

# Género, igualdad sustancial y derecho penal: El impacto del derecho antidiscriminatorio en el derecho penal ejecutivo

*"Más allá de la emancipación femenina conseguida con la conquista de todos los derechos fundamentales, la igualdad entre los sexos sigue siendo todavía, sin embargo, un principio normativo ampliamente inefectivo. La historia de las discriminaciones de las mujeres no remite sólo a un lejano pasado, sino que se extiende también al presente, dado que esas discriminaciones aun superadas en el plano jurídico, persisten en la vida cotidiana bajo forma de modelos culturales y de prácticas sociales: no ya como normas sino como hechos"<sup>1</sup>.*

## Introducción:

### Hacia la construcción de un nuevo estatus jurídico de la mujer privada de libertad:

A pesar del notable desarrollo del derecho internacional de los Derechos Humanos -y su reconocimiento supralegal en la Constitución Nacional-, y de la propia acumulación de conocimiento del saber penal, persisten funciones antagónicas entre el estado de derecho y estado policial. Dentro de esa combinación inestable y dinámica<sup>2</sup>, el espacio carcelario atestigua privilegiadamente el quiebre entre la normatividad primaria y la realidad.

La cárcel atraviesa una enorme deslegitimación por su carácter de usina multidisciplinaria de violación a las garantías individuales más básicas de hombres y mujeres. Con asombrosos niveles de arbitrariedad, crueldad y deterioro humano, la cárcel moderna retrata la falacia de la prevención especial positiva, y ha colocado como tema central de agenda, la necesidad de prevenir la tortura institucional.

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi: *"Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia"*, Trotta, Madrid, 2.007, T° 2, pp. 232 y ss.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro W.: *"Derecho Penal Parte General"* Ediar, 2.000, pp. 40 y ss.

Fuera de los condicionantes estructurales que rodean a la institución<sup>3</sup>, este ligero diagnóstico remite a las dificultades que ha evidenciado la ciencia penal a la hora de determinar límites visibles a la actividad legislativa en esta materia<sup>4</sup>. Y muy especialmente, lo mismo cabe predicar sobre la acotada injerencia de las agencias jurídicas<sup>5</sup> ante la evolución progresiva de los derechos de las personas privadas de libertad, la cual está estrechamente vinculada con la inversa percepción de la primacía legal de las constituciones por parte de jueces y juezas de los sistemas judiciales en la región<sup>6</sup>.

Dentro de este campo en el cual interaccionan múltiples factores, me focalizaré en las implicancias del desarrollo de los derechos humanos de las mujeres y su imperioso influjo en la relaboración del fin resocializador, como principio rector en la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Durante el siglo XX, fruto de grandes luchas forjadas en el seno de sectores populares, académicos y otros; Naciones Unidas ha definido a la mujer por primera vez en la historia y sin ningún tipo de reservas, como *sujeto de derechos inalienables y como igual al varón*. En los últimos dos siglos, antiguas brechas se han ido cerrando, pero se han abierto nuevas que desmienten la leyenda liberal que proclama que todos somos iguales ante la ley. No es un secreto que la discriminación y subordinación de la mujer pervive bajo formas más brutales o sutiles, en todas las sociedades, pero en la actualidad hay un enclave discursivo que debemos capitalizar porque marca ranuras que filtran una valorización de una sociedad, un mundo, que proclama que las mujeres no debemos ser discriminadas, ni agredidas, donde debe ser reconocida nuestra dignidad.

Identificar en las cláusulas antidiscriminatorias un nuevo límite material para el ejercicio del poder punitivo en miras a deconstruir un

---

<sup>3</sup> Me refiero a condicionantes de tipo estructural, como lo son su impronta fuertemente militarizada y la indebida concentración de funciones entre otros.

<sup>4</sup> Conforme lo sostiene Roxin. ROXIN, Claus: *“Qué puede reprimir penalmente el Estado?. Acerca de la legitimación de las conminaciones penales”*. En *“Problemas actuales de dogmática penal”*, Manuel Avanto Vázquez trad. ARA ed., Lima, 2004, pp. 20 y ss.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro W.: *“Derecho Penal Parte General”* Ediar, 2.000, pp. 104 y ss.

<sup>6</sup> BINDER, Alberto M., OBANDO, Jorge: *“De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho,”* AD HOC, Buenos Aires, 2.004.

régimen normativo<sup>7</sup> que reposa en la noción de igualdad del contractualismo<sup>8</sup>, implica un quiebre epistemológico con potencialidad difusora para revertir *todas las desigualdades*. Y en eso reside la propuesta de este trabajo<sup>9</sup>.

## **Poder penal, patriarcado y mujer: el olvido de las ciencias penales.**

En general, todo el conocimiento llamado criminológico, así como el derecho penal, ha sido construido "*por el hombre, sobre el hombre en conflicto con el sistema penal*", dando base a la elaboración de auténticas estrategias de control sobre las mujeres. Baste como ejemplo de ello, la obra de Lombroso y Ferrero<sup>10</sup>.

La recurrente subestimación de la problemática que encierra la cuestión *mujer/cárcel*, siempre fue pretextada bajo el argumento que las detenidas conformaban una proporción minúscula de la población penitenciaria.

Dejando de lado la formidable combustión de mujeres en la inquisición y las implicancias como construcción discursiva del *Malleus Maleficarum*, nuevos motivos impiden sostener fundadamente esta excusa.

La supuesta marginalidad del fenómeno del encierro femenino, está desmentida por la tendencia creciente de la criminalización de mujeres que precipitó la política criminal de control de tráfico de drogas

---

<sup>7</sup>Entiendo por *deconstrucción* el reverso cognitivo de un hacer práctico.

<sup>8</sup> No está demás aclarar que si bien, las distintas expresiones de las ideologías "re" son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista, no menos cierto es, que el *fin resocializador como objetivo constitucional de la ejecución de la pena* –fuera de sus confines borrosos– en la medida que reconoce el derecho a un *trato digno*, ha favorecido cierta atenuación en el castigo en el ámbito ejecutivo. RUSCONI, Maximiliano A. "*Derecho Penal Parte General*" Ad Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 2.007, p. 512.

<sup>9</sup> El texto que se presenta es un mero extracto de un capítulo de mi tesis doctoral titulada: "*Nuevamente sobre la Realidad Penitenciaria: Una Investigación sobre la Cárcel desde la Óptica de Género. La Discriminación Femenina en el Encierro Punitivo*", presentada el 4 de mayo de 2.010 bajo la dirección del Profesor Dr. Maximiliano Adolfo Rusconi, defendida el 19 de diciembre de 2.011, mediante la cual obtuve el máximo grado académico en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

<sup>10</sup> En la visión lombrosiana las mujeres delincuentes o las prostitutas son especialmente degeneradas, y peores que los hombres, puesto que "*... han violado las reglas legales sino también su condición femenina*". Lombroso y Ferrero, fueron más allá, al vislumbrar en la mujer delincuente *un monstruo*, que tiene invertida las características femeninas de las mujeres *normales*: ser reservadas, maternas, dóciles y apáticas sexualmente. ALMEDA, Elisabet: "*Corregir y Castigar – El Ayer y Hoy de las Cárcels de Mujeres*", Bellaterra Edicions, Barcelona, 2.002, pp. 103 y ss..

ilícitas. Al amparo del discurso de la llamada *guerra contra las drogas* lanzado a nivel global, se desencadenó un proceso de prisionalización masiva en general, con la particularidad que abrió paso a un *inédito* incremento del porcentaje de población carcelaria femenina -no observable en varones-, que permite reconocer en la mujer, una de las *bajas* de la empresa belicista.

Este fenómeno expansivo, inscripto en estados penitentes en ascenso, con frecuencia tiende a replicarse bajo renovados discursos legitimantes a lo largo del planeta, y se expresa en el embate punitivo también contra *otras* mujeres<sup>11</sup> que encarnan *nuevos* estereotipos criminalizantes (migrantes, prostitutas y demás mujeres, en la Unión Europea).

En suma, lo preocupante es la *dinámica ascendente de la criminalización femenina*<sup>12</sup> y sus *específicas connotaciones*.

En segundo orden, el silencio que invade la cuestión *mujer/cárcel*, no sólo es inexcusable, sino peligroso, porque asegura fértiles campos de poder masculino incontrolables dado que, bajo una larvada *igualdad formal* en clave paleo liberal, encubre un montaje argumental reduccionista que se desentiende de mecanismos de control social que han operado sobre las mujeres a lo largo de la historia.

Zaffaroni señala que *tres vigas maestras e imbricadas sostienen nuestra civilización* desde hace ocho siglos por lo menos: *poder penal, poder patriarcal, y saber señorial*. Mientras el *poder patriarcal* controla a más de la mitad de la población: a las mujeres, a los niños y a los ancianos; el poder punitivo se ha encargado de controlar a los hombres jóvenes y adultos (controla a los controladores). La constante es el uso de poder punitivo como instrumento de verticalización de la sociedad, reafirmando y fortaleciendo la estructura jerárquica *patriarcal*<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Desde luego no existe homogeneidad en la identidad femenina, sino que ésta puede estar atravesada a su vez por *otras desigualdades*.

<sup>12</sup> Los guarismos de mujeres sometidas al poder penal deben ser registrados incluyendo no sólo las mujeres encarceladas, sino también el *universo de población femenina penalmente controlada* en su conjunto (abarcando mujeres liberadas condicionales, probadas, sometidas al cumplimiento de pena domiciliaria y demás); para poder comprender más abarcadoramente el proceso.

<sup>13</sup> Explica Zaffaroni que el poder patriarcal controla a más de la mitad de la población. A las mujeres, a los niños y a los ancianos; y en otras épocas también a los esclavos, sirvientes, criados y animales domésticos. El

El sistema penal no interactúa en abstracto sino en un entramado social complejo, y por tanto, no está dissociado de la influencia que ejercen distintas variables que condicionan de modo desfavorable, la situación que atraviesa la mujer, donde lo determinante es, el desequilibrado sistema de relaciones de poder entre los sexos como resultante de una sociedad patriarcal que, como era previsible, influye en la modalidad diferencial del encierro femenino.

El patriarcado tiene origen en la familia, cuya jefatura la ejerce el padre y se proyecta a todo el orden social<sup>14</sup>. Las instituciones de la sociedad civil en su conjunto, se articulan para mantener y perpetuar el consenso expresado en un orden económico, social, cultural, religioso y político, que determinan que las mujeres como categoría social, permanezcan subordinadas a los hombres<sup>15</sup>. Eso implica, que a lo largo del historial de la mujer, van a interactuar otras instituciones –más allá de la familia- a través de las cuales se organiza el patriarcado, donde el sistema penal no permanece ajeno<sup>16</sup>.

