

La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos.

(Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)

Por Rubén A. Alderete Lobo

1. Introducción

De las diversas formas que adopta la violencia por cuestiones de género, el encarcelamiento es una de las más intensas. De hecho, la cárcel es, en sí misma, una herramienta violenta y constituye una de las manifestaciones más extremas del poder estatal. Las particulares consecuencias perniciosas que las mujeres sufren por el hecho de estar privadas de su libertad se intensifican en varios aspectos diferenciados, entre los cuales, sin dudas, la posibilidad de cumplir el encierro junto con sus hijos se destaca especialmente.

La realidad muestra la asunción natural por parte de estas mujeres del estereotipo social del rol materno lo que les ocasiona un sufrimiento que se anexa a la aflicción por la pena. Para ellas, el fracaso en el desempeño de ese rol; los obstáculos que la cárcel les presentan para ser “buenas madres” son también una “pena” accesoria que viene de la mano del encarcelamiento.¹

La importancia de comprender acabadamente este aspecto de lo que implica el encarcelamiento de mujeres, es central para el tratamiento adecuado y abordaje de los problemas y conflictos jurídicos que plantea la situación de las madres presas. Mayormente, los operadores jurídicos y otros actores cuyo desempeño gira en torno de la cárcel, adolecemos de esta perspectiva en el desempeño de nuestras funciones. Esta grave falencia trae consigo consecuencias y afectaciones intensas a derechos fundamentales de las mujeres privadas de libertad que podrían evitarse o revertirse. La incorporación del enfoque de género al tratamiento de la conflictividad carcelaria es un

¹ Cfr. CELS, MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN, PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *“Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo”*. Siglo XXI, 2011, p. 151.

paso trascendental para garantizar los derechos de las mujeres privadas de libertad e ineludible para quienes tenemos a nuestro cargo bregar por la defensa, materialización y respeto de esos derechos.

En este trabajo no pretendemos, ni sería posible, aportar elementos que permitan incorporar este enfoque para dar solución al universo de problemáticas específicas que rodean la situación de las mujeres encarceladas. Tan sólo intentaremos acercar algunas herramientas útiles que pueden servir de base para encarar la defensa técnica desde una perspectiva de género y lograr con ello reforzar la argumentación jurídica de los planteos que cotidianamente se realizan ante los tribunales.

La propuesta de este ensayo, entonces, partirá de una situación jurídica conflictiva específica que carece de solución en la normativa interna, pero que podría hallarla desde una interpretación constitucional basada en la incorporación de la perspectiva de género y de normas de derecho internacional que, como desarrollaré aquí, hoy son pauta hermenéutica del art. 18 de la CN. Se trata de la situación de mujeres extranjeras presas con sus hijos en cárceles de nuestro país, y que carecen de todo vínculo social y/o afectivo con nuestro medio. La expulsión del país que la Dirección Nacional de Migraciones decreta en contra de estas mujeres, sumado a la imposibilidad material que tienen de poder acceder a modalidades alternativas como la prisión domiciliaria, generan afectaciones de especial gravedad a las que intentaremos aquí dar solución con una propuesta concreta: El retorno inmediato, sin observancia de plazo alguno, de las mujeres en esta situación, a su país de origen.

2. El conflicto de intereses estatales que plantea la situación de mujeres extranjeras condenadas a prisión que se encuentran en situación migratoria irregular.

La existencia de personas de nacionalidad extranjera en conflicto con la ley penal representa, para el Estado, un conflicto de intereses que debe ser resuelto por aquél mediante el diseño de políticas públicas coherentes. Por un lado se plantea la cuestión vinculada con la medida en que deben reprimirse las conductas llevadas a cabo por personas extranjeras en situación irregular y, por el otro, la pretensión de satisfacer intereses derivados de la política migratoria del Estado. En otras palabras, la existencia de personas extranjeras condenadas por delitos en nuestro país, encierra para el Estado un problema complejo que yuxtapone las necesidades punitivas que éste se propone con

la finalidad de mantener vigentes ciertas pautas en materia de admisión y permanencia de migrantes en nuestro territorio.

Como se advierte, el problema no es sencillo. Mientras el Estado se propone, inicialmente, encarcelar a las personas extranjeras que llevan a cabo conductas contrarias a la ley penal, al mismo tiempo dicta órdenes administrativas de expulsión del país con prohibición de regreso.

La imposibilidad de llevar a cabo conjuntamente ambas decisiones ha generado la creación de un mecanismo previsto en la ley 25.871² que autoriza la ejecución del acto administrativo de expulsión cuando la persona haya cumplido la mitad de la condena.

El artículo 64 de la ley 25.871 dispone textualmente lo siguiente: Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de:

a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente.

El análisis del texto legal permite identificar tres requisitos objetivos para la procedencia de la ejecución inmediata del extrañamiento, a saber: a) Firmeza del acto administrativo de expulsión; b) Que el condenado haya cumplido en privación de libertad el tiempo mínimo de ejecución que le permitiría ser incorporado al régimen de salidas transitorias (artículo 17. I de la ley 24.660); c) No poseer un proceso abierto en el cual interese su detención, u otra condena pendiente (artículo 17.II de la ley 24.660).

