ve, si bien no son demasiados los instrumentos internacionales que se ocupan de las penas alternativas, existen al menos algunas recomendaciones que los Estados parte deben observar al formular sus políticas criminales.

Sabido es que en todas las democracias existen algunos regímenes más autoritarios que otros y, sin dudas, se diferencian cuando un Estado promueve leyes más humanitarias, protectoras de los derechos humanos para víctimas y victimarios, y respetando principios y garantías fundamentales. Siempre habrá un Estado primitivo que utilizará el *ius puniendi* para castigar y otro evolucionado que pensará en la pena de prisión como último recurso, ideando políticas pública en pos de medidas alternativas que sustituyan a la prisión, pues, ya casi no puede discutirse que el encarcelamiento, y menos el crónico, sirvan para prevenir el delito ni ahuyentar al delincuente a cometerlo; tampoco readaptan al infractor si tenemos en cuenta el hacinamiento carcelario que existe en América Latina.

b. El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, elaborado por la Comisión, creada por Decreto 678/2012, del 7 de mayo de 2012, Presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni e integrada por los juristas León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, y Federico Pinedo, comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados de ese mes: Su labor concluyó el día 10 de diciembre de 2013.

b.1. El citado Anteproyecto es innovador y será un ejemplo para la región; despojado de un derecho penal del enemigo, de un derecho penal simbólico, de la

prisión perpetua, basado en los principios constitucionales y de derecho internacional, con importantes eximentes de pena, y con innovadoras exenciones o reducciones de pena, por ejemplo para el caso de los pueblos originarios, y también la incorporación de una gran cantidad de delitos como acciones dependientes de instancia privada y no de acción pública, entre muchas otras reformas significativas. Y en lo que aquí interesa un radical cambio propone el Anteproyecto en materia de penas alternativas, eliminando los institutos de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional. Seguramente el lego, el reaccionario y para quienes siguen pensando en la pena de prisión como la justa retribución por el mal causado, y a la libertad condicional como un derecho que habrá que conceder al delincuente luego de que cumpla más de treinta años de prisión, no estarán de acuerdo con la propuesta; sin embargo, estoy absolutamente convencido de que Beccaria, Maurach y Ferrajoli, entre muchos otros, rubricarían el Anteproyecto. Con modestia, me incluyo en este listado (con la salvedad de la pena máxima de 30 años de prisión y la posibilidad de obtener la libertad una vez cumplidos los dos tercios y no la mitad de la condena).

b.2. Transcribiré los artículos del Anteproyecto que resultan indispensables para conocer su espíritu, en cuanto a las penas alternativas, el principio de intrascendencia de la pena, la eliminación de la condena de ejecución condicional y de la libertad condicional, la detención domiciliaria por razones humanitarias, y alguna objeción personal al encuadre que propone el Anteproyecto en relación a la oportunidad de sustitución o reemplazo de la pena de prisión por una o más alternativas para el caso de una madre encargada de hijos menores.

ARTÍCULO 17. De las penas. Las penas de este Código son prisión, multa e inhabilitación y, en su caso, las alternativas.

ARTÍCULO 21. De la pena de prisión ... 1. La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos

adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años.

ARTÍCULO 22. Penas alternativas a la prisión. En los casos y condiciones previstas en este Código, la pena de prisión podrá sustituirse por las siguientes: a) Detención domiciliaria. b) Detención de fin de semana. c) Obligación de residencia. d) Prohibición de residencia y tránsito. e) Prestación de trabajos a la comunidad. f) Cumplimiento de las instrucciones judiciales. g) Multa reparatoria.

*ARTÍCULO 30. Reemplazo de la pena de prisión por penas alternativas. Disposiciones generales. 1. El juez podrá reemplazar la pena de prisión o lo que falte por cumplir de ella, por igual tiempo de una o más penas alternativas. 2. Estas penas se aplicarán separada o conjuntamente, por igual tiempo, y podrán ser modificadas durante la ejecución. 3. El reemplazo se cancelará y se cumplirá el resto de la pena en prisión, cuando el penado cometiere un nuevo delito conminado con prisión. 4. Si cometiere un nuevo delito no conminado con prisión o incumpliere las penas alternativas, el juez, según la gravedad del incumplimiento y la predisposición del penado, podrá disponer conforme al inciso anterior o establecer un nuevo reemplazo. 5. El juez deberá tener especialmente en cuenta la situación del penado cuando: a) Tuviere más de setenta años. b) Fuere una mujer embarazada. c) Tuviere a su cargo una persona con discapacidad. d) **Fuere madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél.***

Surge de manera clara de la norma que cuando la madre estuviera encargada de un menor de dieciocho (18) años, el juez deberá tener especial atención a esa situación, y podrá: **a.** sustituir la pena de prisión por una o más penas alternativas en el mismo momento que dicta sentencia o, **b.** con posterioridad a haberla condenado a prisión de cumplimiento efectivo, reemplazarla también por una o más penas alternativas.