Ha sido a través de estos mecanismos que la mujer, inmersa en un estructurado sistema de jerarquizaciones bajo la subordinación masculina, ha permanecido por siglos sometida a *formas de control informal*<sup>17</sup>, con acotada injerencia del poder punitivo. Fenómeno

---

poder punitivo se encarga ZAFFARONI, Eugenio R.: *“La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar”*, Ediar, Buenos Aires, 2.011, pp. 54 y ss.

<sup>14</sup> Vale la pena recordar que, enmarcadas en un orden social patriarcal, desde la antigüedad, el grado de libertades y derechos que gozaban las mujeres en las distintas civilizaciones, ha estado siempre supeditado a la autoridad del hombre (marido, padre o hermano) u otras instituciones por fuera de la familia.

<sup>15</sup> FACIO, ALDA y FRIES, Lorena: *“Feminismo, género y patriarcado”*, EN: *“Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires”* Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2.004, pp. 280 y ss.

<sup>16</sup> A esta altura es necesario aclarar que, tal cual lo expresa Binder, *“... existe una franja de la conflictividad cuya gestión el Estado ha delegado en otros sistemas (p. ej., el moral, religioso, afectivo, individual, etc)”*. Ello no responde al desinterés estatal en este terreno de la conflictividad, sino que obedece a razones históricas, políticas e incluso de orden pragmático, que llevaron al Estado a autolimitarse confiando en otros sistemas de gestión, como lo refleja el ámbito de privacidad y autonomía de la persona que resguarda la cláusula del art. 19 constitucional. Por otra parte el Estado no es indiferente a la conflictividad expresada en estos ámbitos en la medida en que restrinjan derechos sustanciales de las personas, donde la función protectora estatal es indiscutible BINDER, Alberto M.: *“Introducción al Derecho Penal”*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.004, p. 44.

<sup>17</sup> Me refiero a la clasificación de referencia para diferenciar escenarios del control social en formales o informales, según el sistema normativo que proyecta órdenes. TENORIO TAGLE, Fernando: *“Aproximaciones a los escenarios punitivos y el sujeto femenino”*, EN: BODELON GONZALEZ, Encarna y ALMEDA SARAMANCH,

reconoce como excepción la Inquisición. Dicho en otros términos, *la posición subordinada de la mujer no nació con el poder punitivo*, pero es innegable que se acentuó y consolidó con el modelo corporativo de sociedad, y con los instrumentos de un poder punitivo perfeccionados con la Inquisición<sup>18</sup>.

Con el avance del decurso histórico, en la medida que evolutivamente, las mujeres fueron ganando terreno en su autonomía, al acceder al mercado de trabajo, la educación y cierta autonomía sobre sus cuerpos; se empezaron a debilitar los mecanismos de control informal<sup>19</sup>; y simultáneamente se fue acentuando cada vez más, la injerencia punitiva.

La mayor irrupción femenina en la esfera pública fue reputada en términos de *desviación* de la mujer del estereotipo de género de cuño patriarcal. Ese apartamiento de la mujer a su *rol tradicional de buena madre y dócil esposa dentro del hogar*, derivó en su represión y mayor endurecimiento del poder penal.

Ello permite reconocer al sistema penal como una instancia donde se reproducen e intensifican con gula, las condiciones de la opresión de las mujeres mediante la imposición de un padrón de normalidad<sup>20</sup>. El control de los cuerpos es baremo elocuente de todo sistema de dominación, y sugiere la singularidad de la subjetividad del cuerpo femenino<sup>21</sup> en la prisión, como cuerpo *desviado* de las atribuciones del sistema de géneros.

Por eso, la virtual exclusión de la mujer del saber jurídico penal y la criminología no es ingenua, dado que solapa que ese formidable

---

Elizabet: *"Mujeres y Castigo: Un enfoque socio jurídico y de género"*, Editorial Dykinson, Madrid, 2.007, pp. 83 y ss.

18 ZAFFARONI, Eugenio R.: *La Mujer y el Poder Punitivo*", publicado por ILANUD, *"Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente"*, Verlap, Buenos Aires, 1.993.

<sup>19</sup> CHRISTIE, Nils: *"Los conflictos como pertenencia"* en A.A.V.V., *"De los delitos y de las víctimas"*, Buenos Aires, Ad Hoc trad. Alberto Bovino y Fabrizio Guariglia, citado por ANITUA, Gabriel Ignacio *"Historia de los Pensamientos Criminológicos"* Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2.010, 2ª reimpresión, p. 438.

20 ESPINOZA, Olga: *"Mujeres Enfrentadas con el Sistema Punitivo"*, publicado en *"Pena y Estado – Cárceles"*, directores BAIGUN, David, y BUSTOS RAMIREZ, Juan J., INECIP, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2.005, pp. 15 y ss.

<sup>21</sup> PITCH, Tamar: *"La Sociedad de la Prevención"*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.009.

poder de vigilancia que ejerce un sistema penal selectivo, jamás podría ser *inofensivo* para la mujer.

Dentro de esta perspectiva de análisis, Zaffaroni observa que el poder punitivo no es susceptible de ser utilizado indistintamente para el hombre que para la mujer "... *sino que está estructuralmente vinculado a la dominación y subordinación de la mujer, y sólo con su reducción y contención la mujer podrá superar su posición de subordinada del poder*", llegando a inferir de ello que el ejercicio de poder punitivo contra la mujer, es "*poder de género*"<sup>22</sup>.

El feminismo académico desarrollado desde los años sesenta, en sus distintas corrientes<sup>23</sup>, se ha ocupado de analizar la posición desigual de las mujeres en el derecho penal<sup>24</sup>.

La criminología crítica feminista se ha preocupado por entrecruzar la criminalización de la mujer con relaciones de dominación social estructurales.

Rastrear el influjo del género en el derecho, analizar el derecho como un proceso de producción de identidades fijas, en tanto discurso social dotado de poder<sup>25</sup>; permitirá su incidencia en los niveles de superposición entre la violencia de género y el uso de la herramienta de gestión estatal de la conflictividad más violenta, como resulta serlo, la prisión<sup>26</sup>.

Este contexto invita a incorporar un nuevo método de análisis jurídico en la búsqueda de fórmulas de contención de la intervención del sistema penal.

---

22 ZAFFARONI, Eugenio R.: *La Mujer y el Poder Punitivo*", publicado por ILANUD, "*Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente*", Verlap, Buenos Aires, 1.993.

<sup>23</sup> Para profundizar sugiero la obra de Birgin entre otras. BIRGIN, Haydeé, compiladora: "*El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*", Biblos, Buenos Aires, 2.000.

<sup>24</sup> Es destacable, entre otros, el trabajo de Carol Smart, entre otros. SMART, Carol: "*Women, Crime and Criminology: a feminist critique*", Routledge & Kegan Paul, Londres, 1.976.

<sup>25</sup> Conf. Smart, SMART, *Ibidem*.

<sup>26</sup> Siguiendo a Binder, parto de la base que en todo proceso social subyace el conflicto. Los distintos niveles de intervención estatal en la conflictividad social se manifiestan a través de diversas políticas. La nota distintiva que caracteriza a la política criminal, es el uso de herramientas violentas. "Poder penal", "fuerza estatal" "coerción penal"; son expresiones que se identifican con el uso del encarcelamiento al cual se asigna legitimidad, sin solapar su naturaleza "violenta". BINDER, Alberto M.: "*Análisis Político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*", Astrea, Buenos Aires, 2.011, pp. 137 y ss.

## **Género y derecho: el aporte del feminismo jurídico:**

*"El pensamiento crítico feminista ofrece nuevas y alentadoras expectativas críticas."<sup>27</sup>*

Las teorizaciones feministas, con sus distintas vertientes, conforman un marco referencial altamente enriquecedor, en la medida que contribuyeron a visibilizar las causas socioculturales de la diferenciación jerárquica entre los sexos. Concebir al patriarcado como un modo de organización social de dominación de los varones sobre las mujeres con efectos sistémicos, desnaturalizando sus instituciones; proporciona un marco interpretativo que determina la visibilidad y la constitución en hechos relevantes de fenómenos y acontecimientos que no son pertinentes ni significativos desde otras orientaciones de la atención.

La utilidad de la noción de género, reside en que designa el contenido cultural que se adiciona al sexo, y ha posibilitado develar la relación de poder entre los sexos, al poner de manifiesto el carácter de construcción socio cultural de sus diferencias y el injusto reparto de roles sociales montado sobre ese esquema. La diferencia sexo/género sugiere un quiebre entre los cuerpos sexuados y los géneros socialmente construidos, aunque ello se ha visto complejizado, en la medida que el sexo no se limita a una entidad anatómica, cromosómica, corporal, supuestamente natural, sino en la cual también incide la marca de la cultura.

El arsenal teórico feminista contribuyó a decodificar que la identidad de cada género responde a una visión binaria del mundo que se organiza en pares opuestos, sexuados y excluyentes. Las *dicotomías sexuales* jerarquizadas en favor de lo masculino, son la base legitimante utilizada por ejemplo, para justificar, *a partir de las funciones reproductivas de las mujeres, la enajenación de su autonomía y la limitación de su acceso a muchos bienes sociales, y su confinamiento a la esfera de lo privado, por oposición a la esfera pública históricamente reservada al varón, y a sus funciones productivas.*

---

27 ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro W.: *"Derecho Penal Parte General"*, Ediar, Buenos Aires, 2.000, p. 155.

El orden social patriarcal imperante, mediante ese sistema de jerarquizaciones y mandatos, se sostiene a través de un discurso en cuyo espacio, *la naturalización de la maternidad totaliza y unifica semánticamente a la mujer.*

Bergallo observa con acierto, que la estructura familiar y la participación de la fuerza de trabajo femenina ha registrado modificaciones dramáticas en el siglo XX, pero la división sexual del trabajo doméstico no se ha alterado en la misma frecuencia<sup>28</sup>.

Es útil remarcar que esta lógica binaria adquiere una proyección inusitada dentro del poder de definición del sistema penal, desmitificado que fuera como *derecho igual* por Baratta<sup>29</sup>.

