

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA

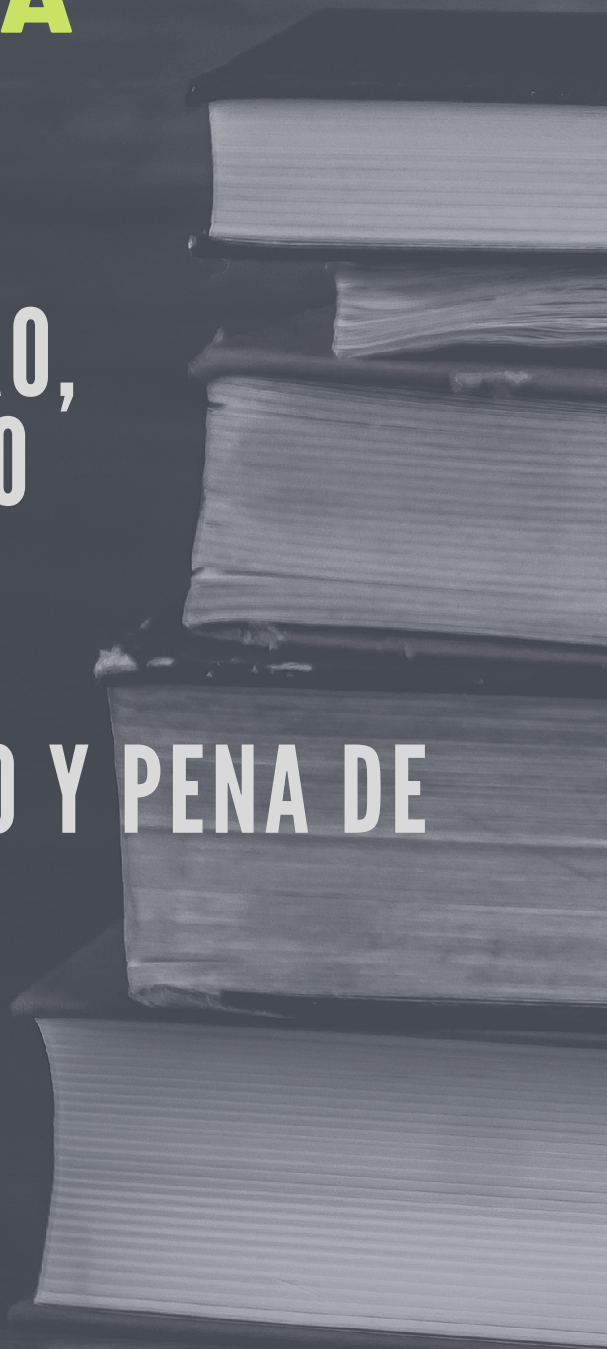
PERSPECTIVA DE GÉNERO,
RETRIBUCIÓN Y CASTIGO
PROPORCIONAL

IMPACTO DIFERENCIADO Y PENA DE
PRISIÓN

Gala Poma

Nicolás Escandar

VOCES: GÉNERO. PRISIÓN. PENA. DETERMINACIÓN DE LA PENA.
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ESTUPEFACIENTES. TRÁFICO DE
ESTUPEFACIENTES.



PERSPECTIVA DE GÉNERO, RETRIBUCIÓN Y CASTIGO PROPORCIONAL

IMPACTO DIFERENCIADO Y PENA DE PRISIÓN

Gala Poma¹

Nicolás Escandar²

RESUMEN

A partir del análisis de un fallo de la Cámara Federal de Casación Penal reflexionaremos sobre los conceptos de impacto diferenciado de las violaciones a los derechos humanos; tiempo lineal y existencial; proporcionalidad y retribución. Consideramos que un análisis de estos conceptos, desde una perspectiva de género, en el terreno de la mensuración de la pena puede servirnos para exigir un castigo estatal diferente en determinados supuestos que se presentan, especialmente, en el ámbito de la punición de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes en el que intervienen mujeres que son madres. No se trata de un problema de autodeterminación reducida –carril por el que transita una posible respuesta– sino de un problema de proporcionalidad, ya que la pena, en la mayoría de estos casos, hierde con más fuerza la existencia de la persona y por ello debe ser diferente tanto cuantitativa como cualitativamente.

1. EL FALLO DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN

La defensa técnica de Berlín Betzabé Bastidas Bravo solicitó su expulsión anticipada, en tanto se trata de una mujer migrante madre de dos niñas. La decisión que se propuso fue planteada como una medida alternativa a la pena de prisión adoptada con enfoque de género en línea con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país³.

Asimismo, la defensa oficial agregó un informe del Instituto CEPAM (Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer), de fecha 19 de julio de 2017, del cual surge que

...las niñas A y B están en tratamiento psicológico, observándose que las niñas atraviesan complicaciones a nivel psíquico y altos niveles de malestar ligados a la ausencia de la madre,

¹ Especialista en derecho penal por la Universidad Católica de Salta. Jefa de despacho de la DPO ante el TOF 2 de Salta.

² Especialista en derecho penal por la Universidad Nacional del Litoral. Coordinador de la carrera de especialización en derecho penal de la Universidad Católica de Salta. Prosecretario letrado de la DPO ante los jueces federales de 1° y 2° instancia de Salta.

³ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres (Reglas de Bangkok). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer (Convención Belém Do Pará).