El Anteproyecto recoge el precepto de la Convención sobre los Derechos del Niño que entiende por niño *a todo ser humano menor de dieciocho años*.

El otro supuesto que prevé el artículo 30 es el del padre *“como **único** encargado”* del menor de dieciocho años; es decir, debe tratarse de un menor que carece de la presencia efectiva de la madre (ausencia, abandono, fallecimiento, etcétera). En ese caso, al igual que en el anterior, la pena de prisión podrá ser sustituida o reemplazada por una o más penas alternativas, pero atendiendo siempre al interés superior del menor, esto es, con fundamento en la legislación nacional e internacional que protegen sus derechos.

Las penas alternativas son siete (7) y se describen en los artículos 23 a 29 y son:

(23) **detención domiciliaria**; (24) **detención de fin de semana**: la libertad ambulatoria del penado por períodos correspondientes a los días sábados y domingos; (25) **obligación de residencia**: exige al penado habitar dentro de un perímetro urbano o rural, o de un partido, municipio, comuna, departamento o provincia, establecido por el juez, con prohibición de salir de él sin autorización judicial; y tiene por finalidad prevenir conflictos, permitir un control mayor del condenado o favorecer su integración social; (26) **prohibición de residencia y tránsito**: se le impide al pena habitar dentro de un perímetro urbano o rural, o de un partido, municipio, comuna, departamento o provincia, establecido por el juez, y transitar por él sin autorización judicial; y tiene por objeto prevenir conflictos; (27) **prestación de trabajos para la comunidad**: entre ocho y dieciséis horas semanales de trabajo no remunerado en instituciones, establecimientos u obras de bien público que determine el juez; (28) **cumplimiento de instrucciones judiciales**: el pena debe sujetarse a un plan de conducta en libertad, elaborado por el juez con intervención del penado que consistirá, entre otras, en fijar residencia, adoptar un trabajo, concurrir a actividades educativas o de capacitación, y someterse a un tratamiento psicológico; (29) **multa reparatoria**: pagar a la víctima una suma de dinero proveniente de su trabajo que no podrá

exceder de un tercio de su ingresos y por un período no mayor de un año. Esta pena sólo se aplicará si la víctima o su familia la aceptaren.

En síntesis, a la madre encargada o al padre único encargado de un menor de dieciocho años, el juez podrá disponer la sustitución o reemplazo de la pena de prisión por una o más penas alternativas; por ejemplo, en conjunto: prohibición de residencia y tránsito, prestación de trabajos para la comunidad y multa reparatoria.

En su Exposición de Motivos el Anteproyecto señala que *“Las otras tres circunstancias [mujer embarazada, madre encargada o padre único encargado de un menor de dieciocho años, penado a cargo una persona con discapacidad] hacen al principio de intrascendencia o personalidad de la pena, cuando se corre el riesgo de que sus efectos operen de modo negativo sobre el feto o sobre menores o incapaces. Si bien el principio de intrascendencia se halla consagrado en el artículo 1º, inciso 2º, apartado d), se lo ratifica específicamente en el caso, lo que no es sobreabundante, toda vez que nuestra jurisprudencia penal muchas veces ha incurrido en el error de atenerse a criterios exegéticos o a aplicaciones incorrectas -por no decir inversas- en materia de legalidad estricta.”*

Precisamente, el artículo 1º, inciso 2º, apartado d), establece que: *“Se aplicarán con rigurosa observancia los siguientes principios, sin perjuicio de otros derivados de las normas supremas señaladas ... Humanidad, personalidad y proporcionalidad. Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, trascendiere gravemente a terceros inocentes o fuere notoriamente desproporcionada con la lesión y la culpabilidad por el hecho.”*

b.3. Casos especiales:

ARTÍCULO 33. Detención domiciliaria por razones humanitarias.