Desde la órbita jurídica, las teorizaciones feministas pudieron develar que la integración de la mujer como sujeto de derechos y obligaciones ha sido puramente formal, pero no sustancial, ya que se había dejado inalterable el sistema jurídico imperante en los siglos XVIII y XIX, respecto de la creación del sujeto individual frente al Estado, que sólo se identifica con el varón blanco, propietario, no anciano.

Tras la segunda guerra mundial, con la aparición de Naciones Unidas, se proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual, consagra la igualdad de todos los seres humanos sin distinción de sexo. La determinación de asegurar en 1.948 que, todos los seres humanos nacemos libres e iguales, era una respuesta directa ante quienes pregonaban la "superioridad de razas" y dio origen al derecho antidiscriminatorio.

La mirada del movimiento feminista sobre el derecho, siempre ha sido altamente controversial, puesto que con sobrados motivos lo reconoció como instrumento de opresión de la cultura masculina. Pero también ha sido visualizado como potente herramienta al servicio del mejoramiento de la condición de vida de las mujeres. El tránsito de un *feminismo de la asimilación* hacia el *feminismo de la valoración de la*

---

28 BERGALLO, Paola: "¿Un techo de cristal en el poder judicial?. Selección los jueces federales y nacionales en Buenos Aires. EN: ALEGRE, Marcelo, GARAGARELLA, Roberto coordinadores: "El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.007, p. 409.

29 BARATTA, Alessandro: "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal introducción a la sociología jurídico penal", Siglo XXI, Argentina, 1ª reimpresión, 2.002, pp. 167 y ss.

*diferencia*, se tradujo en la demanda de la derogación de la igualdad formal, y su sustitución por un ordenamiento jurídico capaz de abarcar las especificidades.

Desde esa óptica, dentro del saber jurídico penal, el mero filtro de las disposiciones abiertamente discriminatorias bajo el influjo del feminismo liberal, puso al desnudo la falacia de un derecho penal neutro e igual para todos y todas, y la necesidad de su reelaboración, como señala Bodelón González<sup>30</sup>. El derecho penal ha constituido históricamente un sistema de control social de las mujeres a través de la imposición de valores religiosos impuestos, como la *honestidad o la protección de la pureza o la castidad*; que se han manifestado a la vez, a consecuencia del dominio del hombre sobre la mujer<sup>31</sup>. Conclusión que es pacíficamente trasladable al derecho de ejecución penal<sup>32</sup>.

Desde luego, el refinamiento de las teorías jurídicas feministas, no ubica al derecho como un espacio central para la resolución de problemas sociales, tal como advierte Smart<sup>33</sup>, pero es un espacio nada desdeñable.

La confluencia del movimiento feminista y la producción académica de las teorías de género, permitió gestar en 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>34</sup>. Este preciado instrumento, tiene el mérito de normativizar algunas categorías del feminismo teórico.

---

<sup>30</sup> ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, BODELON GONZALEZ, Encarna *“Mujeres y Castigo: Un enfoque socio – jurídico y de género”*, Dykinson Editorial, Madrid, 2.007, pp. 108 y ss.

<sup>31</sup> BALAGUER, María Luisa: *“Mujer y Constitución – La construcción jurídica del género”*, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Feminismos, España, 2.005, pp. 156 y ss.

<sup>32</sup> Sin ingresar en el debate epistemológico de la ejecución penal, el derecho penal ejecutivo abandonó su carácter secundario en una autonomía integradora. Así surge del art. 229 de la ley 24.660. Como exponen Hassemmer y Muñoz Conde, el régimen penal de ejecución de la pena es la lógica prolongación del Derecho penal material y del Derecho procesal penal en la realidad de las consecuencias jurídicas. RIVERA BEIRAS, Iñaki, *“La Cuestión Carcelaria, Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria”*, Del Puerto, 2da. Ed. Actualizada, 2.009, pp. 101 y ss..

<sup>33</sup> SMART, Carol: *“La teoría feminista y el discurso jurídico”*. EN BIRGIN, Haydeé, compiladora: *“El Derecho en el Género y el Género en el Derecho”*, Biblos, Buenos Aires, 2.000, pp. 33 y ss..

<sup>34</sup> El precepto expresa que el reconocimiento y el apoyo de las naciones hacia los derechos humanos significó la construcción de un nuevo paradigma de igualdad en *dignidad y derechos* frente a todo tipo de discriminación. En 1952 se aprobó en Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, que reconoció el derecho de las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna; como así también el derecho a ser elegidas para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad

La *CEDAW* es uno de los instrumentos internacionales más complejos, completos, e idóneos para garantizar la igualdad de derechos de las mujeres. Múltiples dimensiones de la vida de las mujeres, tales como el trabajo, la salud, la educación, su participación política y social, el acceso a cargos públicos, la maternidad, la protección contra la violencia de todo orden; son abarcados por su articulado.

Su programa se complementa con la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. Como todo sistema de dominación, el patriarcado, junto con otros dispositivos, se sostiene a través de violencia contra la mujer. La relación entre *poder y violencia* es compleja. El feminismo ha suministrado variables explicativas de esta fenomenología, vinculándola directamente con la situación de discriminación estructural patriarcal, sin desconocer la interacción de otros factores<sup>35</sup>. El concepto de *violencia de género* incluye *todas las manifestaciones de violencias contra las mujeres*<sup>36</sup>, *inclusive cuando es tolerada o perpetrada desde el aparato estatal*; lo cual tiene notables implicancias en este campo de estudio.

Esta ligera reseña es expresiva del valor de los aportes del feminismo jurídico en la academia y su incidencia en la conformación del sistema transnacional de protección de derechos humanos de las mujeres de jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1.994.

La necesidad de explorar la influencia del género dentro del derecho, y a partir de ello, propender a su reconstrucción en todos sus niveles, es impostergable, ya que el derecho “*es un discurso*

---

con los hombres, sin discriminación alguna, y el derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna. Posteriormente, fruto de una intensa labor, las Naciones Unidas han ido aprobando otros documentos relativos a los derechos de las mujeres, siendo aquellos de mayor impacto en esta investigación: la Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la mujer (1967); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1.979, llamada por su sigla inglesa *CEDAW*); y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1.993). La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, garantiza la igualdad entre mujeres y hombres ante la ley y detalla las medidas que deben tomarse para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública, la nacionalidad, la enseñanza, el empleo, la salud, el matrimonio y la familia.

<sup>35</sup> LAURENZO, Patricia: “*La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo*”. EN: LAURENZO, MAQUEDA y RUBIO, “*Género...*” *ibidem*, pp. 263 y ss.

<sup>36</sup> BODELON, Encarna: *La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo*. EN: LAURENZO, RUBIO, MAQUEDA: “*Género...*” *ibidem*, pp. 221 y ss.

*socialmente construido y centrado en los varones, que refleja las relaciones de poder existentes en la sociedad. No es neutral, sino sesgado y saturado de valores que sostienen el patrón masculino como el estándar para la igualdad*<sup>37</sup>.

Para concluir, me inclino por una perspectiva crítica, que en la construcción del sujeto sea capaz de contradecir el *mito de mujer* que contenía el sesgo universalizante de la modernidad occidental. No es posible ensayar un retrato colectivo de las mujeres, y eso es trasladable al universo de las mujeres privadas de libertad. Como lo propone Bovino<sup>38</sup>, es necesario problematizar el sujeto colectivo del feminismo, y convengo con la premisa según la cual *"...la clase, raza, la sexualidad son fundamentales para caracterizarlo siempre considerando las condiciones materiales, experiencias y contextos de las mujeres"*<sup>39</sup>.

Las expectativas y necesidades de las mujeres deben ser reinventadas y reformuladas en un catálogo abierto, para poder neutralizar todo riesgo universalizante y evitar así, reimponer una ficticia homogeneidad; en miras a construir un *derecho a la diferencia*.

## **Las mujeres en el régimen penal de ejecución penal argentino:**

### **Hacia la construcción jurídica de la igualdad:**

La reforma constitucional de 1994, es probablemente, la más generosa en materia de reconocimiento de derechos subjetivos y garantías que registre nuestro historial. Sin embargo, el Congreso Nacional no ha cumplido a entera satisfacción con el programa

---

37BYNION, G. *"The nature of feminist jurisprudence"*, *Judicature*, 77 3, noviembre-diciembre de 1.993, pp. 140 Citado por KOHEN, Beatriz: *"El Feminismo Jurídico en los Países Anglosajones: debate actual"*, publicado en BIRGIN, Haydeé, compiladora: *"El Derecho en el Género y el Género en el Derecho"*, Biblos, Buenos Aires, 2.000, pp. 78 y ss.

<sup>38</sup> Convengo con Bovino en que el feminismo no tiene la homogeneidad ni la capacidad para representar a todas las mujeres. BOVINO, Alberto: *"Justicia Penal y Derechos Humanos"*, Del Puerto, Buenos Aires, 2.005, pp. 277.

<sup>39</sup> CURIEL, Ochy: *"Hacia la construcción de un feminismo descolonizado"*, EN: MARTINEZ ALONSO, Gleidys: MARTINEZ TOLEDO, Yanet: *"Emancipaciones feministas en el siglo XXI"*. RUTH Casa Ed., Editorial de Ciencias Sociales, Cuba, 2.010, pp. 189 y ss.

constitucional renovado<sup>40</sup>; ya que ni la legislación secundaria en materia penal ejecutiva, ni procesal penal, dan cuenta de la dimensión actual de los derechos de las mujeres detenidas, como lo expondré más adelante.

### **1º) La dimensión de la garantía de igualdad en la Constitución Argentina:**

La igualdad formal fuera consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional, ha sido superada con el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, bajo la fórmula de que "... *Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna*". Un superior estatus le confiere la regla del artículo 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reza que: "*Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones política o de cualquier otra índole...*"; máxima reafirmada en la letra del artículo 24.

Este nuevo concierto de derechos debe ser interpretado *pro homine*, atendiendo la centralidad de la persona humana, y el contenido elástico, amplio y progresivo que exhibe. La impronta de progresivo deja abierta la posibilidad de que se vayan adicionando nuevos derechos al ritmo paralelo de nuevas necesidades y valoraciones y contenidos nuevos, a derechos viejos.

El mandato del inciso 23 del artículo 75 de la Ley Suprema, es de capital importancia, en la medida que impone al Congreso: "*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*".

---

40 Tal como lo asume Ferreira, entre otros, y según pudo ser comprobado en mi trabajo de investigación. FERREIRA, Raúl G. en "*Sobre la Reforma Constitucional*", publicado en BERCHOLC, Jorge "*El Estado y la Emergencia Permanente*", Lajouane, Buenos Aires, 2.007, p. 80.

