



Defensor del Pueblo

Provincia de Buenos Aires



Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires

Observatorio de Violencia de Género¹

El siguiente documento ha sido elaborado por el Observatorio de Violencia de Género (OVG) de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires como parte de las acciones emprendidas desde el Programa *“Ejercicio de la maternidad de mujeres detenidas en unidades carcelarias de la provincia de Buenos Aires”*.

Este Programa de investigación- acción relevó particularmente las consecuencias que produce el uso extendido de la prisión preventiva de mujeres sobre sus hijos/as y sus redes familiares.

Para dicha investigación se realizaron entrevistas a los sujetos destinatarios de las políticas públicas -mujeres detenidas convivientes con sus hijos/as y con hijos/as extramuros, familiares a cargo de niños y niñas de mujeres detenidas-, a referentes de órganos estatales de intervención directa en la problemática ², a integrantes de grupos y organizaciones vinculados con la temática³, a funcionarios

¹ Este Documento ha sido elaborado por la Mg Laurana Malacalza (Coordinadora del Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del pueblo de la provincia de Buenos Aires) y la Dra. Sofia Caravelos (integrante del equipo de Investigación del programa *“Ejercicio de la maternidad de mujeres detenidas en unidades carcelarias de la provincia de Buenos Aires”*). La información que sustenta los dichos y argumentos de este documento has sido producto de la investigación *“Ejercicio de la maternidad de mujeres detenidas en unidades carcelarias de la provincia de Buenos Aires”* en la cual participan además, la Dra. Carla Villalta, Lic. Soledad Gesteira, Carolina Salvador y Lic. Carolina Ciordia. La investigación ha sido desarrollada durante los años 2012 y 2013.

² Consejo Asistido de la Unidad Penitenciaria N° 33 de Los Hornos, Servicio Social de la Unidad N°33, directivos del Jardín maternal Las Palomitas dependiente del Área Social del Servicio Penitenciario Bonaerense

³ Centro de Orientación a Familiares de personas detenidas - COFAM, Colectivo de educación popular en cárceles *“Atrapamuros”*- FAHUCE/UNLP

de distintas áreas competentes⁴; efectuándose además observaciones de campo de los ámbitos de ingreso a la Unidad Penal N°33 del Complejo Penitenciario de Los Hornos, realizando talleres de discusión con especialistas en la materia y cursando solicitud de informes a distintos ámbitos gubernamentales. Asimismo se solicitó información cuantitativa a distintos actores institucionales.

Considerando, por un lado las acciones encaminadas por la S.C.J.BA, "*tendientes al afianzamiento de las líneas de gobierno y superintendencia de este Cuerpo en relación con la problemática vinculada a las condiciones de detención de la población penal bonaerense*" (Acordada 3415/ 08 de la SCJBA), esta Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, en el marco de las atribuciones conferidas por la ley 13.834 (art. 27)⁵, propone que este máximo Tribunal, encomiende a los Jueces que intervengan en toda privación de libertad de una madre con hijos/as menores a cargo, a seguir directivas que se dicten al efecto y que redunden en el mejoramiento de las condiciones de detención de mujeres y niños/niñas.

Conociendo, por otro lado, de las atribuciones que posee la Subsecretaría de Derechos Humanos de las personas privadas de libertad de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, según lo establece la Acordada 3390/08 (Art. 1 inc. k⁶ y m⁷) y la Acordada 3415/09, consideramos apropiado que la presente sea remitida a dicha Subsecretaría para su consideración.

I. CONTEXTO

Durante los últimos años, se ha producido un aumento significativo de la población femenina en cárceles provinciales.

⁴ Sec. de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Bs. As., Servicio Local Promoción y Protección de los Derechos del Niño del Municipio de San Martín, Secretaria de las personas privadas de libertad de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Registro único de aspirantes a guardas con fines de adopción de la Secretaría de Servicios jurisdiccionales de la SCJBA, defensores oficiales del Departamento judicial de La Plata, entre otros

⁵ Ley 13834, art. 27.- Advertencia y recomendaciones. El Defensor del Pueblo puede formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas o sugerencias para la adopción de nuevas medidas.