1. A pedido de parte interesada, el juez dispondrá que la pena de prisión se reemplace por detención domiciliaria cuando el condenado fuere: a) Enfermo

incurable en período terminal. b) Enfermo y la prisión le impidiere recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia siempre que no correspondiere su internación en un establecimiento hospitalario. c) Discapacitado, y la prisión fuere inadecuada por su condición, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.

2. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y previo dictamen del Ministerio Público, el juez también podrá disponer el reemplazo por detención domiciliaria cuando el penado fuere: a) Mayor de setenta y cinco años. b) Mujer embarazada. **c) Madre encargada de un menor de cinco años. d) Padre encargado único de un menor de cinco años. e) Padre o madre de un menor de catorce años, cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario. f) O tuviere a su cargo una persona con discapacidad.** 3. La detención domiciliaria no se concederá, cuando de ella se pudiere derivar riesgo o perjuicio para la persona afectada por el hecho o para los convivientes del condenado. 4. No impedirá la detención domiciliaria la carencia de un domicilio previo del penado.

Indica su Exposición de Motivos que *“La detención domiciliaria puede disponerse siempre por razones humanitarias ... [y en cuanto a los supuestos] b), c), d), e) y f). Los siguientes apartados responden claramente al principio de personalidad de la pena, para procurar disminuir la trascendencia de ésta al feto, a los niños y adolescentes y a los discapacitados que puedan quedar desamparados. En cuanto a los menores que pueden resultar afectados por la trascendencia, se baja la edad respecto de la previsión del inciso 5º del artículo 30º, por las mismas razones que se propone subirla respecto de las personas mayores.”.*

Es que en aquel inciso del artículo 30 se dispone que podrá reemplazarse la pena de prisión por una o más penas alternativas cuando el penado tuviere más de 70 años, o fuere la madre encargada o padre como único encargado de un menor de 18 años.

La distinción es fácil de comprender porque a la persona mayor de 75 años, en atención a su avanzada edad, seguramente le resultará imposiblemente cumplir

con otras penas alternativas como, por ejemplo, la *prestación de trabajos para la comunidad* o el *cumplimiento de instrucciones judiciales*, concediéndosele entonces la detención domiciliaria. Y en el caso del progenitor a cargo de un menor de 5 años, por idénticas razones, se le permite la detención domiciliaria para que pueda dedicarse a la crianza del menor. Lo mismo ocurre con la mujer embarazada o con quien tiene una persona con discapacidad a cargo.

Una reflexión particular merece el artículo 33, apartado e) *Padre o madre de un menor de catorce años, cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario*, a quienes se les concederá la detención domiciliaria. Mi reparo (por ahora) no es en cuanto a las circunstancias excepcionales que deberán ser evaluadas por el juez competente, sino con relación a la edad de catorce (14) años que el Anteproyecto establece como tope para la concesión del instituto. Véase:

El Código Civil vigente al momento de la redacción del Anteproyecto, conforme la reforma introducida por la Ley N° 26.579, quedó redactado de la siguiente manera: Artículo 126. *Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.*

Artículo 127. *Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.*

Y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994; B.O. 8/10/2014), que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, dispone en su artículo 25 *Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.*

Es decir, regido por la legislación vigente de aquel entonces, el Anteproyecto siguió la línea del artículo 127 del Código Civil. Sin embargo, la Asamblea General de las Naciones Unidas define a los jóvenes como las personas entre los 15 y 24

años de edad. Esta definición se hizo para el Año Internacional de la Juventud, celebrado alrededor del mundo en 1985 y, por tanto considera "niños" a las personas menores de 15 años, mientras, como hemos visto, el artículo 1º de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, los define como niños hasta la edad de 18 años.

b.4. Una única crítica al artículo 33 del Anteproyecto: cuando por razones humanitarias se concede la detención domiciliaria, la norma dispone que el juez tendrá en cuenta la gravedad del hecho, y previo dictamen fiscal, podrá otorgarla. Considero que en el caso del progenitor encargado de un menor de cinco años o menor de catorce *“cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario”*, debería ser imperativo y no facultativo para el magistrado su concesión, precisamente, en defensa y protección de los derechos del niño, conforme la totalidad el plexo normativo nacional e internacional que rige la materia. Por idénticas razones tampoco debería tenerse en cuenta *la gravedad del hecho* cometido.