Este precepto se vincula con los alcances de las cláusulas asumidas en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de raigambre constitucional, que por imperio del artículo 75 inciso 22, dirige a *todas las instancias de decisión estatal y social*, un mandato expreso, una obligación de hacer.

La Constitución de 1.994 hace explícito lo que la Constitución no reformada implicaba, en la medida que expresamente se pronuncia a favor de la igualdad de género<sup>41</sup>.

Asociado con ello, la *CEDAW* impone al Estado la obligación de establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y a garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación (artículo 2o., letra "c").

Se trata de un constitucionalismo de la igualdad, que se perfecciona con la *Convención interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, conocida como Convención de Belém do Pará (1.994).

La *CEDAW* no se limita a conceptualizar y proscribir toda forma de discriminación contra la mujer, sino que marca el estándar mínimo de los derechos humanos de las mujeres en múltiples áreas. Contempla además, técnicas para conjurar todo acto discriminatorio, -incorporando *acciones afirmativas*-, y traza claros cursos de acción para la construcción de la igualdad sustancial, "*sin dilaciones*"<sup>42</sup>.

De modo exhaustivo, la *CEDAW* incluye todos los aspectos que involucran el ciclo vital de la mujer con el objeto de promover su desarrollo social, con énfasis en el acceso a la educación, al trabajo, a la información, a la tutela judicial efectiva; su derecho a la maternidad y matrimonio sobre bases igualitarias, derechos políticos, la proscripción

---

<sup>41</sup> GARGARELLA, Roberto: "*Activismo Judicial en Defensa de los Derechos de las Mujeres – Lo que el argumento democrático no puede probar*" Revista "*Razón Pública*", *Derechos humanos y perspectivas de género*, publicada por AMINISTÍA INTERNACIONAL ARGENTINA, 2004, Nº 1., publicado por [www.pensamientopenal.com](http://www.pensamientopenal.com) sección Género, pp. 2 y ss.

<sup>42</sup> Arts. 1 a 3 de la *CEDAW*.

de su explotación sexual, incluyendo la particular situación de la mujer rural, y demás.

Este sumario panorama, evidencia que el renovado modelo constitucional se identifica en un modelo de *igual valoración jurídica de las diferencias*, al decir de Ferrajoli; dado que el Estado, lejos de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, *garantiza a todas las personas su libre afirmación o desarrollo*, y las diferencias dejan de estar abandonadas al libre juego de la "*ley del más fuerte*" como lo albergara el ideario liberal, sino que deben ser objeto de esas leyes de los más débiles, que son los derechos fundamentales.<sup>43</sup>

Dentro de este enfoque, la garantía de la autonomía personal consagrada por el art. 19 C.N., se perfila como componente indispensable de la construcción de la igualdad jurídica, y se corresponde con un deber positivo estatal de *promover iguales oportunidades para todos*, para que las personas estén dotadas de recursos necesarios para elegir y llevar adelante sus planes de vida y para ello, el Estado debe abstenerse de toda injerencia en ese ámbito de privacidad y también neutralizar las desigualdades.

En otros términos, siguiendo a Ferrajoli, la redefinición de la igualdad en el texto constitucional de 1.994 refleja, que mientras el Estado liberal de derecho debe *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos; el Estado social de derecho debe además de eso, *mejorarlas*. La regla en el primero, es que el Estado *no se puede decidir sobre todo*; y en el segundo es, que el Estado *no puede dejar de decidir sobre todo*. Especialmente sobre cuestiones de subsistencia y sobrevivencia<sup>44</sup>.

Entran a tallar aquí las llamadas *categorías sospechosas* del derecho antidiscriminatorio, que abarcan colectivos que tienen como factor común una histórica posición desventajosa. Engloban circunstancias personales que no son el resultado de elecciones libremente adoptadas por los individuos, tal cual ocurre con el origen

---

43 FERRAJOLI, Luigi: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 3ª ed., 2.007, pp. 73 y ss.

44 Conf. FERRAJOLI, L., *"Derecho..." ibídem* p. 860 y ss.

étnico, nacional o social, sexo, religión y demás<sup>45</sup>, e imponen un quehacer estatal positivo.

Los instrumentos trasnacionales de Derechos Humanos reseñados, comparten un núcleo central de disposiciones igualitarias, que ubican a través de la prohibición de discriminación por sexo, a *las mujeres*, incluyéndolas así dentro de las categorías sospechosas, confiriendo un título de reconocimiento especial, mediante la *CEDAW*.

Bueno es recordar, la expresa aplicación de la doctrina de las *categorías sospechosas*, por la Corte Federal entre otros, en el caso "*González Delgado, Cristina y otros vs. Universidad Nacional de Córdoba*", donde se reprodujo la regla según la cual:

*"Las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia."*<sup>46</sup>.

Para complejizar aun más la cuestión, debo agregar que en nuestro marco supralegal, *las categorizaciones sospechosas no están formuladas taxativamente, sino en forma enunciativa*, como lo indica, -a modo de ejemplo- la regla del artículo 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, al prohibir todo tipo de discriminación "... por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones política o de cualquier otra índole".

Esto posibilita incluir dentro de esta categoría a aquellas personas (hombres, mujeres, niños y demás) *que por su condición social o situación socioeconómica se vean impedidas de desarrollar su autonomía*, ya que, como bien observa Maurino, "*la condición social*" o "*posición económica*" alude a situaciones estructurales vinculadas a las necesidades para la vida.

En un nivel programático, la superación y neutralización de las desigualdades provenientes del origen socioeconómico también forman

---

45 MAURINO, Gustavo: "*La protección constitucional para los más humildes*". EN: ALEGRE, Marcelo, GARAGARELLA, Roberto coordinadores: "*El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.007, pp. 313 y ss..

<sup>46</sup> Citado por SABA, Roberto: "*(Des) igualdad estructural*", EN: ALEGRE...*ibidem*, pp.163 y ss.

parte del programa constitucional, ya que *“la Constitución promete a todos y entre todos a los más pobres una igual ciudadanía para el ejercicio de su autonomía”*<sup>47</sup>.

Este prometedor andamiaje normativo, -en parangón con las repercusiones del reconocimiento supralegal de de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño/a-; necesariamente debe tener repercusiones concretas en el ámbito del derecho penal y especialmente en el derecho penitenciario, consagrando garantías idóneas a favor de las mujeres para perseguir la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian<sup>48</sup>.

## **2º) La garantía de resocialización de las mujeres condenadas:**

A pesar de los fundados reparos opuestos contra la ideología *re*, las constituciones modernas y los tratados de derechos humanos, consagran el fin resocializador como principio que subordina la ejecución de la pena<sup>49</sup>. La idea resocializadora ha sido profusamente interpelada y rediscutida, frente a las objeciones derivadas de la vigencia de los valores del Estado de Derecho; y ante la notoria falta de comprobación empírica de sus pretendidos beneficios<sup>50</sup>. La meta resocializadora o la progresiva tecnificación del sistema penitenciario, siempre ha coadyuvado a proveer apariencia de cohesión interna al sistema punitivo.

En el campo teórico penal, la ideología tratamental favorece una desvalorización de la ley como criterio exhaustivo y excluyente de definición de los comportamientos prohibidos, y de sus consecuencias jurídicas también lo hacen, inscribiéndose en una epistemología penal

---

47 MAURINO, *ibídem*, pp. 331 y ss.

48 FERRAJOLI, Luigi: *“Derechos y Garantías – La ley del más débil”*, Trotta, Madrid, 5ª ed., 2.006, pp. 83 y ss.

49 El art. 5º inciso 6 de la CADH que establece que *“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad especial la reforma y la readaptación social de los condenados”*. El inciso 3º del art. 10 del PIDCP, que determina que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento para la reforma y readaptación social de los penados.

50 VACANI, Pablo Andrés, BISCAY, Pedro: *“Ideas y Aproximaciones para una Judicialización Negativa”* publicado en *“Política Criminal Bonaerense”* Revista del INECIP Provincia de Buenos Aires, Lajouane, Buenos Aires, Herbel, Gustavo A. y Vázquez, Celia M., directores, 2.005, pp. 315 y ss..

inquisitorial y antigarantista<sup>51</sup>, porque por su carácter potestativo tiene una intrínseca naturaleza autoritaria, con observables repercusiones concretas en términos de lesión de derechos de las personas condenadas.

La única vía de saldar los borrosos márgenes del fin resocializador, sería desde una interpretación progresiva de los textos legales, en armonía con datos sociales fiables, es decir conjugando el análisis de la meta resocializadora con la *cárcel real*, desentrañando las falacias etiológicas del tratamiento rehabilitador, y relaborando su contenido, integrándolo con la proyección del respeto a la dignidad humana, que sea materialmente realizable y que fortalezca las bases de una dinámica reductora del sistema penal.

Redefinir los tradicionales conceptos de tratamiento y resocialización en términos de servicios y de oportunidades sociales y laborales que se proporciona a la población prisionalizada, definiendo un menú de derechos nominativos explicitados, debe tener centralidad en la construcción de una nueva teoría y práctica de la reintegración social<sup>52</sup>.

Tal como aprecia Baratta: "*Una reintegración social del condenado significa por lo tanto, ante todo corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa de los grupos sociales de los que provienen, para que la vida pospenitenciaria no signifique simplemente, como casi siempre sucede, el regreso de la marginación secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia, y desde allí una vez más a la cárcel.*"<sup>53</sup>.

La falta de delimitación dogmática y normativa de la garantía de *resocialización o readaptación*, adquiere connotaciones singulares al entrecruzar las dimensiones cárcel/mujer, porque dentro de ese elevado nivel de abstracción, se licuan los condicionantes de la estructura de género.

---

51 Este modelo es concebido por Ferrajoli como el *sustancialismo penal* configurador de un esquema de derecho y de proceso penal antigarantista. FERRAJOLI, Luigi: "*Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*" Trotta, Madrid, 4ª ed., 2.000, pp. 40 y ss.

52 BARRATTA, Alessandro: "*Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*". Ponencia presentada en el Seminario "Criminología Crítica y Sistema Penal" organizado por la Comisión Andina de Juristas, y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1.990. <http://es.scribd.com/doc/80416092/BARRATTA-Alessandro-Resocializacion-o-Control-Social>.

53 Baratta, Ponencia, *ibídem*.

Ello explica la necesidad de revertir y erradicar el influjo de las instituciones del patriarcado que, como esquema de dominación y discriminación de la mujer, moldea a fuego el trato de las mujeres condenadas o penalmente privadas de la libertad.

