



Procuración Penitenciaria
de la Nación



Buenos Aires, 11 MAR 2013

Ref. Expte. N° J383 | 3343 | 2456 | EP 72 |
5331 | EP 41 | EP 38 | EP 61 | EP 40
EP 96 | EP 104

VISTO:

La modificación del Artículo 10 del Código Penal introducido por la Ley 26.472, así como también la modificación del Artículo 33 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660), mediante los cuales se amplían los supuestos en los que procede la detención domiciliaria, incluyendo entre otros, los casos de las mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco (5) años a su cargo.

Y RESULTA:

Que del relevamiento efectuado durante el año 2012 por el Equipo de Trabajo de Género y Diversidad Sexual de esta Procuración, mediante el cual se entrevistó al total de las mujeres detenidas en los pabellones de madres que son alojadas junto a sus hijas/os en el Centro Federal de detención de Mujeres - Unidad N° 31- y en el Complejo Penitenciario Federal III -Güemes, Provincia de Salta-, se evidenció la falta de información precisa de las detenidas respecto del derecho a la aplicación del instituto del arresto domiciliario.

Que del mismo relevamiento, mediante el cual también se entrevistó a las áreas de judiciales y de sociales de las Unidades mencionadas, así como a las áreas del Complejo Penitenciario Federal IV y del Instituto Correccional de Mujeres "Nuestra Señora del Carmen" Unidad N° 13, se desprende que las áreas no informan -en ningún momento de la detención- la posibilidad de solicitud y acceso al instituto en cuestión, tanto en el caso de las mujeres que son detenidas junto a sus hijas/os y/o embarazadas y/o aquellas que tienen hijas/os menores de cinco años en el medio libre. Únicamente intervienen remitiendo los escritos de solicitud "*por derecho propio*" a los defensores una vez que las detenidas así lo solicitan.

Que el 17 de diciembre de 2008 el Poder Legislativo aprobó la Ley 26.472, promovida por esta Procuración, que modifica tanto la Ley de Ejecución 24.660 como el Código Penal, ampliando los supuestos en los que se podrán sustituir el encierro en prisión por el arresto domiciliario, con el objeto de evitar el encierro carcelario de los colectivos más vulnerables y de aquellos grupos que merecen especial protección, como son las mujeres embarazadas o con hijas/os menores a cargo y las personas mayores, enfermas o con alguna discapacidad.

Que la nueva redacción del Art. 33 de la Ley 24.660 establece lo siguiente: *“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.”*

Que el quinto supuesto relativo a la mujer embarazada constituye una novedad introducida por la reforma, y parte de la premisa reconocida por todas/os las/os especialistas de que la cárcel no es un lugar adecuado para una mujer gestante en particular.

Asimismo, el sexto supuesto en que se prevé la sustitución del encarcelamiento por arresto domiciliario es el de la mujer madre de un niño menor de 5 años de edad o de una persona con discapacidad a su cargo. Este caso parte del reconocimiento del papel fundamental de la madre en la crianza de los hijos, sobre todo los de corta edad. Por otro lado, supone una aceptación de los señalamientos acerca de los efectos nocivos que la cárcel tiene sobre los menores de 4 años, cuestionando de esta forma la única “solución” que preveía



*Procuración Penitenciaria
de la Nación*

la Ley 24.660, consistente en el encierro de los hijos junto a sus madres. La nueva regulación resulta mucho más razonable, al disponer la salida de la cárcel de la madre, en vez del ingreso de su hijo.

Que la modificación del régimen de detención de mujeres madres, cualesquiera sea su situación legal, procura disminuir los efectos que su privación de libertad genera en el núcleo familiar y sobre todo en la vida de sus hijas/os, sean que resida junto a ella en prisión o se encuentren al cuidado de otros familiares o del propio Estado.

Que también se sostiene que nuestro ordenamiento jurídico impide que prevalezca el "interés general" de la sociedad en reprimir ciertos delitos con el encierro carcelario cuando ello trae aparejado la vulneración de otros derechos fundamentales, en especial cuando se afectan sujetos distintos al procesado/a o condenado/a, como las/os niñas/os.

Que el impacto que tiene la maternidad en el encarcelamiento de las mujeres no es un dato menor. Casi 9 de cada 10 reclusas, en el Servicio Penitenciario Federal, son madres, la gran mayoría de ellas encabeza familias monoparentales y tienen a su cargo, en promedio, entre dos y tres hijas/os menores de 18 años. Es decir que desempeñan un papel central en el cuidado cotidiano y el mantenimiento económico de sus hijas/os, circunstancias que profundizan la consecuencia del encierro¹.

