



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

Mujeres en prisión domiciliaria

De la acción afirmativa al estereotipo de género

Florencia González Berbery

Legajo: 22.101

Mentora: Gloria Orrego Hoyos

Victoria, 31 de julio de 2015

If love and imagination are important both as social goals and as moral abilities for each and every person, this already suggests some reform of the family structure: for we see not only that women need to acquire the so-called male abilities of choice and independent planning, but also that males need to acquire at least some skills traditionally associated with women's work and the female sphere.

(Nussbaum 2000, 250)

Universidad de
San Andrés

Agradecimientos

A mi mentora, Gloria Orrego Hoyos, quien confió de principio a fin en este proyecto, prestando toda su dedicación y conocimiento.

A Paola Bergallo y Julio César Rivera (h), por sus valiosos aportes a este trabajo.

A la Universidad de San Andrés, por la oportunidad, sus enseñanzas y amistades.

A Laura Paonessa, por sus consejos.

A mis amigas: Francisca, María, Catalina, Agustina, Rocío y Brenda.

A mi mamá y mi papá, Rosario y Adrián.



Resumen

Este trabajo examina la legislación sobre prisión domiciliaria en Argentina a partir de las obligaciones contraídas por la ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. A tal fin, se planteará, por un lado, que la concesión del arresto en la vivienda a las mujeres embarazadas y en período de lactancia es una acción afirmativa con el objeto de compensar la sobrevulnerabilidad de este colectivo, mientras que, por el otro, se argumentará que la estipulación taxativa del beneficio a las mujeres que tienen a su cargo niños o niñas menores de 5 años y/o personas con discapacidad perpetúa los estereotipos de género que emplazan a la mujer como proveedora de cuidado y al varón como sostén económico del hogar.

Asimismo, este estudio se propone brindar un esquema comparado del instituto y su regulación en distintos países de América Latina, complementario del análisis normativo local.

Qué es la prisión domiciliaria, qué ventajas presenta y qué críticas se formulan, pero principalmente quiénes son y quiénes deberían ser sus beneficiarios son los interrogantes que esta investigación procura abordar.

Palabras clave: derecho penal argentino, ejecución de la pena, mujeres, tareas de cuidado, América Latina.

Índice

| | |
|---|-----------|
| RESUMEN | 4 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 6 |
| 1.1 MUJERES EN PRISIÓN | 6 |
| 1.2 LA EJECUCIÓN DEL CASTIGO | 7 |
| 2. MARCO TEÓRICO | 10 |
| 2.1 PLAN DE TRABAJO | 10 |
| 2.2 JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO | 13 |
| 2.3 METODOLOGÍA | 13 |
| 3. PRISIÓN DOMICILIARIA | 15 |
| 3.1 CONCEPTO | 15 |
| 3.2 ALCANCES Y LIMITACIONES | 18 |
| 3.3 REGULACIÓN EN AMÉRICA LATINA | 19 |
| 4. UN ARGUMENTO DE JUSTICIA COMPENSATORIA | 22 |
| 4.1 LAS ACCIONES AFIRMATIVAS | 22 |
| 4.2 EL CASO DE LAS MUJERES EMBARAZADAS Y/O MADRES DE NIÑOS O NIÑAS LACTANTES | 24 |
| 5. DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA AL ESTEREOTIPO DE GÉNERO | 30 |
| 5.1 LOS ESTEREOTIPOS | 30 |
| 5.2 MUJERES, RESPONSABILIDADES DE CUIDADO Y PRISIÓN DOMICILIARIA | 32 |
| 6. CONCLUSIONES | 41 |
| ANEXO..... | 44 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 50 |

1. Introducción

1.1 Mujeres en prisión

En Argentina, la población carcelaria asciende a 64.288 personas, o más específicamente 69.706 si se incluye a los detenidos en comisarías.¹ Según el último informe anual del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), publicado en 2013, 2.839 son mujeres y representan el 4% del total, mientras que en el Sistema Penitenciario Federal este porcentaje se eleva al 8.09%, es decir que de las 9.974 personas detenidas, 807 son mujeres.

Sobre las causas del encarcelamiento de la población femenina en Argentina, una investigación conjunta de la Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic, la Defensoría General de la Nación y la Clínica Internacional de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago (2013) describe la situación de las detenidas en cárceles federales. Como primer dato relevante, el trabajo destaca un crecimiento del 193% del número de reclusas entre 1990 y 2012 frente al aumento del 111% de detenidos, fenómeno que se verifica en otros países de América Latina debido a la presión ejercida por Estados Unidos para perseguir y sancionar delitos vinculados al narcotráfico. En ese sentido, el estudio realizado sobre una muestra del 28% del total de mujeres alojadas en establecimientos de reclusión federales señala que el 85% de ellas se encuentra en prisión por delitos económicos: tráfico de estupefacientes, en primer lugar, y delitos contra la propiedad, en segundo puesto,² y que más del 75% de las acusadas o condenadas por estos crímenes era proveedora del principal

¹ En 1998 se registraban 31.621 detenidos y detenidas, lo que evidencia un aumento del 103% del número de reclusos y reclusas en tan sólo un lapso de 15 años.

² En la década del '90, tanto en Bolivia como en Perú el narcotráfico era el primer motivo de encarcelamiento de mujeres. Durante el mismo período, Brasil registraba un 40% de detenidos por esa razón, mientras que México un 75%. Por su parte, para 2004 el porcentaje en Ecuador ascendía al 77%. Todos estos números revelan la selectividad de un esquema de sanciones donde por un lado las estructuras de poder permanecen inalteradas y, por el otro, se condena a los escalafones más bajos de las redes. Precisamente, en estos últimos estratos se cuenta la participación de mujeres con necesidades económicas insatisfechas (Ver p. 13 del informe).

ingreso de su hogar al momento de la detención, cifra a partir de la cual es posible deducir que la incorporación de la mujer a la actividad criminal tiene como fin la obtención de recursos para el sustento de su familia. De este modo, se observa una constante en el perfil de aquéllas que incurrir en prácticas delictivas; se trata de mujeres pobres, con escasa escolaridad y que han sido madres a temprana edad (Casas Becerra 2010).

1.2 La ejecución del castigo

Mayoritariamente, las condenas que establecen como sanción la privación de la libertad se ejecutan en unidades penitenciarias. Sin embargo, junto con el sistema carcelario, se imponen otros medios alternativos de hacer efectivo el cumplimiento de la pena.

De esta forma, en nuestro país la ley 24.660³ y sus modificatorias regulan el instituto de la prisión domiciliaria y los presupuestos que habilitan al juez a disponerla con el fin de evitar el encierro en la cárcel de los grupos más vulnerables o de aquellos que merecen una especial protección. En definitiva, se trata de sortear el plus de poder punitivo que supone, justamente por su condición de sobrevulnerabilidad, la estadía en el penal.

Según el artículo 32 de la norma citada,

“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;

³ Sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 8 de julio del mismo año.

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.”

En 2008, con la sanción de la ley 26.472,⁴ se ampliaron los supuestos de procedencia a partir de la inclusión de nuevos colectivos con posibilidad de acceso al beneficio. A los casos de los enfermos incurables y los internos mayores de 70 años, se agregaron los incisos a), c), e) y f).

En particular, este trabajo se enfocará en el análisis de dos de los presupuestos recientemente incorporados: la mujer embarazada y la madre que tiene a su cargo un niño o una niña menor de 5 años o una persona con discapacidad.

Respecto del primero de ellos, la nueva regulación recoge las críticas que señalan al ámbito carcelario como un espacio complejo para la mujer gestante. En ese sentido, las embarazadas presentan necesidades especiales que no siempre son satisfechas en la prisión. Así, en el Sistema Penitenciario Federal “se constata que los controles médicos durante el embarazo forman parte del escaso tratamiento específico que reciben las mujeres privadas de libertad” (CELS 2011, 181). El mismo informe resalta que la provisión de alimentos y de vestimenta no es la adecuada, como así tampoco el trato dispensado durante los traslados a distintos destinos, “ya fueran controles médicos, visitas de penal a penal o audiencias en un tribunal” (178).

⁴ Aprobada el 17 de diciembre de 2008 y promulgada el 12 de enero de 2009.

En el caso de las madres a cargo de menores de 5 años o de una persona con discapacidad, la norma se fundamenta esencialmente en el principio de intrascendencia de la pena. Este principio constituye un límite al poder punitivo del Estado y sostiene que la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente, es decir que deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar las consecuencias lesivas que recaen sobre terceros con motivo del proceso de institucionalización.⁵

De acuerdo con Julieta Di Corleto y Marta Monclús Masó (2009, 285), la entrada en vigencia de esta ley “resulta estimulante, no sólo por lo que implica para la defensa penal de las mujeres que viven en prisión, sino también porque conlleva el reconocimiento del Estado de los efectos nocivos del encierro, y por tanto, habilita a reflexionar sobre las posibilidades de modificar la forma en la se imparte el castigo”.

Sin embargo, las autoras sostienen que “aún bajo las ventajas evidentes de la legislación recientemente sancionada, no puede soslayarse el hecho de que ésta sólo habilita un tratamiento especial para la mujer en su función reproductora o en su papel de madre” (299). En tal sentido, es posible plantear que en la regulación de este instituto exista una verificación del estereotipo que asocia lo femenino con la responsabilidad primaria de cuidado.

⁵ Previo a la incorporación legal de este supuesto, dos fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal (“Abregú, Adriana Teresa s/ recurso de casación”, Sala IV, Causa N° 6667, 29/08/2006 –con votos de las Dras. Berraz de Vidal y Capolupo de Durañoña y Vedia- y “Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de casación”, Sala III, Causa N° 7280, 27/11/2006 –con votos del Dr. Tragant y la Dra. Ledesma) acogieron favorablemente la solicitud de prisión domiciliaria de dos detenidas con motivo de su maternidad. En ambas sentencias, los argumentos presentados redundaron en el interés superior del niño a efectos de considerar la procedencia de la concesión.

2. Marco teórico

2.1 Plan de trabajo

La incorporación de las convenciones internacionales de derechos humanos al régimen normativo argentino, y con el mismo grado de jerarquía que la Constitución, incrementó significativamente el rango de obligaciones del Estado nacional.

De este modo, con la ratificación de los tratados enumerados en el artículo 75 inciso 22, y especialmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), Argentina asumió el compromiso de diseñar e implementar políticas públicas que fomenten la equidad de géneros.⁶

En ese entendimiento, la propuesta de este trabajo es analizar si la condición de mujer gestante o mujer madre o con persona con discapacidad a su cargo, que se requiere para solicitar la prisión domiciliaria, y cuya mención taxativa excluye al varón, reafirma los estereotipos de género, incumpliendo de esta forma el deber contraído por el Estado argentino en virtud de los mencionados instrumentos internacionales.

En primer lugar, el desarrollo de la cuestión partirá de una descripción de esta modalidad de ejecución de la pena, como así también de las características que exhibe en otros países de América Latina que la establece como medio alternativo de realización del castigo.

En segundo lugar, y con el fin de abordar el tema planteado, se formulará una nueva clasificación de las categorías expresadas en la legislación actual. Mientras que la ley 26.472 distingue a las mujeres embarazadas de aquellas que tienen a su cargo niños o niñas menores de 5 años o personas con discapacidad, este trabajo considerará, por un lado, a las

⁶ El artículo 2.b de la Convención estipula que “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.”

mujeres gestantes y en período de lactancia y, por el otro, a las mujeres responsables de menores de 5 años no lactantes o de personas con discapacidad. Bajo este criterio, se presume que la finalización del período de lactancia es un punto de inflexión en el grado de dependencia de los niños respecto de sus madres.

Con el objeto de determinar hasta cuándo se extiende este período, se tomará como referencia el plazo de 2 años de edad del menor,⁷ sugerido por la Innocenti Declaration on the Protection, Promotion and Support of Breastfeeding.⁸

Por lo tanto, y en cuanto al esquema propuesto, el primer grupo queda constituido por las mujeres embarazadas y con niños o niñas menores de 2 años, mientras que el segundo por las mujeres con niños o niñas que tienen más de 2 años pero menos de 5 o con personas con discapacidad a su cargo. La finalidad de esta categorización es adecuar los presupuestos en función de las hipótesis que se presentarán a continuación.