Y no es alocado mi razonamiento, si se atiende a que para el penado mayor de 75 años de edad, la concesión de la detención domiciliaria es obligatoria para el juez y no discrecional. La Exposición de Motivos explica que *“La detención domiciliaria puede disponerse siempre por razones humanitarias. En el caso del inciso primero del artículo proyectado [mayor de 75 años] será un derecho del penado y, probados los extremos legales, el juez no podrá negarla, pues el reemplazo obedece a razones que son bastante obvias, que convertirían la pena de prisión en una pena cruel prohibida por la Constitución y el derecho internacional.”*.

En todo caso, alcanzaba para otorgarle al juez algún margen de decisión, respecto del supuesto del progenitor que tiene a su cargo un menor de edad, la previsión del inciso 3º del mismo artículo 33 que dispone *“La detención domiciliaria no se concederá, cuando de ella se pudiere derivar riesgo o perjuicio para la persona afectada por el hecho o para los convivientes del condenado.”*

b.5. En definitiva, a grandes rasgos: al progenitor encargado de un menor de cinco años o menor de catorce *“cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario”*, podrá concedérsele, por razones humanitarias, la detención domiciliaria como pena alternativa a la prisión efectiva (conf. artículo 33.2. del Anteproyecto); y el juez podrá reemplazar la pena de prisión o lo que falte por cumplir de ella, por igual tiempo por una o más penas alternativas, particularmente y con especial atención del penado, cuando *fuere madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél* (conf. artículo 30.5.d. del Anteproyecto).

b.6. Sin embargo, si se conjugan esos dos artículos (30 y 33) con el 31 y al que me referiré seguidamente, aparece *un blanco* o *un agujero* entre los 14 y 18 años de edad del menor cuando su progenitor hubiere sido condenado a una pena prisión que exceda de los tres años.

Por supuesto que es más fácil hablar, opinar y criticar *con el diario de lunes*. Sin embargo, me veo obligado a explicar mis ideas.

El artículo 31 del Anteproyecto es de suma importancia y trascendencia, en razón que “elimina” los institutos de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional. El primero, que en el Código actual aparece en el artículo 26, es reemplazado por el inciso 1º del artículo 31 del Anteproyecto, y el segundo, que en el Código vigente se plasma en el artículo 13, es modificado a partir del inciso 2º del artículo 31.

ARTÍCULO 31.

1. *El juez podrá reemplazar parcial o totalmente cualquier pena de prisión que no exceda de tres años.*
2. *La pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración.*
4. *La pena de prisión mayor de diez años se podrá reemplazar después de cumplidos los dos tercios de su duración.*

En la Exposición de Motivos (al inicio del artículo 30) se explica que *“Según este orden de gravedad se regulan las sustituciones, en particular en cuanto a los plazos y condiciones para el reemplazo por las penas alternativas. (a) De menor a mayor, la menos grave es la pena que no excede de tres años y que podría reemplazarse desde el primer momento, según lo dispone el artículo siguiente. (b) Le siguen las penas de mediana gravedad, entre tres y diez años, en que lo regular es que la pena pueda reemplazarse después de la mitad de cumplimiento en prisión. (c) Las penas graves son las mayores de diez años, es decir, las penas entre diez años y un día y treinta años. Lo común sería que éstas se puedan reemplazar después de cumplidos los dos tercios.”*

Quiero significar con lo expuesto que, conforme se vio *supra*, el progenitor a cargo de un menor de 5 y hasta de 14 años (excepcionalmente) podría gozar de la detención domiciliaria, **por razones humanitarias**, atendiendo a la gravedad del hecho, las circunstancias del caso, etcétera.

Pero ¿qué sucede con el penado (padre o madre) encargado de un menor que ha alcanzado los 14 años de edad, a la luz del citado artículo 31?

* Si el progenitor encargado del menor (+14 años) es condenado a una *pena de prisión que no exceda de tres años*, el juez podrá reemplazarla por una o más penas alternativas. Y, como sucede actualmente con la condena de ejecución condicional, no sufrirá ni un solo día de encierro.

Su Exposición de Motivos señala que *“El juez podrá reemplazar la pena de prisión que no exceda de tres años en su totalidad, o sea, desde el comienzo de su ejecución. De esta manera se evita la contaminación carcelaria y el consiguiente efecto lesivo de la autoestima del penado.”*

* Si el progenitor encargado del menor (+14 años) es condenado a una *pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez*, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración.