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

quien formaba parte de su estructura y dinámica familiar diaria ya que vivía con ellas. La separación podría afectar la relación de apego entre ellas, cabe acentuar que la calidad y tipo de vínculo filiar que se logra desarrollar entre madre e hija/os durante los primeros años de vida tiene impactos significativos en el desarrollo futuro del niño/a. La separación prolongada entre hijas y madre tiene efectos negativos en la estructuración psíquica de éstos y afecta su desarrollo psicosocial.

Por su parte, la Procuración Penitenciaria de la Nación se presentó como “amicus curiae” y se la incorporó en el carácter invocado.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta resolvió no hacer lugar al pedido de expulsión anticipada y atenerse al plazo requerido por el artículo 64 de la ley N° 25.871. A tal fin se sostuvo que

...si se encuentran en pugna los intereses punitivos de nuestro país, éste es el que debe primar por sobre las obligaciones que pesan también sobre otros Estados, en éste caso Ecuador, bajo cuya jurisdicción se encuentran los hijos menores de la penada.

Asimismo, con remisión a lo expresado en un voto de la jueza Catucci –mencionado en el dictamen del fiscal–, la jueza de ejecución expresó que

[n]o se trata de entender desprotegido el interés de los hijos de la condenada sino señalar que ese interés es extraño al instituto en cuestión y no puede con el pretexto de su alusión desatender el cumplimiento de una ley que por el momento le impide acceder al beneficio que pretende. Por lo demás, precisamente nadie mejor que la madre hubo de proteger ese interés superior de sus hijos, a quienes dejó en un país para ir a delinquir a otro⁴.

Contra esa decisión, el defensor público oficial interpuso un recurso de casación, oportunidad en la que planteó la falta de aplicación de un enfoque de género (Reglas de Bangkok), sobre todo, las reglas 57 y 58, referentes a las medidas opcionales y alternativas de la prisión preventiva y la condena, como así también la no separación de las mujeres que cometen delitos con sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares.

En la instancia recursiva nuevamente se presentó la Procuración Penitenciaria de la Nación para ser tenido como “amicus curiae”, lo cual tuvo acogida favorable.

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió, por mayoría (jueces Hornos y jueza Figueroa), hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, anular la decisión recurrida y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

El juez Hornos sostuvo en su voto la necesidad de adoptar una perspectiva de género que se despoje de los componentes patriarcales y machistas que, en general, discrimina a las mujeres. En este sentido,

...el análisis del fallo recurrido debe formularse desde una **perspectiva igualitaria de género**, teniendo en cuenta esta condición de vulnerabilidad que se ve multiplicada en casos como el de autos. Y, es en este contexto donde corresponde dar un sentido amplio a los alcances de los derechos de la mujer privada de su libertad, atendiendo especialmente a los **roles de género**, en particular aquellos vinculados a las tareas reproductivas y de cuidado, a la violencia estructural y a las prácticas discriminatorias contra la mujer profundizadas en casos de poblaciones

⁴ CFCP, sala III, “De Santana Coronel”, causa N°14.462, registro N° 1623/11, 31/11/2011.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

vulnerabilizadas; como son las mujeres reclusas, las mujeres migrantes, las mujeres jóvenes, también –como he sostenido en algún caso mujeres que fueron víctimas de violencia de género.

Luego, citó los instrumentos internacionales que protegen con especial intensidad a las mujeres en razón de su vulnerabilidad y expresó que, como consecuencia de estos derechos, el sistema judicial debe custodiar con intensidad los derechos de este colectivo, sobre todo cuando están en peligro frente al avance del poder punitivo estatal.

También dijo claramente, que las acciones estatales impactan en forma diferente en varones y mujeres y que esto debe ser tenido en cuenta al momento de diseñar, ejecutar y controlar las políticas públicas. Así, expresó:

Resulta entonces imperioso abordar la problemática del presente caso a partir de los principios antes señalados porque poseen especificidades y autonomía normativa en la protección de sus derechos en el sistema universal y regional de Derechos Humanos y porque, a su vez, son pasibles de **relaciones de dominación cultural que reproducen las instituciones del Estado**.

Y entre éstas, la relación de dominación varón mujer, requiere de una mirada y una visión con perspectiva igualitaria de género que permita analizar el **impacto diferencial de las acciones del Estado sobre varones y mujeres para que éstas no profundicen esa relación de dominación y contribuyan a desandarla**.

Se refirió, luego, a las pautas fijadas por el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias en la recomendación VI/2016 referida a cuestiones de género en contextos de encierro. Reiteró la necesidad de ponderar el impacto diferenciado que tiene la pena privativa de libertad en las mujeres y la necesidad de adoptar medidas que tengan en cuenta esta desigual respuesta estatal:

Con este norte, el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias emitió la Recomendación VI/2016 referida especialmente a cuestiones de Género en contextos de encierro y a los Derechos de las mujeres privadas de la libertad. Allí –entre otras cuestiones de similar relevancia–, se hace especial referencia al **impacto diferenciado del encierro carcelario por razones de género** que alcanza a diversos aspectos de la vida en prisión, tales como la distancia de los penales de los lugares de origen de las detenidas y en los hijos/as que muchas veces quedan al cuidado de terceras personas y el contacto con el grupo familiar.

Posteriormente, se refirió a las desigualdades estructurales que sufren las mujeres y que las obligan a llevar adelante, casi en solitario, la tarea de cuidado y manutención del hogar familiar. También se pronunció sobre la necesidad de utilizar alternativas a la pena de prisión, sobre todo porque las mujeres detenidas, en su mayoría, han cometido delitos sin violencia. Asimismo, opinó que la privación de libertad tiene un fuerte impacto desocializador en el caso de las mujeres detenidas.