⁶ Acordada 3390/08. Art. 1 inc. k) Elaborar conclusiones acerca de la información obtenida, efectuar propuestas de medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que aporten al objetivo de asegurar condiciones dignas de detención para todas las personas privadas de la libertad y elevarlas periódicamente a consideración de esta Suprema Corte

⁷ Acordada 3390/08. Art. 1 inc. m)Hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley en la materia.

Según datos oficiales, entre 2002 y el primer semestre del 2011 se duplicó el número de mujeres alojadas en las cárceles bonaerenses, pasando de 557 a 1.113 las mujeres detenidas⁸. Este aumento sostenido de la población carcelaria femenina constituye un proceso global, que en América Latina se ha visto incrementado a partir de la legislación en materia de estupefacientes⁹.

Pensar las lógicas de las instituciones de encierro requiere reflexionar sobre el problema más amplio de la criminalidad y las formas en que las mujeres se vinculan con el poder punitivo. Al explorar las relaciones de las mujeres con el delito, necesariamente debemos analizar el contexto socioeconómico, histórico y cultural en las que se fijan estas relaciones, como así también las estructuras de dominación y opresión en las que se encuentran insertas¹⁰.

Aunque no es posible ahondar en esta oportunidad en las complejidades de este entramado, podemos realizar algunas consideraciones.

Sin dudas, el aumento sostenido en los últimos años de mujeres detenidas en cárceles provinciales se debe al impacto diferenciado que han producido decisiones sobre la política criminal. Unas de las causales ha sido el impacto que ha producido el dictado de determinadas leyes y sus efectos diferenciados en su aplicación, según se tratara de mujeres o varones

A partir de la desfederalización en materia de estupefacientes (Ley N° 23.737) se ha producido en la provincia de Buenos Aires un aumento significativo del número de mujeres detenidas¹¹, constituyendo actualmente la principal causa de encarcelamiento femenino.

Los tipos penales que la ley contiene, no hacen distinción aparente entre hombres y mujeres, pero su aplicación ha impactado de manera diferenciada, lo que se traduce en un incremento significativo en la criminalización de mujeres pobres imputadas por el delito de tenencia simple de estupefacientes; facilitación gratuita de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

⁸ Datos Oficiales. Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Buenos Aires.

⁹ *"Mujeres en prisión. Los alcances del castigo"*. CELS – Procuración Penitenciaria de la Nación. Defensoría General de la Nación. Ed. Siglo Veintiuno editores. Buenos Aires. 2011

¹⁰ Malacalza, Laurana (2012) *"Mujeres en prisión: las violencias invisibilizadas"*. Revista Question. Volumen 36. Sección Dossier. www.perio.unlp.edu.ar/question.

¹¹ A partir del 10 de diciembre de 2005, la Provincia de Buenos Aires asumió la competencia respecto de los delitos previstos y penados en la Ley de Estupefacientes (ley 23.737 y modificatorias. La competencia se asume en los términos de la ley 26.052, es decir en relación al artículo 5º inc. c) y e), cuando se comercie, entregue, suministre o facilite estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor; artículo 5º penúltimo párrafo, cuando se cultivan estupefacientes para uso personal; art. 29 en el caso de falsificación de recetas médicas y artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal.

II. EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD EN Y DESDE EL ENCIERRO

La mayoría de las mujeres detenidas en unidades carcelarias son madres. Resulta importante destacar que según lo informado a este OVG por parte del Servicio Social de la Unidad N°33 de La Plata, “aproximadamente el 90% de estas mujeres son madres y que las mismas tienen entre 3 y 5 hijos aproximadamente”¹². Esta proporción se mantiene en otras cárceles que alojan mujeres.

El 26% de la población femenina de la provincia de Buenos Aires se encuentra alojada en la Unidad N° 33 de Los Hornos, y esta unidad refleja la relación entre condenadas y procesadas que se reproduce en el resto de las unidades provinciales: del total de 286 mujeres, 196 están procesadas y 89 condenadas¹³.