En definitiva se propone la idea de recurrir a la resocialización como *garantía constitucional de reintegración sexuada de las mujeres en prisión*, con eje en el derecho a un *trato digno y humano*<sup>54</sup>. En la voz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de *dignidad* se vincula con el *goce efectivo de los derechos cuya limitación no deriva necesariamente de la privación de libertad*<sup>55</sup>.

Ese derecho a un *trato humano de las mujeres* debe ser revisado, conceptualizado y normativizado siguiendo los cánones de la garantía de igualdad constitucional, haciendo foco en la deconstrucción del sujeto jurídico del régimen legal vigente -trazado por el Código Penal, la ley 24.660 y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de Naciones Unidas-; que no es otro que el varón como parámetro de lo humano, encerrando la falacia igualitaria del constitucionalismo liberal de concebir el deber de otorgarle a las mujeres, los mismos derechos que tienen los hombres.

Como dice Ferrajoli, *la igualdad no se describe, se prescribe*, y con base en el problema teórico normativo y práctico generado por la diferencia sexual, sugiere crear "*garantías sexuadas*" apropiadas para acotar la brecha entre normatividad y efectividad, especialmente en el ámbito de la penalización de mujeres<sup>56</sup>.

Renovar el catálogo de derechos de las mujeres privadas de libertad desde la perspectiva de una garantía sexuada reclama integrar armónicamente los *límites materiales tradicionales del ejercicio del poder punitivo*, con las *directrices del derecho antidiscriminatorio*

---

<sup>54</sup> La garantía a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes tiene base legal en los arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., arts. XXV D.A.D.D.H, 5° inc. 2 C.A.D.H., 10 del P.I.D.C. Y P.; Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de Naciones Unidas, aprobadas en 1957, ampliadas por Res. 2.076 del 13/05/77; de ahora en más se recurrirá a la sigla RMTR. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las personas privadas de libertad deben vivir en condiciones de detención compatibles con la dignidad personal y el Estado debe garantizar el derecho a la vida y la integridad personal. Este estándar es el núcleo de su jurisprudencia. Casos "*Nerea Alegría y otros vs. Perú*" Rta. 19/01/95 y otros.

<sup>55</sup> C.I.D.H., Caso "*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*", rta., 02/09/2.004.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, *ibidem*, pp. 90.

*derivado del derecho internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*<sup>57</sup>.

A grandes trazos, ello obliga a recurrir a la *garantía de legalidad* penal como metanorma de reconocimiento de normas vigentes que circunscribe el castigo a la restricción de la libertad ambulatoria -uno de los axiomas más olvidados en las prisiones-. La estricta legalidad penal se complementa con la garantía de la igualdad, como así también con el principio de reserva, consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Desde la faz negativa, la garantía de legalidad de la ejecución de la pena de la mujer debe incluir como regla general, un componente explícito que proscriba todo trato penitenciario construido sobre ideas o representaciones basadas en estereotipos concebidos en la inferioridad de los sexos.

La configuración de la garantía de reintegración social de las mujeres condenadas o penalmente privadas de la libertad, examinada bajo el tamiz de los derechos humanos de las mujeres<sup>58</sup>, debe adoptar un esquema que no se limite a la mera proscripción de la valoración y jerarquización de la identidad masculina como *status* privilegiado - fuentes de derecho y de poderes-, confiriendo *status* discriminatorio a las mujeres.

Un derecho a la diferencia debe eludir todo relegamiento de la mujer al plano secundario aun, en nombre de un postulado igualitario en abstracto<sup>59</sup>.

Es de capital importancia que la mujer *debe* aparecer en el derecho como tal, no así como madre, gestante, esposa, o trabajadora, como lo sostiene Pitch<sup>60</sup>.

Tampoco el esquema legal debe estar estructurado en el *modelo de mujer* que suelen plantear los foros transnacionales, el cual, indefectiblemente debe ser puesto bajo la lupa de la multiculturalidad<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Arts. 18, 19, y 75 inc. 22 C.N; CEDAW; Convención de Belem do Pará.

<sup>58</sup> Conf. Arts. 16, 75 inc. 22 y concs. C.N.; y la CEDAW.

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi: *“Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 3ª ed., 2.007, pp. 73 y ss.

<sup>60</sup> PITCH, *“Un derecho...” ibídem*, pp. 287 y ss.

Desde el plano afirmativo, la garantía de resocialización de las mujeres debe traducirse desde la órbita de la administración penitenciaria, en la obligación de garantizar el pleno desarrollo y ejercicio de los *derechos de las mujeres como tales*, con prescindencia de toda referencia a cualidades, roles o asignaciones de género culturalmente contruados. Con ese propósito, la agencia penitenciaria debe brindar un conjunto de servicios diversificados orientados a asegurar a las mujeres *su capacidad de decidir sobre sus planes de vida libremente y en condiciones de igualdad con el hombre*.

Ello descansa en que las tensiones entre sistema penal e igualdad, demandan asignar particular influjo a la reformulación de la *garantía de igualdad* del texto constitucional, que obliga a dispensar trato desigual a lo desigual y si fuera necesario recurrir a *medidas compensatorias* como expectativas positivas atribuidas a sujetos titulares de derechos subjetivos.

Bajo la órbita del modelo constitucional vigente, el Estado no puede ser *neutral*, y dejar libradas a su suerte a personas pertenecientes a colectivos históricamente perjudicados. Justamente el art. 4º de la *CEDAW*, confiere jerarquía supralegal a las acciones afirmativas y de ese modo proporciona técnicas para revertir la posición desventajosa de las mujeres.

Genéricamente, como hemos visto, la *CEDAW* es un marco teórico y normativo con elevado valor explicativo, porque describe la dimensión social y política que se ha construido sobre el sexo; y coherente con ello, compendia con pretensión de exhaustividad, los derechos de las mujeres.

La *CEDAW* impone a los Estados Partes revisar integralmente su legislación interna, con el objeto de asegurar "sin dilaciones", un sistema de garantías en todas las dimensiones del ciclo vital de las mujeres, y en particular, en la esfera política, social, económica y cultural, con el propósito de promover su desarrollo social, con énfasis en el acceso a la educación, al trabajo, a la información, a la tutela

---

<sup>61</sup> Relación de Debates. Tercer debate: "*Multiculturalidad y Violencia de Género*". Exposición de María Luisa Femenías. LAURENZO, Patricia, MAQUEDA, María Luisa, RUBIO, Ana, coordinadoras: "*Género, Violencia y Derecho*", Del Puerto, Buenos Aires, 2.009, pp. 352 y ss.. En esa ocasión, Femenías describió el vano esfuerzo desarrollado por las comunidades de mujeres bolivianas, el cual se vio frustrado cuando Naciones Unidas les impusiera la Agenda de Pekín, resuelta en sentido contrario.

judicial efectiva; su derecho a la maternidad y matrimonio sobre bases igualitarias, derechos políticos, la proscripción de su explotación sexual, la particular situación de la mujer rural, y demás.

Este bloque de garantías incorporado por la *CEDAW*, obliga a redefinir el estatus jurídico de las mujeres detenidas. Sus preceptos tienen una relación biunívoca con el fin resocializador de la ejecución de la pena, ya que permiten colmar su grado de indefinición en pos de la construcción jurídica de la igualdad.

De esa forma, la *CEDAW* demanda revisar la legislación nacional en pos de lograr la expansión del catálogo de derechos indisponibles de los cuales son titulares las mujeres condenadas y/o penalmente detenidas.

En otras palabras, en esta materia el derecho a la reintegración social de las mujeres, adquiere componentes propios, dado que la necesidad de la aplicación de un *derecho a la diferencia* que integre el derecho a la igualdad, implica una relectura constitucional del derecho penal ejecutivo, con implicancias también en el terreno del derecho procesal<sup>62</sup>, como se infiere del mandato de la *CEDAW*.

Las premisas plasmadas en su Preámbulo, que dieran base a sus enunciados, reflejan la interacción de factores normativos y verificaciones empíricas, que posibilita contextualizar el análisis jurídico, facilitando una *rectificación* en el campo relacional<sup>63</sup>, recurriendo a una metodología que en la aplicación del derecho positivo es indispensable para *conjurar el aislamiento normativista*.

Si bien la *CEDAW* es el instrumento más abarcador en materia de reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, en cuanto aquí interesa, sólo cabe poner de relieve algunas aristas de incidencia en este trabajo.

En primer lugar, cuando el párrafo octavo del Preámbulo de la *CEDAW* define que *la situación de pobreza de la mujer apareja la*

---

<sup>62</sup> Conforme lo proponen sagazmente Arduino y Sánchez. ARDUINO, Ileana, SANCHEZ, Luciana: *“Proceso penal acusatorio y derechos humanos de las mujeres”*, EN: RODRIGUEZ, Marcela, ASENSIO, Raquel, compiladoras: *“Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia”*, Del Puerto editores, CIEPP, Buenos Aires, 2.009, pp. 59 y ss.

<sup>63</sup> GUERSI, Carlos Alberto: *“Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas”*, Gowa Ed., Buenos Aires, 2.001, pp. 25 y ss.

*limitación del ejercicio de derechos sociales, salud, educación capacitación y acceso al empleo*<sup>64</sup>, dispara la necesidad de reconsiderar los enunciados del régimen penal ejecutivo en materia de derechos a la salud, educación y trabajo de las mujeres detenidas y/o penalmente condenadas. Ello obedece a que, como corolario de la legalidad penal, los alcances de tales derechos no están disociados del que ostentan en el mundo libre.

Es ineludible que la vulnerabilidad social es un rasgo que atraviesa a la población carcelaria en su conjunto por obra de la selectividad estructural del sistema penal; pero no menos cierto es, que las mujeres *parten de puntos de partida distintos que los varones*<sup>65</sup>. Previo a su ingreso a prisión, las mujeres arrastran pesadas cadenas desconocidas para los hombres, como consecuencia de la disparidad de asignación de bienes y recursos, derivada de la organización social patriarcal<sup>66</sup>.

Numerosas investigaciones empíricas son convergentes que las mujeres en cautiverio reflejan el fenómeno de *feminización de la pobreza*, experimentado por la mayoría de países latinoamericanos. Esa situación se ve retratada por mujeres de relativa juventud, escaso grado de instrucción escolar, sin calificación laboral, de temprana y acaudalada maternidad<sup>67</sup>.

