

# **La concesión de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años o personas con discapacidad, a la luz de la metodología para el análisis de género del fenómeno legal<sup>1</sup>**

*María Cecilia Rita Villegas*

## **I. Introducción**

En la presente monografía analizaré la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años. Este instituto está previsto en la legislación argentina en el artículo 10 del Código Penal y en el artículo 32 inciso f de la ley 24660, modificados en este punto por la ley 26472.

Si bien el tema ya ha sido abordado en diferentes publicaciones con distintos enfoques, mi propuesta es examinar el referido beneficio a la luz de la metodología para el análisis de género del fenómeno legal.

A tal fin seguiré los seis pasos propuestos por la Profesora Alda Facio, que brevemente detallo, con la finalidad de servir de guía del presente trabajo.

El primer paso de la metodología es la concientización, poner atención y reconocer las diversas formas de discriminación y subordinación de las mujeres.

El segundo paso consiste en la comprensión del sexismo y sus manifestaciones,

El tercer paso implica identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en la norma, planteada como el “otro” opuesto al paradigma del ser humano que es el hombre,

---

<sup>1</sup> Seminario Discriminación y acceso a la justicia de las mujeres, PRIGEPP. Profesora Coordinadora Alda Facio. 2017.

y desde allí analizar sus efectos en las distintas mujeres, que quedan excluidas por su raza, etnia, orientaciones sexuales, estatus migratorio etc.

El cuarto paso es encontrar el estereotipo de mujer que sirve de sustento al texto o contexto, para alcanzar soluciones prácticas a la discriminación de las mujeres que no supongan la institucionalización de la desigualdad.

El quinto paso supone ampliar el concepto de derecho, de forma que resulte abarcativo del derecho legislativo (componente formal normativo), del derecho judicial (componente estructural) y del derecho consuetudinario (componente socio-cultural).

Por último, el paso seis requiere volver al paso uno, a fin de profundizar la concientización con todos los elementos analizados en los pasos dos a cinco. (Hipertexto PRIGEPP, Discriminación, (2017) 1.3, 1.4 y Facio A., Webconferencia PRIGEPP 28 de septiembre de 2017).

En este análisis buscaré determinar si la norma en cuestión reproduce estereotipos –partiendo de la relación existente en las mismas entre el sexo biológico y los roles de cuidado–

## II. Desarrollo

### *II.1. La prisión preventiva domiciliaria en la legislación argentina*

En Argentina, la prisión domiciliaria es un instituto previsto por la ley 24660, en su artículo 32, modificado en el mes de enero de 2009 por la ley 26472, que reformulando también el artículo 10 del Código Penal incluyó nuevas causales de otorgamiento de la figura, entre ellas el referido inciso f) “madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

Como tienen dicho en innumerables fallos nuestros tribunales, el instituto implica el efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad. Es una solución prevista por la ley para

aquellos casos en que el encierro carcelario supone, por la situación particular del penado o de la penada, un sufrimiento intolerable e inhumano, por lo que precisamente, la finalidad de este instituto se dirige a humanizar la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando en función de la situación descrita, la finalidad de reinserción social no tiene efecto práctico. (Solís o Salgado Solís, Ramón Fernando s/incidente de prisión domiciliaria, [2017], entre muchos otros).

El artículo bajo análisis, en su actual redacción reza: “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.”

Esta figura encuentra sus fundamentos, además del ya referenciado principio de humanidad, en los de no trascendencia o trascendencia mínima de la pena –esta no debe pasar de la persona que ha sido juzgada– y del interés superior del niño.

## ***II.2. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Sus seis etapas***

Abordaré, tal como se adelantó en la Introducción, el análisis de la causal de concesión de la prisión domiciliaria a las madres de niños y/o niñas menores de cinco años o de una persona con discapacidad, mediante la metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Para ello, siguiendo el primer paso propuesto, parto de la base del condicionamiento para el

análisis normativo que supone el patriarcado, por ser este el paradigma desde el que se ha construido toda nuestra organización social, atravesando por ende, también nuestros valores, y dentro de ellos, los jurídicos. Por ello resulta necesario tomar conciencia de las distintas opresiones de las mujeres de las distintas razas, clases sociales, rangos etarios, discapacidades, opciones sexuales y etnias, y del lugar subordinado que el patriarcado asigna, en contraposición al de privilegio que detentan los hombres. Recién con esta toma de conciencia, se puede avizorar lo antinatural del patriarcado, y comprender que cada una de las experiencias individuales y personales de sumisión son en realidad experiencias colectivas de opresión.

Como consecuencia, se debe sospechar de todas las instituciones de origen patriarcal y de su pretendida neutralidad.