Del universo total de mujeres madres de la Unidad N° 33, solo 70 de ellas conviven con sus hijos/as menores de 4 años en la misma Unidad (en la actualidad se encuentran 85 niños y niñas alojados en el penal)¹⁴.

Debido a que las autoridades no llevan un registro de esta información, se desconoce el número absoluto de niños y niñas afectados y el porcentaje de mujeres encarceladas con hijos/as.

Si bien la problemática de los niños/as que conviven con sus madres en las unidades penitenciarias de la provincia de Buenos Aires resulta ser preocupante, en tanto las condiciones de detención en las que se encuentran, no resultan ser las adecuadas para el efectivo ejercicio de sus derechos¹⁵, dicha problemática debe considerarse como parte de las implicancias que la detención de una mujer produce en relación a los vínculos con todos sus hijos (los convivientes y los hijos extramuros)¹⁶.

¹² Entrevista realizada por este OVG a profesionales del Servicio Social el día 2 de julio 2012.

¹³ Datos proporcionados por la Unidad N° 33 de Los Hornos al OVG con fecha 10 de agosto de 2012

¹⁴ Datos emitidos por la Unidad N°33 Datos emitidos por la UP N°33 Datos emitidos por la UP N°33 con fecha 15 de mayo 2012.

¹⁵ Sobre esta cuestión se encuentra aún en trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial Nro. 13 de la de La Plata, los autos “Comisión Provincial por la Memoria s/ amparo” en relación al derecho a ciudad de La Plata, los autos “Comisión Provincial por la Memoria s/ amparo” en relación al derecho al derecho a salud, la educación, vínculos familiares y recreación de los niños/as que conviven con sus madres en la Unidades penitenciarias de la Prov. Bs. As. Unidades penitenciarias de la Prov. Bs. As

¹⁶ Las condiciones de detención de los niños no son las adecuadas. Si bien han mejorados a partir del dictado de medidas cautelares ordenadas en el amparo colectivo interpuesto por la Comisión Provincial por la Memoria, en trámite por ante la Justicia Civil y Comercial de La Plata, no resultan ser las necesarias para el desarrollo íntegro de los niños/niñas. Dicho amparo se interpuso en el año 2007

Las medidas de restricción de libertad que los órganos de la administración de **justicia dictan en relación a una mujer madre, traspasan la propia individualidad de la mujer y se trasladan a sus redes vinculares y comunitarias.**

En el caso de las mujeres, tiene un impacto diferenciado vinculado al rol que ellas desempeñan en nuestras sociedades, que se caracteriza, en la mayoría de los casos, por mantener los lazos familiares y ocuparse de forma preeminente de la crianza de los hijos y del cuidado de otros. Este rol social hace que la mujer sufra en mayor medida los efectos del encierro, ya que éste significa el desmembramiento del grupo familiar y su alejamiento. Estos efectos han sido señalados además por la investigación realizada por el CELS, la Procuración penitenciaria de la Nación y la Defensoría de la Nación en las cárceles de mujeres del ámbito federal:

“En el caso de las detenidas que son madres, el alejamiento se vuelve más grave tanto para ellas como para sus hijos. La destrucción del vínculo materno-filial constituye una “pena” añadida a la condena, que además trasciende a los hijos. Es fundamental prestar atención también a las circunstancias en que se encuentran los hijos menores de 4 años que conviven con sus madres en prisión. No hay duda con respecto a la idea de que la cárcel es un lugar absolutamente inadecuado para la crianza de los niños y que produce severos efectos en el desarrollo de sus aptitudes físicas, mentales y afectivas. Por otro lado, en los casos en que se separa a los hijos de sus madres, los efectos no son menos perniciosos. La pretensión estatal de castigar a las mujeres con pena de prisión implica la ruptura de ese vínculo materno-filial y obliga a los niños a crecer sin el cuidado y la supervisión de sus madres, a quedar a cargo de otros familiares o ser institucionalizados, lo que a veces desemboca en la ruptura definitiva del vínculo¹⁷.