* Si el progenitor encargado del menor (+14 años) es condenado a una *pena de prisión mayor de diez años se podrá reemplazar después de cumplidos los dos tercios de su duración.*

Pero, con excelente criterio, el mismo artículo 31, en su inciso 5, establece:

“En los casos señalados en el inciso 5º del artículo 30º [persona mayor de 70 años; mujer embarazada; penado a cargo de una persona con discapacidad; madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél] el plazo de cumplimiento de pena requerido para el reemplazo del inciso 3º [pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez], se reduce a un tercio; y el del inciso 4º [pena de prisión mayor de diez años] a la mitad.”.

Y explica en su Exposición de Motivos: *“Cuando la pena corriese el riesgo de trascender gravemente a terceros o de traducirse en un agravamiento por condiciones personales, como sucede en los casos del inciso 5º del artículo 30º, se habilita al juez para disponer de un ámbito de decisión más amplio, por lo que se le faculta a que considere la posibilidad del reemplazo desde el cumplimiento efectivo de un tercio de la pena de prisión (para el supuesto del inciso 3º). No obstante, también en los casos de riesgo de trascendencia o de agravamiento del inciso 5º del artículo 30, se confiere al juez un mayor ámbito de valoración, abriendo la posibilidad del reemplazo una vez cumplida la mitad de esa pena (para el supuesto del inciso 4º).”.*

Unos ejemplos servirán de mucho:

1. Pena de prisión entre tres y diez años: una persona condenada a seis (6) años de prisión efectiva para poder obtener su reemplazo por una pena alternativa deberá cumplir la mitad, es decir, tres (3) años de encierro, mientras que si se tratare de alguno de los supuestos del artículo 30.5, por ejemplo, una madre encargada de un menor de dieciocho años, deberá permanecer en la cárcel un tercio, es decir, dos (2) años.

2. Pena de prisión mayor a diez años: una persona condenada a doce (12) años de prisión efectiva para poder obtener su reemplazo por una pena alternativa deberá cumplir dos tercios, es decir, ocho (8) años de encierro, mientras que si se tratare de alguno de los supuestos del artículo 30.5, por ejemplo, una madre encargada de un menor de dieciocho años, deberá permanecer en la cárcel la mitad, es decir, seis (6) años.

Como se ve, en estos dos últimos supuestos con penas de prisión de cumplimiento efectivo, queda claro que desde que el penado es encarcelado para cumplir su condena, en el primer caso deberá cumplir un tercio de su duración y en segundo la mitad. De tal suerte que el progenitor encargado de un menor (+14) que ingresa a la cárcel deja a su hijo cuya franja etaria puede oscilar entre los +14 y -18 años de edad, sin protección parental, hasta tanto cumpla aquel tercio o la mitad de la pena, y recién entonces poder obtener su reemplazo de lo que le quede cumplir de ella por una pena alternativa.

En síntesis, durante el tiempo de prisión efectiva del progenitor, sea cual fuere su duración, el menor no tendrá padre o madre que se encargue de él.

Por ello considero que hubiera resultado más armonioso con la normativa nacional e internacional, haber elevado, en el artículo 33.2. e), la edad de catorce a dieciocho años para que el padre o madre pudieran beneficiarse con la detención domiciliaria, precisamente, en función de lo que establece el artículo 30.5.d) que dispone que podrá reemplazarse la pena de prisión efectiva por una o más penas alternativas, cuando fuere *madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél.*

Corolario: en mi opinión, **a.** una madre encargada de un menor de cinco años; **b.** un padre encargado único de un menor de cinco años; y **c.** un padre o madre de un menor de dieciocho años, cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario, deberían gozar, con fundamento en el riesgo de trascendencia de la

pena, de detención domiciliaria por razones humanitarias. Y de este modo no hubieran sido necesarias las reducciones de pena de prisión efectiva que dispone el artículo 31, inciso 5, del Anteproyecto.