Respecto de las mujeres gestantes, este análisis se propone demostrar que la opción de la detención domiciliaria es un reconocimiento a su estado de gravidez en relación a la población carcelaria en general. En efecto, se trata de una acción afirmativa que tiende a eliminar la desigualdad en las condiciones de cumplimiento de la pena, atendiendo a las necesidades específicas de este grupo. Asimismo, y según la clasificación formulada, esta acción afirmativa se extiende a las mujeres en período de lactancia.

Contrariamente, en cuanto a las mujeres madres que tienen a su cargo menores de 5 años no lactantes o personas con discapacidad, se examinará que la regulación consolida los estereotipos de género que asignan a las mujeres un rol preponderante en las tareas de cuidado, en la medida en que no se establece igual beneficio para los hombres que satisfacen las mismas condiciones.

⁷ Dados los beneficios que registra la lactancia materna, se aconseja el amamantamiento exclusivo hasta los 4 a 6 meses de edad del menor, y complementario junto con otras comidas hasta los 2 años de edad.

⁸ La Innocenti Declaration on the Protection, Promotion and Support of Breastfeeding es una declaración conjunta de Unicef y la Organización Mundial de la Salud, adoptada en 1990, que establece los parámetros de lactancia considerados óptimos para la salud y la nutrición materna y de los niños.

Como puede observarse en el cuadro, el rediseño de la tipología de la ley vigente pretende agrupar los casos desde una perspectiva consistente con los instrumentos internacionales de derechos humanos que auspician la adopción de políticas que promuevan la equidad entre el hombre y la mujer. En la primera columna, se incluyen los supuestos de acción afirmativa (Hipótesis 1), en la segunda, se encuentran aquellos que, como se justificará más adelante, obedecen a una interpretación tradicional de la función femenina en la esfera doméstica (Hipótesis 2).

| | | |
|---------------------------|---|---|
| Ley 26.472 | Mujeres gestantes | Mujeres madres a cargo de niños menores de 5 años o de una persona con discapacidad |
| Distinción conceptual | Mujeres gestantes y mujeres madres de niños menores de 2 años | Mujeres madres a cargo de niños mayores de 2 años, pero menores de 5, o de una persona con discapacidad |
| Evaluación crítica | Hipótesis 1 Acción afirmativa | Hipótesis 2 Refuerzo de los estereotipos de género |

Por último, se expondrán los argumentos esgrimidos por la Cámara Nacional de Casación Penal para hacer lugar a la solicitud del beneficio de los padres con niños o niñas menores de 5 años a su cargo. Como se verá, los camaristas tienden principalmente a valorar el interés superior del niño y el derecho de los padres a mantener el vínculo filiatorio con sus hijos e hijas, pero en ningún caso se refieren al énfasis de la legislación en los estereotipos de género.

2.2 Justificación del estudio

El propósito de este trabajo es demostrar de qué manera el Estado nacional cristaliza las representaciones culturales de ‘lo femenino’ y ‘lo masculino’ en el instituto de la prisión domiciliaria.

En tal sentido, este estudio intentará recoger la contradicción entre las obligaciones asumidas por el país en virtud de los documentos internacionales sobre derechos humanos suscriptos –especialmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por Argentina en 1985,⁹ y con jerarquía constitucional desde 1994- y la última modificación que dispone el arresto en la vivienda, en vigencia desde el año 2009. De este modo, se verifica que a más de veinte años de la ratificación de la CEDAW, aún se plantean políticas estatales basadas en estereotipos que resultan violatorias de sus disposiciones.

En ese contexto, si bien académicos y operadores jurídicos han destacado el avance hacia ámbitos de realización del castigo menos severos para los grupos más vulnerables de la sociedad, se han relegado los estudios deferentes con la perspectiva de género en relación a esta modalidad de cumplimiento de la pena.

Este trabajo pretende aportar nuevas herramientas de análisis de la legislación en materia de ejecución penal, a partir de la construcción de una tipología alternativa y coherente con este enfoque. Asimismo, se propone brindar consideraciones novedosas al debate que impulsa el otorgamiento del beneficio a los varones que cumplan los requisitos de la normativa.

2.3 Marco metodológico

La estrategia de investigación, definida como “la asociación de un *objetivo de investigación* principal y un *método de investigación* específico” (Ragin 2008, 74), consiste en interpretar

⁹ Aprobada por Ley Nacional 23.179 el 8 de mayo de 1985 y promulgada el 27 del mismo mes y año.

el arresto domiciliario a la luz de la clasificación sugerida en el plan de trabajo, empleando a tal fin el método cualitativo.

A efectos de alcanzar la finalidad propuesta, se ponderarán mayormente las siguientes fuentes de información: revisión bibliográfica de las acciones afirmativas, los estereotipos y la función de los roles de género en la sociedad, legislación nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos, como así también la selección de fallos de los boletines de jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal. En último término, y con el objeto de insertar en el contexto regional el análisis del instituto de la detención domiciliaria, se examinarán comparativamente las reglamentaciones que exhiben distintos países de América Latina.



Universidad de
San Andrés

3. Prisión domiciliaria

3.1 Concepto

El arresto domiciliario es un medio de realización del castigo o una medida provisional que reemplaza la institución carcelaria como lugar de privación de libertad por el domicilio de la persona condenada. En ese sentido, Alberto Bovino (1999, 1) expresa que esta modalidad se cumple fuera del “espacio sin ley”, es decir, del ámbito penitenciario como “generador de prácticas sistemáticas de violación de derechos fundamentales” (21).

En América Latina,¹⁰ todos los regímenes penales contienen al menos una de las variantes de la figura. De esta forma, mientras que los códigos procesales de Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela la prevén en el catálogo de medidas cautelares, los códigos penales de Bolivia, Chile, Colombia y Panamá la estipulan como un modo de cumplimiento de la pena. Por su parte, en El Salvador, Paraguay y Uruguay se regulan ambos formatos.¹¹

En Argentina, el Código Penal de la Nación establece esta alternativa para los supuestos en los que recae condena y el Código Procesal Penal de la Nación la dispone preventivamente para las personas que, según el artículo 32 de la ley 24.660, pueden cumplir la pena de prisión en el domicilio.¹² Esta hermenéutica se articula adecuadamente con el principio de inocencia, ya que la denegatoria del beneficio a los imputados respecto de los cuales sólo existe un grado de probabilidad de ser declarados culpables sería irrazonable, cuando sí se les otorga a los individuos sobre los cuales se tiene certeza absoluta de su intervención en el

¹⁰ A los fines de este trabajo, se considerarán los países de habla hispana, con exclusión del Caribe (Cuba, Puerto Rico y República Dominicana).

¹¹ Si bien únicamente estos países expresan la viabilidad de una u otra finalidad de esta forma de arresto, el Código Penal colombiano extiende la aplicación a la mujer cabeza de familia que deba cumplir prisión preventiva (Ver artículo 4 de la Ley 750 de 2002).

¹² Según el artículo 314, “(e)l juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio.”

delito. De conformidad con esta postura, el artículo 11 de la ley 24.660 sostiene la equivalencia entre los condenados y los procesados en la realización de los propósitos de dicha ley “a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar (la) personalidad” de estos últimos.

La primera legislación nacional referida a la detención domiciliaria determinaba que podían “ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas¹³ y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”,¹⁴ siempre y cuando la prisión no excediera el plazo de seis meses. A su vez, la sanción de la ley 24.660 agregó como presupuesto al “condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, (...) cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma el cuidado” (Sansone 2010, 832). Finalmente, en 2008 la ley 26.472 introdujo la última modificación del instituto hasta la fecha con el objeto de hacer valer los derechos a la vida, la salud, la integridad y/o la dignidad de los condenados o procesados por sobre el interés del aparato coercitivo estatal, ampliando el conjunto de situaciones que habilitan la concesión del beneficio. En ese sentido, este reconocimiento no significa eliminar el reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen, sino que, lo que se propone es poner de relieve otros derechos constitucionales.¹⁵

La reforma planteada por la ley 26.472 surge como resultado de la inclusión de las convenciones internacionales de derechos humanos al orden interno, en la medida en que éstas emplazaron al Estado a readecuar normativamente ciertos aspectos del sistema de administración del castigo, de conformidad con los criterios identificados en dichos

¹³ Este caso ya evidencia la proyección normativa del estereotipo sobre la mujer “honesta” que se dedica a las tareas del hogar y presta servicios de cuidado a los miembros de su familia que, según se argumentará más adelante, se mantiene estable en la disposición que le concede el arresto domiciliario a las mujeres madres que tienen a su cargo niños o niñas menores de 5 años no lactantes y/o personas con discapacidad.

¹⁴ Artículo 10 del Texto ordenado de la Ley 11.179 (Código Penal de la Nación Argentina) por Decreto 3992/84.

¹⁵ De acuerdo a la intervención de la Diputada Marcela Virginia Rodríguez en Período 125, Reunión No. 22 – 14ª. Sesión ordinaria celebrada el 07/11/2007.

documentos.¹⁶ Asimismo, y según la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los preceptos rectores divulgados en los tratados se integran con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas,¹⁷ las cuales se han convertido, a través del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de las personas privadas de libertad.¹⁸ Con posterioridad, se instrumentaron las Reglas de Tokio sobre las medidas no privativas de la libertad¹⁹ y las Reglas de Bangkok para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres

¹⁶ Ver *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Artículo XXV: “1. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. 2 Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. 3. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.”

Artículo XXVI, 2º párr.: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.”

Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 5: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 5.2: “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.”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 10.1: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 16.1: “Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

¹⁷ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁸ Verbitsky, H s/ hábeas corpus, Corte Suprema de Justicia de la Nación –con votos de los Dres. Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, y Lorenzetti-, 03/05/2005. Considerando 39º: “Que el derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino que ha sido reconocido desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país”.

¹⁹ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

delinquentes.²⁰ De este modo, en cuanto a los derechos y garantías de la población carcelaria, los estándares allí impuestos rigen con plena vigencia.

3.2 Alcances y limitaciones

Si bien los beneficios que se apuntan en relación a la prisión domiciliaria se asocian fundamentalmente a principios humanitarios y la posibilidad de adjudicar penas menos severas, se destacan otras importantes ventajas. En primer lugar, se argumenta que la detención en la vivienda sorteando los denominados “efectos criminógenos”,²¹ que se plasman en la probabilidad mayor de reincidencia como consecuencia de la prisionización y de la disolución de los lazos afectivos y sociales, en especial en aquellos casos donde el individuo es condenado por primera vez (Chicknavorian 1991, Corbett y Fersch 1985 y Petersilia 1986). Por otra parte, se sostiene que la asignación de recursos públicos que demanda este tipo particular de arresto es comparativamente menor a la requerida por la estructura carcelaria; es decir, mientras que por un lado el Estado externaliza los costos de mantenimiento del recluso, a la vez previene la necesidad de construir nuevas unidades al decrecer la población alojada en establecimientos penitenciarios (Chicknavorian 1991, Corbett y Fersch 1985 y Petersilia 1986).

No obstante, aún se formulan algunos interrogantes respecto de su efectividad. A tal fin, los argumentos principales que cuestionan la institución ponen de manifiesto tanto el riesgo de trivialización de la naturaleza de los delitos, como el problema de la seguridad pública (Chicknavorian 1991, Corbett y Fersch 1985 y Petersilia 1986). En cuanto a la primera cuestión planteada, se asevera que, independientemente de cuán estrictas sean las condiciones del encierro en el domicilio, restituir la persona condenada a la comunidad

²⁰ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 65/229, de 16 de marzo de 2011.