La ligazón entre mujer, pobreza y discriminación expuesta en el Preámbulo de la *CEDAW*, está marcando un criterio de selección que junto con el nivel reconocido al derecho a la salud, educación, acceso al

---

64 El párrafo 8° del Preámbulo de la *CEDAW* expresa que “Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades”.

65 KIPER, Claudio M. “Derechos de las Minorías ante la Discriminación”, Depalma Editor, Buenos Aires, 1.998, p. 117 y ss..

66 RODRIGUEZ, María Noel “Mujeres en Prisión”, EN: CARRANZA, Elías (coordinador): “Cárcel y Justicia Penal en América Latine y El Caribe” Siglo XII Editores, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), México, 2.009, p. 207.

67 Tal cual sostiene Barrancos, estas mujeres son *hijas* de políticas neoliberales de los años 90, que consolidando el modelo económico instaurado por la dictadura militar argentina de 1.976, llevaron al empobrecimiento y marginación a millares de familias de nuestro país, desbarrancando las capas medias. En esas circunstancias muchas esposas o hijas mayores se vieron forzadas a buscar trabajo fuera de sus casas para amortizar la caída. Las mujeres tuvieron inserción en un mercado laboral altamente precarizado, el índice de desocupación femenina se mantuvo significativamente por debajo del masculino. Lo mismo cabe observar sobre las remuneraciones. A fines de los noventa, se registró un aumento notable de las *jefaturas de hogar femeninas*, conforme surge de los estudios de Barrancos. BARRANCOS, “Mujeres en la Sociedad...” *ibidem*, pp. 301 y ss..

empleo de las mujeres en sus disposiciones<sup>68</sup>, obliga a adoptar acciones compensatorias que deben influir expansivamente en el diseño legal de los derechos de las mujeres privadas de libertad.

En segundo lugar, en su penúltimo párrafo, el Preámbulo enciende una alarma cuando denuncia que *el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación*. Esta premisa refleja la crítica feminista a la idea de la maternidad de acervo patriarcal como fuente de asignación cultural de roles estereotipados a las mujeres.

La *maternidad* en palabras de Rosenberg<sup>69</sup>, tiene una doble naturaleza, ya que refiere a la disposición biológica de la mujer, y también, a los dispositivos culturales de reproducción social donde se diluye la dinámica de las relaciones de poder entre los sexos. El sistema género/sexo patriarcal se sustenta en la apropiación de la capacidad reproductiva de la mujer, imprescindible para la continuidad de la vida social; y la maternidad funciona como pilar de la construcción histórico discursiva de género.

El orden social imperante *"... Naturalizando los roles, presenta como obviedad, que el papel social asignado a las mujeres está determinado, por su aptitud reproductiva biológica (...) la naturalización de la maternidad totaliza y unifica semánticamente a la mujer..."* nos dice Rosenberg<sup>70</sup>.

Bajo el ideario patriarcal, ser madre constituye, y no serlo, excluye.

La imagen totalizadora de la maternidad ha calado con creces en las instituciones del sistema penal.

Un ligero vistazo de las disposiciones de las RMTR y de la ley 24.660, es elocuente que la mujer aparece en la legislación penal

---

<sup>68</sup> Arts. 3, 4, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y concordantes CEDAW.

<sup>69</sup> ROSENBERG, Marta I.: *"Maternidad (perspectivas)"*, EN: GAMBA, Susana Beatriz, BARRANCOS, Dora, GIBERTI, Eva y MAFFIA, Diana: *"Diccionario de Estudio de Géneros y Feminismos"*, Biblos, Buenos Aires, 2.007, pp. 208 y ss.

<sup>70</sup> ROSENBERG, *ibidem* pp. 208 y ss.

solitariamente de la mano de su maternidad y su *función procreadora*<sup>71</sup> sin mayores aditamentos de relevancia.

El régimen nacional de la ejecución de la pena, bajo el patrón de equivalencias y de la propugnada universalidad subordina el reconocimiento de derechos de las mujeres detenidas a su *función reproductora*. Este diseño legal, en la medida que aparece aislado de un sistema normativo que asegure con eficacia la preservación de la autonomía sobre su sexualidad y el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres *por su condición de tales*; entraña una concepción formal de la igualdad que difiere a la igualdad sustancial que promete la Constitución, eludiendo la histórica relación asimétrica entre hombres y mujeres.

Viene al punto recordar que Facio y Fries observan con agudeza que "... *la legislación sigue siendo patriarcal cuando sólo nos toma en cuenta en cuanto a nuestra función reproductora estableciendo toda clase de "protecciones" para las mujeres...*"<sup>72</sup>.

En las antípodas del régimen penal ejecutivo, la CEDAW reivindica la *función social de la maternidad*, pero la singularidad reside, en que busca resguardar a la mujer frente a roles estereotipados de género culturalmente establecidos, consagrando una malla de protección que persigue alcanzar la autodeterminación de las mujeres *también* en el ejercicio de la maternidad; con el explícito objetivo de desmontar el modelo de maternidad imperante en el patriarcado.

Al destacar el rol *de los padres en la familia y en la educación de los hijos e hijas*, y consagrar *la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres, y la sociedad en su conjunto*, en la educación de los hijos<sup>73</sup>, la CEDAW ha perseguido dotar a las mujeres de herramientas

---

<sup>71</sup> Maternidad y embarazo son las notas salientes y excluyentes del régimen penal ejecutivo nacional. Las referencias al alojamiento separado de mujeres y hombres; y el gobierno femenino de las cárceles femeninas, son la excepción que aun así, dejan entrever, a más de un lustro de su gestación, la noción de una mujer perteneciente al patrimonio del varón.

<sup>72</sup> FACIO, Alda y FRIES, Lorena: "*GENERO y DERECHO*", LOM ed., Chile, 1.999 1a ed., pp. 59 y ss.

<sup>73</sup> Conf. Preámbulo CEDAW, párrafo décimo tercero: "*Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto*".

dirigidas a asegurar su capacidad de elección de un proyecto de vida propio en el ámbito educativo, laboral y médico asistencial entre otros.

Es incontestable que la *CEDAW* sienta las bases para alterar la histórica distribución del trabajo entre hombres y mujeres apañada en la idea de la maternidad, de factura patriarcal. Este enunciado se ve consagrado a través de lo dispuesto por el artículo 16.1.a del texto de la Convención.

Es más. El *Preámbulo* despeja toda duda cuando advierte en su penúltimo párrafo que “... *para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*”.

En comunión con este propósito, el precepto del art. 5 de la *CEDAW* ostenta especiales repercusiones, puesto que impone a los Estados, la obligación de tomar todas las medidas apropiadas para “*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*”.

Esa referencia al *papel tradicional de hombres y mujeres en la sociedad y familia*, directamente ataca al núcleo del *patriarcado* que ha configurado la relación de subordinación de la mujer respecto del hombre; y da cuenta que la *CEDAW* confiere estatus normativo a los insumos teóricos elaborados por el feminismo.

Harari y Pastorino observan que “*La distribución de las funciones atribuidas dentro del matrimonio constituye el pivote esencial de un sistema de género que coloca a las mujeres en el lugar de la vulnerabilidad y dependencia. Destinada al cuidado de la prole, del marido y del hogar, la mujer es relegada a una tarea que socialmente no está reconocida y que no le permite trascender*”. Esta cosmovisión campea en nuestros días mayormente en el razonamiento de las resoluciones judiciales<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup>HARARI, Sofía, PASTORINO, Gabriela L.: “*Acerca del Género y el Derecho*”, EN BIRGIN, Haydeé, compiladora: “*El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*”, Biblos, Buenos Aires, 2.000, pp. 121 y ss..

Desde luego, la cuestión de la maternidad está directamente asociada con el control del cuerpo de la mujer, y se manifiesta simultáneamente en las limitaciones que le son impuestas para poder decidir libremente sobre su proyecto de vida en torno a la procreación en prisión. La polémica sobre el aborto, muestra sin escaramuzas, la dimensión pública que asume el conflicto entre los sexos.

Las restricciones al acceso a la educación e información sexual para las mujeres, siempre ha restringido su autodeterminación, especialmente cuando convergen otros condicionantes sociales, raciales, ideológicos, religiosos; los cuales, sumados a la interferencia de mandatos de género, son variables que permiten germinar impedimentos para que las mujeres puedan planificar su procreación libre y responsablemente. Como dice Pitch, "*... que el control de la reproducción no se deje a las mujeres, que al contrario éste implique disciplina y sujeción de los cuerpos y mentes femeninas (...) plantea una cuestión ética y política capital*". Las posiciones reaccionarias que obstruyen toda posibilidad de reconocimiento a las mujeres del poder de decisión sobre sus cuerpos, en estas cuestiones trascendentales de su vida, entre otras cosas, evidencian un pertinaz desconocimiento del estatus de sujetos plenamente morales de las mujeres<sup>75</sup>, y denota ejercicio de poder.

Esta situación cobra dimensiones mayúsculas en prisión, como consecuencia de las deficitarias prestaciones médico asistenciales, educativas, que predominan en las cárceles de mujeres y la pertenencia de su población, a los sectores más desposeídos de la sociedad. Como la condición materna es presentada en el discurso penitenciario como fuente de "beneficios", la gestación en prisión es estimulada subrepticamente, y las tasas de embarazos crecen en una espiral incesante<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> PITCH, Tamar: *"Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad"*, Trotta, Madrid, 2.003, pp, 98.

<sup>76</sup> Recientes estudios en el Reino Unido dieron cuenta de la multiplicación del índice de nacimientos dentro de los centros de detención de mujeres. Situación asimilable puede constatarse en los establecimientos bonaerenses según fuentes propias. PANAYOTOPOULOS CASSIOTOU, Marie: *"Perspectivas penitenciarias europeas. Informe sobre las mujeres y los niños en las prisiones"*. EN: AÑANOS, Fanny T. coordinadora: *"Las Mujeres en las prisiones. La Educación Social en contextos de riesgo y conflicto"*, Gedisa, España, 2.010, pp. 157 y ss..

La CEDAW a través del artículo 16, consagró en 1.979 el pleno derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el intervalo entre nacimientos, y el acceso a los medios materiales, información y educación para poder ejercer ese derecho. Sin embargo, aun persisten serios obstáculos materiales y jurídicos que lo impiden y que afectan a las mujeres que provienen de las franjas más desventajosas<sup>77</sup>.

Este aspecto debe integrar la reformulación de los derechos de las mujeres penalizadas, desde la faz educativa a la órbita médico asistencial.