También debe tenerse presente que **son las mujeres quienes casi exclusivamente se ocupan de la tarea del cuidado de sus familias** y en muchos casos del sostén material de las mismas. En este sentido, la separación de sus familias, implica que la detención impacta directa y gravemente en la vida cotidiana de las mujeres detenidas y de sus familias.

En esa dirección, los Miembros del Sistema también destacaron que el universo de mujeres encarceladas por delitos no violentos representa casi la totalidad del encarcelamiento femenino. Y que la mayoría de ellas están involucradas en el delito de infracción a la ley que reprime el tráfico de estupefacientes y un porcentaje sustancial son mujeres extranjeras. En el caso de la mayoría de las mujeres detenidas, su condena a pena de prisión de efectivo cumplimiento no

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

promueve el fin resocializador de la pena porque tiene un fuerte impacto negativo en términos de derechos sociales, económicos y civiles de difícil reversión, lo que indica la conveniencia de **privilegiar el uso de otros tipos de sanciones alternativos a la privación de la libertad** (énfasis agregado).

Hizo hincapié en el *plus* de lesión que implica la pena privativa de la libertad en el caso de las mujeres madres ya que no solo las priva de su libertad, sino que, además, las separa de sus hijos.

...en algunos casos particulares por el **plus punitivo que representa la prisión para las mujeres**, la condena o prisión preventiva se vuelve desproporcionada. Entre las privaciones de la cárcel que pueden afectar hasta la salud mental de las mujeres detenidas debe reconocerse el impacto diferencial que tiene sobre ellas, conforme a los roles de género históricamente asignados, la separación de sus hijos/as y sus familias.

Es que **cuando una mujer es encarcelada, los vínculos familiares resultan fragilizados e incluso pueden ser definitivamente rotos. Distinta situación presentan los hombres, quienes a pesar de todas las dificultades poseen una mayor facilidad para su propia manutención y cuentan con el apoyo de figuras femeninas** (madres y compañeras) que aseguran el contacto con las y los hijos.

Reseñó, asimismo, la afectación del interés superior de los hijos de la Sra. Bastidas y a los problemas y traumas que les ocasionó la privación de libertad de su madre a miles de kilómetros de distancia. Censuró el análisis sesgado que el tribunal de ejecución había realizado sobre este tema y la falta de tratamiento de los diversos informes que había presentado la defensa pública y que daban cuenta del impacto que había tenido en los niños la privación de libertad de su progenitora.

Por último, desaprobó firmemente las expresiones del magistrado de ejecución que había hecho consideraciones morales peyorativas sobre el rol de madre de la Sra. Bastidas que se relacionaban con el delito cometido. Dejó claro que estas equivocadas apreciaciones eran producto de una cultura patriarcal y machista que no podía tolerarse. En este sentido, explicó que:

La ley 26.485 incluye entre los tipos de violencia contra la mujer a la violencia psicológica [...] Y la **violencia simbólica**, aquella que *“a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmite y reproduce dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.*

En la decisión recurrida también se afirma con cita de un fallo de esta Cámara: *“...precisamente nadie mejor que la madre hubo de proteger ese interés superior de sus hijos, a quienes dejó en un país para ir a delinquir a otro”* [...].

Toda vez que en el ordenamiento jurídico actual **no resultan viables las consideraciones sobre el modo en que las mujeres deben ejercer la maternidad cuando no se afecten los derechos de sus hijas/os, es preciso descartar ese tipo de afirmaciones, basadas en frases estigmatizantes y conceptos estereotipados que reproducen una cultura patriarcal.**

En efecto, esgrimir juicios de valor sobre el vínculo materno-filial sólo a partir de la detención de la madre y respecto del cual no se tiene conocimiento alguno, implica la **reproducción de estereotipos arbitrarios y concepciones basadas en teorías que no tienen asidero alguno desde una mirada igualitaria y evolutiva de género en la actualidad.**

Por su parte, la jueza Figueroa adhirió al voto del juez Hornos y agregó que

...la decisión recurrida no se ajusta a los estándares nacionales e internacionales referidos ya que el *a quo* no ha analizado los elementos de convicción mínimos necesarios para el adecuado tratamiento de la cuestión sometida a su arbitrio, al no haberse adoptado en las presentes ac-

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

tuaciones medida alguna tendiente a acreditar la situación de las niñas, sino que la cuestión planteada se resolvió a partir de conjeturas dogmáticas carentes del debido respaldo probatorio.

Finalmente, el 30 de octubre de 2018 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta, bajo los lineamientos reseñados por la Sala I de la CFCP, resolvió ordenar la expulsión anticipada de Berlín Bastidas Bravo.

2. PENA ESTATAL E IMPACTO DIFERENCIADO

En la jurisprudencia de la Corte IDH se ha reconocido la necesidad de brindarles a las mujeres una protección especial frente a determinadas violaciones de los derechos humanos de las que son víctimas.

Se advirtió que ciertos ataques estatales o paraestatales a los derechos fundamentales impactan de manera diferente en ellas debido a su especial condición de vulnerabilidad y a la falta de igualdad material en nuestras sociedades⁵.

En este sentido, si bien la Corte IDH no sea expedido sobre la determinación de la pena en casos de mujeres, a través de su doctrina en materia de igualdad y discriminación ha establecido que una normativa aparentemente neutral puede tener un impacto dispar sobre grupos o individuos específicos, y especialmente con relación a las mujeres ha determinado que el estado tiene un deber un deber reforzado de protección respecto de las mujeres.