²¹ En términos de los efectos que el aislamiento produce en las trayectorias criminales de los individuos, se observan tres resultados posibles (Singh Bhati y Piquero 2007). El primero, revela un decrecimiento en el índice de la actividad criminal ulterior, denominado efecto disuasivo. El segundo efecto es el criminógeno, cuando se verifica un aumento en el índice de la actividad criminal posterior, mientras que el tercero de ellos es nulo cuando no presenta ninguna variación en esta tasa.

neutralizaría los fines retributivos y/o resocializadores de la pena. El segundo aspecto se vincula con el grado de vigilancia que ofrece la prisión a diferencia de la reclusión en la vivienda, donde las chances de sustraerse del control son mayores. En última instancia, se señala que la implementación cada vez más frecuente de los hogares como espacios de confinamiento podría generar en el largo plazo el fenómeno “Net-Widening”; esto significa que al considerar las viviendas como prisiones potenciales, la extensión del sistema penal se convertiría prácticamente en ilimitada, lo cual podría conducir a una criminalización ineficiente al desaparecer la capacidad de la cárcel como índice de medida (Petersilia, 1986).

3.3 Regulación en América Latina

Como se mencionó anteriormente, todas las legislaciones latinoamericanas contienen su propia versión del instituto, con modificaciones en los presupuestos que habilitan la imposición y los requisitos relativos al modo de cumplimiento.²²

De esta forma, y en relación al tema que este trabajo se propone abordar, se observa que del grupo de dieciséis países examinados,²³ catorce de ellos refieren específicamente a la mujer, en general en su rol de gestante o madre, como posible solicitante del beneficio. Asimismo, a efectos de determinar la procedencia de esta medida sustitutiva, seis países cuentan con restricciones que atienden al tipo de delito, la duración de la condena, o bien a los riesgos de obstaculización de la investigación,²⁴ mientras que once la otorgan

²² Ver Anexo

²³ Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

²⁴ Así, por ejemplo, Colombia establece que no corresponde la concesión cuando se hubiesen cometido delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o se registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos (Ver artículo 1 de la Ley 750 de 2002); en Ecuador, cuando se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio; y en Panamá, cuando se hubiesen perpetrado delitos contra la humanidad o desaparición forzada de personas (Ver artículo 171 del Código de Procedimiento Penal). Por su parte, Bolivia exige que la pena no exceda los seis meses de prisión (Ver artículo 58 del Código Penal); en tanto, estipulada como reemplazo de la detención preventiva, México y Perú subordinan la asignación a la inexistencia de riesgo de obstrucción del proceso

condicionada a los plazos de gestación o la edad de los menores que acuerda cada régimen,²⁵ siendo Paraguay el único país cuya regulación combina el límite anual de la pena privativa de la libertad, cuando el arresto domiciliario es la modalidad de cumplimiento del castigo, con los extremos dados por la etapa final del embarazo y el período de lactancia, cuando se dicta como sustituto de la prisión preventiva.

Por otra parte, del conjunto de catorce países que considera particularmente a la mujer, la mayoría de ellos dispone la detención en la vivienda sin requerir la producción de informes médico, psicológico y social u otras evaluaciones de este tipo, previo a la resolución que adjudica el beneficio.

A diferencia de la mujer, ningún ordenamiento relevado incorpora al varón como sujeto peticionante con motivo de su paternidad, sin perjuicio de los argumentos razonables que se consignan para no excluir este supuesto. En ese sentido, en un caso que se presentó ante la Corte Constitucional colombiana, el máximo tribunal sostuvo que “nada justifica proteger a unos menores y desproteger a otros en las mismas condiciones, tan sólo porque el sexo de la persona cabeza de familia a la cual pertenecen es distinto”, y agregó que “la decisión que debe tomar la Corte está llamada a no promover ni el estereotipo que pesa en cabeza de las mujeres ni el estereotipo que se proyecta en los hombres. Si el prejuicio en el caso de las mujeres es que están ‘naturalmente’ llamadas a encargarse de la crianza de los hijos y a realizar las labores domésticas, el estereotipo reflejo en el caso de los hombres es que su lugar está en las actividades de provisión de sustento realizadas en la esfera pública (...)”.²⁶ De esta manera, la Corte resolvió ampliar la titularidad del beneficio de detención domiciliaria a los varones que ocupasen el rol de cabeza de familia.

penal (Ver artículos 166 del Código Nacional de Procedimientos Penales y 290.2 del Código Procesal Penal, respectivamente).

²⁵ Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C184 – 2003. Considerando 6.3.

Otras categorías preponderantes que se constatan, y en las cuales no se abundará por exceder el marco de este trabajo, son la edad avanzada y la enfermedad grave o en fase terminal, ambas reportadas en doce de los dieciséis regímenes penales estudiados.

A continuación, en los próximos apartados se analizará la reglamentación argentina referente al tema a la luz de las hipótesis expuestas en la introducción. A tal fin, se planteará una revisión introductoria de la literatura sobre acciones afirmativas, así como también de los estereotipos en general, y los de género en particular, junto con la función que desempeñan en la producción normativa.



4. Un argumento de justicia compensatoria

4.1 Las acciones afirmativas

La doctrina y la jurisprudencia las definen como estrategias que esencialmente se proponen remediar problemas sociales de carácter estructural, ya sea a través del incremento de la representación de las minorías en los ámbitos de los cuales fueron históricamente excluidos,²⁷ o bien mediante la reducción de las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan.²⁸ De este modo, el primer antecedente de esta herramienta data de fines de la década del '60 con el objeto de revertir la política enraizada de segregación racial en los Estados Unidos (Fiss 1997).

Con respecto a la justificación que suscribe la implementación de estas acciones, la academia proporciona dos explicaciones principales para avalar ese plus en el tratamiento impartido a estos grupos. En primer lugar, se argumenta que estas medidas constituyen un medio adecuado para promover una sociedad más plural y diversa y de esta manera mitigar los efectos de la homogeneización especialmente en posiciones de liderazgo y en la ocupación de roles profesionales (Dworkin 1985 y Sandel 2009). En segundo lugar, se sostiene que las acciones afirmativas son un ejercicio de justicia compensatoria que tiene como propósito rectificar los errores del pasado otorgando a los miembros de los colectivos injustamente perjudicados ventajas adicionales en los procesos de admisión y/o de distribución de bienes públicos (Fiss 1997).

En cuanto a la primera motivación, Sandel (2009) señala dos tipos de objeciones; una práctica y otra de principios. La objeción práctica se vincula con la efectividad de esta política para alcanzar las metas para las cuales ha sido diseñada. Desde este punto de vista,

²⁷ Ver entrada sobre “Affirmative Action” de la Stanford Encyclopedia of Philosophy.

²⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C371 – 2000. En esta oportunidad, el máximo tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley que garantiza la participación de la mujer en niveles decisorios en diferentes ramas y órganos del poder público “Ley de Cuotas”.

se esgrime que la solución podría ser peor que el problema cuando el resultado que se verifica es el aumento de las brechas que precisamente se empeña en moderar. A propósito de esta observación, Heilman (1997) trae a colación el caso de la acción afirmativa tendente a elevar el número de mujeres en puestos jerárquicos. En su trabajo, la autora advierte que la limitación fundamental que encuentra esta herramienta como vía de empoderamiento es el debilitamiento de los factores vinculados a las cualificaciones individuales, y la perpetuación en consecuencia de los estereotipos negativos sobre la capacidad de las mujeres para asumir roles gerenciales. La idea es que las aptitudes de las candidatas experimentan una devaluación ya que la creencia extendida indica que en última instancia es su género el único elemento relevante a los fines del proceso de selección.²⁹

La segunda crítica se relaciona con la (in)justicia de las acciones afirmativas. Esta objeción sugiere que ponderar positivamente circunstancias como por ejemplo la raza o la etnia en las decisiones que determinan la elección de un candidato viola los derechos de los otros postulantes que no pertenecen al grupo favorecido. Según este criterio, el injusto consiste en atribuir a las personas no comprendidas en esas categorías una desventaja competitiva que no depende de sus cualidades.³⁰ Más aun, Fiss (1997) agrega una tercera crítica basada en la ausencia de un estándar normativo idóneo que indique qué diversidades por sobre otras son las que se deberían potenciar.

En cuanto a la segunda justificación, los detractores de la discriminación compensatoria, apuntan válidamente al problema de que las víctimas a las que se debe resarcir no son las beneficiarias reales del tratamiento preferencial, así como tampoco aquellos que perpetraron el error que se procura reparar son las personas que deben soportar en definitiva

²⁹ Por el contrario, Brown (2010) entiende que la acción afirmativa en el ámbito de admisión a las universidades es un modo fidedigno de reconocer el mérito académico de las minorías subrepresentadas dado que la sola consideración de las calificaciones alcanzadas soslayaría el conjunto de obstáculos que comúnmente éstas deben sortear. El autor concluye que el mensaje que estaría difundiendo una política de ingreso que no valorase estos impedimentos sería que la aceptación del estudiante es *a pesar de* y *no por* el hecho de integrar un grupo minoritario.

³⁰ Contra este argumento, Burns y Schapper (2008) sostienen que, bajo el sistema de las acciones afirmativas, los miembros de grupos dominantes en realidad se ven privados de un beneficio no adquirido, pues no puede consolidarse un derecho que se obtuvo a expensas de la exclusión en el pasado de grupos minoritarios. Asimismo, afirman que el concepto de mérito no es neutral ya que tras esta idea subyace una estructura organizacional que moldea las oportunidades o la escasez de ellas para ciertos individuos.

el costo del remedio. En ese sentido, se cuestiona la política de discriminación inversa ya que sería moralmente incorrecto establecer ventajas fundadas en la membresía a determinada minoría sin contemplar en cada caso a los damnificados que se pretende desagraviar. Woodruff (1976) recoge esta crítica y plantea una distinción acertada entre el significado de un acto discriminatorio y un patrón de discriminación. De esta forma, mientras que el primero no podría reputarse como ilegítimo simplemente por ser tal, el segundo sería inadmisibles dado que estaría cercenando injustamente el número de oportunidades de un individuo por el solo hecho de integrar un grupo que es marginado sistemáticamente. Es decir que, según el autor, la objeción que se formula contra la discriminación compensatoria debiera desestimarse puesto que el acto reparador no activa un patrón dirigido a reducir el conjunto de oportunidades del que gozan otros colectivos de la sociedad, precisamente por hallarse circunscripto al fin resarcitorio para el cual fue implementado.

Por último, se arguye que la justicia compensatoria mantiene irresoluto el interrogante acerca de cuál es el remedio apropiado para retribuir a la minoría afectada. En efecto, esta justificación de la acción afirmativa no explicaría por qué el plus en la pugna por la adjudicación de los bienes y servicios socialmente más valorados sería el mejor formato de compensación (Fiss 1997).

4.2 El caso de las mujeres embarazadas y/o madres de niños o niñas lactantes

A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, Argentina recepta en el artículo 75 inciso 23 el deber genérico del Congreso de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (...), en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” En materia de derechos políticos, el artículo 37 consagra que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se

garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.”³¹ Asimismo, a través del artículo 75 inciso 22, rigen las directivas sobre medidas especiales que contienen algunos tratados internacionales de derechos humanos.³²

Bajo el paradigma que evidencia una demanda de mayor intervención estatal con la finalidad de eliminar desventajas de origen estructural se inserta el estudio de la legislación referida a la prisión domiciliaria para mujeres embarazadas y madres con niños o niñas que se encuentran en período de lactancia.

Tal como se planteó en la introducción, la detención en la vivienda para este grupo importa un reconocimiento normativo de las condiciones complejas que la cárcel ofrece para el desarrollo de un embarazo y el cuidado de un niño o niña lactante. Sin perjuicio de las previsiones que ordena la ley 24.660,³³ el cumplimiento de la pena en prisión bajo estas

³¹ En 1991, mediante la sanción de la ley 24.012, Argentina se convirtió en el primer país del mundo en arbitrar el sistema de cuotas que establece un piso mínimo de 30% de candidatas mujeres en las listas de partidos políticos para cargos electivos nacionales. Según la investigación publicada por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2011), “Detrás del número. Un estudio sobre las trayectorias políticas de mujeres y varones en las legislaturas argentinas”, al 2010 el Poder Legislativo era el ámbito con mayor participación de mujeres (38%), superando ampliamente al Ejecutivo (21.1%) y al Judicial (15%). A nivel internacional, Argentina se posicionaba entre los países con las tasas más altas de representación parlamentaria femenina, muy por encima del promedio mundial (19%) y regional (22%).