Al mismo tiempo, la consecuencia jurídica más importante de la materialización del acto de expulsión es que éste da por cumplida la pena de prisión que venía cumpliendo el sujeto pasivo del extrañamiento.

Se advierte, en principio, que el artículo 64 de la ley 25.871 se relaciona directamente con un aspecto del procedimiento previsto para la expulsión del país de una persona extranjera en situación irregular. La misma ley en su artículo primero se encarga de sostener esta afirmación pues establece expresamente que “la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas se rigen por las disposiciones de la presente ley y su reglamentación”. Sólo tangencialmente, aunque no por ello de manera irrelevante, la

² Ley de Política Migratoria Argentina, sancionada el 17 de diciembre de 2004 (B.O. 21/1/2005).

norma contiene una disposición que interesa especialmente al derecho penal, pues se ocupa de establecer consecuencias jurídicas al acto de expulsión que repercutirán en la manifestación de mayor importancia del ordenamiento punitivo; o sea, en la pena.

El desarrollo que ha tenido la aplicación práctica del instituto obliga a revisar la conveniencia de realizar una tajante distinción entre la naturaleza del acto administrativo de extrañamiento y la ejecución de la pena que padece la persona extranjera cuya situación fue declarada irregular. Esa diferenciación, fundamentalmente relacionada con el carácter de cada decisión y sus consecuencias, tiene repercusiones de relevancia en cuanto al deslinde de facultades entre el órgano judicial que controla el cumplimiento de la pena, por un lado, y, por el otro, el administrativo que pretende materializar el extrañamiento ya dictado dentro de su órbita específica de actuación.

El problema de la determinación de los roles de la Administración y del Poder Judicial para hacer efectiva la expulsión de personas condenadas, plantea inicialmente determinar si trata, o no, de una disposición esencialmente administrativa por cuanto regula la oportunidad para que la Dirección Nacional de Migraciones haga efectivo lo resuelto en un acto dictado dentro de su esfera de competencia. Una separación total de las facultades de uno y otro órgano del Estado, llevaría a considerar que tanto el dictado como la efectivización del extrañamiento, propiamente dicho, correspondería a la autoridad administrativa. El juez penal, en principio, no podría intervenir en esta decisión ni decidir sobre la oportunidad para llevar a cabo el acto, porque su avocación a la cuestión estaría vinculada con la decisión inicial del órgano administrativo.

En definitiva, según este modo de ver, la Dirección Nacional de Migraciones sólo requeriría el auxilio de la autoridad judicial para proceder a expulsar del país a una persona que cumple condena. El Poder Judicial carecería, en este sentido, de jurisdicción para impedir el extrañamiento por cualquier razón ajena a tales exigencias, o bien por el contrario, para forzar a la administración a proceder a ella.

Como se adelantó, el desarrollo que ha tenido en nuestro medio esta cuestión, a siete años de la sanción de la ley de Política Migratoria Argentina, exige repensar esta tajante distribución de roles. El frío análisis estrictamente normativo y de competencias parecía orientar como correcto, en una etapa incipiente de la aplicación del instituto, el deslinde absoluto de la intervención de cada actor. Sin embargo, la cuestión hoy parece exigir un criterio bastante más laxo que englobe, o al menos comprometa, puntos de contacto centrales entre la política migratoria y criminal del Estado.

La concepción tradicional del acto administrativo de expulsión, indica que éste consiste en una facultad discrecional del órgano administrativo migratorio. Esta concepción significa, ni más ni menos, negar al sujeto pasivo toda facultad de reclamar la materialización de su expulsión; en otras palabras, negar el carácter **de derecho subjetivo** a dicho acto. Este problema ha sido identificado por Dibur para quien, como aparece redactado el artículo 64, el interno condenado extranjero podría solicitar, en forma directa o indirecta, su propia expulsión en mira a eludir la ejecución penal.³ Esta posibilidad que otorga la norma significa, según el autor, “que se deja en manos del condenado la decisión de poner fin, sin más, a la pena impuesta, hecho éste que se enmarca en lo absolutamente antijurídico”.⁴ La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación parece avalar el criterio esbozado desde que ha admitido que la potestad para legislar sobre admisión, permanencia y expulsión de extranjeros y controlar el cumplimiento de tales disposiciones, se halla implícitamente reconocida en el texto constitucional como natural derivación de la soberanía del Estado.⁵

Es cierto que la idea de que exista un “derecho” a la expulsión, puede parecer, en cierto modo, exagerada; fundamentalmente porque expulsar a una persona del territorio y prohibirle su regreso (en ocasiones en forma perpetua) es una de las manifestaciones más extremas del poder del Estado. Sin dudas que, luego de la facultades de encarcelar, la posibilidad de expulsar de su territorio a personas extranjeras y prohibirles temporaria o definitivamente su regreso es la potestad más violenta que se reservan los Estados, más aún en un mundo cada vez más globalizado como el que nos toca vivir.

Sin embargo, repensando la cuestión y analizando el impacto práctico que ha tenido en nuestro medio la instrumentación del extrañamiento anticipado de extranjeros condenados exige rever el criterio. Ello se impone pues existen razones de peso para abandonar aquella concepción tradicional que sugiere que la expulsión es un acto absolutamente discrecional del Estado.