El sistema interamericano ha exigido que los Estados sean especialmente diligentes en la protección de los derechos humanos de las mujeres y que adopten medidas diferenciadas –con perspectiva de género– al momento de reparar las violaciones sufridas⁶.

A diferencia de la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronunció sobre la determinación de la pena en casos de mujeres, órgano que resolvió que la legislación rusa

⁵ Esto surge con claridad en los siguientes casos de la Corte IDH: *del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; *González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; *I.V. v. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329; *Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 224; *Rosendo Cantú y otra v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

⁶ “Finalmente, respecto a los hechos de violencia sexual, tal como se ha dispuesto en otras oportunidades relacionadas con este tipo de casos, tanto la investigación como el proceso penal consiguiente *deberán incluir una perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas respecto de la violencia sexual, de conformidad con la legislación interna, y en su caso, la participación adecuada durante la investigación y el juzgamiento en todas las etapas. Asimismo, la investigación debe realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género*. Además, deberá asegurarse que las personas encargadas de la investigación y del proceso penal, así como, de ser el caso, otras personas involucradas, como testigos, peritos, o familiares de la víctima, cuenten con las debidas garantías de seguridad”. Corte IDH, *Caso Favela Nova Brasilia v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 febrero de 2017. Serie C No. 333. Párrafo 293. Énfasis agregado.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

que establecía una distinción de género para la imposición de una pena de prisión perpetua no era discriminatoria⁷.

El TEDH consideró razonable que una ley prevea sanciones más leves para las mujeres en tanto la posibilidad de su reincidencia es menor. A su vez, sostuvo que en una sociedad en la que las mujeres son educadas en la creencia de que la felicidad se alcanza con la maternidad, el encarcelamiento resulta más severo.

Se advierte que, en el contexto europeo, el tema fue resuelto concediendo un margen de discrecionalidad a los estados, lo que en el caso lo que en el caso *Khamtokhu and Askenchik v. Rusia* condujo a una pena especial para las mujeres, diferenciada por su menor cuantía para los varones. En cambio, en el sistema interamericano de derechos humanos, la evolución de la discusión sobre los derechos de las mujeres sugiere una protección más robusta de las diferencias, que no necesariamente descanse en un estándar de relativa neutralidad, sino que prevea ajustes razonables específicos para evitar resultados perjudiciales. Ahora bien, si trasladamos estos estándares al proceso penal es posible exigir una respuesta diferenciada cuando se impone una pena privativa de libertad a una mujer que es madre⁸.

Se nos podrá replicar que la pena estatal no es una violación a los derechos humanos cuando se aplica luego de un proceso regular. No obstante, esta objeción no debilita nuestro argumento.

La pena estatal, incluso aquella que se aplica respetando el debido proceso, es una lesión de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁹. Se trata, de hecho, del ataque más intenso que el Estado puede llevar a cabo en contra de sus habitantes y, por ello, los estándares que la Corte IDH ha fijado para la prevención y reparación de las lesiones ilícitas de los derechos humanos también pueden aplicarse frente a lesiones lícitas de los derechos fundamentales¹⁰.

La pena estatal, conforme lo ha expresado claramente la Cámara Federal de Casación en el fallo analizado, hierde con especial intensidad a las mujeres que son madres. Las mujeres son un colectivo especialmente vulnerable y esto obliga al Estado a tener una perspectiva diferenciada al momento de imponerles una pena privativa de libertad. Para decirlo de otra manera, la pena no impacta de igual forma en los hombres que en las mujeres madres, por lo tanto, no se las puede castigar con la misma intensidad ya que esto llevaría a que la pena, en el caso de las mujeres madres –en ocasiones, migrantes– que son separadas de sus hijos, sea desproporcionada y se convierta en un castigo cruel, inhumano y degradante.

⁷ Cf. TEDH, *Case of Khamtokhu and Askenchik v. Rusia*, Sentencia de 24 de enero de 2017

⁸ Una perspectiva diferenciada en materia de valoración probatoria puede consultarse en Di Corleto (2015).

⁹ “Esta posibilidad de cuantificar el placer o el dolor estimando un más o un menos también es un elemento de la pena, dado que para fijar su debida relación con el delito es necesario compararlos. Pero esta comparación no puede ser solo cualitativa (en cuanto a su propiedad general de ser lesiones). Para que el acto de la pena sea un acto con medida debe ser proporcional al acto del delito” (Messutti 2008, 41).

¹⁰ “Sin embargo, podemos realizar una formulación un poco más precisa, dado que la PC tiene que cumplir esa finalidad general utilizando medios violentos, lo que por lo menos es llamativo. También hemos insistido en que *la violencia estatal es parte de la violencia social y que perfectamente podemos analizar al conjunto de la violencia–estatal más social– como un todo relativamente mensurable*. Si ahora ponemos en relación ambas nociones, podemos señalar que la finalidad general de la PC es reducir la violencia. No ha desaparecido, sino que, por el contrario, se muestra con evidencia la principal paradoja de la PC: ella debe reducir la violencia social mediante la inyección de violencia estatal” (Binder 2011, 278), énfasis agregado.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Los operadores judiciales deben tener en cuenta estas especiales características y adoptar respuestas diferentes, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, cuando se trata de reaccionar ante un delito cometido por una mujer que, a su vez, es madre.

Esto es exigible para respetar la perspectiva de género que la Corte IDH ha fijado como presupuesto para toda aplicación de una medida estatal que afecte a los derechos de las mujeres –como ya hemos explicado, poco importa que se trate de una injerencia legal– y, además, para respetar el principio de proporcionalidad de la pena, garantía reconocida por la doctrina y jurisprudencia.