³² Ver *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, Artículo 2.2: “Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículo 4: “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.”

³³ Ver *Ley 24.660 Ejecución de la pena privativa de la libertad*, Artículo 192: “En los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad.” Artículo 193: “La interna embarazada quedará eximida de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado, cuarenta y cinco días antes y después del parto. Con posterioridad a dicho período, su tratamiento no interferirá con el cuidado que deba dispensar a su hijo.” Artículo 194: “No podrá ejecutarse ninguna corrección disciplinaria que, a juicio médico, pueda afectar al hijo

circunstancias agrava la sanción originalmente impuesta y coloca a la mujer en una situación desigual y de sobrevulnerabilidad frente a la población carcelaria en general dado el impacto diferenciado que ejerce el confinamiento. En ese sentido, según Martínez (2010), las mujeres privadas de libertad constituyen un colectivo olvidado tanto por tratarse de un segmento relativamente reducido dentro del sistema penitenciario, como de un grupo que, en términos generales, padece un alto grado de exclusión social. La invisibilización “sobre quiénes son y qué necesidades tienen” desplaza el trato deferente con “sus experiencias y requerimientos específicos” ocasionándoles un daño singular, “pues detrás de un trato supuestamente neutral a todas las personas privadas de libertad, se esconde un modelo de encarcelamiento diseñado por y para varones” (Martínez 2010, 262).

De este modo, en la investigación sobre mujeres detenidas en el Sistema Penitenciario Federal, el Centro de Estudios Legales y Sociales, el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación (2011) ponen de relieve que la gran mayoría de las que son madres o se encuentran cursando un embarazo definen el nivel de alimentación como defectuoso “ya sea por su deficiente calidad, la utilización de productos rebajados, falta de variedad, mal estado, etc.” (174). Consideraciones similares se extraen a partir de los resultados obtenidos en las entrevistas sobre el estado de higiene, en los cuales se señala la escasez en el suministro de elementos para limpieza y se enfatiza en la aparición frecuente de plagas. Diversas respuestas del estudio apuntan a la insuficiente atención de la salud, evidenciando al respecto que, si bien existe un seguimiento médico del avance de los embarazos, no se cumple con el deber correlativo de información que se debe brindar tanto sobre las cuestiones referidas a la salud de las mujeres como al desarrollo de su gestación. En ese sentido, también se observa la falta de “contención necesaria para soportar el estrés que implica transitar un embarazo en prisión” (181) y la privación de “servicios a fin de estar en mejores condiciones para enfrentar el nacimiento” (182). Por último, las entrevistadas manifiestan la ausencia de “circuitos formales de provisión de vestimenta”, debiendo recibirla de familiares, amigos o “a través de distintas ONG, compañeras de pabellón e incluso de algunas agentes del SPF” (175).

en gestación o lactante. La corrección disciplinaria será formalmente aplicada por la directora y quedará sólo como antecedente del comportamiento de la interna.”

La insensibilidad del sistema carcelario frente a estas situaciones revela la necesidad de adoptar políticas penitenciarias que garanticen la ejecución del castigo sin aumentar las cargas que de por sí sobrellevan las mujeres embarazadas y/o con menores lactantes, sin perjuicio de las justificaciones que puedan brindarse a la luz del interés superior del niño y el principio de intrascendencia de la pena.³⁴

En el entendimiento de que los cambios fisiológicos y psicológicos que acarrea la gestación repercuten severamente en la salud de la mujer,³⁵ y que éstos pueden intensificarse por la estructura inadecuada que presenta la prisión, el arresto domiciliario para el grupo referido es una acción afirmativa que tiende a asegurar el trato igualitario compensando, mediante el acceso al beneficio, el plus punitivo que trae aparejado este proceso biológico en el ámbito de la cárcel.

Asimismo, es posible extender el argumento precedente al período posterior al nacimiento del niño o la niña desde el enfoque propuesto por Stearns (2009). Según la autora, la lactancia es una actividad comprendida en lo que Gimlin conceptualiza como “Body Work” en su acepción de labor llevada a cabo para, o directamente en, el cuerpo de otra persona (‘Body work/labor’).³⁶ Es decir, en la medida en que el cuerpo de la mujer es la única

³⁴ En el mismo sentido, la Regla 64 de las “Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes” señala que “(c)uando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.”

³⁵ Entre los malestares y las complicaciones más comunes se cuentan acidez e indigestión, adormecimiento u hormigueo en las manos, anemia, calambres en las piernas, depresión, diabetes gestacional, dolores corporales, estreñimiento, fatiga, hinchazón, hiperémesis gravídica, hipertensión, mareos, preeclampsia y varices, entre otros. Ver artículo de la Office on Women’s Health, U.S. Department of Health and Human Services, “You’re pregnant: Now what?”

³⁶ En “What Is ‘Body Work’? A Review of the Literature”, Gimlin (2007) recoge, además de la noción aludida, tres conceptos más de la bibliografía sobre ‘Body Work’. En primer lugar, la autora refiere al trabajo en la apariencia de uno mismo (‘Body/appearance work’), es decir, la transformación del estado natural a uno más cultural con el objeto de satisfacer expectativas sociales. En segundo lugar, desarrolla la idea de la gestión de las emociones y las experiencias afectivas en función del trabajo (‘Body/emotion management’) y trae a colación la investigación de Arlie Hochschild sobre la labor emocional que despliegan las azafatas al exigírseles una conducta amable cuando deben atender a los pasajeros. Por último, Gimlin expone el concepto de la alteración de los cuerpos a través del trabajo que realizan (‘Body-making at work’), insertándose así en el marco teórico que debate sobre el componente social en la biología humana. Citando el ejemplo recién

fuente productora y proveedora del alimento que requiere el recién nacido o nacida y que, con el fin de obtener la mejor calidad del mismo, las madres deben prolongar los regímenes prenatales de cuidado, se reconoce la existencia de un compromiso activo con las prácticas que subyacen al desempeño de su labor. En definitiva, el resultado del amamantamiento no es un “regalo de la naturaleza” que suceda simplemente porque la mujer tenga la capacidad de producir, sino que es la consecuencia del trabajo de su cuerpo que, como tal, le demanda esfuerzo físico y emocional (Stearns 2009). En ese sentido, dado que la prisión constituye un espacio poco receptivo de las implicancias de esta tarea, la detención domiciliaria es una acción afirmativa que pondera este factor brindando a la vez visibilidad al acto de lactancia generalmente considerado propio de la esfera privada.

En cuanto a la fijación del término del beneficio, a modo de referencia se sugiere como pauta los 2 años de edad del menor, concordante con el plazo estipulado en la ley nacional 26.873 sobre promoción y concientización pública de la lactancia materna³⁷ y en la Innocenti Declaration on the Protection, Promotion and Support of Breastfeeding sobre lactancia materna continuada y alimentación complementaria oportuna.

En síntesis, la legislación que otorga la prisión domiciliaria a las mujeres embarazadas y a las mujeres madres de niños o niñas lactantes tiene como objeto compensar el exceso punitivo que registra el cumplimiento de la condena intramuros y el plus coercitivo que exhibe la detención en los casos en los cuales todavía no media sentencia firme y aún rige la presunción de inocencia. Al respecto, uno de los principios rectores de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos expresa que el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a la privación de la libertad ya que el encierro es aflictivo por el hecho mismo de que despoja al individuo de su derecho a disponer de su persona (Regla 57). Asimismo, esta solución se ajusta a lo establecido en la Convención de Belém Do Pará que, en relación a la situación de vulnerabilidad de la mujer cuando ésta se encuentra afectada por la privación de su libertad, conviene que los Estados Parte la tendrán

mencionado, algunos estudios demostraron que con frecuencia las azafatas experimentaban la pérdida de audición así como también desórdenes alimenticios debido a las exigencias de las compañías áreas.

³⁷ Sancionada el 3 de julio de 2013 y promulgada el 5 de agosto de 2013.

especialmente en cuenta en la implementación de las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer.³⁸ En efecto, la idea es que en la medida en que los presupuestos mencionados la sitúan en una posición más vulnerable incrementando injustamente la carga de la sanción, estas circunstancias devienen merecedoras de compensación normativa.



³⁸ Adoptada en 1994 y aprobada en Argentina por Ley 24.632 el 13 de marzo de 1996.

5. De la acción afirmativa al estereotipo de género

5.1 Los estereotipos

Según la academia, los estereotipos son asociaciones falsas o engañosas entre un atributo y los miembros de un grupo, por el hecho de pertenecer a él, cuya principal característica es la inmunidad frente a la evidencia en contrario (Blum 2004). De esta forma, en “Stereotypes and the Shaping of Identity”, Appiah (2000) describe tres clases de estereotipos. El primero de ellos asigna una propiedad a un individuo en la creencia de que es propia del grupo al cual pertenece basado en la existencia de una correlación estadística entre poseer esa propiedad e integrar ese colectivo; “this is the case of the strong woman, ‘Mary’, who presents herself for a job as a firefighter and is told that she will not be considered because ‘women are not strong enough to be firemen’. Here, there is a general fact about the group that is relevant to the employment decision: Strength, let us suppose, really is a bona fide occupational qualification for a firefighter, and women really are, on average, weaker than men. But this general fact does not bear on the question of Mary’s suitability for the job if she is in fact stronger than most men –stronger, in fact, than the weakest male fireman” (47).

El segundo estereotipo presupone simplemente una convicción falsa sobre un grupo, y por lo tanto le imputa un atributo a una persona que forma parte de ese conjunto, fundado en la creencia inexacta de que todos sus miembros presentan tal cualidad; “the classic examples here are the ethnic stereotypes, which lead people, say, not to do business with members of a group because they are purportedly shifty and dishonest, when, in fact, they are not, or at any rate not more so than anybody else” (48).

Finalmente, el estereotipo normativo abrega en el consenso social que estipula cuál es la conducta apropiada para el individuo en función de la membresía que exhibe. En efecto, este estereotipo no pretende ofrecer una descripción más o menos adecuada de una categoría de personas con el fin de constituirse en un mecanismo predictor de su

comportamiento, sino que se procura forjar este último de acuerdo a la característica que, según el estereotipo, esta clase debería ostentar. Un ejemplo se observa en aquél que exige a las empleadas el uso de maquillaje cuando lo mismo no les es requerido a sus pares masculinos, porque se presume que la mujer debe cumplir con un estándar de apariencia determinado en el ámbito laboral.

A su vez, Appiah (2007, 117) agrega que “las etiquetas operan para moldear lo que podríamos llamar *identificación*: el proceso a través del cual los individuos configuran sus proyectos (...) refiriéndose a etiquetas disponibles, es decir, a identidades disponibles.” En consecuencia, la estructura de la identidad colectiva “requiere la existencia de términos en el discurso público que sean usados para seleccionar a los portadores de la identidad mediante criterios de adscripción” (117). El segundo elemento demanda “la internalización de esas etiquetas como partes de la identidad individual de al menos algunos de los que portan la etiqueta” (119), mientras que el tercer elemento propone “la existencia de patrones de conducta” (120) respecto de un grupo, de modo que la pertenencia al mismo justifica la realización de un acto determinado.