Continuando con el segundo paso corresponde analizar si el sexismo y sus diversas manifestaciones se encuentran presentes en la norma objeto del presente.

Cómo se enseña en el hipertexto y webconferencia referenciada, Margrit Eichler identifica siete formas en las que se muestra el sexismo: 1) el androcentrismo; 2) la sobregeneralización y/o sobrespecificación; 3) la insensibilidad al género; 4) el doble parámetro; 5) el deber ser de cada sexo; 6) el dicotomismo sexual y; 7) el familismo.

En esta institución, si bien encuentro presente todas las formas de sexismo, destaco las siguientes:

Androcentrismo, sin duda la norma parte de la perspectiva masculina como parámetro de lo humano, ya que si bien parece considerar la especial situación de sufrimiento que alcanza a las mujeres madres de niños o niñas menores de cinco años o persona con discapacidad, en realidad refuerza el estereotipo del rol de cuidado tradicionalmente asignado a la mujer. El modelo de esta norma es el hombre, la mujer es la diferente que merece un tratamiento especial.

En cuanto a la sobregeneralización y/o sobrespecificación, se observa en la redacción del artículo bajo análisis el uso del

masculino intentando incluir a ambos sexos, es el caso de la utilización de los términos juez, interno, hijo. Está presente la sobrespecificación también cuando la norma parece apuntar a la necesidad de cuidado que tienen los hijos e hijas menores del cuidado materno, cuando en realidad la necesidad de cuidado es con relación a sus progenitores.

Resulta muy claro que el texto de la norma bajo análisis parte de que cada sexo tiene un rol particular que desempeñar. El rol de la mujer es sin duda el de cuidado. El sistema patriarcal, a través de la ley, supone que las características naturales de la mujer conllevan a asignarle este rol, impropio para las características naturales del hombre. La mujer resulta acreedora a este trato más “benévolo” del sistema judicial cuando su situación personal responda a las expectativas de comportamiento femenino. (Larrauri, 1992) Ejemplo sin dudas del deber ser de cada sexo y dicotismo sexual como formas de manifestación del sexismo.

En cuanto al familismo, será analizado por su particular extensión y generalización en el campo jurídico, junto al paso cuarto.

Continuando con el tercer paso, puedo afirmar que esta institución legal alude a una mujer heterosexual, sin antecedentes penales, ni inconvenientes económicos. La norma no alcanza a las mujeres expuestas a un alto grado de vulnerabilidad social.

Fundamento mi posición con distintas resoluciones judiciales que deniegan la concesión del beneficio. En el caso “Fernández Ana María s/causa 7516” (2013) el Tribunal ponderó el interés del Estado de hacer cumplir una condena, en desmedro de normas de rango constitucional y tratados internacionales que protegen el interés superior del niño, en este caso de siete meses y lactante, sin embargo surge del dictamen de la Procuradora General de la Nación que los rechazos que obtuviera la solicitante en los tribunales inferiores se relacionan con su opción sexual. “Finalmente, coincidiendo con la apreciación de la jueza Ángela Ledesma al emitir su voto en la sentencia

impugnada, destaco que los restantes jueces del tribunal oral valoraron la circunstancia de que B.F-A. tiene dos madres. La frase “existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que puede demandar el menor” (expresada en la sentencia de fs. 313-315 vta. del expediente 33/12) indica que la orientación sexual de la madre fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria”. En efecto el término “otra madre” significa que el tribunal valoró que la condenada contrajo matrimonio con otra mujer, lo que implicaría una madre más en el hogar. Por lo tanto si una de las madres se encuentra privada de libertad, la otra madre puede reemplazarla. Si en cambio la pareja de Ana María Fernández hubiese sido de sexo masculino, el razonamiento sobre los cuerpos reemplazables no podría aplicarse. (Comas, 2016).

En el fallo “Varela, María Paola s/recurso de casación”, (2011) se rechazó la concesión del instituto por considerar que los antecedentes penales de la interna demostraban que descuidó y desatendió a sus hijos durante todo su crecimiento. También se destacó que los nacimientos de sus hijos no provocaron un cambio en su conducta delictiva. Del fallo deriva una terrible conclusión: una mujer con varios antecedentes penales no es una buena madre y por tanto no puede ampararse en la protección de su hijo e hijas para solicitar la prisión domiciliaria (Guereño, 2012). En esta causa se juzga la idoneidad de una mujer como madre, a partir del o de los delitos que se les imputa. Una buena madre no puede ser delincuente.