En nuestro caso, Argentina ha “optado” a través de esta ley por privilegiar sus intereses migratorios por sobre los punitivos, desde que acepta resignar la mitad de la sanción penal impuesta en aras de lograr que la persona extranjera sea devuelta a su país de origen. Esto implica que a partir de la existencia de la expulsión prevista en la ley

³ Cfr. DIBUR, José Nicasio “*El artículo 64 de la ley de Política Migratoria Argentina: Una norma inconstitucional*” en La Ley, suplemento del miércoles 4 de mayo de 2005.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. CSJN, fallos 151:211, 164:344.

25.871, los diferentes órganos del Estado que participan en el procedimiento se encuentran **obligados** a llevar adelante líneas de acción directa para lograr que los extrañamientos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones se materialicen en los términos que la ley ha fijado.

Si bien puede discutirse, si se quiere a nivel doctrinario, que esta norma genere un “derecho” a la expulsión, esta controversia de exclusivo interés dogmático, no puede autorizar a que los órganos administrativos y judiciales puedan permanecer impávidos frente a la existencia de personas detenidas por sobre el plazo que la ley previó para que se produzca su expulsión del país. El Estado Argentino ha orientado a través de la ley 25.871, una voluntad clara de que estas personas sean devueltas a su país de origen no más allá del cumplimiento de la mitad de la condena. Si a eso le sumamos la voluntad expresa exteriorizada del sujeto pasivo de la decisión de expulsión, claramente estamos frente a un caso en el que todos los actores participantes están de acuerdo con la solución.

La realidad de la aplicación del instituto ha demostrado que las personas extranjeras que se encuentran presas en nuestro país, ven en este mecanismo una salida que permite reducir los efectos del encarcelamiento y su retorno al medio libre en su país de origen. Esto ha sido reafirmado en un importante pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que se sentó el criterio de que la expulsión contenida en el artículo 64 inciso “a” de la ley 25.781, lo que persigue es hacer cierto el derecho a la resocialización y en pos de ello es que propugna que el extranjero sea devuelto a la sociedad que le es afín.⁶

Frente a la magnitud del derecho en juego, que pone sobre el tapete la estructura básica sobre la cual se apoya la ejecución de la pena en nuestro país,⁷ parece claro que el compromiso del poder judicial y su involucramiento para garantizar el desarrollo adecuado y tempestivo de los trámites de expulsión es innegable, y debe ser reclamado enérgicamente.

3. La situación particular de las mujeres extranjeras presas con sus hijos.

⁶ Cfr. CNCP, Sala I, “Chukura O’Kasili, Nicholas s/rec. de inconstitucionalidad”, c. 5795, rta. 28/2/2005.

⁷ El artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. A su vez el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

La situación de mujeres extranjeras encarceladas con sus hijos trae consigo agravamientos de particular intensidad que, en principio, aparentan no encontrar solución normativa en nuestro ordenamiento infraconstitucional. El art. 195 de la ley 24.660, autoriza a que las mujeres puedan retener a sus hijos en el establecimiento penitenciario hasta los cuatro años de edad. Luego, el niño debe egresar del sistema carcelario.

Para las mujeres extranjeras con hijos menores de 4 años, que sus niños permanezcan en la cárcel no es una opción sino, más bien, una circunstancia inevitable. La falta de arraigo y de relaciones con personas de nuestro entorno, genera que sean las únicas que puedan cuidar de sus niños y, en consecuencia, éstos se ven forzados a sufrir el encarcelamiento con ellas.

No cabe duda que del abanico de posibilidades que se presentan para evitar la destrucción del vínculo materno-filial que propone el encarcelamiento de mujeres madres, la permanencia de los niños en la cárcel es la menos deseable y la que ha merecido mayores embates. Un niño de hasta cuatro años que vive en un establecimiento penitenciario, sin duda alguna está también “preso” y recibe por una suerte de propiedad transitiva la misma condena que su madre.⁸

Incluso intentando obviar el impacto dañino del encierro en sí mismo, el fenómeno de la prisionización y las características de una institución total como la cárcel sin dudas alcanzarían para generar consecuencias irreparables en los pequeños. Las distintas formas de violencia que adopta el encarcelamiento, la falta de privacidad, la conflictiva relación que la lógica de la cárcel plantea entre el personal y las presas, la administración del tiempo y las actividades, las normas de seguridad del establecimiento, las formas de comunicación, los “ruidos de la cárcel” entre muchos otros factores, son condicionantes de la forma en que los niños viven su infancia.⁹

Por otra parte, como se dijo ya, la alternativa que representa la salida de la cárcel de los niños a cargo de una persona responsable que posea una vinculación directa familiar o socio-cultural con el niño y con la madre, no es posible en la situación de mujeres extranjeras, precisamente, por la inexistencia de un referente de esas características.

⁸ Cfr. KALINSKY, Beatriz y CAÑETE, Osvaldo, *“La maternidad encarcelada. Un estudio de caso”*. Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios sobre el Delito, Junín de los Andes, Neuquén, p. 3.

⁹ Para un contacto más profundo de las críticas dirigidas a la permanencia de niños y niñas en prisión junto a sus madres Cfr. INMUJERES MÉXICO y UNICEF *“Niñas y niños invisibles. Hijos e hijas de mujeres reclusas”*, México 2002, p. 62 y ss.