En la exploración acerca de lo moralmente incorrecto en la acción de estereotipar y los estereotipos, Blum establece la siguiente clasificación: por un lado, el injusto implícito en todos los estereotipos y, por el otro, el injusto diferenciado verificable sólo en alguno de ellos. En cuanto al primer caso, el autor señala que el estereotipo ignora a los miembros del grupo como individuos, no reconociendo de esta manera la diversidad de sus integrantes. Asimismo, la imagen que se construye sobre un grupo a la luz de un estereotipo intensifica la percepción de otredad hacia sus miembros, generando mayor distancia moral y división social. En relación a la segunda categoría, Blum expresa que el contenido explícito de ciertos estereotipos es más degradante u ofensivo que el de otros y, en ese sentido, los estereotipos positivos, en tanto atribuyen una cualidad considerada socialmente valiosa, son menos lesivos. Por otra parte, también es relevante el contexto socio-histórico en la medida en que dota de significado a ese contenido. Precisamente, el estereotipo a priori positivo que destaca a los afroamericanos como buenos bailarines surge en la época de la esclavitud en la cual las danzas y festejos de los esclavos en su tiempo de ocio avalaban las presunciones que recaían sobre su incapacidad de raciocinio y falta de responsabilidad y

laboriosidad, base de la ideología colonialista. De este modo, el elemento negativo que imprime la coyuntura modifica notablemente el concepto aludido en un principio.

El autor concluye sintetizando los problemas del estereotipo en dos: uno de naturaleza intrínseca, por tratarse en sí mismo de una forma de menosprecio, y otro de carácter instrumental que se manifiesta cuando se identifica un nexo de causalidad entre éste y otras consecuencias negativas, tal como un menor rendimiento de los miembros de un grupo en determinadas actividades. A las cuestiones reseñadas por Blum, Alexander (1992) agrega que éstos suelen imponer costos sociales innecesarios, ya que las decisiones justificadas en apreciaciones inexactas excluyen opciones con mejor relación de costo-beneficio, mencionando además los inconvenientes de erradicar consideraciones fácticas que se sustentan en creencias y difícilmente admiten evidencia contradictoria.³⁹

5.2 Mujeres, responsabilidades de cuidado y prisión domiciliaria

Como se adelantó en la introducción, la segunda hipótesis de este trabajo plantea que la legislación nacional que beneficia con la prisión domiciliaria a mujeres que tienen a su cargo niños o niñas no lactantes menores de 5 años y/o personas con discapacidad consolida el estereotipo de género que les asigna un rol preponderante en el desarrollo de las tareas de cuidado. En la medida en que no se les confiere igual posibilidad a los varones que satisfacen las mismas condiciones, el Estado promueve la representación social que coloca en cabeza de la mujer las responsabilidades domésticas, incumpliendo el compromiso de diseñar e implementar políticas públicas que fomenten la equidad de

³⁹ Respecto a este punto, Schauer (2003) explica que sin perjuicio de que se reconozcan casos particulares en los cuales la generalización no aplica, raramente los individuos se abstienen de utilizarla si encuentran que se mantiene efectiva para una mayoría de situaciones.

géneros en función de la obligación asumida a partir de la ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.⁴⁰

De este modo, sería posible aplicar el análisis de Schauer sobre la influencia de los estereotipos en la producción normativa. En *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, el autor relaciona las generalizaciones con la estructura de las reglas y sostiene que las normas suelen estar compuestas por tres niveles. Así, en el ejemplo que proporciona en su trabajo a partir de la regla que prohíbe el ingreso de perros a un restaurante, menciona que en el primer nivel se encuentra la justificación, definida como el mal que se desea erradicar, o bien la meta que se desea alcanzar, siendo tal en este caso evitar molestias a los clientes. En el segundo nivel, la generalización o estereotipo descriptivo identifica la propiedad causalmente relevante para producir el resultado que, dependiendo de las circunstancias, se pretende eliminar o conseguir y, en el ejemplo propuesto, indica que el atributo de ser perro significa que se verifique con mayor probabilidad el atributo de generar molestias a los clientes. Por último, en el tercer nivel la generalización prescriptiva dispone la regla que suprime el patrón de molestia prohibiendo el ingreso de perros a este tipo de establecimientos.

Extrapolado a la construcción de la legislación que concede la prisión domiciliaria a mujeres madres de niños o niñas no lactantes menores de 5 años, o con personas con discapacidad a su cargo, los tres niveles podrían plantearse del siguiente modo.

En primer lugar, la justificación que motiva la norma pone de relieve la valoración positiva del Estado respecto a que los costos de las tareas de cuidado sean internalizados por las propias familias. La institución familiar, sostiene Fineman (2012, 46), “libera al mercado para que actúe sin tomar en cuenta ni tener que adaptarse a las necesidades generadas por la

⁴⁰ En cuanto a este tema particular, el artículo 5 de la Convención establece que “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.

dependencia,” erigiendo al Estado “como una institución subsidiaria, que presta cierta asistencia mínima y a regañadientes en caso de que las familias fracasen. Idealmente, cada familia individual es responsable por la dependencia de sus propios miembros, y acudir a los recursos públicos es considerado un fracaso que merece condena y estigma.” De esta manera, el mensaje, argumenta Silbaugh (2012, 169), “es que las actividades del hogar son principalmente afectivas y privadas” y que “reconocer la naturaleza productiva del trabajo doméstico podría obligarnos a comercializar las emociones. Enfrentados a esta posibilidad, los actores legales optan por dejar el rol multifacético del trabajo doméstico en la misma esfera legal que los afectos familiares.” En igual sentido, el informe sobre las políticas de cuidado de personas dependientes del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (OIG), elaborado en 2012, señala que en la región “el cuidado recae fundamentalmente como responsabilidad de los hogares y la provisión pública es simplemente un complemento para aquellos que no pueden resolverlo por sí mismos” (9),⁴¹ poniendo en evidencia a la vez la omisión por parte de los Estados de revisar la legislación en la materia de acuerdo a la dinámica de distribución del trabajo según la cual la mujer también es proveedora de recursos económicos.⁴²

En segundo lugar, el estereotipo descriptivo demuestra que la propiedad de ser mujer se asocia a una mayor probabilidad de que los hogares puedan asimilar dichos costos dado que es el género femenino el que desempeña principalmente las ocupaciones domésticas, muchas veces en simultáneo con la inserción en el mercado laboral.⁴³ Tal como expresa Rittich (2012, 32), “como si se tratara de recursos naturales como el aire o el agua,

⁴¹ El estudio examina las respuestas de 544 líderes de opinión residentes en América Latina, de los cuales el 78% son mujeres y el 22% hombres.

⁴² En Argentina, el último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas realizado en 2010, revela que el 82.7% de los hogares en los cuales el jefe o la jefa de hogar no tiene cónyuge y convive con al menos un hijo se encuentra liderado por mujeres. Un patrón similar se replica en el porcentaje de hogares donde, a los requisitos mencionados anteriormente, se considera además la convivencia con otros familiares, ya que el 80.8% de ellos es encabezado por mujeres. Finalmente, otro dato significativo es la proporción de hogares sin núcleo familiar pero con otros familiares, es decir cuando el jefe o la jefa no tiene cónyuge ni hijos, donde el 56.6% de las mujeres tienen la autoridad y la responsabilidad en los asuntos del hogar, evidenciando en esta franja una distribución más pareja, pero aún predominantemente femenina.

⁴³ En cuanto a este punto, el 91% de las personalidades consultadas para el informe sobre las políticas de cuidado de personas dependientes en América Latina cree que la responsabilidad del cuidado es asumida por las mujeres de la familia (Ver p.12 del informe).

encontramos que una parte sustancial de los costos necesarios para proveer y mantener la fuerza de trabajo se considera dada, mientras que en realidad lo que sucede es que las mujeres desarrollan una amplia porción de estas tareas de manera no remunerada o son mal compensadas.” De esta forma, mientras que pareciera incontrovertible que las familias son construcciones sociales determinadas por la historia, la costumbre y la ley, no existe igual reconocimiento respecto de las “habilidades femeninas” de cuidado y crianza que definen el rol de la mujer dentro de la estructura familiar; “in many different types of families”, describe Nussbaum (2000, 264), “women overwhelmingly do the child rearing and housekeeping, and are expected to give care and support to men, often without return in kind. It is frequently alleged that there would be something wrong with any attempt to shake up traditional patterns of care giving.” Precisamente, el hecho de que estas habilidades se atribuyan como propiedades inherentes al género femenino y, por lo tanto, no se encuadren como cargas sociales subestima el tratamiento de la cuestión como problema de injusticia.

En síntesis, la generalización prescriptiva o la regla que maximiza la absorción de estas labores por parte de las familias en contextos en los cuales la progenitora se encuentra detenida es la devolución de la mujer al entorno familiar cuando tenga a su cargo hijos, hijas o personas con discapacidad. En efecto, “las mujeres imputadas son tratadas como un ‘bien social’ en cuanto a madres cuidadoras de hijos y no como personas en sí mismas, de manera que aquellas mujeres que se asemejan a una mujer que cumple sus roles tradicionales (“buenas mujeres”) son tratadas de forma más benevolente que aquellas que no lo son (“malas mujeres”)” (Castelletti Font 2011, 7). Más aun, las técnicas típicas de socialización están dirigidas “a aprender a coser, planchar, cocinar, limpiar, confeccionar pequeñas artesanías y tomar cursos de modistería” con el objetivo de reintegrarla “a la sociedad como una ‘verdadera mujer’” (Antony 2007, 76).

En ese sentido, distintos estudios abordan las diferencias en el trato que se les dispensa a hombres y mujeres en el sistema judicial según los costos sociales que impone la aplicación del castigo en uno y otro caso. La primera teoría que pone de relieve esta desigualdad fue elaborada por Harris (1977) en su trabajo sobre los “deviant type-scripts”. Allí, el académico argumenta que la preservación de la hegemonía institucional de la clase

dominante depende de la asignación de roles específicos a cada grupo de la sociedad. De este modo, el “type-script” en el caso de la mujer le atribuye principalmente el desarrollo de las tareas del hogar, a partir de lo cual se deriva que cuando ésta sea detenida se procure su restitución a la familia ya que de lo contrario la permanencia en el ámbito carcelario, y la correlativa desatención a las labores que le son propias, significarían una amenaza al esquema de poder donde el hombre blanco de clase media ocupa un lugar jerárquico. De otra forma, el encarcelamiento sistemático de la mujer desintegraría el núcleo familiar y obligaría al varón a relegar parte de sus actividades económicas para asumir responsabilidades de cuidado, afectando la división social del trabajo.

En “Discrimination in the Criminal Courts: Family, Gender, and the Problem of Equal Treatment”, Daly demuestra que los acusados y las acusadas que tienen dependientes a su cargo acceden con mayor frecuencia a las penas alternativas al encarcelamiento, a la vez que observa que son menos proclives a ser detenidos o detenidas preventivamente. Asimismo, señala que este factor de ponderación adquiere mayor visibilidad cuando se trata de la mujer. Tal como explica la autora, debido a que las relaciones de dependencia familiares no son simétricas, y por lo tanto tampoco lo son las consecuencias de remover a un varón o a una mujer del seno de la familia, los tribunales presumen que será más complejo para la acción estatal reemplazar la labor de cuidado que arbitrar los medios necesarios para garantizar el sustento económico de la familia, para lo cual se han diseñado diversos programas de subsidios. La conclusión principal es que mientras que la sociedad no reconoce el trabajo doméstico como actividad productora de valor, esta situación se invierte en el contexto de encarcelamiento cuando se considera la remoción de la figura femenina del hogar. Desde este punto de vista, la tarea de cuidado se convierte en una función difícilmente sustituible por parte del Estado, tanto en términos de costos como de calidad (Daly 1987b).

Similarmente, y con el objeto de explicar por qué las mujeres tienden a recibir condenas más flexibles que los hombres, la hipótesis del estudio de Kruttschnitt (1982) plantea que el grado de control social inherente a una situación de dependencia actúa como predictor de la medida de intromisión de la ley en la vida de la mujer. Bajo esta variable, la autora establece una correlación según la cual a mayor grado de control social, menor será el

grado de supervisión legal y, en consecuencia, la probabilidad de obtener una sentencia con pena de prisión. Es decir que sólo cuando los mecanismos de control informal fracasan o directamente están ausentes, la intervención de la ley se justifica para suplir ese canal de vigilancia (Simpson 1989). En tal sentido, una de las conclusiones a las que arriban Goethals, Maes y Klinckhamers (1997) alude justamente a los estereotipos y expectativas no sólo sobre la personalidad de la mujer como criminalmente menos ofensiva que el varón, sino que también sobre su rol protagónico en las familias de las sociedades occidentales.