9. Conclusiones.

Algo anda mal si los artículos 32, inciso f), 195 de la Ley N° 24.660, y 10, inciso f), del Código penal continúan vigentes y no se produce una reforma integral en los próximos años. Quizás, en un tiempo no muy lejano, gobernantes, legisladores, jueces y abogados, comprendan que la detención domiciliaria sigue siendo una pena, así como el resto de las denominadas “sustitutivas o alternativas de la prisión”. Cómo puede ser que aún se continúe sosteniendo que el encierro es la única alternativa posible para quien tuvo la desgracia de cometer un ilícito y ser apresado. Como enseña Eugenio Zaffaroni *“A la cárcel no llegan todos los infractores ni mucho menos. Si llegasen todos sería asombroso su número. Del mar de delitos que se cometen (y no se piense sólo en los graves o naturales) sólo llegan unos pocos.”*

Intuyo que una parte de nuestra sociedad está más cerca de las ideas que proclama el derecho penal simbólico y, además, pretende penas cada vez más elevadas para que el infractor permanezca en prisión la mayor cantidad de años posibles, sin importarle que el hacinamiento y las actuales condiciones carcelarias no “resocializarán” ni “readaptarán” a quien delinque. A veces sospecho que el *amor al prójimo* es entendido por algunos como el amor al semejante; sin embargo, al diferente, al ladrón, al pobre, y a tantos otros estereotipos: ni justicia ... ni derechos humanos.

El gran problema del Derecho, nacional e internacional, obedece a que no es coherente, pues, mientras la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho (18) años edad, y las Reglas de de Bangkok explicitan claramente los derechos que le corresponden a las reclusas con hijos en la cárcel, así como lo propio realiza el

Comité de los Derechos del Niño (ONU), formulando pomposas recomendaciones a los Estados parte, y nuestra legislación interna los recoge en un sinfín de leyes, aun en las específicas como lo son la Ley N° 23.984 y la Ley N° 26.061, todas, en su conjunto, “aceptan” el encierro de un menor en la cárcel so pretexto de incrementar y fortalecer la relación madre-hijo, cuando, a estar al Informe del CELS (y a tantos otros antecedentes) esa relación intramuros lejos de beneficiar a alguno de ellos, lo único que logra y provoca es mayor desintegraciones del grupo familiar. Tampoco la Ley 24.660 desde su génesis, así como sus modificaciones, sirvieron para algo, a la luz del estado actual del sistema carcelario, conforme se vio en el punto 2. *El sistema carcelario actual en nuestro país. Ideologías “re”*, máxime teniendo en cuenta que el régimen de progresividad en la ejecución de la pena privativa de libertad no se cumple como exige la norma, siendo la cárcel un mero lugar de encierro y de prácticas disciplinarias correctivas que ni siquiera el más manso de los perros podría soportar.

Estúpidamente tratamos de obviar, de mirar para otro lado, y, sin dudas, dejando para “más adelante” cualquier reforma seria, estructural y de fondo que, de una buena vez y para siempre, erradique las flagrantes vejaciones que sufren los reclusos en prisión y, particularmente, las madres con hijos menores de edad, por cuatro años condenados al encierro junto a sus progenitoras, y por algunos otros años a la disgregación familiar hasta que aquéllas alcancen su libertad.

Así vamos, así finaliza este artículo, con más desazón que esperanza si recuerdo que la DUDH nació en el año 1948, que la CDN comenzó a gestarse en 1978, y finalmente se aprobó en 1989, que la Ley N° 23.894 se sancionó en 1990 y la Ley N° 24.660 entró en vigencia en el año 1996, así como también que el fallo “*Verbitsky*” ha cumplido, recientemente, 10 años de existencia.

Una sociedad que no cuida a sus hijos, difícilmente pueda cuidar a sus hermanos.

De todos modos me invade la ilusión de conocer algún día a Luigi Ferrajoli, de que se sancione el nuevo Código Penal de la Nación, con base en el Anteproyecto al que hice referencia más arriba, y, finalmente, que en un futuro no demasiado lejano se construya en nuestro país un centro de detención similar a “Punta de Rieles” que es orgullo para la República Oriental del Uruguay.

También espero que estas notas hayan servido para algo o para alguien, pues, salvando la inmensa, colosal, exorbitante e infinita distancia, me adueño de las palabras que el Maestro Carrara plasmó en el preludio de su extraordinaria obra Programa de Derecho Criminal: *“no intenté decir cosas nuevas, sino verdaderas; [y] no me preocupé por las formas brillantes, sino por la claridad.”*

Asesoría Legal y Técnica.