Esto genera que la única llave para la salida de los niños de la cárcel sea su institucionalización o bien la forma matizada de ésta que implica el acogimiento a través de una familia sustituta, decisiones que se adoptan mediante procedimientos en los que la opinión de las mujeres madres tiene nula incidencia. Estas opciones generan consecuencias irreparables para los niños extranjeros quienes, además de la pérdida del contacto con su familia de origen, deben sufrir también una crisis en su identidad cultural, muchas veces la pérdida de su idioma, y también las consecuencias de la adaptación a un entorno social muy diferente del cual serán abruptamente extraídos ni bien su madre quede desvinculada del proceso penal que la retiene en la cárcel, y se proceda a su expulsión del país.

Las consecuencias perniciosas de esta situación también se proyectan especialmente en las mujeres. Ellas cargan con el estereotipo social del rol materno, asumen con pesar el reproche por no haber respondido a esa expectativa y sufren particularmente la desvinculación de sus hijos con culpa, lo que intensifica la aflicción que la pena misma implica. En este sentido, la mujer extranjera madre, sufre mayormente ya que no puede participar activamente en la decisión del destino de sus hijos debido a las limitaciones propias de su condición de persona no insertada en nuestro entorno. Esta obligada a aceptar dejar a sus niños “al cuidado de extraños” y soportar los efectos de la pérdida total de vínculos –incluso indirectos- del niño con su familia e identidad cultural.

Es central destacar que esta desvinculación adquiere, para las mujeres extranjeras presas, el carácter de inevitable en nuestro entorno cuando los niños superan los cuatro años de edad. En ese momento, la normativa penitenciaria es tajante al prohibir la permanencia de los niños junto a su madre en el establecimiento por lo que son forzadas a separarse de ellos hasta que se produzca el acto de expulsión que los retornará a su país de origen. Cualquier relación se deteriora cuando las personas involucradas están separadas y no tienen forma de mantenerse en contacto constante. Para los niños de padres encarcelados, el contacto limitado que tienen con su progenitor(a) que está en la cárcel, la inadecuada calidad del contacto y la estigmatización y vergüenza asociados con el hecho de ser hijo o hija de un preso, puede hacer que mantener la relación con su progenitor(a) sea muy difícil.¹⁰ Estas dificultades que, en general, sufren los hombres y mujeres encarcelados al separarse de sus hijos, se exagera en el caso de mujeres

¹⁰ Cfr. QUAKER UNITED NATIONS OFFICE, “*El impacto que el encarcelamiento de un/a progenitor/a tiene sobre sus hijos*”, Serie Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas, Oliver Robertson, abril de 2007, p. 20.

extranjeras que por la falta de vínculos con nuestro país son las únicas que pueden encargarse de sus hijos.

4. La solución que da el derecho interno es inaccesible en estos casos. La imposibilidad material de obtener la Prisión Domiciliaria.

Como es sabido, la ley 26.472 ha ampliado los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria incluyendo expresamente, en lo que importa a los fines de este ensayo, el supuesto de mujeres madres de un hijo menor de 5 años de edad (art. 32, inc. f de la ley 24.660). La exposición de motivos de la modificación se refiere en forma expresa a que se intenta con ella evitar que la sanción trascienda al individuo responsable penalmente (principio de intrascendencia penal). También se destaca en los fundamentos del proyecto que la privación de la libertad afecta sensiblemente al niño. En este aspecto se expresó que: "...el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo...".¹¹

Esto demuestra, casi sin lugar a discusión, que el Estado argentino ha evidenciado a través de la sanción de la ley 26.472, su preferencia por que las mujeres madres en conflicto con la ley penal permanezcan junto con sus niños pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra. Pero además, y más importante aún, se ha inclinado por que el sostenimiento de este vínculo se garantice prioritariamente fuera de los muros de la cárcel.

Pese a ello, bien sabemos los que cotidianamente intentamos lograr el acceso de las mujeres presas a esta modalidad alternativa al encierro carcelario clásico, que las

¹¹ Cfr. Biblioteca del Congreso de la Nación, Dirección de Referencia Legislativa "*Proyecto de Ley Régimen de Detención Domiciliaria. Fundamentos*", p. 6.

dificultades que se presentan para ello no son pocas. Problemas vinculados con los domicilios propuestos; juicios desfavorables acerca de los referentes y personas que habitan en él y sobre el vínculo materno-filial; utilización de criterios peligrosistas; creación pretoriana de limitaciones no legales vinculadas con la naturaleza de los hechos imputados; evaluación de riesgos procesales que ya presuponen el encarcelamiento preventivo y que se reutilizan para negar la morigeración de él; entre muchas otras trabas, terminan relativizando esta preferencia del legislador por evitar la prisión de las mujeres madres y de sus niños.

No obstante cabe decir que todas estos obstáculos derivados del margen de apreciación que han asumido los operadores involucrados en la decisión son, potencialmente y en alguna medida, pasibles de ser sorteados. Los fallos arbitrarios pueden ser anulados; los pronunciamientos dictados en clara violación al principio de legalidad material pueden ser objeto de impugnación; los informes sociales pueden ser cuestionados y confrontados con otros; las opiniones de la administración y del Ministerio Público Fiscal son susceptibles de ser controvertidas; en fin, todas estas dificultades admiten líneas de acción potencialmente superadoras que permitan el acceso al régimen de atenuación del encierro consagrado en la norma.