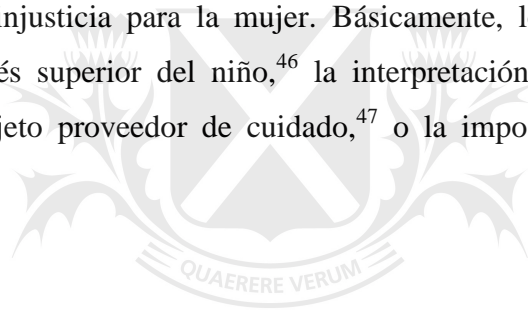
Por su parte, el trabajo de Bickle y Peterson (1991) exhibe que en Estados Unidos factores tales como el estado civil y el ejercicio efectivo del deber de prestar apoyo emocional impactan de manera diferenciada en la imposición de penas menos severas según se trate de una mujer imputada blanca o negra, reportándose una ventaja mayor en el caso de esta última. Al respecto, los investigadores brindan un par de interpretaciones posibles que explicarían esta causalidad. La primera sugiere que en la medida en que la expectativa tradicional sobre las mujeres blancas es que éstas son “buenas madres”, los tribunales no suelen premiarlas con castigos leves dado que estiman que en definitiva están cumpliendo la función que se esperaba que satisficiesen.⁴⁴ La segunda interpretación refiere a las características de las familias negras y señala que, dada la presunción de que las mujeres de estos hogares son las únicas que pueden ejecutar este tipo de tareas, en parte porque cuentan con menores oportunidades de delegarlas en otras personas, éstas tienden a conseguir por ese motivo penas más benignas.

En resumen, desde que el Estado considera que la carga de cuidado integra la esfera privada del hogar y, en la práctica, este deber es comúnmente asumido por la mujer, la generalización prescriptiva indica que, verificada una situación en la cual la mujer tiene

⁴⁴ Por el contrario, como apunta Kessler (2008, 172), “the construction of black women’s mothering as deviant has (...) been the basis for the heavy involvement of the state in black families through the child welfare system. Today, 42% of all children in foster care nationwide are black, even though black children constitute only 17% of the nation’s youth.” Sobre las razones que explican esta mayor intervención estatal, Roberts (1992, 14) expresa que “Black mothers are more likely to be supervised by social workers, because child welfare workers apply culturally-biased standards to Black families, and because the state is more willing to intrude upon the autonomy of Black mothers”.

dependientes a su cargo, ésta deberá ser restituida al medio familiar, siempre y cuando esto sea factible. La descripción taxativa de la regla refuerza en el ámbito de la ley penal el estereotipo de género que asigna por las supuestas “habilidades femeninas” la responsabilidad primaria de cuidado y crianza de las personas dependientes ya que, como la norma presume que la propiedad de ser varón comporta una baja probabilidad de absorber estas labores, se excluye como eventual titular del beneficio a aquél que presenta igual carga.

Del análisis de los boletines de jurisprudencia publicados entre los años 2008 y 2014 de la Cámara Nacional de Casación Penal,⁴⁵ se observa que las sentencias que acogen favorablemente la solicitud del beneficio por parte de un hombre no abordan la cuestión como un problema de injusticia para la mujer. Básicamente, lo que se pondera en las resoluciones es el interés superior del niño,⁴⁶ la interpretación discriminatoria hacia la figura paterna como sujeto proveedor de cuidado,⁴⁷ o la imposibilidad de la madre de



Universidad de

⁴⁵ La selección del año 2008 se condice con el año de la sanción de la ley 26.472 que incorpora los presupuestos de habilitación de la detención domiciliaria tratados en este trabajo, mientras que la última publicación del Boletín Anual de Jurisprudencia de la Cámara corresponde al año 2014.

⁴⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Martínez Escobar, Gustavo Raúl s/ recurso de casación”, Causa N°16036, 16/10/2012 –con votos de los Dres. Gemignani y Borinsky-. Los magistrados consideraron que correspondía efectuar una aplicación analógica “in bonam partem” de los preceptos contenidos en el art. 10 del Código Penal y en los arts. 32, inc. f, 33 y 34 de la ley 24.660 –modificada por ley 26.472-, normativa que, a la luz del interés de los menores, debía ser valorada junto con los preceptos con jerarquía constitucional añadidos a la Constitución Nacional, específicamente el principio rector del “interés superior del niño”.

⁴⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Bagnato, Adolfo Humberto s/ recurso de casación”, Causa N°11331, 15/12/2009 –con votos de la Dra. Ledesma y el Dr. Riggi-. En esta sentencia, se tildó de arbitraria una denegatoria del pedido de arresto domiciliario, pues los jueces entendieron que la hermenéutica del art. 32 inc. f) de la ley 24.660 en el sentido de que sólo contempla la posibilidad de que la persona privada de libertad sea mujer resulta restrictiva al ignorar situaciones en las cuales es el hombre el que tiene a su cargo una persona con discapacidad, generando así una situación de discriminación. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Aguilera, Maximiliano s/ recurso de casación”, Causa N°14026, 01/08/2011 –con votos de los Dres. González Palazzo, Hornos y Diez Ojeda-. En este fallo también se califica de discriminatoria y contraria a la Constitución Nacional y al derecho convencional la exégesis según la cual solo la mujer es la titular del beneficio, agregando además que “lo que la norma contenida en la ley 24.660 pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre, más allá del género de la persona privada de la libertad.”

ejercer dicha tarea,⁴⁸ sin que se evidencie crítica alguna al hecho de que la disposición repara en la existencia de cualidades atribuidas como “propias” del género femenino.

En ese sentido, un planteo de la legislación congruente con el plexo normativo constitucional y convencional de derechos humanos, y especialmente con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sugiere una reformulación de la regla en los siguientes términos:

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

e) A la mujer embarazada y/o madre de un niño o niña menor de dos años de edad en período de lactancia.

f) A la persona responsable del cuidado de un niño o niña menor de cinco años de edad no lactante y/o de una persona con discapacidad respecto del o de la cual exista una obligación de alimentos.

En el inciso e) la reforma mantiene la vigencia del caso de la mujer embarazada, a la vez que agrega a la mujer en período de lactancia, cuyo límite se determina a los dos años de edad del menor de acuerdo a los plazos sugeridos en la Innocenti Declaration on the Protection, Promotion and Support of Breastfeeding y la ley nacional 26.873 sobre lactancia materna.

En cambio, la modificación del precepto en el inciso f) presupone una extensión del rango de posibles beneficiarios más allá del padre o la madre del o la menor y/o de la persona con discapacidad en consonancia con el conjunto de titulares de la obligación de alimentos que

⁴⁸ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Gómez Orieta, Fernando Darío s/ rec. de casación”, Causa N°CCC 34433/2013/TOC1/CFC1, 16/10/2014 –con votos de la Dra. Ledesma y el Dr. Slokar-. En esta resolución, la mayoría decidió que correspondía “conceder el arresto domiciliario al encausado toda vez que de las constancias de la causa se desprende que la madre de los menores padece de discapacidad visceral y motora, con un alcance parcial permanente y se encuentra infectada por el virus de HIV y que su salud se encuentra deteriorada, todo lo cual torna sumamente dificultoso el cuidado y la crianza de los niños.”

establece el Código Civil y Comercial de la Nación en los artículos 432, 537 y 538.⁴⁹ De este modo, la redacción propuesta no descarta que la prisión domiciliaria pueda ser obtenida por un abuelo o una abuela, un hermano o una hermana, un medio hermano o una media hermana, el progenitor o la progenitora afín, o bien solamente para el caso de la persona con discapacidad, un esposo o una esposa o un hijo o una hija, sin perjuicio de lo cual la condición que todos ellos deberán satisfacer es la responsabilidad de cuidado del dependiente.⁵⁰

En resumen, esta reformulación pondera extensivamente los vínculos de familia más allá de los ‘padres’ y las ‘madres’, responsables primarios de la crianza de sus hijos e hijas. En ese sentido, si bien la principal crítica que se esgrime sobre la aplicación de términos del derecho civil en el derecho penal es que éstos tienden a utilizarse en perjuicio del detenido o la detenida,⁵¹ en este caso la asimilación de conceptos tendría como fin la garantía de los derechos reconocidos a través de la regulación de la detención domiciliaria.

⁴⁹ Aprobado el 1 de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014.

Artículo 432: “Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes.

Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles.

Artículo 537: Enumeración. Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden:

- a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado;
- b) los hermanos bilaterales y unilaterales.

En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.”

Artículo 538: “Parientes por afinidad. Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado.”

⁵⁰ Como antecedente normativo, el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires –ley 1.472- prevé en su artículo 32, inciso 1, la posibilidad de que la sanción pueda cumplirse en el domicilio del contraventor/a cuando se trate de una mujer en estado de gravidez o lactancia o personas, sin distinción de género, que tengan menores de 18 años a su exclusivo cargo, o sean responsables de una persona con necesidades especiales (inciso 3).

⁵¹ El principio de legalidad exige cuatro requisitos para considerar válida una ley penal (Ferrante 2011); estos son, previa, escrita, formal y estricta, siendo este último manifiestamente contrario a la textura abierta del lenguaje civil que procura abarcar el mayor conjunto de situaciones. Un ejemplo de ello se observa en la adopción de la definición ‘civilista’ de las relaciones de pareja a efectos de computar la agravante de femicidio (Ver Código Penal de la Nación, Artículo 80 “inciso 1: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare a su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia”).

6. Conclusiones

El objetivo de este trabajo fue evaluar críticamente los incisos e) y f) del artículo 32 de la ley 24.660, que facultan al juez o la jueza a conceder la prisión domiciliaria a las mujeres embarazadas y/o responsables de niños o niñas menores de 5 años o personas con discapacidad, a la luz de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Con el fin de abordar el tema, se elaboraron dos hipótesis que, partiendo de la redacción actual de la norma, proponen una reclasificación de las titulares del beneficio. De este modo, la primera de ellas plantea que la concesión de la detención domiciliaria a las mujeres embarazadas o a aquellas que están cursando el período de lactancia es una acción afirmativa tendente a suprimir las condiciones desiguales que impone el cumplimiento de la pena en esas circunstancias. Por su parte, la segunda hipótesis sugiere que el otorgamiento a las mujeres madres que tienen a su cargo niños o niñas menores de 5 años no lactantes o personas con discapacidad refuerza legalmente los estereotipos de género que, por un lado, le asignan a la mujer la responsabilidad de las tareas de cuidado y, por el otro, emplazan al varón como único proveedor de los recursos económicos que se obtienen de las actividades realizadas en la esfera pública.

En tal sentido, en cuanto al primer presupuesto fáctico se argumentó que la adjudicación de la prisión domiciliaria en los casos de gestación o lactancia implicaba un reconocimiento normativo de los cambios fisiológicos y psicológicos que experimenta la mujer en esas etapas y que, desarrollados en las instalaciones impropias del espacio carcelario, la coloca en una situación de sobrevulnerabilidad en relación al conjunto de la población penitenciaria. En consecuencia, se sostuvo que la acción afirmativa se materializa en cierta forma de licencia biológica con el objeto de compensar el plus punitivo que acarrea la prisionización cuando se verifican estos supuestos de hecho.

La segunda parte de este análisis examinó la infiltración de los estereotipos de género en la disposición del beneficio. Es decir, en el entendimiento de que la construcción del precepto parte de la división de roles según la cual la mujer presta servicios de cuidado a las personas dependientes y el hombre desempeña un rol central en el sustento del hogar, se perpetúa también en el ámbito penal la representación social de la exclusividad femenina sobre las cargas domésticas. Por el contrario, en este caso el estereotipo adquiere el formato de licencia por cuidado y/o crianza, ya sea porque se presume que el control informal que subyace a los vínculos sociales actuará como disuasivo suficiente frente a eventuales infracciones, o bien porque la restitución de la mujer a la familia le permitirá al Estado mantener la transferencia de los costos del cuidado sorteando a la vez la obligación de readecuar las políticas regentes en esta materia.