Este panorama, expone que la modernidad no ha podido desmembrar el aura que encubre a la concepción patriarcal de *maternidad*, que en el plano fáctico ostenta ribetes diferenciales respecto de las cargas de la paternidad para el hombre; y que como toda función estereotipada asignada a las mujeres, permanece sometida a rigurosas prácticas represivas.

Por eso no sorprende, que el recurso a la *maternidad* como fuente de la sobrepenalización de las mujeres, haya sido empleado recurrentemente por el sistema penal de modo atemporal<sup>78</sup>, castigando más severamente a la mujer madre capaz de alzarse contra la ley; situación inconcebible respecto del varón padre.

En nuestro medio, hay antecedentes, que se remontan al año 1.793. La historia muestra un caso donde al ser acusada una mujer por colaborar con su hijo en la falsificación de unos reales moneda, se bregó por la aplicación de pena de presidio a la mujer, con el manifiesto designio de "escarmentar" -no sólo a toda la sociedad en general-, sino a las *mujeres madres* en particular "... a efecto que la libertad de que quedo probada, de en otras madres el escarmiento que debe consultarse no menos que el castigo"<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> BARRANCOS, Dora: "*Mujeres en la sociedad argentina – Una historia de cinco siglos*", Sudamericana, Buenos Aires, 2.010, pp. 224, 316 y ss.

<sup>78</sup> Smart nos ofrece un claro ejemplo del "derecho como estrategia creadora de género" cuando evoca que en Inglaterra en 1.623 se creó un nuevo delito y una nueva delincuente, el asesinato del bebé bastardo por su madre pasó a ser castigado con pena capital, incluyendo la presunción de culpabilidad de la madre por la muerte del recién nacido. Esa fue la forma en que ingresó la mujer en el discurso legal anglosajón. SMART, Carol "*La teoría...*" *ibídem* pp. 45 y ss.

<sup>79</sup>VASSALLO, Jaqueline: "*Mujeres Delincuentes. Una mirada de género en la Córdoba del siglo XVIII*", Centro de Estudios Avanzados Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2.006, p. 522.

Incluso en la reciente dictadura militar argentina, los represores se permitieron reprocharles a las Madres de Plaza de Mayo, no haber sabido *cumplir* con el mandato de encauzar adecuadamente a sus hijos<sup>80</sup>.

La exaltación de la maternidad como único horizonte de realización de la mujer, siempre ha sobrevolado todas las formas de control social y en especial, al discurso penal.

Esto empapa de sospecha al régimen penal de ejecución de la pena de prisión que sólo parece reconocer derechos a las mujeres *madres* detenidas, es decir a aquellas que han cumplido el mandato de género, aunque lo hace tramposamente para anclar a las mujeres a funciones estereotipadas.

Mientras la legislación penal y procesal penal, muestra que los rasgos distintivos regulatorios de la mujer aparecen básicamente en función de su maternidad; no por obra del azar, no hay mención alguna a la paternidad de los varones en situaciones de encierro.

*"El niño con quien debe estar es con su madre"*. Yagüe Olmos vislumbra en esta afirmación una *"sentencia plenamente asumida en el inconsciente colectivo. Lo fue en la sociedad del siglo XVII cuando las primeras cárceles llamadas Galeras, acogieron a las mujeres que por pobreza o "debilidad moral", se apartaron del rol predeterminado para el sexo femenino"*<sup>81</sup>. Este modelo se mantuvo a lo largo del correccionalismo, y pervive en nuestros días sin turbaciones, y es retroalimentado institucionalmente. La referida autora, al posar su mirada sobre el rol paternal, debatiéndose sobre el padre ausente o inexistente, apunta que *"... la entrada del menor en el medio carcelario es una decisión crucial que habría de contar con el acuerdo expreso de las dos personas que ostentan plenos derechos sobre la patria potestad"*<sup>82</sup>.

No se trata de renegar de los derechos y deberes que conlleva la maternidad, pero dentro de un contexto normativo que reconozca a la mujer como sujeto de derechos.

---

<sup>80</sup>BARRANCOS, Dora: *"Mujeres en la sociedad argentina – Una historia de cinco siglos"*, Sudamericana, Buenos Aires, 2.010, p. 268.

81 YAGÜE OLMOS, Concepción: *"Madres en Prisión: Historia de las Cárceles de Mujeres a través de su vertiente maternal"*, Comares, Granada, 2.006, p. 199.

82 YAGÜE OLMOS, *ibidem* pp. 189 y ss.

La maternidad en prisión, implica una situación de alta complejidad para la mujer, respecto de lo cual poco se ha reflexionado, ya que tradicionalmente fue exhibida como un *beneficio* para las detenidas. Sin embargo el desinterés de sus repercusiones reales en *perjuicio de las propias mujeres*, ha sido siempre una constante.

Se ha devaluado que las mujeres detenidas residentes con sus hijos e hijas deben afrontar solitariamente<sup>83</sup> su crianza en un ámbito hostil, artificioso y violento, que no asegura condiciones mínimas de habitabilidad, como lo informa el actual escenario carcelario. Las huelgas de hambre de las detenidas en las cárceles bonaerenses demandando atención médica para sus niños menores de 4 años de edad con bronquiolitis, son ilustrativas al respecto.

El desinterés del sistema penal por el encarcelamiento de niños residentes con sus madres<sup>84</sup>, es la cara de más brutal de su nivel de crueldad. El alto grado de carencias a las que son expuestos esos/as niños/as, adicionan un adicional sufrimiento a sus madres detenidas, inédito para los varones padres.

Yagüe Olmos pronostica sin equivocarse que el tránsito hacia un trato penal igualitario podrá concretarse cuando las legislaciones recojan el mandato igualitario que expresa la reciente recomendación REC (2.006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que no diferencia el sexo del progenitor que puede ingresar en prisión con un hijo de corta edad; y observa sagazmente que "... *Esta posibilidad abrirá otra vía de debate interesante (...). Habrá que crear estructuras específicas para estos padres O más bien, ¿se plantearán módulos mixtos de madres y padres?*"<sup>85</sup>. La experiencia de las cárceles europeas fomentando la utilización de soluciones alternativas a la prisión en estos casos, la creación de módulos mixtos, y la difusión de otros dispositivos

---

<sup>83</sup> Las investigaciones de campo efectuadas en el curso de mi tesis doctoral confirmaron que, replicando una tendencia global retratada por los estudios de Almeda, Bodelón, Del Olmo y otras fuentes, el ingreso de las mujeres en prisión, a diferencia de lo ocurrido a los varones suele implicar el abandono de sus compañeros del mundo libre y también de su entorno familiar. DEL OLMO, Rosa: "*Criminalidad y Criminalización de la Mujer en la Región Andina*", Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD-, Ed. Nueva Sociedad, Venezuela, 1.998, p. 205.

<sup>84</sup> Actualmente la cantidad de niños privados de libertad junto con sus madres, menores de 5 años de edad son entre 90 y 100 estimativamente. Fuente: S.P.B., agosto 2012.

<sup>85</sup> YAGÜE OLMOS, Concepción: "*Madres en Prisión: Historia de las Cárceles de Mujeres a través de su vertiente maternal*", Comares, Granada, 2.006, pp. 190 y ss.

dirigidos a conjurar el debilitamiento de lazos materno filiales, es alentadora<sup>86</sup>.

Estas vías de solución, deberían ser implementadas desde la perspectiva de promover el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres detenidas como tales, es decir concibiéndolas *como sujetos de derecho autónomos por el ordenamiento jurídico*, y no reduciéndolas a cuerpo gestante o materno, tal como se deriva de una legislación secundaria machista que se ciñe a ese ámbito de reconocimiento.

Desde luego, en el terreno práctico, ello comprenderá a su vez, observar la *prohibición de la trascendencia de la pena* y dar respuesta al *interés superior del niño, enmarcado en la tutela compartida*<sup>87</sup>, pero no a través de una ecuación inversa que ubique en un plano secundario a las mujeres. Al respecto, sagazmente, enfatiza Pitch, que "el interés del menor es una típica norma en blanco, sujeta por tanto a interpretaciones diferentes según los valores y cultura de los jueces"<sup>88</sup>.

El derecho es androcéntrico no sólo cuando el patrón de lo humano es el varón<sup>89</sup>, como ocurre indisimuladamente con el régimen ejecutivo de la pena, sino, cuando las normas jurídicas, contribuyen a mantener a las mujeres en "su sitio", confinándolas al interior del hogar bajo el pretexto de su rol en la maternidad<sup>90</sup>, como lo muestra la normativa bajo estudio.

El sexismo en el derecho tiene consecuencias materiales muy visibles, que se ven reditadas en argumentaciones jurídicas

---

<sup>86</sup> PANAYOTOPOULOS CASSIOTOU, *ibidem*, pp. 158 y ss. Por otra parte, Naciones Unidas no ha pasado por alto el estado actual de la cuestión de acuerdo lo evidencia el Proyecto de Revisión y Actualización de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos donde se aprecia la pluma de uno de sus jerarquizados redactores, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Otra iniciativa plausible es la que nos brinda el Borrador de las Reglas de Bangkok. Estos instrumentos buscan actualizar y enriquecer el sistema de garantías que asiste a las mujeres privadas de libertad, encaminado a conferir certeza al objetivo resocializador.

<sup>87</sup> La tutela compartida plantea aspectos controversiales, ya que cuando la pareja se deshace, hay una proclividad de los hombres a perpetuar el dominio de la mujer a través de los hijos, tal cual ha sido estudiado por Pitch. PITCH, T. "Un derecho..." *ibidem*, pp. 121 y ss.

<sup>88</sup> PITCH, T. "Un derecho..." *ibidem*, pp. 152 y ss.

<sup>89</sup> FACIO, Alda: "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". EN: FACIO, Alda y FRIES, Lorena: "Género y Derecho", LOM, Chile, 1.999, pp. 99 y ss.

<sup>90</sup> SMART, Carol: "Regulating families or legitimating patriarchy?"; EN: "International Journal in the Sociology of Law" X 2, 1.982, pp. 129 y ss.

construyendo respuestas que reafirman la consolidación de las mujeres en la *esfera privada* como ámbito excluyente de su existencia<sup>91</sup>.

Este trasfondo pone en evidencia la necesidad de deconstruir los contornos de la noción de maternidad acuñada por el sistema patriarcal como presupuesto metodológico al revisar la legislación que preside la ejecución de la pena. Explorar el derecho desde la dimensión de las dicotomías sexuales, nos lleva a descubrir la posición binaria y jerárquica de un discurso, porque la fijación discursiva de un tipo de mujer –por ejemplo la mujer madre- opera en la construcción de la subjetividad de la mujer.

