

ROMPER EL SILENCIO: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO*

MAIA CZARNY**

“La estructura de las creencias es tan fuerte que permite que algunos tipos de violencia se justifiquen o ni siquiera sean considerados como violencia”.

Resumen: ¿Qué dice el derecho con sus silencios? ¿Cómo se esconden y/o se reproducen las relaciones de poder a través del lenguaje (hetero)normativo? En el presente trabajo se pretende ensayar algunas respuestas a estas preguntas, a la luz del análisis jurídico-filosófico del supuesto normativo que prevé la posibilidad de que —únicamente— la madre a cargo de su hijo o hija menor de cinco años o de una persona con discapacidad acceda al beneficio del arresto domiciliario (artículo 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución Penal, ambos en su inciso “F”). A partir del recorrido de antecedentes fácticos y jurisprudenciales, así como de los aportes de algunas y algunos autores insertados en la corriente crítica del derecho —Entelman, Ruiz, Cárcova, Foucault, Ost, Bubnova, Goralí—, se pretende dilucidar la manera en que allí opera la función paradójal del derecho. Pues lo que resulta en principio una acción positiva en favor de colectivos históricamente sobrevulnerados reproduce, en silencio, ciertos mandatos propios de una estructura funcional al patriarcado. Sin perjuicio de la importancia que merece analizar aquel momento en el que se *dice* el derecho, la relectura y, por ende, la posible rescritura de esta técnica legislativa, a través de una reforma, aparece como una herramienta idónea para dar una respuesta más integral a un conflicto de índole estructural.

Palabras clave: prisión domiciliaria — perspectiva de género — transformación social — medidas alternativas a la prisión

* Recepción del original: 14/04/2022. Aceptación: 14/07/2022.

** Maia Czarny es graduada reciente de la Facultad de Derecho, UBA. Agradezco a Lucía Montenegro, Marina Goralí y Diego Dolabjian.

Abstract: What does the law say with its silences? How are power relations hidden and/or reproduced through (hetero)normative language? In this essay it is intended to rehearse some answers to these questions, in the light of the legal-philosophical analysis of the normative assumption that foresees the possibility that —only— the mother in charge of her child under five years of age, or of a person with disabilities, has access to the benefit of house arrest (article 10 of the Criminal Code and 32 of the Penal Enforcement Law, both in subsection “F”). Based on the factual and case-law background, as well as the contributions of some authors inserted in the critical current of law —Entelman, Ruiz, Cárcova, Foucault, Ost, Bubnova, Goralí—, it is intended to elucidate the way in which the paradoxical function of law operates there. What is in principle a positive action in favor of historically over-vulnerated groups reproduces, in silence, certain mandates, typical of a functional structure of patriarchy. Without prejudice to the importance that it deserves to analyze that moment in which the law is said, the re-reading and therefore, the possible re-writing of this legislative technique, through a legal reform, appears as an ideal tool to give a more comprehensive response to structural conflict.

Keywords: house arrest — gender perspective — social transformation — alternative measures to prison

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué dice el derecho con sus silencios? ¿Cómo se esconden y/o se reproducen las relaciones de poder a través del lenguaje (hetero)normativo? En el presente trabajo se pretende ensayar algunas respuestas a estas preguntas, a la luz del análisis jurídico-filosófico del supuesto normativo que prevé la posibilidad de que —únicamente— la madre a cargo de su hijo o hija menor de cinco años o de una persona con discapacidad, acceda al beneficio del arresto domiciliario (artículo 10 del Código Penal y 32 de la Ley de Ejecución Penal, ambos en su inciso “F”). A su vez, dicha tarea pretende llevarse a cabo tomando como eje la relación entre el derecho y la transformación social, circunscripta a tres categorías de análisis: 1) el poder en el lenguaje jurídico, 2) los estereotipos de género y 3) el rol de los y las agentes del derecho.

A partir del recorrido de antecedentes fácticos y jurisprudenciales, así como de los aportes de algunas y algunos autores insertados en la corriente

crítica del derecho —Entelman, Ruiz, Cárcova, Foucault, Ost, Bubnova, Goralí—, se pretende dilucidar la manera en que allí opera la función paradójica del derecho. Pues lo que resulta en principio una acción positiva en favor de colectivos históricamente sobrevulnerados reproduce, en silencio, ciertos mandatos propios de una estructura funcional al patriarcado.

II. LA LEGISLACIÓN BAJO ANÁLISIS Y SUS ENTRAMADOS

II.A. Breves notas acerca de la legislación del supuesto bajo análisis

El instituto del arresto domiciliario importa una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad —o eventualmente, como medida cautelar en el marco de un proceso— que se cumple fuera del ámbito carcelario, y puede ser en un domicilio o en un centro especializado.¹ Así, lejos de ser un modo de suspender la ejecución de la pena, se trata de una alternativa o modalidad atenuada de la ejecución, que procede para los casos taxativamente previstos en la ley.