3. RETRIBUCIÓN Y PROPORCIONALIDAD: EL TIEMPO COMO PENA

La mayoría de los autores, más allá de la finalidad que le otorguen a la pena, reconocen que esta debe ser proporcional¹¹ al injusto que le sirve de causa. En este sentido se pronunció Enrique Bacigalupo al decir que

...la proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido encuentra protección constitucional en el art. 15 de la Constitución. La prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente un principio de proporcionalidad: *Sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir no degradante* (1999, 145).

El principio de proporcionalidad se materializa en dos momentos distintos. El primero de ellos ocurre cuando el legislador decide criminalizar una conducta. En este supuesto, la respuesta punitiva, en abstracto, debe ser proporcional al grado de injusto del supuesto de hecho y a la importancia del bien jurídico. Pero el principio no agota allí su capacidad de rendimiento, también debe tenerse en cuenta al momento de imponer una pena en concreto, la que deberá ser proporcional –dentro de la escala– al grado de injusto de la acción concreta desplegada.

La CSJN ha recogido el principio de proporcionalidad en el considerando 19 del precedente “Gramajo”¹²:

Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito –impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela–, no puede ser cruel, *en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.*

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos *debe guardar proporcionalidad* con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

¹¹ “Por razones históricas y políticas, propias de la idea del Estado de derecho, el uso de instrumentos se encuentra altamente reglamentado, sometido a límites externos e internos, propios de sus principios rectores. La idea de “castigo” es un límite externo a la PC. Ella no puede aplicar violencia sobre los individuos, salvo cuando se den las condiciones de una aplicación directa o como castigo. Es un límite porque sólo mediante esa forma de castigo puede lograr sus objetivos y finalidades (...) En consecuencia, si se quiere aplicar sus instrumentos, salvo las escasas situaciones de violencia directa –que ya veremos– sólo lo puede hacer aplicándola sobre personas –no sobre grupos– que hayan cometido acciones, en el marco de un hecho tipificado legalmente (autorizado por el parlamento de una manera precisa), respecto del cual se puede afirmar que es responsable (culpable) y para el cual de un modo específico, se haya previsto una pena precisa y proporcional. Todo el sistema de garantías rodea a la idea de castigo. De allí que sea un límite externo a la PC. La idea de castigo es una limitación, no una finalidad de ella” (Binder 2011, 283).

¹² CSJN, “Gramajo Marcelo Eduardo”, Fallos 329:3680, 5/9/2006.

En la búsqueda de respuestas punitivas proporcionales, los autores analizaron, sobre todo, la gravedad del injusto cometido y la capacidad de autodeterminación de las personas –la posibilidad de motivarse en la norma– para graduar la intensidad de la pena. En el caso de las mujeres, por ejemplo, se ha intentado una disminución de la respuesta punitiva en los casos de aquellas que matan a sus parejas en un contexto de violencia de género, pero su accionar no puede encuadrarse dentro de los límites clásicos de la legítima defensa, sobre todo en lo referido a la actualidad de la agresión¹³.

En este trabajo intentamos explorar otro camino. Queremos plantear que la pena estatal, en determinados casos, *hiere más intensamente a las mujeres que a los hombres* y, por ello, aquellas deben ser castigadas con menor intensidad, tanto desde un punto de vista cuantitativo –referido al tiempo de la pena– como cualitativo –referido a la modalidad de cumplimiento de la pena–. Dicho de otra manera, si la pena en estos casos causa más dolor a las mujeres madres que a los hombres, esto debe reflejarse en la duración y forma en que se cumple la privación de libertad, ya que es muy posible que un castigo que es proporcional para los varones sea cruel, inhumano y degradante para una mujer que es madre.

Las mujeres madres sufren con mayor intensidad la privación de libertad cuando son separadas por largos períodos de sus hijos. En estos casos, la pena de prisión las lesiona más gravemente que a los hombres en iguales circunstancias. Ha sido Ana Messuti quien ha llamado la atención sobre la imposibilidad de que el tiempo sea una medida objetiva para mensurar la pena. Ella distingue el tiempo lineal del tiempo existencial y, como explica Zaffaroni “la pena se calcula en tiempo lineal, pero se cumple en tiempo existencial” (2005, 772). Dice textualmente Messuti:

El tema de la relación entre el tiempo y la pena, de la utilización del tiempo como pena, es decir, del tiempo como algo más que la medida de la pena, nos remite necesariamente a la relación entre el tiempo y el derecho. La pena es uno de los casos en que el derecho subordina el tiempo a los fines que desea. [...].

El derecho tiene un tiempo abstracto, precisamente porque busca superar lo inmediato, lo contingente de la experiencia ingenua del tiempo.

[...]

El tiempo objetivo –dice G. Husserl– no transcurre más velozmente o más lentamente según sea un niño, un anciano, un paciente en el dentista, un orador en una reunión pública o un soldado en el campo de batalla el afectado por el transcurso temporal. Ahora bien, cabe decir exactamente lo contrario si ese transcurso se experimenta en el interior de la conciencia. Por ello, hay que añadir [...] al tiempo objetivo del derecho el tiempo subjetivo, el tiempo de la conciencia (2008, 50).

De acuerdo con lo expuesto, la pena impacta de manera diferente en los diversos planes de vida (tiempo existencial) de las personas, por lo tanto, al castigar, los operadores no solo deben tener en cuenta las posibilidades de autodeterminación que tuvo la persona al momento de cometer el hecho, sino que también corresponde mensurar el daño que la pena hará al proyecto de vida existencial del condenado. Una pena que, en principio, parece proporcionada, puede convertirse en cruel, inhumana y degradante por el daño que provoca a la existencia de quien la padece.