Sin embargo, la situación de las mujeres extranjeras privadas de libertad junto con sus hijos presenta un problema que excede cualquier criterio restrictivo que pueda esbozarse y que plantea una realidad, a priori, inmodificable para los actores involucrados: La falta absoluta de arraigo y vínculos familiares y sociales, que permita a las mujeres acceder al régimen que la ley argentina garantiza para quienes se encuentran en su situación.

Esta imposibilidad material genera una situación de desigualdad patente frente a la cual la normativa infraconstitucional aparenta mostrarse indiferente. La realidad ubica a las mujeres extranjeras presas con sus hijos, en una situación sin salida que les imposibilita acceder a la modalidad por la cual el Estado argentino ha optado y las obliga a mantener a sus hijos presos, institucionalizados o a cargo de familias de acogimiento. Todo esto ocurre pese a la particular intensidad y especial situación de vulnerabilidad de las mujeres extranjeras y de sus hijos, quienes se ven forzados a compartir el encierro con su madre o desvincularse (con todo lo que ya explicamos que implica esto para los niños extranjeros).

Bajo el escudo de la falta de previsión legal de la situación planteada, y la recurrente referencia a una imposibilidad material no imputable al Estado, se admite la situación de

ilegitimidad y especial agravamiento de las penas para estas mujeres, además de su trascendencia a los niños que se encuentran con ellas. Todo esto les ocurre, irónicamente, a mujeres a las que el Estado argentino ya decidió expulsar del país, resignando parte importante de la respuesta penal a favor de garantizar su salida y no reingreso. Mujeres con sus niños que de ninguna forma serán reinsertadas en nuestro entorno social y cuya ejecución de la pena (la mitad de ella por cierto) carece absolutamente de objeto válido por poseer una finalidad exclusivamente retributiva (quizás con algunos matices preventivos generales) en contra de la reinserción social que proclaman los Pactos Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional.

5. Algunas normas que protegen a las mujeres y niños extranjeros atrapados en la situación aquí descrita.

Con la intención de aportar herramientas normativas útiles que reflejan la entidad de las afectaciones que genera la situación particular denunciada, y facilitar su acceso para intentar lograr su cese, mencionamos aquí algunas normas que protegen a estas mujeres y a los niños que están a su exclusivo cuidado y que pueden ser utilizadas para reclamar una solución jurisdiccional a la problemática.

La Convención Sobre los Derechos del Niño reconoce ya desde su preámbulo a la familia “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. Ésta debe “...recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...”.

Al mismo tiempo se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

El artículo 3 reza que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Asimismo, el art. 7 prevé que el niño "...tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...".

El artículo 8 prevé finalmente que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

En la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana (17/2002 "Condición Jurídica y derechos Humanos del Niño 28/8/02), se afirmó que "[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a 'la protección de la sociedad y el Estado', constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana".

Esta orientación es recogida también en la legislación interna. Así, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes incluyó entre el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

El art. 3 de esta norma también define que el interés superior del niño consiste en la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley. Entre ellos debe respetarse especialmente el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c).

Finalmente cierra contundentemente sentando el criterio de que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

La ley nacional también consagra en forma expresa en su artículo 11 que los niños y niñas "Tienen derecho a ... crecer y desarrollarse en su familia de origen ... aún cuando ... pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley ... Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley".

También existen muchas normas en nuestro orden normativo que reconocen el derecho a mantener vínculos familiares, especialmente el materno-filial, y el deber del Estado de

proteger a la familia. En nuestro sistema constitucional se consagra el derecho a mantener los vínculos familiares y no sufrir injerencias arbitrarias en la vida familiar (arts. 5 DADDH, 12 Y 16 DUDH, 11 Y 17 CADH, 17 PIDCyP, y , 9, 27.2 y 27.3 CDN), el deber del Estado de proteger a la familia (arts. 14 bis CN, 23 PIDCyP; 10 PIDESC, 17 CADH; 6 DADDH; art. 16 DUDH), y una protección especial a la maternidad (arts. 75, inc. 23 CN, 7 CADDH, 25.2 DUDH, 10.2 PIDESC, Preámbulo y arts. 1, 4.b y 5.b CEDAW), debiendo para ello las distintas autoridades adoptar las medidas que fueran necesarias, (arts. 75, inc. 23 CN, 2 CADH, 2.2 PIDCyP, 2 Y 3 CEDAW) incluidas, entre ellas, las medidas judiciales.

La afectación que la pena tiene en relación con los niños que se encuentran en esta situación ve vulnerado, asimismo, el principio de intrascendencia de la pena, consagrado en el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por último, en cuanto a la particular aflicción que implica para las madres la situación que aquí exponemos, cabe mencionar que el Estado Argentino se comprometió a adoptar medidas para proteger a las mujeres privadas de libertad, en atención a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran (art. 9, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

Todas estas disposiciones son aptas para denunciar ante la jurisdicción el incumplimiento del programa constitucional que implicaría no adoptar un temperamento frente a la situación de mujeres extranjeras presas con sus hijos. Evidenciar, a través del marco normativo adecuado, la afectación de derechos que trae consigo la situación que aquí analizamos, es un paso necesario e indispensable para abrir el camino hacia una decisión que haga cesar eficazmente esa lesión.