De este modo, y de acuerdo al planteo inicial de este trabajo, se extraen las siguientes conclusiones: mientras que bajo la primera proposición se cumple con los estándares impuestos por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se observa que la segunda hipótesis conculca los compromisos asumidos por el país desde su ratificación en 1985. Asimismo, esta vulneración se plasma en el análisis jurisprudencial que dispone tanto el rechazo de las solicitudes de prisión domiciliaria de mujeres como la admisibilidad de la petición de los varones; en el primer caso, ya que los magistrados y las magistradas fundamentan sus decisivos en cómo la mujer ejerce su maternidad, teniendo en consideración, por ejemplo, la mera comisión del delito como pauta relevante para determinar si la mujer en cuestión es o no una “buena madre”.⁵² En el caso de los varones, ya que las resoluciones hacen lugar a la medida con abstracción de la reglamentación del instituto como violatoria de las disposiciones establecidas por dicha convención.

Como corolario de lo expuesto, este trabajo propone una reformulación de la norma vigente que habilita a una serie de sujetos a peticionar el beneficio, en concordancia con los

⁵² Sobre este punto, la investigación conjunta del CELS, el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación (2011, 166) cita un fallo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N°2 de San Martín que desestimó el pedido de arresto domiciliario de una mujer embarazada y madre de dos niños “pues consideró que el delito que se le imputaba (tenencia de estupefacientes para comercialización) ‘no es de las ejemplares que una madre podría dar a sus hijos’ (‘V., S. A. s/Incidente de Prisión domiciliaria’, Causa N° 5547/09, rta. 19/06/09)”.

titulares de la obligación de alimentos que establece el Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, la extensión de la medida a la persona responsable del cuidado de un niño o niña menor de cinco años de edad no lactante y/o de una persona con discapacidad respecto del o de la cual exista la mentada obligación modifica el concepto actualmente vigente en la ley que presupone que el ejercicio de ciertas tareas se distribuye en función de la pertenencia a un género determinado.



Universidad de
San Andrés

Anexo

| PAÍS | NORMA | PRESUPUESTOS DE CONCESIÓN ⁱ | ETAPA PROCESAL ⁱⁱ | MODALIDAD ⁱⁱⁱ |
|-----------|------------------------|--|---|---|
| ARGENTINA | CP, Art. 10 | Mujeres embarazadas y madres a cargo de niños/as menores de 5 años o de una persona con discapacidad Interno/a enfermo/a (y ámbito carcelario impide recuperación) Interno/a con enfermedad incurable en período terminal Interno/a discapitado/a Interno/a mayor de 70 años | Cumplimiento de la pena Prisión preventiva | Facultativa |
| BOLIVIA | CP, Art. 58 | Mujeres de buenos antecedentes Personas mayores de 60 años o valetudinarias | Cumplimiento de la pena, cuando no excediere de 6 meses | Facultativa |
| CHILE | Ley 18.216, Art. 10 | Mujeres, 6 semanas antes del parto y hasta 12 semanas después Casos de enfermedad, invalidez o de la | Cumplimiento de la pena | Facultativa, previo informe del Servicio Médico Legal |

ⁱ Bajo esta columna se incluyen las situaciones que expresa taxativamente cada régimen para habilitar el acceso al beneficio.

ⁱⁱ Esta categoría considera el momento del proceso que sustituye el cumplimiento del arresto en la vivienda, pudiendo reemplazar la prisión preventiva, la pena de prisión, o ambas.

ⁱⁱⁱ Esta clasificación toma en cuenta la redacción de la norma, dependiendo de si el juez “podrá” (facultativa) o “deberá” (obligatoria) otorgar la detención domiciliaria en cada caso.

| | | | | |
|------------|-------------------------------------|--|--|-------------|
| | | ocurrencia de circunstancias extraordinarias | | |
| | | Condenados/as mayores de 70 años | | |
| COLOMBIA | Ley 750 de 2002 y CP, Arts. 38 y 68 | Mujeres cabeza de familia* Condenados/as por una conducta punible cuya pena mínima prevista sea de 5 años de prisión o menos Interno/a aquejado/a por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal | Cumplimiento de la pena Prisión preventiva, sólo en el primer caso | Facultativa |
| COSTA RICA | CPP, Art. 260 | Mujer en estado avanzado de embarazo o con un/a hijo/a menor de 3 meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de la madre, el feto o el/la hijo/a Personas mayores de 70 años o valetudinarias Personas afectadas por una enfermedad grave o terminal | Prisión preventiva En los dos últimos supuestos, la condena probable no deberá ser superior a 5 años de prisión | Facultativa |
| ECUADOR | CPP, Art. 171 | Mujer embarazada o parturienta hasta 90 días después del parto (plazo prorrogable cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre hasta que | Prisión preventiva, siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de 1 o | Facultativa |

| | | | | |
|---------------|-----------------------------|--|--|--|
| | | las mismas se superen) Persona mayor de 60 años de edad | más personas, de violación o de odio | |
| EL SALVADOR** | CP, Art. 50 y CPP, Art. 332 | | Cumplimiento de la pena Prisión preventiva, a excepción de los delitos de homicidio simple o agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos | |
| GUATEMALA | CPP, Art. 264 | | Prisión preventiva, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente | |

| | | | | |
|-----------|----------------------------|--|---|-------------|
| | | | evitado | |
| HONDURAS | CPP, Arts. 183 y 184 | Mujeres en estado de embarazo y madres durante la lactancia de sus hijos/as Mayores de 60 años Personas afectadas por una enfermedad en su fase terminal | Prisión preventiva | Obligatoria |
| MÉXICO | CPP, Arts. 155 y 166 | Mujeres embarazadas o madres durante la lactancia Mayores de 70 años de edad Personas afectadas por una enfermedad grave o terminal | Prisión preventiva, salvo que puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social | Facultativa |
| NICARAGUA | CPP, Arts. 167 y 176 | Mujeres en los últimos 3 meses de embarazo y madres durante la lactancia de sus hijos/as hasta los 6 meses posteriores al nacimiento Personas valetudinarias Personas afectadas por una enfermedad en fase terminal debidamente comprobada | Prisión preventiva | Facultativa |
| PANAMÁ | CP, Arts. 108 y 109 | Mujer grávida o recién dada a luz hasta que el niño/a cumpla 1 año de edad Persona de 70 años de edad o más Persona que padezca | Cumplimiento de la pena, salvo cuando se trate de delitos contra la humanidad o del delito de desaparición forzada de personas | Facultativa |

| | | | | |
|----------|------------------------------------|---|--|--|
| | | enfermedad grave o que tenga una discapacidad que no le permita valerse por sí misma | | |
| PARAGUAY | CP, Art. 42 y CPP, Arts. 238 y 245 | Mujeres con hijos/as menores o incapaces Personas de más de 60 años Mujeres en los últimos meses de embarazo y madres durante la lactancia de sus hijos Personas mayores de 70 años o afectadas por una enfermedad grave y terminal debidamente comprobada | Cumplimiento de la pena en los dos primeros casos, cuando la pena privativa de libertad no excediera de 1 año Prisión preventiva en los dos últimos supuestos | Facultativa (Cumplimiento de la pena) y Obligatoria (Prisión preventiva) |
| PERÚ | CPP, Art. 290 | Madre gestante Imputado/a mayor de 65 años de edad Imputado/a que adolece de una enfermedad grave o incurable o sufre grave incapacidad física permanente que afecta sensiblemente su capacidad de desplazamiento | Prisión preventiva, salvo que exista peligro de fuga o riesgo de obstaculización | Facultativa |
| URUGUAY | CPP, Arts. 127 y 131 | Mujer que se encuentre en los últimos 3 meses de estado de gravidez, así como durante los 3 primeros meses de la lactancia materna Enfermedad grave o circunstancias especiales que hicieran evidentemente | Cumplimiento de la pena Prisión preventiva No se concederá el arresto domiciliario a la persona mayor de 70 años que hubiese | Facultativa, previo informe del Instituto Técnico Forense |

| | | | | |
|-----------|------------------|---|---|-------------|
| | | perjudicial para la persona procesada o condenada su internación en prisión Mayores de 70 años | cometido el delito de homicidio agravado, el delito de violación o los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional | |
| VENEZUELA | CPP, Art. 245 | Mujeres en los últimos 3 meses de embarazo y madres durante la lactancia de sus hijos hasta los 6 meses posteriores al nacimiento Personas mayores de 70 años o afectadas por una enfermedad en fase terminal debidamente comprobada | Prisión preventiva | Obligatoria |

Referencias:

CP: Código Penal

CPP: Código Procesal Penal

* La sentencia C 184 – 2003 extendió el beneficio a los hombres cabeza de familia en los mismos términos en que se establece para las mujeres.

** El Salvador y Guatemala son los únicos países que no estipulan presupuestos de concesión en particular.

Bibliografía

A) Legislación

A1) Nacional

Código Civil y Comercial de la Nación. 2014. Argentina.

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>, último acceso 20 de junio de 2015.

Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. 2004. Argentina. Disponible en: <http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/codigos/contraven/index3.html#b1>, último acceso 23 de junio de 2015.

Código Procesal Penal de la Nación. 1991. Argentina.

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>, último acceso 25 de mayo de 2015.

Constitución de la Nación Argentina. 1994. Argentina. Disponible en:

<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>, último acceso 10 de mayo de 2015.

Decreto 3992/84 Texto ordenado de la Ley 11.179 (Código Penal de la Nación Argentina). 1984. Argentina. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38033/norma.htm>, último acceso 13 de marzo de 2015.

Ley 23.179 “Aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”. 1985. Argentina. Disponible en: http://www.cnm.gov.ar/LegNacional/LEY_23179.pdf, último acceso 24 de noviembre de 2014.

Ley 24.660 “Ejecución de la pena privativa de la libertad”. 1996. Argentina. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>, último acceso 19 de julio de 2015.

Ley 26.472 “Modificaciones a la Ley Nº 24.660, al Código Penal y al Código Procesal Penal”. 2008. Argentina. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/149566/norma.htm>, último acceso 19 de julio de 2015.

Ley 24.632 “Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”. 1996. Argentina. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>, último acceso 17 de julio de 2015.

Ley 26.873 “Lactancia Materna. Promoción y Concientización Pública”. 2013. Argentina. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/218212/norma.htm>, último acceso 16 de mayo de 2015.

Período 125, Reunión No. 22 – 14ª. Sesión ordinaria celebrada el 07/11/2007 (Versión Taquigráfica). Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en: <http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/versiones/>, último acceso 21 de marzo de 2015.

A2) Internacional

Convención Americana de Derechos Humanos. 1969. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, último acceso 21 de marzo de 2015.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 1984. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>, último acceso 21 de marzo de 2015.

Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer “Convención Do Belém Do Pará”. 1994. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>, último acceso 27 de junio de 2015.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. 1965. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, último acceso 10 de mayo de 2015.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, último acceso 21 de marzo de 2015.

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, último acceso 21 de marzo de 2015.

Innocenti Declaration on the Protection, Promotion and Support of Breastfeeding. 1990. Organización Mundial de la Salud y UNICEF. Disponible en: http://www.who.int/about/agenda/health_development/events/innocenti_declaration_1990.pdf, último acceso 15 de noviembre de 2014.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, último acceso 21 de marzo de 2015.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. 1955. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>, último acceso 17 de julio de 2015.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). 1990. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>, último acceso 17 de julio de 2015.

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). 2011. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BangkokRules.aspx>, último acceso 17 de julio de 2015.

United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. 1979. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>, último acceso 12 de noviembre de 2014.