En este sentido, cinco años de prisión no son iguales para una persona joven que para alguien anciano o tampoco es lo mismo penar a una persona sin hijos que privar de la libertad a alguien que

¹³ Sobre este tema puede verse Di Corleto (2006).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

tiene niños pequeños a su cargo. En los últimos ejemplos, la pena hiera con más fuerza y, por lo tanto, debe ser atenuada en cuanto a su duración e intensidad. Messuti expresa al respecto:

La pena, cuando se aplica al sujeto, se “temporaliza” en el tiempo de vida del sujeto. Es decir, su transcurso seguirá el fluir del tiempo natural en el que transcurre la vida biológica del sujeto: seguirá su gradual envejecimiento, e incluso podrá ser interrumpida por su muerte. En este caso el tiempo objetivo impedirá cumplir el término que el derecho le ha fijado.

Pero también el tiempo de la pena es experimentado en la conciencia del sujeto que la vive. También la pena tiene su tercera dimensión temporal: la del tiempo subjetivo, el tiempo de la conciencia (2008, 51).

En el caso de las mujeres madres de niños pequeños está claro que el daño que la pena de prisión hace al proyecto existencial es enorme. Esto se intensifica cuando se le suma a la condición de mujer la de migrante, con la consecuencia de que en muchos supuestos los niños son separados de sus madres no sólo por la distancia, sino también por los muros de las prisiones. A todo esto se añade que, en ocasiones, los niños estaban bajo la exclusiva tutela de las mujeres que son encarceladas. La especial situación de vulnerabilidad de las mujeres migrantes fue resaltada por el fallo en análisis. Dice el juez Hornos en su voto:

En virtud de las características y condiciones en las que se presenta este caso, entiendo que la decisión traída a estudio debe ser analizada y valorada desde una mirada que se compromete con una persona que se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad respecto de las demás, debido a su condición de mujer detenida y extranjera.

En muchas ocasiones, sobre todo cuando se trata del transporte de estupefacientes, las mujeres son empujadas a delinquir por la necesidad de satisfacer las necesidades básicas de sus hijos, quienes a veces, como ya expresamos, se encuentran a su exclusivo cargo. Al ser detenidas en países lejanos, los niños quedan desamparados y al cuidado de familiares. Las mujeres asumen enormes riesgos – muchas veces ponen en peligro su vida al ingerir cápsulas con cocaína– para mejorar el bienestar de sus hijos y esto las termina separando por largos años de aquellos a quienes pretendían proteger. Pocas veces puede observarse con mayor nitidez el carácter destructor del proyecto de vida de la persona de la pena privativa de la libertad.

Además de la libertad ambulatoria, las mujeres madres, al ser encarceladas, pierden todo contacto (físico y verbal) y posibilidad de ayudar a los niños que antes estaban bajo su tutela, esto implica un sufrimiento de enorme magnitud que debe ser tenido en cuenta al momento de mensurar el castigo para que no sea desproporcionado.

La llamada “guerra contra las drogas” ha provocado un aumento considerable en el número de mujeres detenidas, muchas veces condenadas a penas de larga duración. Esto es un fenómeno global que merece la atención de la doctrina y de los operadores para lograr la aplicación de soluciones diferenciadas que permitan una mayor proporción entre las faltas cometidas y las penas impuestas. Dice Haneefh A. Jackson:

Nuestras prisiones están llenas de mujeres pobres, sin educación y vulnerables, A menudo de ascendencia afroamericana o hispana, cuyos crímenes consiste en poco más que amar a los hombres equivocados, sucumbiendo al miedo, al abuso y la coerción de la dominación, o ser deliberadamente ciegas ante las actividades realizadas por sus compañeros (2003, 518).

Mientras que muchas mujeres eligen a sabiendas involucrarse íntimamente con dealers masculinos, y tal vez esa decisión justifica una sanción penal mínima, esto (incluso cuando no se ve

afectado por el abuso, la coerción y la coacción, tanto económicos como y físico) no debe acarrear un castigo penal comparable al castigo impuesto al traficante masculino. Tan desproporcionado castigo –que es el producto de la naturaleza radical de los enjuiciamientos por conspiración en la ley referida a narcóticos, combinados con los inflexibles mandatos de sentencia mínima obligatoria– es diametralmente opuesto a cualquier teoría retributiva del castigo penal, ya que tiene el efecto de quitarle a la mujer no conspiradora más de lo que realmente le debe a la sociedad (546).

4. LA NECESIDAD DE RESPUESTAS DIFERENCIADAS

Creemos que existen diferentes supuestos –no se trata de una enumeración taxativa– en los que es posible exigir una respuesta diferenciada. Nos referiremos a la prisión preventiva, a la duración de la pena privativa de la libertad y a su modalidad de cumplimiento.

En las primeras etapas de la investigación, la prisión preventiva debe ser una medida excepcionalísima, sobre todo cuando ella implica la separación de las mujeres de sus hijos. La hipérbole pretende remarcar que en estos casos el encarcelamiento preventivo debe ser todavía más excepcional que en otros casos donde la privación de libertad, como sabemos, colisiona con la presunción de inocencia.

En el caso que se pretenda encarcelar preventivamente a una mujer madre, el acusador estatal debe probar, además de la existencia de un mérito sustantivo calificado, la existencia de un peligro procesal que no pueda ser evitado por otros medios menos lesivos para los derechos de la acusada.