6. La solución al problema. El aporte de las reglas de Bangkok

Vimos hasta aquí que el encarcelamiento de mujeres extranjeras con sus hijos genera afectaciones particularmente intensas que el Estado argentino se ha comprometido a evitar. También quedó descartado que la prisión domiciliaria, herramienta legal que el Congreso ha acercado para satisfacer el interés superior de los niños y evitar un incremento punitivo ilegítimo de las mujeres encarceladas, no es eficaz en estos casos por la imposibilidad material de su uso.

De esto se deduce que hay mujeres privadas de libertad que, por su condición de extranjeras sin vínculos en el país, se encuentran presas con sus hijos o, bien separadas de ellos, cuando en situaciones similares, mujeres argentinas pueden acceder a un régimen de atenuación del encierro carcelario. Se hizo particular referencia aquí también a la afectación especialmente grave que implica para los niños extranjeros la separación de su madre, quien resulta ser, además, la única persona con la que posee un vínculo familiar, cultural y, muchas veces también idiomático. Finalmente, también se concluyó en que ello ocurre en el marco de un desinterés absoluto por parte del Estado de integrar a las mujeres extranjeras presas a nuestra sociedad, pues dispone medidas de expulsión del país y prohibición (muchas veces definitiva) de reingreso, que sólo exigen el cumplimiento de una porción de la respuesta penal pronunciada (la mitad) y dan por cumplido el resto con la materialización del extrañamiento.

Frente a ello cabe preguntar ¿Es posible admitir desde el punto de vista constitucional, las violaciones a derechos fundamentales que se verifican en estos casos, en aras de hacer cumplir sólo una porción de pena, cuando el interés del Estado es priorizar su política migratoria por sobre su interés represivo?

La respuesta es, indudablemente, negativa. El Estado argentino asume un costo altísimo y genera afectaciones absolutamente desproporcionadas a la respuesta punitiva que se reserva, sin dejar de mencionar que ésta se halla desprovista de finalidad legítima por estar ausente toda orientación de reinserción social en el caso concreto. Desde que el interés final del Estado es devolver a la mujer a su país de origen y prohibirle el reingreso a nuestro territorio, es evidente que la mitad de la pena que pretende hacer cumplir sólo puede motivarse en fines retributivos o preventivo generales, que nuestro programa constitucional no tolera en la etapa ejecutiva de la sentencia.

Es por ello que a los efectos de evitar la situación de ilegitimidad resultante de la imposibilidad material de estas mujeres de poder acceder con sus hijos a un régimen de atenuación (que procedería indudablemente en el caso de personas argentinas o con vínculos fuertes y arraigo en nuestro país), corresponde que la autoridad judicial autorice la inmediata ejecución del acto de expulsión, sin consideración de plazo alguno, declarando, eventualmente, la ilegitimidad constitucional de éste en el caso concreto.

6.a *El aporte de las reglas de Bangkok a la solución que se propone. Su jerarquía como pauta hermenéutica de interpretación del art. 18 de la CN.*

El 21 de diciembre de 2010, La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las 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). Este cuerpo normativo contiene normas actuales que contribuyen sin lugar a dudas a adoptar la solución que creemos correcta en la hipótesis aquí planteada. En efecto, las reglas prevén exigencias específicas en materia de mujeres extranjeras con sus hijos que marcan una tendencia a favorecer cuanto antes el reintegro de éstas a su país de origen.

La *Regla 53* dispone, por un lado, que: “Cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello”. Argentina tiene suscrito varios convenios internacionales bilaterales en materia de traslado de condenados¹² y ha regulado a través de la ley 24.767¹³ la posibilidad de celebrar convenios “ad hoc”, por vía diplomática, con cualquier país que haya condenado a un nacional argentino a pena privativa de la libertad, o viceversa. Sin embargo, la realidad práctica de estos convenios ha cedido en gran medida frente a la decisión de Argentina de ordenar expulsiones antes del agotamiento de la pena. Este efecto se motivó a que el trámite diplomático que implica el cumplimiento de una pena dictada en el extranjero es sumamente burocrático y en la práctica se alcanza la mitad de la condena antes de que los Estados hayan terminado de pronunciarse sobre la aplicación del convenio.