a fin de lograr mejores condiciones a los niños y niñas que se encontraban alojados con sus madres en Unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense, a fin de lograr un ambiente que les permita satisfacer sus intereses y necesidades infantiles, con acceso igualitario a la salud y a la educación, derecho a crecer en familia, y a que sean respetados y garantizados, todos los derechos inherentes al desarrollo integral del niño. El cumplimiento de estos derechos no debería, decía la demanda, violar el derecho que poseen esos niños y niñas a permanecer junto a sus madres, las que detentan su guarda y la patria potestad, en Unidades del SPB.

¹⁷ “Mujeres en Prisión. Los alcances del Castigo”. Investigación sobre la situación de las mujeres detenidas en el país, a partir de un trabajo conjunto entre instituciones públicas y no gubernamentales: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión sobre Temáticas de Género Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) Edit. Siglo XXI (2010).

En una serie de foros internacionales se ha subrayado la necesidad de revisar los sistemas penitenciarios y las normas y reglas de encarcelamiento tomando en cuenta las necesidades de las mujeres.

La tendencia en esta temática, es la de dimensionar los efectos que produce la detención de una mujer, en especial en relación a sus hijos/hijas menores a cargo.

Ya en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Trato a Delincuentes (1980) adoptó una resolución sobre las *Necesidades específicas de las mujeres reclusas* que subraya, entre otras cosas, que: “la mayoría de las veces, las mujeres tienen responsabilidades importantes relacionadas con niños y niñas a su cargo”.

El Congreso recomendó a los Estados que reconocieran la especificidad de los problemas de las mujeres delincuentes y la necesidad de proporcionar medios para solucionarlos¹⁸.

Veinte años después, en el año 2000, en la *Declaración de Viena sobre el Delito y la Justicia: afrontando los retos del Siglo Veintiuno*, los Estados se comprometieron a: “...tomar en cuenta y atender, dentro de las estrategias nacionales de prevención del delito y justicia penal y dentro del Programa de la ONU para la Prevención del Delito y la Justicia Penal, cualquier disparidad existente en el impacto de los programas y políticas en hombres y mujeres; y desarrollar recomendaciones de políticas de acción basadas en las necesidades especiales de las mujeres reclusas y delincuentes”¹⁹.

En el 2002, la Asamblea General de la ONU, en sus *Planes de acción para la implementación* de esta Declaración de Viena recomendó a los Estados “actuar, como sea necesario, para apoyar las siguientes acciones: (a) Revisar, evaluar y, de ser necesario, modificar sus leyes, políticas, procedimientos y prácticas en materia penal, de manera consistente con sus sistemas legales, a fin de garantizar que el sistema penal de justicia trate a las mujeres de manera justa; (b) Desarrollar estrategias nacionales e internacionales de prevención del delito y justicia penal que tomen en cuenta las necesidades especiales de las mujeres [...] reclusas y delincuentes [...]”²⁰.

¹⁸ Informe del Sexto Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Trato a Delincuentes, 1980, A/CONF.87/14/Rev.1, Resolución 9, *Specific needs of women prisoners*, págs. 12-13.

¹⁹ Aprobada por el Décimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Trato a Delincuentes, 2000; y respaldada por la Asamblea General, Resolución 55/59 del 4 de diciembre de 2000.

²⁰ Asamblea General, Resolución 56/261 del 31 de enero de 2002, Anexo, Párr. 41.

La preocupación por las mujeres reclusas se ha extendido para incluir también a los niños y niñas cuyas madres han sido encarceladas. En su resolución del 2003 sobre *Derechos humanos en la administración de justicia*, la Asamblea General invitó a: [...] los gobiernos, los órganos internacionales y regionales pertinentes, las instituciones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones no gubernamentales a dedicar mayor atención a la cuestión de las mujeres en la cárcel, incluyendo a los niños y niñas hijos de madres encarceladas, con miras a identificar los problemas claves y las formas en que éstos pueden solucionarse [...] ²¹.