A3) Extranjera

Código Penal Bolivia. 1999. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Penal Colombiano. 2000. Disponible en: http://www.cepal.org/oig/doc/LeyesSobreAborto/Colombia/2000_C%C3%B3digopenal_Colombia.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Penal Decreto N°1030 El Salvador. 1997. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_El_Salvador.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Penal de la República de Panamá. 2007. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Penal de Paraguay Ley N°1160/97. 1997. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Procesal Penal No 7594 Costa Rica. 1996. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-cpp.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código de Procedimiento Penal 2000 Ecuador. 2000. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Procesal Penal Decreto N°733 El Salvador. 2008. Disponible en: <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-nuevo.pdf>, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Procesal Penal Decreto N°51-92 Guatemala. 1992. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-cpp.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Procesal Penal de Honduras. 1999. Disponible en: https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_procesal_penal_de_honduras.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código de Procedimientos Penales México. 2014. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/Penal/Anexo/CNPP-DOF.pdf>, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. 2001. Disponible en: https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_procesal_penal_de_nicaragua.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Procesal Penal de Paraguay. 1998. Disponible en: https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_procesal_penal_de_paraguay.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Procesal Penal Decreto Legislativo N°957 Perú. 2004. Disponible en: https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru_0.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela. 2001. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ven_Cod_Org_Pro_Penal.pdf, último acceso 14 de julio de 2015.

Ley 17.897 de Libertad Provisional y Anticipada. 2005. Uruguay. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17897&Anchor>, último acceso 14 de julio de 2015.

Ley 19.802 Sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad. 2002. Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=19802&r=2>, último acceso 14 de julio de 2015.

B) Libros y artículos académicos

Alexander, L. 1992. "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies". *University of Pennsylvania Law Review*. 141 (1): 149-219.

Antony, Carmen. 2007. "Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina". *Nueva Sociedad*. (208): 73-85.

Appiah, K. Anthony. 2000. "Stereotypes and the Shaping of Identity". *California Law Review*. 88 (1): 41-53.

Appiah, K. Anthony. 2007. "Las exigencias de la identidad". En *La ética de la identidad*, 111-178. Buenos Aires: Katz.

Bickle, Gayle S., and Ruth D. Peterson. 1991. "The Impact of Gender-Based Family Roles on Criminal Sentencing". *Social Problems*. 38 (3): 372-394.

Blum, Lawrence. 2004. "Stereotypes And Stereotyping: A Moral Analysis". *Philosophical Papers*. 33 (3): 251-289.

Bovino, Alberto. 1999. "Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos". Conferencia presentada en el Seminario sobre Judicialización de la Ejecución de la Pena. Evaluación a un año de vigencia, San José, 25 de febrero. Disponible en: <http://www.bu.ufsc.br/ControlJudicial.pdf>, último acceso 19 de febrero de 2015.

Brown, Kevin. 2010. "Perspective and Point of View on Affirmative Action". *Indiana Law Journal*. 85 (Fall): 1301-1313.

Burns, Prue y Jan Schapper. 2008. "The Ethical Case for Affirmative Action". *Journal of Business Ethics*. 83 (December): 369-379.

Casas Becerra, Lidia, edit. 2010. *Introducción a los problemas de género en la justicia penal en América Latina*. Santiago: CEJA – JSCA.

Castelletti Font, Claudia. 2011. “¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5”. *Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional*. Minuta N°2/2011/Mayo. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/abed150cfa05b945a71375a2cd962b50.pdf>, último acceso 14 de junio de 2015.

CELS, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, comps. 2011. *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/mujeresenprision.pdf>, último acceso 16 de julio de 2015.

Chicknavorian, E D. 1991. "House Arrest: A Viable Alternative to the Current Prison System". *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*. 16 (1): 53-66.

Corbett, R P, y E A L Fersch. 1985. "Home as Prison - The Use of House Arrest". *Federal Probation*. 49 (1): 13-17.

Daly, Kathleen. 1987a. "Discrimination in the Criminal Courts: Family, Gender, and the Problem of Equal Treatment". *Social Forces*. 66 (1): 152.

Daly, Kathleen. 1987b. "Structure and Practice of Familial-Based Justice in a Criminal Court". *Law and Society Review*. 21 (2): 267-290.

Di Corleto, Julieta y Monclús Masó, Marta. 2009. “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”. En *La cultura penal: Homenaje al Profesor Edmundo Hendler*, compilado por Gabriel Anitúa e Ignacio Tedesco, 285-302. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Dworkin, Ronald. 1985. “Bakke’s Case: Are Quotas Unfair?” En *A Matter of Principle*, 293-303. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press.

Ferrante, Marcelo. 2011. “Introducción” En *Introducción al Derecho Penal Argentino*, 13-26. Buenos Aires: Ad Hoc.

Fineman, Martha L. A. 1995. "Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric". *Virginia Law Review*. 81 (8): 2181-2215.

Fineman, Martha. 2012. “Dependencia y deuda social: más allá de los mitos fundacionales”. En *Justicia, género y trabajo*, compilado por Natalia Gherardi, 41-61. Buenos Aires: Librería.

Fiss, Owen M. 1997. "Affirmative Action as a Strategy of Justice". *Faculty Scholarship Series*. Paper 1322. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1322, último acceso 3 de mayo de 2015.

Gimlin, Debra. 2007. "What Is 'Body Work'? A Review of the Literature". *Sociology Compass*. 1 (1): 353-370. Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1751-9020.2007.00015.x/pdf>, último acceso 17 de mayo de 2015.

Goethals, J, E Maes, and P Klinckhamers. 1997. "Sex/Gender-Based Decision-Making in the Criminal Justice System as a Possible (Additional) Explanation for the Underrepresentation of Women in Official Criminal Statistics -- A Review of International Literature". *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. 21 (2): 207-240.

Harris, Anthony R. 1977. "Sex and Theories of Deviance: Toward a Functional Theory of Deviant Type-Scripts". *American Sociological Review*. 42 (1): 3-16.

Heilman, Madeline E. 1997. "Sex Discrimination and the Affirmative Action Remedy: The Role of Sex Stereotypes". *Journal of Business Ethics*. 16 (9): 877-889.

Kessler, Laura T. 2008. "The Politics of Care". *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society*. 23 (2): 172.

Kruttschnitt, C. 1982. "Women, Crime, and Dependency - An Application of the Theory of Law". *Criminology*. 19 (4): 495-513.

Martínez, Stella Maris. 2010. "Estándares internacionales para el tratamiento de la violencia contra mujeres encarceladas". En *Discriminación y Género: Las formas de la violencia*, editado por el Ministerio Público de la Defensa, 259-272. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/discriminacion-y-genero-las-formas-de-la-violencia-832>, último acceso 27 de junio de 2015.

Nussbaum, Martha Craven. 2000. "Love, Care and Dignity". En *Women and human development: the capabilities approach*, 241-297. Cambridge: Cambridge University Press.

Petersilia, Joan. 1986. "Exploring the Option of House Arrest". *Federal Probation*. 50 (2): 50-55.

Ragin, Charles. 2008. "Los fines de la investigación social". En *La construcción de la investigación social*, 71-102. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Rittich, Kerry. 2012. "Feminización y contingencia: la regulación de las oportunidades laborales de las mujeres". En *Justicia, género y trabajo*, compilado por Natalia Gherardi, 19-39. Buenos Aires: Librería.

Roberts, Dorothy E. 1992. "Racism and Patriarchy in the Meaning of Motherhood". *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. 1 (1): 1-38. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol1/iss1/3/>, último acceso 25 de julio de 2015.

Sandel, Michael J. 2009. "Arguing Affirmative Action". En *Justice: What's the Right Thing To Do?* 167-183. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Sansone, Virginia. 2010. "Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Vol. 5.

Schauer, Frederick F. 1991. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, England: Clarendon Press.

Schauer, Frederick F. 2003. "Painting with a Broad Brush". En *Profiles, probabilities, and stereotypes*, 9-25. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press.

Silbaugh, Katharine. 2012. "Convirtiendo el trabajo en amor: el trabajo doméstico y el derecho" En *Justicia, género y trabajo*, compilado por Natalia Gherardi, 123-174. Buenos Aires: Librería.

Simpson, Sally S. 1989. "Feminist Theory, Crime, And Justice". *Criminology*. 27 (4): 605-632.

Singh Bhati, Avinash, and Alex R. Piquero. 2007. "Estimating the Impact of Incarceration on Subsequent Offending Trajectories: Deterrent, Criminogenic, or Null Effect?" *Journal of Criminal Law and Criminology*. 98 (1): 207 – 254.

Stearns, Cindy A. 2009. "The Work of Breastfeeding". *Women's Studies Quarterly*, 37 (3/4): 63–80.

Woodruff, Paul. 1976. "What's Wrong with Discrimination?" *Analysis*. 36 (3): 158-160.

C) Documentos de divulgación

Office on Women's Health, U.S. Department of Health and Human Services, "You're pregnant: Now what?" Disponible en: <http://womenshealth.gov/pregnancy/you-are-pregnant/index.html>, último acceso 16 de mayo de 2015.

Procuración Penitenciaria de la Nación. "Información sobre la nueva regulación del arresto domiciliario". Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/?q=info-arresto-domiciliario>, último acceso 24 de noviembre de 2014.

Stanford Encyclopedia of Philosophy. “Affirmative Action”. Disponible en:
<http://plato.stanford.edu/entries/affirmative-action/#Bib>, último acceso 3 de mayo de 2015.

D) Jurisprudencia

D1) Nacional

Abregú, Adriana Teresa s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 6667, 29/08/2006.

Aguilera, Maximiliano s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 14026, 01/08/2011.

Bagnato, Adolfo Humberto s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa N° 11331, 15/12/2009.

Espíndola, Alejandra Karina s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa N° 7280, 27/11/2006.

Gómez Orieta, Fernando Darío s/ rec. de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa N° CCC 34433/2013/TOC1/CFC1, 16/10/2014.

Martínez Escobar, Gustavo Raúl s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 16036, 16/10/2012.

Verbitsky, H s/ hábeas corpus. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005. Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/?q=node/260>, último acceso 19 de febrero de 2015.

D2) Extranjera

Sentencia C371 – 2000, Corte Constitucional Colombiana, 29/03/2000. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-371-00.htm>, último acceso 3 de mayo de 2015.

Sentencia C184 – 2003, Corte Constitucional de Colombia, 04/03/2003. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-184-03.htm>, último acceso 12 de abril de 2015.

E) Informes

Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. 2010. “Censo del Bicentenario. Resultados definitivos. Serie B N° 2”. Disponible en: http://www.censo2010.indec.gov.ar/index_cuadros_2.asp, último acceso 7 de junio de 2015.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 2013. “Consulta de opinión sobre las políticas de cuidado de personas dependientes en América Latina: Niñas y niños, personas ancianas, personas con discapacidad y personas con enfermedad crónicas. Diagnóstico, políticas a implementar y perspectivas según líderes de la región”. Disponible en:

http://www.cepal.org/oig/noticias/noticias/1/47401/OIG_Cosulta_de_opinion_final.pdf, último acceso 14 de junio de 2015.

Cornell Law School. 2013. “Women in prison in Argentina: causes, conditions, and consequences”.

Disponible en: http://www.law.uchicago.edu/files/files/Argentina_report_final_web.pdf, último acceso 28 de junio de 2015.

Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2013. “Informe Anual SNEEP 2013”. Disponible en:

<http://www.jus.gob.ar/media/2736750/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202013.pdf>, último acceso 2 de noviembre de 2014.

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA). 2011. “Detrás del número. Un estudio sobre las trayectorias políticas de mujeres y varones en las legislaturas argentinas”.

Disponible en: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=59&opc=29>, último acceso 10 de mayo de 2015.

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2014. “La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual 2013”. Disponible en:

<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202013.pdf>, último acceso 25 de mayo de 2015.

F) Documento multimedia

Procuración Penitenciaria de la Nación. *Spot de sobrepoblación carcelaria en Argentina*, 26/02/2015. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=FXnapumk-Ik&t=10>, último acceso 25 de mayo de 2015.