Sin embargo, la decisión unilateral de Argentina de favorecer sus intereses en materia migratoria y resignar su pretensión punitiva, privilegiando la expulsión del país de las personas extranjeras en conflicto con la ley penal, debe generar una interpretación amplia de esta norma en el sentido de que obligue a las autoridades a proceder al reintegro inmediato (lo antes posible) de la mujer con hijos a su país de origen, de

¹² Los países con los que Argentina tiene firmado acuerdos en esta materia son, en orden cronológico, los siguientes: España, ratificado por ley 24.036, sancionada el 27/11/91 (BO, 17/1/92), México, ratificado por ley 24.035, sancionada el 27/11/91 (BO, 17/1/92), Paraguay, ratificado por ley 24.812, sancionada el 23/4/97 (BO, 26/5/97), Venezuela, ratificado por ley 24.041, sancionada el 28/10/98 (BO, 1/12/98), Bolivia, ratificado por ley 24.996, sancionada el 1/7/98 (BO, 29/7/98), Panamá, ratificado por ley 25.305, sancionada el 7/9/2000 (BO, 13/10/2000), Perú, ratificado por ley 25.178, sancionada el 22/9/99 (BO, 26/10/99), Brasil, ratificado por ley 25.306, sancionada el 7/9/2000 (BO, 13/10/2000), Costa Rica, ratificado por ley 25.729, sancionada el 26/2/2003 (BO, 25/3/2003); Chile, ratificado por ley 26.003, sancionada el 16/12/2004 (BO, 13/1/2005); República Dominicana, ratificado por ley 26.252, sancionada el 25/4/2007 (BO, 22/5/2007) y Canadá, ratificado por ley 26.251, sancionada el 25/4/2007 (BO, 22/5/2007).

¹³ Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, sancionada el 18/12/96 (BO, 16/1/97)

acuerdo con los mecanismos internos creados al efecto. Esto significa en el caso de Argentina admitir, si es necesario, la expulsión del país antes del plazo previsto en el art. 64 de la ley 25.871, solución que proponemos en este ensayo. Esta es la única forma de que la disposición normativa que introducen las reglas de Bangkok no pierda eficacia, más aún cuando lo que, en esencia, ella quiere es que la mujer extranjera no sea separada de sus hijos.

Por otro lado, la misma regla prevé que “En caso de que se deba retirar de la prisión a un niño que viva con una reclusa extranjera no residente, se deberá considerar la posibilidad de reubicar a ese niño en su país de origen, teniendo en cuenta su interés superior y en consulta con la madre”. Esto muestra la preocupación específica de la comunidad internacional por la situación de los niños que deben ser separados de sus madres en contextos absolutamente disímiles con su identidad cultural y social, además de la carencia de vinculación familiar y afectiva. No cabe duda alguna que esta regla favorece la solución que aquí propugnamos, máxime cuando, cabe insistir con ello, Argentina ha adoptado una postura radical en cuanto a no disponer medidas de reinserción social para con las personas extranjeras que recibieron condena, y priorizar su expulsión, condonando la mitad de la pena impuesta. Carece de toda razón llevar adelante medidas para devolver al niño a su lugar de origen y retener a su madre sobre quien el Estado evidenció un desinterés absoluto en que permanezca en nuestro país. La interpretación armónica de todas las normas que mencionamos antes indica que lo que más se ajusta a derecho es devolver al niño junto con su madre y evitar así las numerosas afectaciones que ya señalamos.

Es importante destacar que las Reglas de Bangkok no pueden resultar intrascendentes para nuestro ordenamiento. Ello es así pues la Asamblea General las ha declarado “complementarias de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas”.¹⁴ En este sentido no puede ignorarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado expresamente en el fallo “Verbitsky”¹⁵ que: “Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”. Al utilizar la Corte al art. 18 de la C.N. para transformar a las Reglas Mínimas en estándar

¹⁴ Cfr. Observaciones preliminares de las Reglas de Bangkok, especialmente los puntos 2 y 3.

¹⁵ CSJN, Fallos 328:1146.

respecto de las personas privadas de libertad, está indirectamente asignando rango constitucional a dichas normas en tanto les asigna la función de nutrir y dar contenido específico al derecho constitucional de contar con condiciones carcelarias dignas que el art. 18 citado prevé para todas las personas alojadas en lugares de privación de libertad en nuestro país.

El estándar de la Corte respecto de la importancia de las reglas mínimas no fue azaroso. Por el contrario, es conteste con el grado de participación que tuvo nuestro país en la confección de las Reglas Mínimas del año 1955. Argentina tuvo un papel relevante en la elaboración del documento y designó como delegados oficiales para asistir al Primer Congreso de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes a quien entonces era Director Nacional de Institutos Penales y Profesor de la Escuela Penitenciaria de la Nación, Roberto Pettinato y al Inspector General de Institutos Penales y Profesor de la Escuela Penitenciaria de la Nación Juan Carlos García Basalo.

En el decreto de designación se destacaba que: "...esa reunión será una continuación de los congresos organizados anteriormente por la ex Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, organismo cuyas funciones fueron transferidas a la organización de las Naciones Unidas y del cual formó parte la República Argentina hasta el momento de su disolución (...) Que en el último congreso organizado por esa comisión que tuvo lugar en La Haya en agosto de 1950 y en la sesión final de la misma que se llevó a cabo en Berna en 1951, la delegación argentina intervino activamente en el estudio de los temas que serán reexaminados en esta oportunidad...".¹⁶

A su vez, en los dos años anteriores (1953 y 1954) se habían celebrado en Argentina dos congresos penitenciarios importantes cuya idea y organización correspondió a Roberto Pettinato. En el último de ellos, llevado a cabo en Resistencia-Chaco, se aprobaron reglas para el tratamiento de los internos que tuvieron trascendencia mundial al ser presentadas al año siguiente en el Congreso de Ginebra y que influyeron decididamente en la conformación de las reglas mínimas.¹⁷ Argentina tuvo un lugar destacado en el congreso y presentó, además, el trabajo de Roberto Pettinato "El sistema de semilibertad en las colonias penales argentinas".¹⁸

¹⁶ Cfr. MERLO, Carlos Alberto "Del cabildo hasta la demolición de la penitenciaría nacional. Resumen de historia penitenciaria", Servicio Penitenciario Federal, 2005, p. 203.