Más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos adoptó, sin someterse a votación, una resolución sobre los *Derechos de la Niñez* en donde reconoció las necesidades particulares de los niños y niñas afectados por el encarcelamiento de sus progenitores y el impacto que éste tiene sobre los menores ²².

III. LOS NIÑOS/NIÑAS CUYAS MADRES SE ENCUENTRAN DETENIDAS, RESULTAN SER UN UNIVERSO PARTICULAR DE NIÑOS/NIÑAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD.

En la Provincia de Buenos Aires, esta situación cobra un nuevo sentido a partir de la sanción de las leyes de Promoción y Protección de los derechos de las niñas/os y adolescentes, tanto a nivel nacional como a nivel provincial - Ley Nacional 26.061/05 –y su decreto reglamentario 415/06–, y las leyes de la Provincia de Buenos Aires 13.298/052, su complementaria 13.634/073 y la subsiguiente 13.645/04 –más el Decreto 300/05, reglamentario de la primera ley bonaerense–. Contemplar esta legislación para evaluar la situación de niños/as hijos/as de madres detenidas nos permitiría avanzar en algunas conclusiones respecto al momento de la detención de una mujer con hijos/as a cargo.

No considerar el derecho de los/as hijos/as de las madres encarceladas es ignorar, cuando no activamente perjudicar, los derechos, necesidades y el mejor interés del niño o niña.

²¹ A/RES/58/183, aprobada el 22 de diciembre de 2003, Párr. 15.

²² 12 Derechos de la Niñez, A/HRC/7/29, Párr. 31

En dicha dirección corresponde recordar que la reforma constitucional del año 1994 incluyó dentro del bloque constitucional a la Convención de los Derechos del Niño. En la Convención se establecen dos pautas en base a las cuales se deberán analizar las obligaciones del Estado: 1) el interés superior del niño y 2) la efectividad de los derechos de la Convención (arts. 3.1 y 4, respectivamente).-

Al respecto cabe señalar que, “[e]l principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.” (Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002).-

En tal sentido, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “(l)a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales” (Fallos 324:975).-

- **Al momento de la aprehensión de una mujer los oficiales de policía y los funcionarios judiciales deberían tomar en cuenta el impacto que ésta tendrá sobre los hijos/as de la persona sospechosa, tanto durante como después del procedimiento del arresto.**

Ante estas situaciones, este Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires considera necesario que la Provincia de Buenos Aires adecue sus instrumentos jurídicos y su práctica judicial en post de lograr la plena vigencia y operatividad de los derechos de los niño/niñas, entre los cuales cabe mencionar el de preservar a su “...*familia como medio natural para el crecimiento y bienestar.*” (Cfre. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos del Niño).

Resulta entonces necesario, considerar el interés superior de los/las niños/niñas(art. 3 de la CDN), al momento de evaluar el dictado de medidas

punitivas sobre los adultos que están a su cargo, a fin de que la medida no repercutan en su bienestar. Ello hará a la proporcionalidad de la decisión judicial.

Considerando los efectos particulares que produce la prisión preventiva en mujeres madres, y la necesidad de que se protejan los derechos de la infancia en todas y cada una de las decisiones que se adopten en relación a adultos con hijos a cargo, es que esta Defensoría del Pueblo, a través del OVG recomienda:

- **Considerar como principio rector el de la proporcionalidad y racionalidad de las medidas preventivas que deberá ser re-interpretado a la luz del nuevo paradigma sobre la infancia que establece la normativa vigente.**

Esta Defensoría del Pueblo, a través del Observatorio de Violencia de Género, recomendaría a los Jueces de Garantía y de Ejecución que al momento de resolver sobre medidas restrictivas de la libertad, procuren evitar que la privación preventiva se aplique de manera generalizada sin analizar los efectos particulares que la misma produciría en el caso de mujeres con hijos/hijas a cargo.