De acuerdo diagnosticara Bodelón “... *el sistema penal construye relaciones de subordinación, construye género y esto lo puede hacer discriminando o igualando. Todo ello no significa que las mujeres sean los sujetos peor tratados por el sistema penal, sino que el sistema penal refuerza una determinada identidad del ser social mujer que se suma a otras relegaciones*”<sup>92</sup>.

Por último, la historia del encarcelamiento femenino, expresado en términos de desviación moral de la mujer de roles imperantes, impone diseñar un modelo dirigido a conjurar todo intento de sustitución coactiva de los valores morales de las mujeres condenadas, y el resguardo de su autonomía personal en miras a la construcción de un ser social mujer que recoja la diferencia y asegure plenamente su autodeterminación.

Remover concepciones estereotipadas de género en el ámbito jurídico penal, remite a la influencia del juego armónico de la legalidad y reserva penal de los arts. 18 y 19 de la C.N., que conducen a neutralizar todo rasgo moralizante del modelo resocializador y todo atisbo de punición que se aleje de la culpabilidad por el acto.

---

<sup>91</sup>El Comité Contra la Tortura de la Provincia de Buenos Aires pudo relevar que, las argumentaciones brindadas por los defensores están enroladas en una visión naturalizada de la maternidad en prisión, rescatando el perjuicio que padecen los niños, con el ingrediente que “... *estos argumentos se encargan de reforzar el ejercicio adecuado de la maternidad, incluso en los lugares de detención o cuando se obtengan medidas alternativas a la prisión*”. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *ibídem*, pp. 286 y ss.

<sup>92</sup> BODELON GONZALEZ, Encarna: “*Mujer inmigrante y sistema penal en España. La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal*”. EN: BODELON GONZALEZ, Encarna y ALMEDA SARAMANCH, Elizabet: “*Mujeres y Castigo: Un enfoque socio jurídico y de género*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2.007, pp. 105 y ss.

## **2º) La garantía a un trato digno y exento de violencias de las mujeres condenadas:**

Como derivación del *principio de humanidad de las penas y la prohibición de pena de muerte, penas crueles, inhumanas o degradantes, el derecho a un trato digno*, debe redefinirse en términos de la construcción de la *garantía a un trato digno y exento de violencia de las mujeres privadas de libertad*.

Esta propuesta es obligada a partir de las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que conjuntamente con las RMTR, y las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; conforman el estatus jurídico de las mujeres privadas de libertad, tal como lo ha sostenido la C.I.D.H., en el "*Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*"<sup>93</sup>.

En contextos de encierro, los preceptos de la Convención de Belem do Pará conjugados armónicamente con los de la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; constituyen un valladar al ejercicio del poder punitivo estatal, ya que el Estado no sólo debe asegurar un trato digno y exento de toda clase de violencia *incluyendo de género* contra las mujeres detenidas, sino que además, *debe adoptar las medidas adecuadas para su prevención, sanción y erradicación con la debida diligencia; y eventualmente, será responsabilizado inclusive, por su mera tolerancia pasiva*<sup>94</sup>.

El sistema de protección interamericano de las mujeres contra toda forma de violencia, añade otro motivo de peso, para habilitar un proceso de reforma sustantivo del régimen legal de ejecución de la pena privativa de libertad de las mujeres, que estará condenado al fracaso si no se propone conjuntamente democratizar estructuralmente la institución carcelaria y el sistema de justicia penal.

Las diversas formas de violencia contra las mujeres cometidas o posibilitadas por agentes estatales, tiene un grado de invisibilización

---

93 Corte Interamericana de Derechos Humanos, rta.: 25/11/2.006.

<sup>94</sup> Así se infiere necesariamente del juego armónico de los arts. 1 a 7.

extremo, especialmente en un ámbito constitutivamente represivo como es la cárcel de mujeres, y ciertamente, esta problemática no puede abordarse desde los condicionantes que ofrece un modelo de prisión que dispone de un esquema institucional militarizado que suele protagonizar gravísimas violaciones a los derechos humanos de las personas detenidas.

De ahí que la implementación de mecanismos para revertir la violencia carcelaria, tal como resulta serlo el funcionamiento del protocolo Opcional a la Convención contra la Tortura; son ingredientes sustanciales para comenzar a concebir dispositivos para prevenir la violencia de género en prisión.

### **A modo de conclusión:**

La cárcel punitiva no es el ámbito apropiado para desbaratar un orden social patriarcal. El sistema penitenciario se asienta en un modelo castrense y fuertemente verticalizado donde la *totalidad de la gestión carcelaria* gira en torno a la producción de *orden y seguridad*<sup>95</sup> -en desmedro de la necesidad de crear las bases para el *buen orden*<sup>96</sup> que permita contribuir con procesos tendientes a la posterior reintegración social de las personas privadas de libertad al mundo libre-; y de esa forma, impide abrir márgenes para concebir una institución respetuosa de los derechos de las minorías desventajosas.

El predominio de mecanismos de gestión y prácticas reflejas al ejército, con el agregado de altas dosis de arbitrariedad, promueve reafirmar dicotomías jerarquizadas en función de lo masculino; y este aspecto pasa a ser un importantísimo condicionante estructural, que impide garantizar en los hechos a las mujeres detenidas un trato no discriminatorio.

Por eso toda reformulación en el ámbito del reconocimiento de las mujeres privadas de libertad, está condenada al fracaso si no va acompañada de una reforma estructural de un sistema penitenciario que

---

<sup>95</sup>SALINAS, Raúl: “*El problema carcelario*”, Claves para Todos, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2.006, pp. 45 y ss.

<sup>96</sup>NACIONES UNIDAS, “*General Report of the Permanent Latin America Committee for the Revision and Actualization of The Minimun Rules of The United Nations for the Treatment of Prisoners*”, Consulado de Justicia de Brasil, Brasilia, 2.010, p. 109.

no se ha despojado de condiciones de arrastre de la pasada dictadura militar, que aun pervive en su matriz, y de un sistema de justicia penal altamente discriminatorio que persiste en juzgar a las mujeres con baremos sexistas.

Desde el análisis bi-dimensional de la política criminal, la brecha existente entre *normatividad y realidad*, atraviesa a hombres y mujeres detenidos; pero se agudiza para este nuevo colectivo que ha ganado mayor presencia, que son mujeres triplemente vulnerabilizadas: sea por el patriarcado, por su pertenencia socio económica a los estratos más rezagados de la sociedad, y por haber caído en las redes de un sistema penal que se encarniza vorazmente con los sectores más desventajosos.

El régimen de ejecución de la pena privativa de libertad de las mujeres, confirma nuevamente que el ordenamiento legal es "*tecnología de género*"<sup>97</sup>, y actúa como mecanismo fijador de las diferencias de género, que construyen la feminidad y masculinidad con modalidades opuestas.

Desde el plano legislativo, judicial, y administrativo predomina una conceptualización de la institución carcelaria destinada a varones, al amparo de la representación hegemónica del hombre, en principio; donde, los tímidos intentos por tutelar los derechos de las mujeres privadas de libertad se han circunscripto a la mujer presa madre, y embarazada.

El menú de respuestas estatales a este fenómeno, se limita a la subcategoría de detenidas *madres* en prisión, sobrevalorando y reforzando estereotipos de género; desconociendo además, las distintas variables que atraviesan la especificidad femenina, y pasando por alto la perspectiva de género. Con el aditamento singular que esta categoría analítica conforma el modelo de relación entre los sexos trazado por la

---

97Laurentis, T.: "*Technologies of Gender*", Bloomington Indiana University Press, 1.987, citado por SMART, Carol: "*La Teoría Feminista y el Discurso Jurídico*", publicado en BIRGIN, Haydeé, compiladora: "*El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*", Biblos, Buenos Aires, 2.000, pp. 31 y ss.

Constitución Argentina al reconocer jerarquía supralegal a la carta contra la discriminación femenina (CEDAW)<sup>98</sup>.

En las últimas décadas los estudios feministas han proporcionado un singular aporte, consolidando un campo científico que se extiende a la totalidad de las disciplinas y ámbitos del conocimiento, con una presencia muy significativa en las ciencias sociales, y en los saberes jurídicos. Sin embargo la repercusión de este instrumental teórico en la esfera de las políticas públicas, es aun escasa.

Ello explica que se haya minimizado que el concepto de *violencia de género incluye todas las formas de violencias contra las mujeres*, que en el sistema patriarcal el hombre ejerce su dominio sobre la mujer recurriendo también a la violencia institucionalizada, promovida y tolerada a través de la familia y el Estado<sup>99</sup>; y que la cárcel punitiva es justamente, la *herramienta de gestión estatal más violenta* por antonomasia.

El desafío es formular una teoría feminista del derecho, que conciba a la mujer *en sí y para sí*, como sujeto de derecho plenamente capaz, la cual, se halla en situaciones estructurales que condicionan el pleno ejercicio efectivo de sus derechos. Esto, es un punto de partida clave para comenzar a repensar el estándar jurídico de las mujeres encarceladas. Patriarcado, y neocolonialismo son una alianza reaccionaria indisimulable. Los logros alcanzados por las mujeres son fruto de conquistas arrancadas a los poderosos que imponen su dominio sobre el planeta, a fuerza de siglos de luchas. La situación de opresión de las mujeres se inscribe dentro de la problemática global de todo tipo de opresión y explotación humana, y está atravesada por *otras* desigualdades.

Integrar las categorías del derecho antidiscriminatorio a los límites tradicionales que condicionan la legitimidad del ejercicio del poder punitivo estatal, abre un horizonte que excede dar vitalidad a los derechos humanos de las mujeres y que se extrapola en beneficio de *todas las minorías vulnerabilizadas*. Me enrolo en la idea rectora que "e/

---

<sup>98</sup> CEDAW, es la sigla inglesa de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer.

<sup>99</sup> FACIO, Alda y FRIES, Lorena: "*Género y Derecho*", LOM, Chile, 1.999, p. 45.

*feminismo no se circunscribe a luchar por los derechos de las mujeres, sino a cuestionar profundamente y desde una perspectiva nueva, todas las estructuras de poder, incluyendo –pero no reducidas- a las de género”<sup>100</sup>.*

---

<sup>100</sup> Facio y Fries, *ibidem*, pp. 263 y ss.