¹⁷ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. "Tratado de Derecho Penal. Parte General" Ediar, 1983, Tomo V, p. 147.

¹⁸ Cfr. MARCÓ DEL PONT, Luis "Derecho Penitenciario", Cárdenas Editor, México, 1984, p. 104.

De ello se desprende que la contribución argentina fue más que relevante ya que envió a dos de los más prestigiosos penitenciaristas de la época, reconocidos a nivel mundial, cuyo peso y opinión de modo alguno podía considerarse menor. De acuerdo con ello la incorporación de las Reglas Mínimas que efectuó la Corte no resulta criticable desde una pretendida escasa vinculación política con su elaboración. La doctrina penitenciaria nacional asigna sin hesitación a estas reglas el carácter de fuente del derecho penitenciario y reconoce su autoridad.¹⁹ A su vez, la Corte al referirse a ellas hizo expresa referencia al grado de participación de Argentina en su conformación,²⁰ de modo que nuestro país tiene una tradición de un fuerte compromiso con la recepción y cumplimiento de estas normas, de las cuales las Reglas de Bangkok, son complementarias y superadoras.

7. Conclusiones

El análisis hecho en este breve ensayo nos permite sintetizar las siguientes conclusiones:

-La existencia de personas de nacionalidad extranjera en conflicto con la ley penal representa, para el Estado, un conflicto de intereses (punitivos y migratorios) que debe ser resuelto por aquél mediante el diseño de políticas públicas coherentes

-Una separación total de las facultades de la Dirección Nacional de Migraciones y del Poder Judicial, resulta inconveniente, a la luz del desarrollo que ha tenido la aplicación del instituto, y se exige un criterio que englobe, o al menos comprometa, puntos de contacto centrales entre la política migratoria y criminal del Estado.

-Argentina ha optado a través de esta ley por privilegiar sus intereses migratorios por sobre los punitivos, desde que acepta resignar la mitad de la sanción penal impuesta en aras de lograr que la persona extranjera sea devuelta a su país de origen. Esto implica que a partir de la existencia de la expulsión prevista en la ley 25.871, los diferentes órganos del Estado que participan en el procedimiento se encuentran **obligados** a llevar

¹⁹ Cfr. CESANO, José Daniel “*Estudios de Derecho Penitenciario*”, Ediar, 2003, pp. 38-46.

²⁰ “La República Argentina tuvo un papel protagónico en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955...” (ver considerando 39).

adelante líneas de acción directa para lograr que los extrañamientos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones se materialicen en los términos que la ley ha fijado.

-Para las mujeres extranjeras con hijos menores de 4 años, que sus niños permanezcan en la cárcel no es una opción sino, más bien, una circunstancia inevitable. La falta de arraigo y de relaciones con personas de nuestro entorno, genera que sean las únicas que puedan cuidar de sus niños y, en consecuencia, éstos se ven forzados a sufrir el encarcelamiento con ellas.

-A través del instituto de la prisión domiciliaria el Estado argentino ha evidenciado su preferencia por que las mujeres madres en conflicto con la ley penal permanezcan junto con sus niños pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra. Pero además, y más importante aún, se ha inclinado por que el sostenimiento de este vínculo se garantice prioritariamente fuera de los muros de la cárcel.

-La falta absoluta de arraigo y vínculos familiares y sociales, impide materialmente a las mujeres extranjeras presas con sus hijos acceder al régimen que la ley argentina garantiza para quienes se encuentran en su situación, lo que las ubica en una posición sin salida que les imposibilita acceder a la modalidad por la cual el Estado argentino ha optado y las obliga a mantener a sus hijos presos, institucionalizados o a cargo de familias de acogimiento. Todo esto ocurre pese a la particularidad intensidad y especial situación de vulnerabilidad de las mujeres extranjeras y de sus hijos, quienes se ven forzados a compartir el encierro o desvincularse de ellos.

-Desde que el interés final del Estado es devolver a la mujer a su país de origen y prohibirle el reingreso a nuestro territorio, es evidente que en la mitad de la pena que pretende hacer cumplir sólo puede motivarse en fines retributivos o preventivo generales, que nuestro programa constitucional no tolera en la etapa ejecutiva de la sentencia.

-Es por ello que a los efectos de evitar la situación de ilegitimidad resultante de la imposibilidad material de estas mujeres de poder acceder con sus hijos a un régimen de atenuación (que procedería indudablemente en el caso de personas argentinas o con vínculos fuertes y arraigo en nuestro país), corresponde que la autoridad judicial

autorice la inmediata ejecución del acto de expulsión, sin consideración de plazo alguno, declarando, eventualmente, la ilegitimidad constitucional de éste en el caso concreto.

-Las 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), contienen normas actuales que contribuyen a adoptar la solución que creemos correcta en la hipótesis aquí planteada, y deben ser consideradas como pauta hermenéutica del art. 18 de la CN.