Debe respetarse el interés superior del niño/niña dentro del marco de lo razonable, para que la medida judicial no constituya una sanción también para ellos/ellas.

La detención bajo un régimen de prisión preventiva de una mujer provoca rupturas en la estructura organizativa y de cuidado en su red familiar, afectando la accesibilidad de derechos de los hijos/hijas a su cargo.

En el estado actual de las relaciones sociales, las mujeres siguen siendo figuras nucleares en los entramados familiares; en las instancias de cuidado y sostenimiento económico de estas relaciones, principalmente de los hijos/hijas.

El estado de vulneración en el que quedan sus hijos/hijas y/o el deterioro del vínculo como consecuencia de su detención repercuten en ella como un plus de angustia y desvalorización.

Para este Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, estos elementos corresponden ser considerados a fin de otorgarle racionalidad a las medidas adoptadas en relación a mujeres a fin de que *no exista una desproporción entre las penas*

que éstas sufren y el daño producido por los delitos que se les atribuyen. La mayoría de las detenidas, como señalamos se encuentran privadas de libertad de manera preventiva y por delitos no violentos.

La negación o el desconocimiento de los efectos que en particular producirá la privación de libertad en una mujeres, convierte en desproporcionada, y por tanto, en irracional, el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Los Jueces que decidan sobre pedidos de restricción de libertad que recaigan sobre una mujer, anoticiados, ya sea porque los defensores lo aleguen o porque la información surja del propio expediente, en cuanto a que la misma se encuentran embarazada o que resulta ser madre de niños/niñas menores, deberían meriturar la trascendencia social de la medida, en relación al interés superior de los niños/niñas que vayan a ser afectados.

La ley N^o 26.061 establece la importancia de la permanencia del niño o niña con su familia (el art. 8 de la ley dispone que *“tienen derecho a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando (..) pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño”*).

De manera que la permanencia del niño o niña con su madre constituye un derecho esencial del niño o niña, máxime si se trata de niños de corta edad, dado que en el estado de las relaciones actuales, ella sigue siendo el único adulto referente a cargo (art. 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: *“Los Estados Partes deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”* y art. 5 de la CIDN, *“Los Estados Partes deben respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención...”*).

- **Este Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, considera que los magistrados podrían iniciar de oficio el incidente de ejecución a fin de tramitar el**

cumplimiento de la pena o medida restrictiva de la libertad a ellas impuestas bajo otra modalidad.

En efecto, el art. 2 de la Ley 26.061 establece 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”*, en consecuencia, ante cualquier proceso judicial en el que se advierta la potencial afectación de los derechos que conforman el interés superior del niño, el Juez que intervenga debe custodiar que los mismos no sean vulnerados, puesto que esos derechos y garantías son de orden público (art. 2 de la Ley 26.061).

- **Para alcanzar el enunciado principio, los Jueces penales deberían solicitar de manera indispensable, que para resolver sobre alguna medida que afecte derechos de mujeres, existan en el expediente, elementos de prueba que permitan conocer acerca de su maternaje: hijos/hijas menores a cargo, niños /niñas convivientes y/o a cargo, edades de los niños/niñas y/o estado de embarazo en curso.**

Respecto de los niños/niñas que integran el grupo conviviente o los hijos/as a cargo de una mujer sobre la que recae sospecha de comisión de un delito, en tanto la urgencia del caso lo permita, además, debería conocerse sobre la posible intervención de los órganos del sistema de promoción y protección de derechos de la infancia (Servicios Locales), a fin de coordinar con dichos órganos, posibles acciones futuras respecto de los niños/as que se verán afectados por medida judiciales respecto de los adultos a su cargo.

Una vez que haya sido dictada la prisión preventiva con las previsiones antes mencionadas, si se solicitara algún pedido de morigeración en relación a mujeres con hijos/as, los jueces deberán agilizar y darle prioridad a los mismos.

El hecho de que una mujer tenga hijos/as a su cuidado podrá tomarse como indicador de que tiene lazos con la comunidad o cierta estabilidad. Entonces las responsabilidades maternas de una mujer y la existencia de lazos familiares de las mujeres pueden ser consideradas como indicadores de estabilidad²³.

Los pedidos de medidas alternativas a la prisión preventiva, deberán resolverse a la luz del nuevo paradigma normativo en materia de infancia.

²³ Unión Europea, Sociedad de Derecho de Inglaterra y Gales, El Consejo General de la Abogacía Española y la Asociación Checa de Abogados (2004) *Better Bail Decisions* (Unión Europea), p. 22

En diciembre de 2008 fue incorporada al Código Procesal Penal provincial, la categoría de mujeres con hijos menores de cinco años y embarazadas dentro de quienes pueden acceder a instancias alternativas a la prisión preventiva (artículo 159, texto según Ley N°13943).

Igual fórmula utiliza el art. 10 – texto conf. ley 26 -, en consonancia con lo previsto en los art. 32,33,34 de la ley 24660 y en los art. 19,20 y 21 de la ley 12256, como modalidad específica de cumplimiento de pena.

El artículo 159 significó un avance legislativo en cuanto a la visibilidad de la particular situación de las mujeres detenidas y un aporte para establecer parámetros de racionalidad a las medidas que se dicten respecto de ellas.

En lo que aquí interesa, quedó redactado de la siguiente manera: “*El juez de ejecución, o juez (...) Competente, podrá(...)*”

El interés superior del niño/niña, obliga a morigerar las medidas de restricción de libertad de sus madres a fin de que su vínculo, no resulte afectado por la misma; precisamente esa fue la razón del dictado de la normativa vigente.

Para este Observatorio de Violencia de Género, todas **las medidas disponibles para morigerar al máximo esas restricciones deben ser tenidas en cuenta**

La CSJN ha dicho: “*No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre "las medidas de otra índole" que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales.*

Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención” (Fallos: 318:514).

La reforma ha sido creada específicamente para permitir que el niño o niña permanezca junto a su madre. Gran parte de las restricciones a los derechos del niño que la detención en la cárcel importa se reduce, morigera o atenúa si la madre es detenida en su domicilio.

La medida de detención domiciliaria, es una solución para lograr un equilibrio entre el interés de la sociedad en que la madre cumpla una medida preventiva y que el niño o niña permanezca con su madre.

Es cierto que la norma reza “*El juez (...)podrá disponer el cumplimiento de la pena en prisión domiciliaria*”.

Pero la interpretación de cómo debe construirse esa alternativa debe ser armónica, con el plexo jurídico existente.

El “podrá” implica, que el Juez tiene facultades para verificar si se dan las condiciones para disponer la detención domiciliaria. No implica que puede o no disponer la prisión domiciliaria aunque estén dadas las condiciones para hacerlo.

En otras palabras: no resulta discrecional la disposición de la detención domiciliaria, sino que la alternativa aparece cuando se verifica la existencia de ciertas condiciones que deben considerarse para el dictado de la detención domiciliaria.

La detención domiciliaria *debe* ser dispuesta si se dan las condiciones.

Sobre el particular, el Defensor de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba interpuso una acción innominada ante el Juzgado de Ejecución Penal de Segunda nominación, llegando por Recurso de Casación ante el Superior Tribunal de Justicia de esa provincia (Exp. “A” 69/09).

En el planteo judicial que fue acogido finalmente por los tribunales cordobeses, el Defensor de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, señala que la redacción de la ley procesal provincial (análoga a la bonaerense), debería ser interpretada en el sentido que el magistrado ante el cual se planteara la posibilidad de un arresto domiciliario, solo tiene la alternativa del otorgamiento frente cuando se verifican dos condiciones. Si esas condiciones no aparecen, la prisión domiciliaria resultaría obligatoria.

Sus argumentos, que los hacemos propios, señalan que dos son las condiciones que pueden no cumplirse. Por un lado, la madre a cargo del niño o niña, siempre que tenga un domicilio *extra* muros, puede **no** querer por razones fundadas alojarse allí (porque vuelve a la situación de violencia familiar de la que salió, porque sabe que volverá a consumir drogas, etc).

Por otro lado, la detención domiciliaria puede, en algunos casos, resultar perjudicial para el niño o niña (porque el ambiente familiar es aun peor que el carcelario, por el tipo de vínculos que la madre tenga, etc). Adviértase que no son condiciones válidas para disponer la detención domiciliaria la peligrosidad de la madre, o su buena o mala conducta.

De manera que, se insiste, dos son las condiciones para que proceda la detención domiciliaria: que la madre a cargo del niño o niña y con domicilio extra muros no

tenga oposición fundada, y que la detención domiciliaria no perjudique al niño o niña.

La verificación de esas condiciones hace discrecional la facultad del juez de otorgar la medida. Pero disponer la prisión domiciliaria misma, siempre que se den las condiciones, no lo es.

- **La verificación de las condiciones contextuales o ambientales, no podría definirse únicamente a partir por los informes que elabora la propia autoridad de custodia. Los magistrados deberían establecer criterios propios de evaluación que no se encuentren atravesados por vinculaciones anteriores de los intervinientes (el personal que realiza los informes criminológicos y en su caso los informes ambientales resultan ser en muchos casos de la propia Unidad donde las mujeres residen) ni a partir de criterios abstractos o universales.**

Considerando la realidad de las unidades carcelarias y la pertenencia a extractos sociales signados por la vulnerabilidad de la mayoritaria de la población detenida, los parámetros para la evaluación de las condiciones de habitabilidad, deberían ajustarse a las realidades propias de grupos familiares afectadas.

Y naturalmente, una vez admitido el punto, no queda sino verificar con un intervalo de tiempo razonable si hay nuevos niños afectados, o si los impedimentos para disponer la detención domiciliaria, han cesado.

Una interpretación contraria tornaría la norma en inconstitucional.

En efecto, de considerarse que la norma no obliga al juez a disponer la detención domiciliaria a pesar de estar dadas las condiciones (esto es, de estimarse que según la norma el juez puede o no disponer la detención domiciliaria aun si se satisfacen las condiciones), la norma contradiría toda la normativa aplicable invocada más arriba.

- **Pautas para la ejecución de un arresto domiciliario**

Cuando se dicte una medida de arresto domiciliario con fundamento en la protección del interés superior de los niños/niñas que la mujer tenga a su cargo, se deberían establecer pautas claras para la ejecución de la medida, a fin de que

la misma no obstaculice el pleno ejercicio de los derechos de dichos niños/niñas. De lo contrario se desnaturalizaría el fin buscado con la resolución adoptada.

En ese sentido, debería quedar establecido en la misma resolución que otorga el beneficio de la detención domiciliaria, los alcances del arresto, a fin de que garantizar que los niños/niñas concurren diariamente a un establecimiento educativo, lleven adelante los controles de salud que resultan obligatorios y aquellos que fueren excepcionales, y demás situaciones que amerite el caso en particular.

Para ello, la madre debería estar autorizada a determinados retiros de su domicilio, estableciendo con antelación los mismos.

- Priorizar el uso de pulseras magnéticas para el caso de mujeres-madres.

Dada las particulares características que ha de adoptar el régimen de detención domiciliaria para el caso de mujeres madres, para este OVG sería recomendable que los jueces prioricen para estos casos, el uso de pulseras magnéticas.

La adopción y evaluación del uso de este instrumento, no debería quedar en el marco de las competencias del Servicio Penitenciario como ocurre en la actualidad, en la provincia de Buenos Aires, sino en el ámbito judicial.

A fin de que sean los órganos de justicia quienes meritúen la viabilidad de su otorgamiento. Para ello, los magistrados, deberían contar con información periódica acerca de la cantidad de pulseras disponibles. Esta información en la actualidad no es recibida por los magistrados.