Asimismo en la causa “Martínez, María Isabel s/homicidio calificado por el vínculo” (2013) el Tribunal rechaza el aplicar el instituto, entre otras motivaciones por el delito por el cual se trae a proceso a la acusada, y porque por la situación económica de la interna, convertiría en muy complicada la contención y cuidado del joven dada su enfermedad (esclerosis múltiple). No se valora los informes del Hospital Rawson donde está internado el hijo que dan cuenta que está en condiciones de alta si cuenta con la asistencia de una persona que se haga cargo del mismo,

ni tampoco el interés del joven en contar con la asistencia de su madre. Destaco que la acusada no ha sido condenada, y que hasta su prisión era quien se hacía cargo del joven.

Concluyo, con estos elementos, que la mujer de bajos recursos, con opciones sexuales diversas de la heterosexualidad y con antecedentes penales, en un sistema judicial diseñado y operado por el patriarcado, no es tenida en cuenta por esta norma.

Si bien estos fallos no provienen del más alto tribunal del país, no puede soslayarse la casi nula posibilidad de acceso a él de parte de mujeres migrantes, de bajos recursos económicos, los sectores más invisibilizados y por ende más vulnerables, Por ejemplo, la mujer al frente de una familia monoparental, que no cuenta con quién pueda auxiliarla para cumplir con aquellas tareas que se le imponen como madre fuera del domicilio, no podría acceder a este instituto. La ley tiene que amparar a esta mujer también. (Guereño, 2015)

Desarrollando el cuarto paso encuentro que el estereotipo en el cual se basa el artículo en análisis es la mujer familia, mujer madre-reproductora. Parto del concepto de estereotipo como la visión generalizada sobre un grupo en particular, sobre los roles que estos deben cumplir o sobre los atributos que se les asignan (Cook y Cusack, 2010). Al ser la mujer quien lleva adelante el embarazo, y da a luz, es quien “*naturalmente*” se encuentra en mejor situación para la crianza y el cuidado de la familia. También por asignársele un carácter paciente y compasivo, en contraposición al del hombre, se da por hecho que a ella le corresponde el cuidado de personas que requieran una atención específica. Es real que hoy la mujer está más vinculada a la familia que el hombre, es real pero no “*natural*”.

No existe razón para otorgar este instituto sólo a la mujer, y excluir al hombre. Se está identificando mujer con familia, y dentro de este concepto con mujer-madre o mujer-reproductora de la especie. Se trata de un “privilegio” vinculado a la forma del cuerpo, que corresponde reemplazar por un “privilegio”

vinculado a los roles de género. Corresponde, pues, acordar la prisión domiciliaria a quien cumpla efectivamente con el rol de cuidado, sin eliminar de tal modo, el privilegio tradicional de la cuidadora marginada (Williams, 1999).

La asignación de este estereotipo restringe la identidad de la mujer, que se ha visto obligada a asumir el rol de cuidadora, sin que importen sus aptitudes o preferencias individuales. Asimismo limita el acceso al empleo y el desarrollo profesional de la mujer, ya que se entiende que al tener que responder a los deberes de cuidado de su familia, no podrá dedicar tiempo a su trabajo, o tendrá mayor cantidad de inasistencias.

Frances Raday, citada por Cook y Cusack explica “La práctica cultural más dominante y dañina globalmente (...) es la estereotipación de las mujeres exclusivamente como madres y amas de casa, de forma tal que limita sus oportunidades de participar en la vida pública ya sea política o económica”. Afirma que la designación estereotípica de la responsabilidad única o prioritaria del cuidado que se hace a la mujer la coloca en situación de desventaja en todas las culturas. Los estereotipos que se derivan de la premisa de que la mujer debe ser madre y ama de casa y por lo tanto, estar “al centro de la vida familiar y del hogar” han sido usados históricamente para justificar la exclusión de las mujeres de la vida pública.

Continuando con el paso quinto, aplicando el concepto amplio de derecho destaco que el análisis no puede centrarse únicamente en el componente formal normativo. La importancia del componente estructural y del político cultural es insoslayable. El sexismo está naturalizado, es invisible y parece mostrarse como neutral. Está presente en la interpretación y aplicación de las normas que hace el componente estructural, a veces de manera imperceptible hasta para él mismo. Lo mismo puede decirse con relación al componente político cultural, las leyes no escritas que sin embargo tienen muchas veces más alto grado de acatamiento que las propias normas.

Se desarrolló en el paso tercero como el componente estructural limita el acceso a la prisión domiciliaria, en situaciones



que el componente formal normativo no lo hace. En cuanto al componente político cultural, no se puede obviar que el rol de cuidado asignado a la mujer forma parte del sexismo *naturalizado* que actúa desde una múltiple influencia en este componente: El sexismo está presente siempre, en quienes hacen las leyes y lo reproducen en el dictado de estas últimas, en la sociedad que actúa como límite en el cuerpo legislativo, quién no se anima a legislar más allá de él y también cuando este poder, al interpretar las tradiciones tienen el límite de sus propios intereses de género.