Asimismo, debe probarse que no es posible sustituir la medida de coerción personal por otra de menor intensidad. En este punto, creemos que debe primar el principio de inequivalencia que impide tratar de igual manera a los inocentes que a los culpables, por lo tanto, al momento de sustituir la prisión preventiva por una detención domiciliaria, no pueden exigirse los mismos requisitos que se requieren a una mujer condenada por sentencia firme. Los únicos argumentos que deben analizarse son aquellos relacionados con la existencia de peligro procesal, que en la mayoría de estos casos se conjura por la propia situación familiar de la mujer que tiene hijos a su cargo. En este sentido, expresan Paola Bigliani y Alberto Bovino:

Otra interpretación en términos de equivalencia entre coerción procesal y penal derivada del principio de prohibición de proporcionalidad [...] produce graves consecuencias. En primer lugar, resulta esencial destacar que el principio citado entendido como prohibición de exceso permite que se realice, precisamente, *aquello que el principio de inocencia prohíbe*: que se dé a quien goza del estado jurídico de inocencia el mismo –o incluso peor– trato que a un condenado (2009, 52).

Una interpretación contraria es sostenida por ambas salas de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, cuyos jueces exigen para la morigeración de la prisión preventiva los mismos requisitos que para la morigeración de la pena al aplicar, en contra del principio de inequivalencia, la regulación prevista en la ley de ejecución de la pena para los casos en los que se debate la aplicación de una medida de coerción personal.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

A modo de ejemplo, puede citarse la causa “Rodrigues”¹⁴, de fecha 1 de noviembre de 2018, en la que la Sala 1 del Tribunal expresó:

Que, en primer lugar, corresponde recordar que el otorgamiento del beneficio del arresto domiciliario *no es una obligación imperativa y automática dispuesta por la ley, sino que se trata de una facultad delegada por el legislador al juez*, quien evaluará si resulta razonable, oportuno y conveniente conceder o no tal beneficio. *Tal conclusión se impone a partir de la existencia del operador deóntico “podrá” utilizado por el art. 32 de la ley 24.660 (modificado por ley 26.472).*

Además, las medidas de sujeción y el control de la detención domiciliaria deben tener una menor intensidad en el caso de las mujeres inocentes y se deben permitir amplias salidas –laborales o relacionadas con actividades de los niños– siempre que estas no incrementen el peligro de daño jurídico.

En segundo término, debe buscarse una respuesta diferenciada en el momento de fijar la duración de la pena de prisión. En el caso de mujeres madres que van a ser separadas de sus hijos, debe tenerse en cuenta el sufrimiento adicional que esto implica y buscar alternativas a las penas de larga duración. Así, deben aplicarse penas condicionales –corresponde perforar el mínimo de la pena en abstracto cuando sea necesario– antes que efectivas¹⁵.

En este sentido, debe recordarse que existen instrumentos internacionales que recomiendan las soluciones que ahora propiciamos. Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas, conocidas como Reglas de Bangkok¹⁶, establecen que los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros deberán contemplar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas (Reglas 57 y 58).

También la Declaración de Antigua (Guatemala) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos¹⁷ reconoce un grave impacto en las mujeres de la política pública de lucha contra las drogas e insta a los Estados a que, con enfoque de género, tiendan a reducir el encarcelamiento de las mujeres que delinquen.

¹⁴ Cámara Federal de Salta, Sala I, “Incidente de prisión domiciliaria de Rodrigues, Soledad Patricia”, causa N° 10539/2018/5/CA5, rta. 01/11/2018.

¹⁵ “Es que, con criterios aparentemente objetivos, se diseñaron leyes y procedimientos que se aplican indistintamente a hombres y mujeres. sin embargo, la paridad de los sexos en estas disposiciones no implica la igualdad material de ellos ante el derecho, más aún cuando se trata de un grupo humano que padece profundas desigualdades y que ingresan a un sistema penal plagado de prácticas jurisdiccionales e instituciones patriarcales, sufriendo así una mayor discriminación y marginación.

Resulta imperioso que los operadores judiciales podamos advertir a tiempo los indicadores de situaciones especiales y excepcionales como las ventiladas en el presente...”, voto de la jueza Ledesma, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa N°17342/2014, “Gómez, Gladis Fabiana s/ recurso de casación”, rta. 08/09/2017.

¹⁶ ONU, 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), aprobadas por la Asamblea General. 65° período de sesiones, Resolución 65/229, 16 de marzo de 2011.

¹⁷ OEA, Declaración de Antigua (Guatemala) “Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas”, Asamblea General, 43° período de sesiones ordinarias, AG/DEC. 73 (XLIII-O/13), 6 de junio de 2013.

En los supuestos en los que no se puede aplicar una condena de ejecución condicional y tampoco es viable una detención domiciliaria por tratarse de una mujer extranjera, es posible realizar una expulsión anticipada –como fue solicitado en el caso de Berlín Bastidas– que permita la reunión de la mujer con sus hijos.

En estos casos es posible ordenar la expulsión cuando la mujer haya cumplido la cuarta parte de la pena privativa de la libertad para permitir de esta manera la actuación de la ley penal sustantiva de manera armónica con el principio de proporcionalidad de las penas. Esta solución se propicia para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres madres, sobre todo el derecho a una pena proporcional al injusto que no la lesiona de manera cruel, inhumana y degradante. Sin embargo, no puede dejarse de lado que esta respuesta también garantiza de manera adecuada el interés superior de los hijos de las mujeres detenidas que se ven directamente afectados por la pena que se impone a sus progenitoras.