Que los datos obtenidos en la reciente Investigación "*Mujeres en Prisión. Los alcances del Castigo*" (2011) demuestran que "*el encarcelamiento de mujeres madres suele acarrear el desmembramiento del grupo familiar y graves problemas en sus hijos menores de edad. A la pérdida de la convivencia con la madre se suman otras consecuencias padecidas por los niños, como la separación de los hermanos; el peregrinaje por diferentes hogares donde*

¹ Centro de Estudios Legales y Sociales (Cels), Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. "*Mujeres en Prisión. Los alcances del Castigo*". 1 Edición.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p.199.-

algunas veces son maltratados; la institucionalización o el cuidado de familias sustitutas; la pérdida de total o parcial contacto con la madre y otros familiares; el incremento de la vulnerabilidad económica; el abandono de los estudios o la aparición de dificultades de aprendizaje; la situación de explotación laboral infantil; la depresión; problemas de salud; la asunción de responsabilidades de cuidados de hermanos menores; los intentos de suicidio. Estas son algunas de las secuelas registradas durante al investigación”².

Y CONSIDERANDO:

Que la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su Artículo 16 reconoce que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Asimismo, en el Artículo 25.2 establece que *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales (...)”*.

Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), siendo un Tratado internacional de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, en su Artículo 23, sostiene igualmente que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), mediante el Artículo 10 también indica que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, estableciendo que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que (...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto (...)”*.

² Idem., p.199 y p.200.-



*Procuración Penitenciaria
de la Nación*

Que desde el año 1994, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tiene jerarquía constitucional, de acuerdo a lo previsto en el Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Ello significa por un lado que dicha Convención Internacional *"comparte con la Constitución su supremacía y que, por lo tanto, se sitúa en el vértice de nuestro Ordenamiento Jurídico."*³ Y por otra parte que leyes, decretos, reglamentos, resoluciones administrativas, sentencias, etc., deben aplicarla en un doble sentido, no sólo no contradiciéndose con las normas de la Convención sino también en sentido positivo, *"adecuándose a lo prescripto por el tratado, de modo que el tratado se desarrolle a través de esos dispositivos"*⁴. En este sentido, La CDN reconoce el derecho de los niños a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de sus progenitores. Dicho derecho cobra especial relevancia en casos como los que nos ocupan, pues el contacto de una madre con su hijo resulta fundamental durante los primeros meses de vida, máxime durante el período de lactancia.

Que en este mismo orden de ideas, la CDN reconoce en su Preámbulo que *"el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia"*. En el artículo 5 de la CDN se establece que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada. En el artículo 7.1 se reconoce el derecho del niño o niña a *"conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*. También se obliga al Estado, en el art. 8.1, a *"respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"*. La misma norma dispone que *"incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de*

3 DULITZKY, Ariel E. *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, y Parte I en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.). Ed. Del Puerto/ CELS, Buenos Aires, 1997 p. 33-74.

4 BIDART CAMPOS, Germán. *Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño* en *Derecho y los chicos*, María del Carmen Binchi (comp.), Espacio, Buenos Aires, 1995, p. 37.

la crianza y el desarrollo del niño". A su vez, el art. 9 establece el derecho de los niños de no ser separados de sus padres. Asimismo, el art. 2 de la CDN establece que los Estados Partes deberán respetar los derechos enunciados en esa Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, cualquiera fuera la condición del niño o de sus padres.

Que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU se refirió a la "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" en su Observación General Nº 7. En esa oportunidad, destacó: "El artículo 6 se refiere al derecho intrínseco del niño a la vida y a la obligación de los Estados Partes de garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño. Se insta a los Estados Partes a (...) crear las condiciones que promuevan el bienestar de todos los niños pequeños durante esta fase esencial de su vida. (...) Garantizar la supervivencia y la salud física son prioridades, pero se recuerda a los Estados Partes que el artículo 6 engloba todos los aspectos del desarrollo, y que la salud y el bienestar psicosocial del niño pequeño son, en muchos aspectos, interdependientes. Ambos pueden correr peligro por condiciones de vida adversas, negligencia, trato insensible o abusivo y escasas oportunidades de realización personal. Los niños pequeños que crecen en circunstancias especialmente difíciles necesitan atención particular (...). El Comité recuerda a los Estados Partes (y a otras instancias interesadas) que el derecho a la supervivencia y el desarrollo sólo pueden realizarse de una forma integral, mediante la observancia de todas las demás disposiciones de la Convención, incluidos los derechos a la salud, la nutrición adecuada, la seguridad social, un nivel adecuado de vida, un entorno saludable y seguro, la educación y el juego (arts. 24, 27, 28, 29 y 31), así como respetando las responsabilidades de los padres y ofreciendo asistencia y servicios de calidad (arts. 5 y 18). Desde su más tierna infancia, los niños deberían ser incluidos en actividades que promuevan tanto la buena nutrición como un estilo de vida saludable, que prevenga las enfermedades".



*Procuración Penitenciaria
de la Nación*

Que la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su Artículo 12 indica que "1 -Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2 - Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

Que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) sostiene en la Regla 5.1: " Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda." (Reglas de Tokio, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990)

Que en este sentido, la prisión domiciliaria es una de las medidas previstas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). Su finalidad es reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado

Que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre pregona en el Artículo 7 lo siguiente: *"derecho de protección a la maternidad y a la infancia. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales"*.

Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) también reconoce que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Art. 17).

Que la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar todas las Formas de Violencia contra la Mujer (Belém do Para) en su Artículo 9 reconoce que *"los Estados deberán poner especial atención a las situaciones de las mujeres que se encuentran en una condición de especial vulnerabilidad, tal como sucede con las niñas y con aquellas que se encuentran privadas de su libertad"*.

Que la Constitución Nacional en su Artículo 14 bis, tercer párrafo, obliga al Estado a garantizar *"la protección integral de la familia"*.

Que en este sentido, conviene recordar que la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, en su art.66 prescribe que "(A) su ingreso al establecimiento el interno recibirá explicación oral e información escrita acerca del régimen a que se encontrará sometido, las normas de conducta que deberá observar, el sistema disciplinario vigente, los medios autorizados para formular pedidos o presentar quejas y de todo aquello que sea útil para conocer sus derechos y obligaciones."

Que para tomar como parámetro ilustrativo de la aplicación de la norma del art. 66, los "Manuales de Información Básica para internos/internas", -cuya entrega, a partir de la Resolución D.N. N° 1521 (B.P.N. N° 337, Año 16 del 13/8/2009) debe hacerse en forma documentada-, no contienen referencia alguna al derecho al acceso al instituto del arresto domiciliario en el caso de las



*Procuración Penitenciaria
de la Nación*

mujeres embarazadas y/o madres de niñas/os menores de cinco años, puesto que fue elaborado y editado previo a la modificación de la mencionada Ley.

Que tomando en cuenta que es la decisión del Estado privar de libertad a estas mujeres, consideramos que de ello se deriva una obligación en cabeza del SPF de informar a todas las mujeres detenidas – independientemente de la responsabilidad propia e innata del poder judicial y del Ministerio Público de la Defensa – de la posibilidad de cumplir una prisión domiciliaria.

Que el Estado ostenta una posición de garante respecto de los derechos en general de las personas detenidas a su cargo. Dicha obligación estatal, pasible de generar responsabilidad internacional en caso de incumplimiento, es resaltada permanentemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así lo hizo al disponer medidas provisionales en el caso de las Penitenciarías de Mendoza el 18 de junio de 2005 *"Que el artículo 1.1 de la Convención establece la obligación general que tienen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. La Corte ha estimado que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual el Estado es el garante de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia."*

Que como ya se ha indicado, a mayor acceso a la información de sus derechos por parte de las mujeres detenidas, además de generar una situación de especial empoderamiento, permite que se logre la efectivización de los mismos en pos de una verdadera protección integral de sus derechos. De este modo, resulta sumamente necesaria la participación activa del SPF mediante una adecuada política con perspectiva de género de información exhaustiva de derechos, más aún, en aquellas situaciones en que se ven vulnerados los derechos de las/os niñas/os y de sus progenitoras.

Por ello, en uso de las facultades conferidas por los Arts. 17 y 23 de la Ley 25.875,

EL PROCURADOR PENITENCIARIO DE LA NACIÓN

RESUELVE:

1º RECOMENDAR al Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal que imparta las instrucciones pertinentes para que en todas las Unidades que alojen mujeres a su cargo se haga entrega de la Ley 26.472 y de los Artículos 32, 33 y 34 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24.660) al momento del ingreso al penal. Que en particular, en aquellos casos de mujeres detenidas embarazadas y/o madres de niñas/os menores de cinco años, el SPF brinde información detallada sobre la posibilidad de acceder al instituto del arresto domiciliario, arbitrando además los medios necesarios para que el SPF notifique inmediatamente a la Defensoría General de la Nación y a la Procuración Penitenciaria de la Nación cuando una mujer se encuentre enmarcada en los requisitos legales del Art. 33 de la Ley 24660.

2 ° PONER EN CONOCIMIENTO a todas/os las/os Directoras/es de las Unidades Penitenciarias Federales que alojan mujeres.

3º PONER EN CONOCIMIENTO al Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de la presente recomendación.

4º PONER EN CONOCIMIENTO a la Subsecretaria de Gestión Penitenciaria de la presente recomendación.

5º PONER EN CONOCIMIENTO a los Señores Jueces a cargo de los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal.

6º PONER EN CONOCIMIENTO a la Defensoría General de la Nación.



Procuración Penitenciaria
de la Nación

7° PONER EN CONOCIMIENTO a los Defensores Oficiales a cargo de las Defensorías Públicas ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal.

8° Regístrese, notifíquese y archívese.

RECOMENDACIÓN N° 489 /PPN/ 13

B



Dr. FRANCISCO M. MUGNOLO
PROCURADOR PENITENCIARIO