En el caso de este artículo, los trabajos de doctrina relevados se centran más en la aplicación del instituto al padre –efectuando una interpretación analógica *in bonam partem* de las citadas normas– y en la aplicación del principio del interés del niño, dejando de lado que el instituto bajo análisis refuerza estereotipos de género. (Becerra, Camaño, Dias, Donnes y Oliver, 2013; Soruco, 2013; Bessone, 2016).

Llegando al último paso de la metodología propuesta, que implica profundizar la concientización referenciada en el primer paso, reflexionando sobre los aprendizajes obtenidos a partir de los pasos segundo a quinto, encuentro que la norma elegida, que en un primer acercamiento describía como reforzadora de estereotipos, es discriminadora de la mujer en muchos más aspectos que este.

La norma no es sólo parte de un estereotipo de género y lo reproduce, es androcéntrica, invisibiliza género, y no llega en su aplicación a todos los colectivos de mujeres.

Resta colectivizar el presente trabajo con mujeres y hombres que pueden aportar miradas críticas que denuncien el sexismo en sus variadas formas, que enriquezcan el análisis a fin de garantizar que ningún grupo de mujeres resulte excluido.

### **III. Conclusión**

La institución bajo análisis es sexista, refuerza el estereotipo de género que asigna a la mujer un rol de cuidado, reducido

a la esfera doméstica, no pública, al que se le atribuye históricamente un menor valor. No tiene tampoco una visión integral que contemple a todas las mujeres, no prevé mecanismos de sostén alguno.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 5 declara “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”

De ello se desprende que la norma, al reforzar estereotipos de género incumple con la Convención.

Concluyo, como corolario de todo lo desarrollado que debe reformularse la norma, incluyendo garantías que impliquen que no se excluya a ningún grupo de mujeres, su redacción visibilice el género, sea inclusiva y no reproduzca estereotipos de género.

## **Bibliografía**

- Becerra, S, Camaño A., Días L, Donnes A. y Oliver A (2013) La aplicación de prisión domiciliaria en casos de padres con niños menores de cinco años a su cargo. En Derecho UBA. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/la-aplicacion-de-prision-domiciliaria-en-casos-de-padres-con-ninos-menores-de-cinco-anos-a-su-cargo.pdf>
- Bessone, N. (2016) El arresto domiciliario de padres a cargo de niños menores de cinco años. En Pensamiento Penal. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42870.pdf>

- Comas, R. (2016) La invisibilidad de género y el interés superior del niño en la administración de justicia del Estado argentino: análisis sobre la solicitud de arresto domiciliario de Ana María Fernández. En Tesis destacadas del año académico 2014-2015 (UNSAM). Recuperado de <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/2016/12/La-invisibilidad-del-genero-y-el-interes-superior-del-nino-en-la-administracion-de-justicia-del-Estado-Argentino-Analisis-sobre-la-solicitud-de-arresto-domiciliario-de-Ana-Maria-Fernandez.pdf>
- Cook R. y Cusack S. (2010) Estereotipos de género: Perspectivas Legales Transnacionales. En *Seminario PRIGEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Facio, A (2017) Discriminación y acceso a la justicia de las mujeres. [Hipertexto] Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Facio, A. (2017, 28 de septiembre) Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. [Webconferencia]. En *Seminario PRIGEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Fernández, Ana María s/causa 7516 [2013] (CSJN y dictamen PGN)
- Guereño, I (2012) La prisión domiciliaria sólo para *buenas* madres. Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía. En *Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/04/doctrina33634.pdf>
- Guereño I. (2015) La prisión domiciliaria de madres: la trampa del encierro hogareño. En *Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/10/doctrina42203.pdf>
- Larrauri, E. (1992) “La mujer ante el derecho penal.” En *Seminario PRIGEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Martínez, María Isabel s/homicidio calificado por el vínculo [2013] Superior Tribunal de Córdoba.
- Solís o Salgado Solís, Ramón Fernando s/incidente de prisión domiciliaria [2017] (Tribunal Federal Oral de Córdoba I).

- Soruco, S. (2013) La prisión domiciliaria. El caso de madres y padres menores de cinco años. El caso de los mayores de cinco años. En *Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/05/doc-trina36155.pdf>
- Varela, María Paola s/recurso de casación [2011] (CNCP Sala II).
- Williams, J (1998) Igualdad sin discriminación. En *Seminario PRIGEPP Discriminación*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>