Tras una iniciativa de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) se sancionó la Ley N° 26.472 del año 2008, que reformó el texto del artículo 10 del Código Penal Nacional, así como el del artículo 32 de la Ley de Ejecución Penal Nacional para ampliar los supuestos en los cuales, a criterio del/la juez/a, resultaría procedente la concesión del arresto domiciliario. Entre ellos,² en el inciso f) se incorporó a “la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.³ Debido

1. LÓPEZ & MACHADO, *Análisis del régimen de ejecución penal...*, p. 150.

2. Desde entonces y hasta el día de hoy, en el artículo 10 del CP y en el artículo 32 de la LNEP se prevén los supuestos vigentes en los que podrá ser concedido el arresto domiciliario. Ellos son: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

3. La reforma tuvo lugar poco tiempo después de un motín en la Unidad Nro. 33 de Los Hornos, dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense. En esa oportunidad, las

a la extensión determinada para este trabajo, se pondrá particular foco en el alcance del primer supuesto.

Hasta entonces, se preveía que podían acceder a la detención domiciliaria las mujeres “honestas” y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias, siempre que la pena de prisión no excediera el plazo de seis meses. A su vez, incluía al condenado que padeciera una enfermedad incurable en período terminal cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asumiera el cuidado.⁴ He aquí una primera observación acerca del poder del lenguaje, así como de su capacidad de portar los valores de determinados contextos sociohistóricos. Aparece presente la palabra ajena, así como la idea del otro y su concepto ético.⁵

En principio, la incorporación de este puesto cumple con una manda constitucional⁶ y parte del reconocimiento del rol fundamental de la madre en la crianza de las y los hijos, más aún de aquellos de corta edad. A su vez, recepta los señalamientos respecto de los efectos nocivos del encierro que recaen sobre los y las menores de cinco años por estar alojados con sus madres en la cárcel.⁷ También atiende a la realidad más común de las mujeres encarceladas: según una investigación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la mayoría de ellas encabezan familias monoparentales y ejercen la jefatura del hogar.⁸ Son predominantes los casos en el que las

mujeres detenidas efectuaron ciertos reclamos relativos a las condiciones de detención; en particular, respecto de las mujeres alojadas con sus hijos e hijas en el penal.

4. La nueva regulación agregó cuatro supuestos a los existentes con anterioridad, que eran los supuestos b) y c).

5. BUBNOVA, “El principio ético como fundamento del dialogismo en Mijaíl Bajtín”, pp. 259-273.

6. Desde su incorporación en 1994, el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional establece el deber genérico del congreso de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato [...], en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. De esta manera y en consonancia con las referidas disposiciones que contiene la Convención de los Derechos del Niño, la cúspide del ordenamiento jurídico interno pretende una mayor intervención estatal, para eliminar desventajas estructurales respecto de los colectivos históricamente sobre vulnerados. Así, parecería ser que, de forma implícita, el legislador buscó promover una acción positiva mediante la incorporación de este supuesto.

7. Previo a la reforma, la Ley 24.660 preveía que los menores de hasta 4 años podían residir con sus madres en el lugar de detención que se encontraban alojadas.

8. CELS, *Los alcances del castigo: mujeres en prisión*, p. 27.

mujeres ocupan un rol central en el cuidado cotidiano de sus hijos e hijas, y hasta de otras personas a su cargo.

Son ellas quienes:

“[...] deben organizar la estrategia que les permita superar los dilemas asociados a la conciliación entre familia y empleo, ya que las mujeres se enfrentan a nuevos roles en el empleo, pero se mantiene estático el modelo de cuidado familista y femenino.”⁹

Por ello, es previsible que su encarcelamiento provoque, por un lado, un fuerte vacío e impacto emocional al interrumpirse el vínculo cotidiano y, por otro, grandes cambios en la forma de subsistencia, la organización y la dinámica de sus familias.

Asimismo, la incorporación de este supuesto normativo importa una herramienta para disminuir la sobrepoblación carcelaria, un fenómeno imperante a nivel local y regional. Al respecto, diferentes organismos de control han denunciado, así como tribunales de distintas instancias han reconocido, que los establecimientos penitenciarios alojan a muchas más personas detenidas de las que están habilitados para hacerlo. De esta forma, abundan las deficiencias edilicias, sanitarias y alimenticias, así como la imposibilidad de gestión razonable de parte de servicios penitenciarios actualmente diezmos.¹⁰

Si bien excede al objeto de este trabajo, la última modificación de la Ley de Ejecución Penal Nacional mediante la sanción de la Ley N° 27.375 en julio de 2017, ha encabezado la lista de una serie de decisiones que responden a un contexto de inflación penal y populismo punitivo. Ello empeora las condiciones generales de detención y no contribuyen en modo alguno para revertir, paliar o cuanto menos morigerar, esta situación tan crítica. El problema es que existe un inconsciente colectivo que percibe a las personas privadas de libertad como un grupo desechable, excluido y negado,¹¹ que en materia de derechos dejan al ideal de igualdad en una mera ilusión. Al respecto, la PPN —entre muchas otras entidades comprometidas con los derechos humanos— ha advertido que la política punitiva

9. BATHYÁNY, GENTA & PERROTTA, “Avanzando hacia la corresponsabilidad en los...”, p. 24.

10. PITLEVNIK, *Superpoblación carcelaria: dilemas y alternativas*, p.9.

11. RUIZ, “Violencia y vulnerabilidad”, p. 46.

oficial ha generado el desborde de las prisiones argentinas, agravándose por la emergencia sanitaria a raíz de la pandemia de coronavirus comenzada en marzo de 2020. Así, desde este organismo han manifestado la urgente necesidad de buscar soluciones alternativas al encierro.¹²

De esta manera, la incorporación de nuevos supuestos para que una persona privada de libertad acceda al arresto domiciliario importa una relevante modificación al ordenamiento jurídico. Sin embargo, a continuación, se pretende indagar en cómo la incorporación del supuesto que en particular aquí se analiza también regula, impone y prejuzga a partir de sus silencios, denota relaciones de poder existentes y, en definitiva, da cuenta de la opulenta función del lenguaje para el orden social.

II.B. El pacto de silencio con el patriarcado

La redacción de la norma elegida abre la puerta para el abordaje de múltiples cuestiones. Este es un caso en el que quizás dicha tarea es aún más rica si se explora aquello que no se dice, pues "lo dicho habla de lo ocultado".¹³ En este supuesto, al nombrarse únicamente a la madre detenida que tiene un hijo o una hija menor a su cargo, o a una persona con discapacidad, se excluye a la figura paterna y a cualquier otra persona gestante. Así, en principio, estas otras personas no resultan beneficiarias de esta disposición.

He aquí una primera cuestión a abordar: el mensaje que transmite el silencio. El derecho borronea las formas en que su discurso condensa y distribuye el poder,¹⁴ que en este caso guarda íntima relación con la división histórica de los roles para cada género, encuadrada en una organización social sexista. Pues en ocasiones como estas, el derecho también logra que permanezcan ocultos "los orígenes del poder en la sociedad, los lugares donde los conflictos sociales se generan, las formas en que se establecen las sumisiones".¹⁵ Así, desaparecen las marcas de la ideología en la producción del discurso jurídico, lo que imposibilita el rastreo del entrecruzamiento con la realidad y el derecho.¹⁶

12. PPN, "Informe anual 2020. La situación de...", p. 44.

13. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 114.

14. ENTELMAN, "Discurso normativo y organización del poder...", p. 110.

15. ENTELMAN, "Discurso normativo y organización del poder...", p. 215.

16. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 120.

En este sentido, en la norma analizada “se esboza una pretensión por desterrar ciertos mitos y hacer creer que se desprende de un razonamiento lógico”.¹⁷ Aquí, a través de ese silencio, el derecho define la estructura familiar¹⁸ y transmite a la ciudadanía que es natural y racional que sea la madre —y, por lo contrario, no así el padre— quien prácticamente de manera instintiva deba estar a cargo del hijo o la hija menor de cinco años o de la persona con discapacidad a su cargo. Lejos de ser una cualidad biológica, ello se explica a partir de que la vida cotidiana ya es una realidad interpretada, a la cual ya se le han asignado significados que la vuelven un mundo coherente. Con lo cual, se trata de un discurso de verdad construido, que no está allí para ser descubierto, sino que es el resultado de un complejo proceso de imposición de significados.¹⁹

De este modo, la genealogía de la construcción sociohistórica de la asignación de roles a cada género queda totalmente difuminada y las relaciones de poder se perpetúan de la manera más efectiva: pasando desapercibidas. Es en estos términos que en el discurso jurídico “se muestra lo que se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar”.²⁰

La técnica legislativa nunca es neutral, toda vez que el lenguaje “no es una superficie transparente, es por el contrario el lugar de máxima expresión de la relación fuerza-dominio”,²¹ lo que da cuenta que resulta una arena de disputa de sentidos. Ello revela, en este caso, un mandato preestablecido para el ejercicio de la maternidad y las tareas de cuidado en cabeza de las mujeres. Aquí cabe señalar que la exclusión generada por la ley nacional no es una realidad aislada: por ejemplo, ninguno de los ordenamientos de América Latina incorpora al varón como sujeto peticionario del arresto domiciliario con motivo de su paternidad.²²

A su vez, en el plano fáctico, aún son minoría los casos en que únicamente el padre está al cuidado de sus hijos.²³ Ello sin perjuicio de que la

17. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 121.

18. CÁRCOVA, *La opacidad del derecho*, p. 20.

19. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 122.

20. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 214.

21. GORALI, “Enseñanza, crítica y acción en el...”, p. 251.

22. BERBERY GONZÁLEZ, *Mujeres en prisión domiciliaria: de la...*, p. 20.

23. Según la investigación realizada por el CELS, solo dos de cada diez niños menores de 18 años quedan a cargo del padre tras la detención de la madre dado que, en la mayoría de

normativa reciente, en el ámbito civil, ha dado un gran paso en materia de responsabilidad parental, toda vez que el artículo 640 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que rige el ejercicio conjunto de ella, lo que coloca en pie de igualdad a ambas personas progenitoras.²⁴ Sin embargo, no hay duda que estos silencios normativos y datos empíricos responden a un entramado sociocultural que reproduce determinados estereotipos de género. Cada uno de ellos comprende a su vez ciertos prejuicios estetizados bajo la denominación del “contrato sexual” que contiene un fuerte poder simbólico: el varón, como sostén económico y figura de mayor poder en la familia; la mujer, como encargada de las tareas de cuidado. Es que el derecho transmite una determinada ideología, en tanto “oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social”.²⁵

Con lo cual, el derecho no solo se desentiende de las prácticas sociales de poder, sino que las reproduce ejerciendo una fuerza invisible, funcional y cotidiana sobre los cuerpos.²⁶ Incluso, en el afán de sostener y a su vez disimular estos fines, normas como estas terminan avasallando principios de jerarquía constitucional, como resulta el derecho (y la ficción) a la igualdad —previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional— así como el interés superior del niño y la niña —consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de rango constitucional conforme el texto del artículo 75 inciso 22 de la ley suprema. Mientras tanto, amalgama un discurso normalizador y disciplinario.

II.C. Derecho y poder

Desde una lectura que descripta el discurso jurídico²⁷ es posible dar cuenta que la letra de la ley esconde la injerencia de ciertas relaciones de poder. Ello por cuanto lo que el derecho instituye y dota de autoridad está determinado por el juego de las relaciones de dominación en pugna en un

los casos, el cuidado de los niños es asumido por los abuelos y en otro número considerable, por los tíos u otros familiares.

24. MPD, “Boletín de Jurisprudencia. Prisión domiciliaria para progenitores varones”, p. 5.

25. CÁRCOVA, “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, p. 17.

26. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 112.

27. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 113.

tiempo y lugar circunstanciado.²⁸ El desafío, entonces, consiste en rastrear los mecanismos de sometimiento que el derecho pone en acción más que aquellos que buscan establecer su legitimidad.²⁹

Si se indaga en la genealogía —en clave nietzscheana— de la incorporación del caso de la madre a cargo de un hijo o una hija menor de cinco años o de una persona con discapacidad, es posible dar cuenta de la acreditación del fenómeno complejo con doble vertiente de composición y aplicación del derecho que enuncia Marí: por un lado, se acredita el primer elemento de un discurso del orden que se presenta como “necesario” en provecho del mundo, cuando en realidad esa necesidad es en provecho de los vencedores.³⁰ Pues bien, en este caso lo que a simple vista parece una conquista en términos de derechos de las mujeres privadas de libertad, esconde a su vez una imposición de mandatos a cada género que no es más que la expresión misma del patriarcado. Una vez más, la función paradójica del derecho: legitima las relaciones de poder hegemónicas, pero a su vez puede contribuir a su transformación.

Por su parte, el segundo elemento —tan necesario como el primero— es la inserción en montajes de ficción también en términos del “como si”³¹: como si esa organización fuera natural, esencial, preestablecida; la dimensión estética —en términos de Walter Benjamin— en tanto puesta en escena que hace posible la dimensión del orden.³² La ecuación funciona porque el derecho se disfraza de neutral,³³ como si se tratara de un discurso ordenado y coherente.

Ello se logra a través de ciertos mecanismos sutiles³⁴ y tiene un fuerte correlato con el telón de fondo de la normativa bajo análisis: la división sexual del trabajo que ha imperado históricamente en sociedades misóginas. Como bien se ha evidenciado en la experiencia uruguaya, el mercado resulta un actor clave para determinar e imponer la imposibilidad de que madres y/o padres cuiden directamente de sus hijos o hijas, pues las relaciones

28. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 117.

29. FOUCAULT, “Clase del 14 de enero de 1976”, p. 35.

30. MARÍ, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, p. 93.

31. CALVO GONZÁLEZ, “Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional”, p. 319.

32. MARÍ, “Racionalidad e imaginario social en el...”, p. 107.

33. RUIZ, “Violencia y vulnerabilidad”, p. 49.

34. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 117.

de género actuales reflejan que el ámbito reproductivo está subordinado a la producción.³⁵

Con lo cual, bajo determinadas condiciones solo algunas personas:

“[...] pueden contratar, disponer de sus bienes, casarse, reconocer sus hijos, acceder al desempeño de funciones específica (...) Cada vez que [el derecho] consagra y reconoce alguna conducta (...) está revelando cómo y dónde se instalan las relaciones de poder, cómo está distribuido en la sociedad.”³⁶

En palabras de Marí:

“Así como el imaginario social es condición de reproducción del discurso del orden en el dispositivo del poder, el dispositivo del poder, enfocado en su modelo político-jurídico, es condición de reproducción de las formas de producción.”³⁷

El derecho tiene un valor simbólico, pues construye ciertos mitos atravesados por la impronta de la racionalidad occidental³⁸ y, en la práctica, nos obliga a desempeñar ciertas tareas, a vivir de determinada manera y cumplir mandatos en función de ese discurso que se presenta como verdadero y lleva consigo efectos específicos de poder: “Por lo tanto: reglas de derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad”.³⁹ Pues bien, el derecho responde, representa y reproduce no sólo una realidad social sino también una organización económica determinada.

En este caso, la norma expresa una división sexual del trabajo binaria, fija y jerarquizada: el varón proveedor y habitante del espacio público, la mujer relegada al ámbito privado y a cargo de la crianza de hijos e hijas. A partir de esta lógica, es solo ella quien corresponde ser beneficiada con el arresto domiciliario pues siempre será la encargada de la crianza de esa o ese infante. Aquí se evidencia que el derecho opaca las diversidades y

35. BATTYANY, GENTA & PERROTTA, “Avanzando hacia la corresponsabilidad en los...”, p. 8.

36. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, pp. 117-118.

37. MARÍ, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, p. 105.

38. RUIZ, “La ilusión de lo jurídico”, p. 117.

39. FOUCAULT, “Clase del 14 de enero de 1976”, p. 34.

uniformiza las historias en un solo discurso para justificar y mantener esa dinámica socioeconómica.

Parafraseando a Foucault, el sector dominante no se interesa en las mujeres, sino en el poder que ejerce sobre ellas.⁴⁰ Una vez más, lo biológico se refleja en lo político⁴¹ en tanto que los cuerpos son adiestrados, disciplinados y normalizados al servicio de determinadas relaciones de poder. Y en este punto, la norma bajo análisis da cuenta del micropoder que opera sobre las mujeres a través de una intervención legal que apunta sobre un grupo social determinado, a la vez que excluye a otros.⁴² Se acredita la trilogía de violencia objetiva, subjetiva y sistémica una vez que el lenguaje es finalmente rescatado de su sumisión al poder.⁴³

III. HERRAMIENTAS ÚTILES PERO INSUFICIENTES

III.A. La posibilidad del análisis crítico en la interpretación judicial

Como ya se ha estipulado, la redacción de la normativa actual viene a expresar la persistencia de una técnica legislativa orientada a mantener la exigencia históricamente impuesta a las mujeres de ser “buenas madres”. Ahora bien, corresponde en este apartado indagar en las posibilidades que ofrece la perspectiva crítica a la hora de su aplicación en cada caso concreto. Se trata entonces de profundizar ciertas cuestiones del segundo nivel de la pirámide de Entelman: la interpretación del discurso jurídico que brindan las y los encargados de darle vida a la letra de la ley.⁴⁴

Si bien el supuesto legal que aquí se analiza es dentro de todo claro y a simple vista no se presenta un tecnicismo que opaca el mensaje de la norma —pues expresamente dice “la madre”—, la tarea del juez o la jueza está en efectuar “una especie de ajuste narrativo, en tanto, revisa, intersecta, discrimina, opta, elige, admite, enlaza, elabora y armoniza hasta

40. FOUCAULT, “Clase del 14 de enero de 1976”, p. 41.

41. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, p. 172.

42. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, p. 176.

43. ESPOSITO, “Lenguaje y violencia entre Benjamín y Canetti”, p. 69.

44. ENTELMAN, “Discurso normativo y organización del poder...”, p. 218.

construir la coherencia narrativa de lo discutido sobre los hechos".⁴⁵ La o el magistrado es quien dice el derecho y por tanto ejerce una práctica con un imponente carácter performativo, al conformar representaciones y dotar de legitimada a la palabra, todo lo cual construye realidades sociales.⁴⁶ Lo relevante está en reconocer que las decisiones judiciales tienen "un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que diferentes por su origen y función, se entrecruzan [allí]".⁴⁷

Así, se torna esencial repensar por unos instantes el rol del juez o la jueza en la resolución de cada caso concreto. Al respecto, Ost ofrece metáforas míticas para pensar en tres modelos de juez o jueza: 1) Júpiter, aquel o aquella que toma la letra de la ley como un texto sagrado y se representa en la figura de la pirámide; 2) Hércules, el o la cual se ampara en la sombra del código pero adapta sus decisiones a las circunstancias y necesidades del caso, desdoblándose en un ingeniero social e identificándose con la figura del embudo y, por último, 3) Hermes: la figura que representa a la o el mensajero de los dioses y diosas, y que se identifica con la imagen de una red. Hermes "ocupa resueltamente el vacío entre las cosas [...] no conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados".⁴⁸ Con lo cual, ese concepto de red se inserta en lo que Ost denomina una teoría lúdica del derecho: Hermes analiza la circulación infinita de las relaciones de poder y de los significados de las palabras que atraviesan al derecho posmoderno, al cual concibe en un todo como significado en suspenso.⁴⁹

Lejos de que esta categorización resulte ajena a la realidad local, se han registrado precedentes jurisprudenciales relativos a la normativa analizada que se han guiado, en lo que aquí interesa y en cierta manera, por el espíritu de Hermes. Ello se vio plasmado en la interpretación analógica *in bonam partem* del supuesto normativo que aquí se analiza, a fin de ampliar las posibilidades de los sectores más desventajados del tejido social y achicar la brecha con el "deber ser" respecto del derecho a la igualdad de raigambre constitucional.

Debido a la extensión del presente trabajo, se han seleccionado algunos pronunciamientos recientes:

45. RUIZ, "Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo", p. 11.

46. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 118.

47. MARÍ, "'Moi, Pierre Riviere...' y el mito...", p. 81.

48. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", p. 171.

49. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", p. 187.

En el caso "Rossi" de junio del 2012, la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar a un recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de un varón a quien se le había denegado un pedido de prisión domiciliaria. Los magistrados Cabral, Borinsky y Madueño afirmaron que el tribunal oral había incurrido en arbitrariedad, al no considerar la posibilidad de que una persona de sexo masculino accediera a la modalidad de prisión domiciliaria. A su vez, allí se destacó el principio de interés superior del niño como parámetro rector, al que debe adecuarse la normativa infraconstitucional.⁵⁰

En esa misma línea, el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia ha entendido:

"Que terminológicamente la regla se refiera al carácter femenino del progenitor no quita que se extienda a la otra persona de la especie, dado que la restricción generaría un inaceptable prejuicio inconstitucional (art. 16 CN)."⁵¹

Por su parte, en el caso "Scopa" la Cámara del Crimen revocó la sentencia del tribunal oral, la cual había rechazado la concesión del arresto domiciliario a Marcelo Adrián Scopa. En dicha oportunidad, se había alegado que el detenido padecía adicciones a las drogas y carecía de trabajo, además de que ninguno de los hijos del causante cumplía con el requisito etario exigido por la ley (todos eran mayores a 5 años). Contra tal decisión, los jueces Niño y Garrigós de Rébora hicieron lugar al recurso y conceder a Scopa la prisión domiciliaria. Entre los fundamentos brindados, alegaron que:

"[...] la edad de los hijos y el género de quien está privado de la libertad previstos, no pueden ser interpretados restrictivamente, en detrimento de los principios rectores que subyacen de la Convención de los Derechos del Niño (...)"⁵²

50. CNCP, Sala I, "Rossi, Maximiliano A. s/recurso de casación", voto del juez Luis María Cabral.

51. Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia, "RJR", voto del juez Guanziroli.

52. CNCP, Sala IV, "Scopa Marcelo A. s/rechazo...", voto de la jueza Garrigós de Rébora.

A su vez, respecto de la situación de vulnerabilidad puesta en debate, asentaron que:

“[...] cuando de las obligaciones coparentales se trata, no debe analizarse si los niños se encuentran en una situación de desamparo, sino si alguno de los progenitores está conviviendo y cuidando de los menores de edad para asegurar su desarrollo integral y espiritual”.⁵³

De manera más reciente, en el precedente “Cagnone Lavaque” la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución del Tribunal Oral que no hacía lugar a la prisión domiciliaria del imputado y reenvió la causa para un nuevo pronunciamiento. Ello por cuanto entendió que:

“[...] los argumentos del tribunal (...) no consultan adecuadamente las finalidades y ratio de la Ley 24.660 y de la normativa convencional (...) por cuanto se pretende limitar la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria, en los términos del art. 32, inc. F de la citada norma, solo a las progenitoras mujeres (...). Esa aproximación hermenéutica, además del literalismo formalista que supone, entra en crisis con las exigencias sistemáticas, teleológicas y consecuencialistas que disciplinan una interpretación justa y razonable de los enunciados legales”.⁵⁴

Por su parte, la Sala IV del máximo tribunal penal del país tomó la oportunidad en el fallo “Cejas” —en el que también se hizo lugar a una impugnación basada en el rechazo al arresto domiciliario de un varón padre de hijos o hijas menores— para delimitar el alcance de la discrecionalidad otorgada al juez o jueza en el supuesto normativo bajo análisis. Así, ponderó que:

“[...] la existencia de ese verbo —‘podrá’— empleado por el legislador y guarda coherencia con la conocida pauta de interpretación según la cual la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820 y 314:1849), a la que no se le debe dar un

53. CNCP, Sala IV, “Scopa Marcelo A. s/rechazo...”, voto de la jueza Garrigós de Rébori.

54. CFCP, Sala II, “Cagnone Lavaque”, apartado III, voto del Dr. Yacobucci.

sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149 y 327:769) y que este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937 y 312:1484).⁵⁵

He aquí algunas pinceladas del mensajero de los dioses y las diosas con contundentes consecuencias prácticas, que da cuenta de que la labor judicial "es significativa para la efectivización de los principios y las garantías consagrados en la ley".⁵⁶ Empero, aún quedan dos cuestiones silenciadas: por un lado, el registro de que la letra de la ley en este caso reproduce un problema de desigualdad estructural y sistémica. Por el otro, el abordaje este tipo de decisiones desde el enfoque de la sobrepoblación carcelaria, en miras de ofrecer una herramienta para dar batalla a ese fenómeno. Ello da cuenta de que aún queda un largo camino por recorrer.

III.B. Articulación de conceptos: derecho y transformación social

Como ha quedado de manifiesto, la normativa bajo análisis lleva inserta una cosmovisión determinada acerca de los roles a cumplir por cada género en la sociedad. Ello por cuanto el discurso jurídico "encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral".⁵⁷ Sin embargo, aquí se sostiene que existe la posibilidad de dismantelar esa decisión política y, desde una perspectiva de género y progresiva en términos de derechos humanos, es posible lograr una interpretación hermenéutica del ordenamiento jurídico que no se desentienda de las realidades actuales. Con lo cual, desmitifica la impresión de que el origen y la organización del derecho solo requieren de la razón para ser comprendidos.⁵⁸

55. CFCP, Sala IV, "Cejas", voto del juez Carbajo al que adhirió la jueza Ledesma.

56. RUIZ, "Violencia y vulnerabilidad", p. 8.

57. RUIZ, "Violencia y vulnerabilidad", p. 48.

58. RUIZ, "La ilusión de lo jurídico", p. 122.

Lejos de tratarse meramente de una actividad intelectual, la tarea de la o el crítico es tomar una posición política frente al mundo y, desde esta, saber jugar la estrategia del discurso, registrando en cada decisión lo que se gana, lo que se pierde y lo que está en disputa. De esa forma, es posible identificar las injusticias y desigualdades existentes, para luego hacerse cargo de esos sectores marginales y elegir los mecanismos a través de los cuales prestar ciertas batallas. Ello supone una recuperación ética de la subjetividad, en tanto hacerse en una responsabilidad por el rostro de la o del otro, que presenta una vulnerabilidad que debe interpelar, por más que resulte difícil empatizar con aquellas personas cuyas experiencias vitales resultan diferentes.⁵⁹

En este caso, la adopción de esa posición es un tanto compleja, toda vez que se trata de una conquista de derechos para las personas privadas de libertad, aunque a su vez no puede dejar de tenerse en cuenta el cambio de paradigma respecto de lo que define y caracteriza a cada género. No es el objetivo de este trabajo brindar esa respuesta, aunque sí lo es dar cuenta de cómo el poder opera incluso en estas disposiciones. Y ello demanda, necesariamente, razonar con perspectiva de género.

Desde esta óptica, cobran vida las nuevas ideas respecto de la igualdad de oportunidades y de trato que han sido la gran conquista de los movimientos feministas en sus distintas versiones, a partir del cuestionamiento de más de una estructura, lógica y dinámica que históricamente fueron consideradas “innatas” o “evidentes”. La ley de interrupción legal del embarazo es un reciente ejemplo de conquista que fue precedida de un incesante reclamo por estos sectores. Así como la mujer y otras personas gestantes rompen prejuicios, ganan terreno en áreas que fueron sistemáticamente excluidas y luchan por conquistar sus derechos, el varón encuentra, a través de una deconstrucción de las nociones patriarcales que atravesaron su sentido común, nuevos reclamos en torno al rol masculino y paternal.

A la luz de la transformación cultural que propone la reconfiguración de las bases de estas identidades se suscita el cuestionamiento hacia la actual redacción de los supuestos previstos para el arresto domiciliario. Porque una vez más, el derecho es un terreno de disputa constante, en tanto arena de construcción de sentidos, a partir del cual se puede dar cuenta de

59. CALVO GONZÁLEZ, “Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional”, p. 317.

los cambios de organización social. Aquí cobran importancia los procesos propuestos en la intersección de derecho *con* literatura como son: 1) la relectura, en tanto reinterpretación del sentido del texto para que sea un derecho que le habla a todos y todas; y 2) la reescritura, en este caso del género del autor histórico que escribió el derecho a fin de que sea, parafraseando y actualizando a Calvo González, un “derecho para todas las identidades de género”.⁶⁰

En términos prácticos, ello propone una ampliación del supuesto normativo ya incorporado a la legislación local, a fin de que todas las personas a cargo de niños y niñas menores de cinco años o de una persona con discapacidad puedan cumplir la condena en su domicilio, sin distinción alguna en materia de género. Así, la legislación nacional podrá alinearse con los estándares de igualdad y derechos humanos que fija la cúspide de la pirámide normativa. Al respecto, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que ciertos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos:

“[...] respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos, en circunstancias en las que han sido utilizados para justificar la violencia contra la mujer o su impunidad, la violación de sus garantías judiciales, o la afectación diferenciada de acciones o decisiones del Estado.”⁶¹

No obstante, resulta de vital importancia que las modificaciones legislativas y/o políticas de esta índole resulten genuinamente acompañadas por la cosmovisión social de la comunidad y así evitar un nuevo desfase: al respecto, el caso uruguayo —con relación a las reformas por licencias de maternidad y paternidad— es una cercana referencia que corresponde tener en cuenta.⁶²

60. CALVO GONZÁLEZ, “Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural...”, p. 329.

61. Corte IDH, “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala”, párr. 295.

62. BATTYANY, GENTA & PERROTTA, “Avanzando hacia la corresponsabilidad en los...”, p. 6.

IV. CONCLUSIÓN

La lectura entrelíneas del discurso jurídico que propone la filosofía crítica permite dilucidar que este expresa las relaciones de poder existentes en un tiempo y lugar determinados. En lo que aquí interesa, ello pone de manifiesto que el discurso jurídico ha sido históricamente enunciado por y para los varones, en una sociedad que ha disciplinado a los cuerpos en términos de división sexual del trabajo: ellos son los dueños del ámbito público y de los actos de gobierno, mientras que piensan a las mujeres relegadas al ámbito privado y destinadas a encargarse de las tareas de cuidado; entre ellas, la crianza de los hijos e hijas.

En los tiempos que corren muchos de los sectores desventajados han alzado sus voces para tornar conscientes esas exclusiones, limitaciones y desigualdades que ha generado el patriarcado. No solo en términos de asignación de roles y mandatos, sino también en cuanto a una visión binaria de la sociedad: las identidades de género son múltiples. Con esto en cuenta, el supuesto normativo traído bajo análisis respecto de que la madre es la *única* que puede acceder al beneficio del arresto domiciliario si tiene a cargo una o un hijo menor de cinco años o una persona con discapacidad, convoca a las y los agentes encargados de decir el derecho a no hacer oídos sordos a estos reclamos. Los interpela a incurrir a la obra hermenéutica de interpretar el derecho, como un trabajo siempre recomenzado.⁶³

Si bien se ha demostrado que ciertos jueces ya han encarnado parcialmente la figura de Hermes que propone Ost al momento de decidir, aún son necesarios los pronunciamientos judiciales que puedan apuntar de forma explícita las consecuencias de aplicar una perspectiva de género, así como involucrarse en fenómenos problemáticos para la sociedad toda como resulta la sobrepoblación carcelaria. A partir de estos registros es que quizás será posible una transformación social desde el derecho, pues se dimensiona a la justicia como una responsabilidad respecto de la vulnerabilidad de la o del otro, respecto de a quién se juzga y lo que está en juego en la vida de esa persona.

Sin perjuicio de la importancia que merece analizar aquel momento en el que se *dice* el derecho, la relectura y, por ende, la posible rescritura de esta técnica legislativa aparece como una herramienta idónea para dar una respuesta más integral a un conflicto estructural. Pues desde la posición crítica debe ser

63. OST, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, p. 194.

posible exigir un enunciado responsable.⁶⁴ Ello por cuanto la igualdad nunca viene después como un resultado a alcanzar, sino que debe ubicársela antes.⁶⁵ Se trata, en definitiva, de volver a la concepción del derecho moderno como un mecanismo paradigmático de integración social, en tanto abraza el problema que la propia modernidad hizo suyo, acerca de la igualdad.

Es hora de asumir dos responsabilidades: la primera, intensificar el trabajo de identificación de este tipo de enunciados y abogar por una manipulación del lenguaje jurídico en favor de una transformación social, que dé pábulo a las necesidades de los sectores más desventajados. La segunda, potenciar los mecanismos de concientización respecto de que la lucha por la igualdad de género nunca podrá alcanzar su objetivo si no involucra a todos los géneros y actoras y actores sociales. Solo en esos términos será posible dismantelar el pacto de silencio con el patriarcado y vaticinar un futuro más justo, en tanto se alcance una igualdad entendida como no sometimiento más que como no discriminación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BATTYÁNY, Karina, GENTA, Natalia & PERROTTA, Valentina, "Avanzando hacia la corresponsabilidad en los cuidados: Análisis de las licencias parentales en el Uruguay" en *Repositorio CEPAL*, N°128, 2016, Serie Asuntos de Género, pp. 5-32.
- BERBERY GONZÁLEZ, Florencia, *Mujeres en prisión domiciliaria: De la acción afirmativa al estereotipo de género*, Departamento de Derecho de Universidad de San Andrés, 2015.
- BUBNOVA, Tatiana, "El principio ético como fundamento del dialogismo en Mijaíl Bajtín" en *Escritos. Revista del Centro de Ciencias del Lenguaje*, N° 15-16, 1997, pp. 259-273.
- , "Voz, sentido y diálogo en Bajtín" en *Acta poética*, Vol. 27, N° 1, 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 97-114.
- CALVO GONZÁLEZ, José, "Derecho y literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional" en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 24, 2007, pp. 307-332.

64. BUBNOVA, "Voz, sentido y diálogo en Bajtín", p. 108.

65. GORALI, "Enseñanza, crítica y acción en el...", p. 252.

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “Cejas”, 10/3/2021 Reg. 197/2021, Causa N° 5742/2018.
- , Sala II, “Cagnone Lavaque”, 27/08/2020, Reg. N° 1135, Causa N° 71003830.
- , Sala I, “Rossi, Maximiliano A. s/recurso de casación”, 22/6/2012, Reg. N° 15.656.
- , Sala IV “Scopa, Marcelo Alejandro s/rechazo de prisión domiciliaria”, 20/3/2018, Reg. N° 256.
- CÁRCOVA, Carlos M., *La opacidad del derecho*, Trotta, 1998, Madrid.
- , “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, en *Las teorías jurídicas postpositivistas*, 2ª ed., Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *Los alcances del castigo: Mujeres en prisión*, Siglo XXI, 2011, Buenos Aires.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, 9/3/2018.
- ENTELMAN, Ricardo, “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra” en *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, N° 4, 1986, pp. 109-116.
- ESPOSITO, Roberto, “Lenguaje y violencia entre Benjamín y Canetti” en *Daimon. Revista de Filosofía*, N° 38, 2006, pp. 61-69, traducción de ACCORSI, Ángela.
- FOUCAULT, Michel, “Clase del 14 de enero de 1976”, en *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, Fondo de Cultura Económica, 2000, Buenos Aires.
- , *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*, 25ta. ed. en español, Siglo Veintiuno Editores, 1998, Buenos Aires, traducción de GUIÑAZÚ, Ulises.
- GORALI, Marina. “Enseñanza, crítica y acción en el campo jurídico: pensando junto a Duncan Kennedy” en *Revista Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja*, N° 20, junio-noviembre 2018, pp. 248-259.
- LÓPEZ, Axel & MACHADO, Ricardo, *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Fabián J. Di Plácido, 2014, Buenos Aires.
- MARÍ, Enrique, “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden” en *Revistas Doxa*, N° 03, 1986, pp. 93-111.

—, "‘Moi, Pierre Rivière...’ y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 59, 1980, pp. 81-110.

Ministerio Público de la Defensa, "Boletín Jurisprudencia. Prisión domiciliaria para progenitores varones" en *Referencia Jurídica e Investigación*, Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, mayo de 2021.

OST, François, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez" en *Revistas Doxa*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 14, 1993, pp. 169-194.

PITLEVNIK, Leonardo, *Superpoblación carcelaria: dilemas y alternativas*, Didot, 2019, Buenos Aires.

Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe anual 2020. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2021, Buenos Aires.

RUIZ, Alicia E. C., "Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo", en COURTIS, Christian, *Desde otra mirada*, Eudeba, 2001, Buenos Aires.

—, "La construcción social y jurídica de la verdad", en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, 2001, Buenos Aires.

—, "La ilusión de lo jurídico" en *Crítica Jurídica Nueva Época*, N° 4, 1986, pp. 161-168.

—, "Violencia y vulnerabilidad" en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 1, N° 29, 2010, pp. 43-52.