En tercer lugar, consideramos que la prisión domiciliaria debe ser la regla en el caso de las mujeres madres que son condenadas a penas de prisión. Esto implica que una vez que se verifican los requisitos previstos en la ley, la aplicación de la morigeración debe ser automática.

Asimismo, cuando la mujer tenga hijos mayores de cinco años, el titular de la acción penal debe fundamentar adecuadamente porqué la pena no puede cumplirse en el hogar, ya que, como dijimos, en estos casos la privación de libertad en una cárcel común, además de lesionar el interés superior de los niños –que conforme normativa constitucional solo pierden este status a los 18 años de edad– puede resultar un castigo cruel, inhumano y degradante por quebrar la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del delito y la reacción estatal.

Los operadores judiciales deben ser conscientes de que la pena de prisión hiere con mayor intensidad a las mujeres madres y, en consecuencia, deben aplicarla con extremo cuidado luego de agotar todas las posibilidades de aplicación de una medida alternativa.

Cuando sea necesario la aplicación de una pena efectiva, la medida del castigo debe estar determinada por una perspectiva de género que permita la aplicación de una respuesta diferenciada tanto en la relativo a la duración de la pena, como a su forma de cumplimiento. El cumplimiento de estos estándares es necesario para la aplicación de una pena proporcionada que de otra manera se convertiría en un castigo cruel, inhumano y degradante.

5. CONCLUSIONES

La Corte IDH reconoce en diversos precedentes el impacto diferenciado que tienen las violaciones a los derechos fundamentales cuando se trata de hombres y mujeres. En este sentido, ha dejado claro que la actividad estatal violatoria de los derechos humanos hiere con más intensidad a las mujeres que a los hombres y que deben ensayarse diversas respuestas para lograr una reparación integral en uno y otro caso.

La pena de prisión, aun en los casos en los que se aplica luego de un proceso regular, debe tener en cuenta esta diferenciación. La privación de libertad lesiona con mayor intensidad a las mujeres madres que a los hombres y, por lo tanto, debe ser aplicada con mayor cuidado en el primer caso.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

La necesidad de tener en cuenta el impacto diferenciado de la pena en hombres y mujeres se relaciona con el respeto por el principio de proporcionalidad, que obliga al Estado a imponer una sanción que sea un reflejo adecuado del injusto cometido. En los casos en los que el ataque estatal es desproporcionado por causar una lesión demasiado severa, esta se convierte en una pena prohibida por el ordenamiento jurídico por ser cruel, inhumana y degradante.

El tiempo en el que se cumple la pena no es lineal, es existencial, por lo tanto, cuando se aplica una pena de privación de libertad, el operador debe tener en cuenta el daño que el castigo causa al proyecto de vida de la persona y para ello debe tener en cuenta diferentes circunstancias. Una de las principales circunstancias que debe ponderarse es el género y la maternidad. En estos supuestos, el daño que la pena de prisión causa al proyecto existencial es particularmente intenso, ya que implica, además de la privación de la libertad ambulatoria, la separación de la madre de sus hijos por un largo tiempo. Esto se agrava cuando la madre es migrante y es detenida en lugares alejados de su centro de vida.

Estas especiales características deben ser tenidas en cuenta al momento de mensurar la pena, tanto en su aspecto temporal como espacial. Si el castigo lastima más a las mujeres madres, debe ser más corto y excepcional que en los casos análogos en los que solo intervienen varones.

Las respuestas diferenciadas pueden exigirse en diferentes momentos del proceso. Sin pretender realizar una enumeración exhaustiva, creemos que debe reaccionarse de diferente manera tanto en la aplicación de la prisión preventiva como en el momento de la sentencia definitiva.

En el ámbito de la detención cautelar, esta debe ser todavía más excepcional que en el caso de los presuntos inocentes varones y debe sustituirse por una medida menos gravosa siempre que sea posible.

La prisión preventiva domiciliaria debe otorgarse sin tener en consideración los requisitos previstos para las personas condenadas y con mayores posibilidades de salidas laborales o recreativas.

La pena debe ser dejada en suspenso siempre que sea posible –en determinados casos habrá que perforar el mínimo de la escala– y cuando ello no sea posible deben buscarse alternativas que permitan la soltura anticipada. Una de las opciones posibles es la expulsión anticipada de las mujeres madres y migrantes que han dejado a sus hijos en su país de origen.

La prisión domiciliaria debe ser automática para las mujeres condenadas a penas efectivas que cumplan con los requisitos previstos por la ley de ejecución de la pena privativa de libertad.

En el caso de las mujeres con hijos de más de cinco años, corresponde que el acusador estatal, con argumentos de peso y con un alto estándar probatorio, demuestre que no es posible que la pena se cumpla en forma morigerada.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique. 1999. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bigliani, Paola; Alberto Bovino. 2009. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Binder, Alberto. 2011. *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea.

Di Corleto, Julieta. 2006. "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 5.

Di Corleto, Julieta. 2015. "La valoración de la prueba en casos de violencia de género". En: Florencia Plazas y Luciano Hazan (comps.), *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Jackson, Haneefah A. 2003. "When love is a crime: why the drug prosecutions and punishments of female non-conspirators cannot be justified by retributive principles". *Howard Law Journal*, 46: 517-548.

Messuti, Ana. 2008., *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Ediar.

Mir Puig, Santiago. 2008. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F.

Roxin, Claus. 1997. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro SLOKAR. 2002. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar.