

Título: [El enfoque de derechos humanos y de género en el caso de las mujeres en situación de detención](#)

Autores: [Caputi, Claudia](#) - [Rizzi, Guillermo F.](#)

Publicado en: [Sup. Const. 2020 \(mayo\), 22/05/2020, 6](#)

Cita Online: [AR/DOC/1278/2020](#)

Sumario: I. Presentación del caso comentado; importancia y proyecciones.— II. La función del Poder Judicial como humanizador del Derecho e, indirectamente, de la función administrativa.— III. Una mirada con enfoque de género, infancias y Derechos Humanos, en el acceso a la justicia.— IV. Desarrollo humano en clave de género y de infancias, de cara a la Administración: el goce de la Asignación Universal por Hijo y de la Asignación Universal por Embarazo como expresiones reales de "lo público".— V. Reflexiones finales.

(*)

(**)

"Saber qué es lo justo y no hacerlo, es la peor de las cobardías" Confucio

I. Presentación del caso comentado; importancia y proyecciones

Para quienes emprenden sus carreras jurídicas con compromiso y anhelo de perfeccionamiento, pocas misiones son más importantes que la de integrar un "Botiquín Jurídico", munido de los elementos esenciales y de primera necesidad, manejados al dedillo, para el abordaje de las situaciones y cuestiones prácticas que deban analizar.

De allí que resulta sumamente interesante el punteo de las referencias conceptuales que, de modo magistral, provee la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el fin de fundamentar el pronunciamiento más humanista y descollante con el que se abre, de algún modo, el año jurisprudencial 2020. Se trata del fallo recaído, en forma unánime, en el caso de las mujeres detenidas en la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal [\(1\)](#), sita en Ezeiza, Provincia de Buenos Aires.

El pronunciamiento resulta relevante, al expresar, con profusa fundamentación y sin medias tintas, que el ordenamiento jurídico no contiene normas que justificasen, como lo interpretaba el Servicio Penitenciario, la denegación de beneficios sociales por embarazo y maternidad reclamados por las mujeres alojadas en dicho establecimiento.

Se trata de un fallo que, al hacer lugar al reclamo de las detenidas, actuando éstas por sí y por sus hijas e hijos, alivia como un fresco soplo de aire normativo, lo que antes era un escenario de denegación sistemática de derechos. Y es que, tan acuciante es la problemática en estudio, y tan notable resulta la sentencia en comentario, que los propios órganos judiciales —a menos de un mes del pronunciamiento— han comenzado a responder; así, no podemos dejar de destacar la Acordada 2 de la Cámara Federal de Casación Penal [\(2\)](#) que, a más de desarrollar conceptos sobre la situación advertida, detallando los principios que la rigen, dictó recomendaciones dirigidas a contemplar las particularidades de cada caso, con miras al debido cumplimiento de los estándares internacionales en materia de tutela de los derechos de mujeres, niños y niñas, especialmente en el contexto actual de emergencia penitenciaria. De por sí, la situación penitenciaria es grave y se impone en la agenda de los Estados provinciales también; solo a título de ejemplo podemos nombrar el completo informe que en el mes de octubre elevó al conocimiento público el Tribunal de Casación Penal, órgano que, junto con la Suprema Corte de Justicia, encabezan el Poder Judicial bonaerense [\(3\)](#).

Ahora bien, seguidamente vamos a detenernos en el concepto pivot que impregna la situación de encierro, y justifica la solución del Máximo Tribunal, dado por la "violencia institucional" de la administración carcelaria que, además, esta vez aparece recayendo sobre "grupos mayormente vulnerables" en la fraseología de la Corte Suprema. Para quien ha elegido el camino de administrativista, la violencia institucional constituye un instituto que amerita estudio y análisis, en tanto incide en la línea de flotación de la materia, al referirse al revés del "deber ser" del recto ejercicio de la función administrativa. En otras palabras, se trata de la situación disvaliosa que las personas con responsabilidad en la buena y óptima marcha de la Administración deben esforzarse, con la debida diligencia, en erradicar, mediante la prevención, la investigación y la sanción, y la eventual reparación de las consecuencias dañosas derivadas de la vulneración de derechos fundamentales [\(4\)](#).

Dicho lo anterior, y con el fin de acotar la cuestión central de este trabajo, se enfocará el estudio sobre la discriminación de origen estatal, ya que entendemos a esta como un área del Derecho en la cual el Estado debe ejercer una activa función pedagógica [\(5\)](#), porque de nada serviría reducir los tratados y las leyes en la materia a una mera declamación vacía. Si el Estado está comprometiéndose por medio de estas normas, es importante que la ciudadanía perciba que se trata de un compromiso sincero en pos de la eliminación de toda forma de discriminación, máxime siendo él mismo quien ejerce el poder jurígeno al dictar las leyes y al aplicarlas. Esto no quita que deba respetarse y alentarse el establecimiento de fundaciones u organizaciones de todo tipo

destinadas a fomentar la integración de las minorías u otros grupos discriminados. Este fenómeno asociativo ha cobrado mayor vigor en los últimos tiempos, pero no puede obstar al rol estatal.

En este orden de ideas, cabe adelantar que sea cual fuere el sujeto activo del acto de discriminación, este merecerá el más enérgico reproche y persecución legal. Sin embargo, no deja de ser cierto que el Estado cuenta con enormes recursos, de forma que, si alguno de sus integrantes lleva a cabo actitudes discriminatorias, las víctimas de tales actos posiblemente se encontrarán en una situación de particular indefensión o inferioridad. Como se ha destacado (6), no debe perderse de vista que cuando alguno de los funcionarios o empleados públicos realiza conductas como las que comentaremos, es lógico que el afectado o la afectada perciba que el Estado lo o la discrimina.

II. La función del Poder Judicial como humanizador del Derecho e, indirectamente, de la función administrativa

Escribir sobre esta decisión de nuestro Máximo Tribunal federal, no sólo pone en nuestra mesa de trabajo la cuestión de la necesaria humanización del proceso, en clave de acceso al Poder Judicial, sino que, cual caras de Jano, nos muestra uno entre otros supuestos de deshumanización de la rama del Derecho que —debería— ocuparse de "lo público".

No podríamos soslayar, además, que, a poco de concluir la redacción de estas líneas, devino en la Argentina y en el mundo la pandemia por el COVID-19, que suscitó los decretos de necesidad y urgencia 260 y 297 de 2020, además de múltiples otras resoluciones y reglamentaciones varias, y dado que rige al momento en que esto se escribe una medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio, sobre todas y todos los habitantes del país, que presumiblemente va a remodelar la configuración del derecho tal como lo conocíamos. La circunstancia de que esta medida abarque a las personas privadas de la libertad, y las enormes implicancias sobre el estado de situación de éstas en punto al resguardo de sus derechos (sin dejar de ser relevante y acuciante, dado que ocurre el mismo año en que logran ser reconocidas como sujetos de derecho, a los efectos de la Seguridad Social y a tantos otros efectos), ameritaría un trabajo aparte, del que vamos a prescindir por ahora, para acotarnos, focal y puntualmente, al propósito central que nos hemos propuesto.

Despejado ello, y retomando el análisis, observamos que la inspiración que emana del fallo que comentamos nos trae reminiscencias de los conceptos expresados recientemente por la doctora Mariana Josefina Rey Galindo (7), quien dejó sentado en una sentencia que "(n)o voy a escatimar ni tinta ni empeño para desarrollar esta decisión. Pues el Estado —en este caso el Poder Judicial— está obligado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que disponga y del esfuerzo para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas" (8). También destacó dicha magistrada que el régimen civil y comercial en vigencia reconoce dicha humanización o constitucionalización de la ley, pues así lo dejaron plasmado los redactores del Código Civil y Comercial en los fundamentos del Anteproyecto respectivo. La progresiva adaptación de las ramas del Derecho a los mandatos convencionales obliga a reflexionar hasta qué punto habría progresado esa adaptación respecto del Derecho Administrativo. Es con esta rama que referenciamos la base conceptual de todo análisis sobre la situación de personas en detención, dado que esta importa gestionar la cotidianeidad de las condiciones de habitabilidad, alimentación, vestido, trabajo y resocialización, entre otros aspectos que atañen a la administración penitenciaria (9).

El derecho administrativo que, en palabras del profesor Agustín Gordillo, tantas veces aparece como una suerte de mero garante de los reglamentos, a la hora de reivindicar los derechos humanos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Magna, instaura más que un límite constitucional —diríamos, una barrera jurídica—, que se apontoca en el peligro siempre latente de sustitución del poder administrador. Sacraliza de tal modo la división de poderes, hasta llegar más allá de las propias intenciones del constituyente al establecerlos como maneras de funcionamiento del Estado, único que puede tomar decisiones administrativas, legislativas o jurisdiccionales.

En función judicial entonces, siguiendo el razonamiento de la doctora Rey Galindo, el Estado no debería desconocer ningún derecho humano fundamental, ni siquiera justificándolo en la existencia de impedimentos legales, pues si lo hace luego es la Corte Suprema, años después, la que tiene que venir a ubicar el quicio en su justo lugar. Así, preocupados por esta realidad, es que encontramos algunos —que, seguramente, no son los únicos— antecedentes jurisdiccionales del caso en comentario.

Vayamos, entonces, al telón de fondo fáctico del caso comentado. Pues bien, la causa reseñada fue promovida por la Procuración Penitenciaria de la Nación en representación de las mujeres privadas de su libertad, alojadas en el Centro Federal de Detención de Mujeres (Unidad 31, sita en Ezeiza, Provincia de Buenos Aires), que atravesen un embarazo o que hubieran ejercido la opción del art. 195 de la ley 24.660 (10) a efectos de permanecer con sus hijos e hijas menores de 4 años. Sucede allí que los organismos nacionales se niegan a

reconocerles a aquellas mujeres que trabajan, su derecho a percibir las asignaciones familiares del subsistema contributivo de la seguridad y, a las que no lo hacen, las prestaciones del subsistema no contributivo, esto es: la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación Universal por Embarazo (AUE), respectivamente. Esta unidad del SPF tiene una historia (11), y en este pronunciamiento se escribe un nuevo capítulo, que la cambia para bien.

Según ya se adelantó, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (12), hizo lugar a la vía intentada refiriéndose al derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social y el régimen de las Asignaciones Familiares, realizando importantes apreciaciones sobre los instrumentos internacionales aplicables (13).

Retengamos, entonces, que la constelación de tópicos en examen incluye lo referente a las mujeres o personas con identidad femenina, a sus hijas a hijos, al presupuesto estatal, y a la violencia institucional, como carriles por los cuales el Máximo Tribunal argentino transita al analizar lo atinente a los derechos en juego. A su vez, el gran telón de fondo del caso radica en las situaciones de detención penitenciaria y la maternidad en ese contexto, un tema con hondas raíces en nuestra historia y en la civilización en general (14).

Ahora bien, debido a las características de este tipo de procesos, y en la medida en que se entienda que los beneficios de la decisión solo se extienden a las mujeres representadas en el caso judicial en cuestión (y a su vez, indirectamente, a sus hijas e hijos), ello nos mueve a reflexionar sobre la necesidad de que las administraciones responsables modifiquen su conducta con respecto a todas las mujeres detenidas en las respectivas unidades penitenciarias, acatando en clave de generalidad la sentencia del Máximo Tribunal. Caso contrario, las condiciones de deshumanización del derecho derramarán una vez más su injusticia sobre los hechos.

III. Una mirada con enfoque de género, infancias y Derechos Humanos, en el Acceso a la Justicia

Cuando nos referimos al acceso a la justicia no debemos caer en la vinculación directa con el Poder Judicial. La Justicia es un valor, y la función judicial del Estado debe involucrarla como un objetivo, y ser su garantía cuando la misma aparece violada. Sin embargo, es el Estado en su conjunto quien debe actuar con el fin de que no se violen los derechos de las personas, de las y los habitantes llamados a conformar esta Nación.

De otro modo, el problema social deja de ser visto a través del prisma de los Derechos Humanos, y ya no se utiliza un lenguaje que exprese esos problemas sociales en términos de violaciones a los derechos fundamentales. Está claro que es en la persona donde convergen de manera indivisible todos los derechos, por lo que una visión de esta naturaleza nos permitirá sumar otras alternativas a la vía jurisdiccional.

Por cierto, que, ante la falta de un proceso especial con tutelas diferenciadas, sea individual o colectivo, que brinde la posibilidad de acceso real y efectivo a los derechos, quien sea justiciable intentará acceder a ellos a través de acciones judiciales y constitucionales como el amparo, el hábeas data o el hábeas corpus, buscando también adelantarlos mediante la aplicación de medidas cautelares. Pero debemos remarcar que lo que subyace es el principio pro persona, o sea que una aplicación restrictiva tiene que ser fundamentada.

Aun cuando los casos resueltos por el Poder Judicial han involucrado mayormente situaciones de extrema vulnerabilidad social, con grave afectación de un conjunto de derechos, observamos que los ejes del debate judicial no se manifiestan a través de la aplicación —o no— de la normativa internacional de protección de los Derechos Humanos y las consecuentes construcciones jurídicas en torno a ello, sino que la argumentación se diseña directamente a partir de la vigencia de los estándares internacionales establecidos por los organismos pertinentes, con referencias específicas a la operatividad del contenido mínimo del derecho en cuestión; la tutela preferente y, en ese sentido, el examen del cumplimiento de la prioridad presupuestaria con asignación privilegiada de recursos; la evaluación —aunque aún incipiente— de cuestiones presupuestarias y la comprobación, en cada caso concreto, de la adecuación de las respuestas ofrecidas a la situación de vulneración de derechos planteada, lo que ha llevado incluso a la consideración específica —en términos de razonabilidad, condiciones exigidas, posibilidades efectivas— de las políticas públicas implementadas por el poder administrador, a través de sus distintos planes y programas (15).

En proximidades de comenzar la tercera década del Siglo XXI, podemos aseverar que es la urgencia el marco en donde se discuten estos derechos. En tal contexto, el derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma (legal o ilegal) que tiene el Estado para aplicar las normas, sino que debe asumir la misión de extender su análisis a la propia inaplicación de estas (la llamada inactividad administrativa), que es una de las formas más refinadas de ilegalidad (16).

Por lo demás, la aplicación interna del derecho internacional no puede quedar reducida a la acción del Poder Judicial; es el Estado, con todos sus componentes y funciones, el que debe quedar obligado a la implementación de esas normas internacionales. Por otro lado, la verdadera realización de los DESC requiere de cambios sociales significativos, que exceden las posibilidades y la naturaleza de la jurisdicción, su esencia o su corazón

reside en el diseño y la implementación de políticas públicas activas, mientras que las estrategias de realización deben transitar por el carril de las obligaciones de carácter positivo.

Siguiendo a Aaron Wildavsky, pensamos que elaborar presupuestos implica traducir los recursos financieros en objetivos o propósitos humanos (17). Sin embargo, aún hoy, obtener simplemente información sobre los destinos de los recursos, se transforma casi siempre en un periplo judicial (18).

IV. Desarrollo humano en clave de género y de infancias, de cara a la Administración: el goce de la Asignación Universal por Hijo y de la Asignación Universal por Embarazo como expresiones reales de "lo público"

Repasemos seguidamente la arquitectura conceptual de los beneficios de los que fueron injustamente privadas las internas que accionaron en la causa que analizamos.

Como se recordará, la Asignación Universal por Hijo fue implementada en el año 2009, mediante el dec. 1602/2009 (19). En sus considerandos, se destaca que se trata de la adopción de políticas públicas que permiten mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social. En la redacción de la norma que le dio origen a esta prestación, se cita a la ley 26.061 (20) de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en el año 2005, que tiene por objeto "garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que esta Nación sea parte".

A mediados del año 2011, las prestaciones se complementaron con el lanzamiento de la Asignación Universal por Embarazo para protección social, mediante el dec. 446/2011 (21), que se otorga a futuras madres que se encuentren en las doce o más semanas de gestación. Según el propio texto de la norma creadora, esta asignación nace con el fin de darle protección a la madre embarazada por lo que "(r)esulta necesario establecer una prestación que dé cobertura a la contingencia del estado de embarazo de aquellas mujeres que se encuentran en similares condiciones que las personas que acceden a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social", de aquí que no se observe en ninguna parte de las normas límites y/o barreras jurídicas que puedan agregarse a los barrotes de las cárceles.

Listando el contenido de nuestro Botiquín Jurídico, tenemos que la Convención sobre los Derechos del Niño (22), el Pacto de San José de Costa Rica (23), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (24), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (25), o el Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos del año 2013, titulada "El derecho a vivir en familia", son solo algunos de los instrumentos que establecen disposiciones que deben considerarse en diálogo directo y permanente con nuestra Constitución Nacional, consagrando un sistema de protección integral.

Sin embargo, lo que el fallo nos permite en convertirse en una ventana que nos muestra un sistema que, en los hechos, injustamente extiende a las/ los/ les niñas la condena que recayó sobre sus madres (a las que prácticamente les niega el estatus de sujetos de la Seguridad Social). También es una metáfora de tantos otros casos en los que se logró la ley o norma tuitiva, progresista, contenedora, y al final de cuentas esta resulta eludida en su cumplimiento. En definitiva, parece haber sectores de la Administración que no han leído el conocido adagio, según el cual es "más fácil construir niños fuertes que reparar adultos rotos". O que han ignorado al "Principito" que, por la pluma de Antoine de Saint-Exupéry, recordaba que "...las personas mayores nunca son capaces de comprender las cosas por sí mismas, y es muy aburrido para los niños tener que darles una y otra vez explicaciones".

Quizá como consecuencia lógica de la decisión jurisdiccional que comentamos, la Procuración Penitenciaria de la Nación publicó recientemente la "Guía de derechos para las mujeres privadas de su libertad" (26), que entre otras cuestiones de importancia establece como legislación concerniente a la temática en estudio, por supuesto junto a la Carta Magna y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos allí consagrados, a la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, las llamadas Reglas de Bangkok, que constituyen pautas consensuadas en el ámbito de las Naciones Unidas para el tratamiento de las personas en reclusión, y medidas no privativas de la libertad para las mujeres detenidas a raíz de la comisión de delitos. Tercian, también, la ley 26.827 sobre Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Tampoco puede obviarse en la materia que aquí analizamos, el resto del Bloque de Normatividad, integrado por: el dec. 18/1997, por medio del cual se plasma el Reglamento de Disciplina para los internos, por el que se reglamenta el cap. IV, relativo a la "Disciplina", de la ley 24.660; el Manual de Información Básica para Internas, creado por la Dirección General de Régimen Correccional del Servicio Penitenciario Federal en el año

2011, el dec. 396/1999, que instaura el Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución, el dec. 1136/1997 que plasma el Reglamento sobre Comunicaciones y Visitas, y el dec. 303/1996, que implementa el Reglamento General de procesados.

Ahora bien, ¿alcanza esta declaración de principios? ¿Es eficaz la comunicación oficial a las internas sobre los derechos de los que gozan? Es que, no obstante los propósitos señalados, que necesariamente deben ser traducidos en garantías para ellas, una vez más la realidad le gana a lo que debería ser el correcto funcionamiento de la administración penitenciaria y del Estado como principal gestor del interés público, quien en reiteradas ocasiones, por medio de otras ventanillas administrativas (27), termina siendo el propio encargado de la dilatación de las decisiones que deberían resolver sobre el interés común, en este caso, de las internas. Y esa no es otra que la realidad que las lleva a interponer más pretensiones procesales, con la mayor dilación aún que provoca el lento trajinar frente a los estrados judiciales (28).

Ya inmersas en el esquema de la función judicial del Estado, por no poder evitar que la función administrativa a cargo de decidir no haya tomado las riendas del asunto con la celeridad y eficacia que las normas antes señaladas exigen es donde, para cerrar un verdadero círculo virtuoso de derechos, las y los jueces/zas deberán aplicar, entre otras normas, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (29) que nos brindan, con expresiones simples y claras, los conceptos que deben aplicarse para interpretar correctamente qué debe entenderse por personas en situación de vulnerabilidad, y cómo inciden la edad, género, pertenencia a minorías o privación de libertad, aunque para lograrlo ahora la judicatura tendrá que sortear las invocaciones al principio de división de poderes y la vigencia de la República (30).

Paralelamente, cabe tener bien presente que todas las mujeres, al igual que en el caso de los varones, tienen derecho al trabajo en las unidades en las que hayan sido asignadas, lo que el fallo que comentamos termina de asegurar es que, además, de seguir percibiendo el salario en determinados supuestos (v.gr., casos de licencia por enfermedad, comparendos, visitas, actividades educativas o turnos médicos), en caso de tener hijos o hijas menores de 18 años o con alguna discapacidad, se puede solicitar el cobro de la AUH (o de la AUE, según el caso). Adviértase que estas prestaciones les corresponden a los niños, las niñas y adolescentes, independientemente de la situación de detención de sus madres. Así las cosas, el único trámite a realizar para acceder a dichos beneficios sociales se debe reducir a solicitar una audiencia con el área de asistencia social, evitando de este modo no sólo el dispendio jurisdiccional sino, lo que resulta más grave, el desconocimiento del derecho.

V. Reflexiones finales

Julia y Tomás fueron los personajes, ciertamente ficticios, de la película "Leonera", que en el año 2008 puso en debate —entre los cinéfilos— qué hacer con esa mujer que luchaba para criar a su hijo recién nacido detrás de las paredes de la guardería de una prisión (31). Cómo no recordar ese pasaje, en el cual la protagonista grita desahogada: "¡...Rusaaaa, rusa!, ¡decile que me sacaron a Tomás!"; la imagen sensibiliza y estremece, hasta que leemos en los diarios de enero la historia, real por cierto (32), de la primera bebé argentina del año 2020, que es hija de una joven que está detenida en Los Hornos (33). Demostrando que la naturaleza imita al arte, y como consignaron los medios, la beba Martina nació en el primer minuto del 1° de enero del año en curso, y su madre se encuentra alojada tras las puertas de ese penal; todo un metamensaje cuando el Máximo Tribunal del país vino a quebrar la tranquilidad estival con el dictado de este luminoso pronunciamiento.

Hace un siglo, según las investigaciones que nos aporta Dora Barrancos (34) en la formidable antología esencial "Devenir feminista - Una trayectoria político-intelectual", las mujeres empleadas en la compañía que prestaba el servicio telefónico eran hacinadas, explotadas y violentadas, incrementando sus vulnerabilidades y, en particular, forzándolas a renunciar al matrimonio y la maternidad bajo pena de perder sus empleos. Todo ello, quedó simbolizado en la figura y vicisitudes de vida de Amalia C., cuya icónica "puñalada" e historia nutren aquellas inspiradoras páginas.

Hoy vemos que han transcurrido las décadas, y sigue siendo necesario que la Corte Suprema haga oír su voz y, blandiendo la espada de la Justicia, establezca que es inadmisibles que a las internas de establecimientos penitenciarios se las violente negándoles prestaciones sociales que se refieren, precisamente, a la situación de gestación y maternidad, con grave y negativo impacto en sus hijas e hijos, máxime cuando el legislador no ha plasmado excepciones en el ordenamiento respectivo.

De hecho, por medio de este tipo de fallos (35) la Corte Suprema federal dispone una agenda en la que, paradójicamente, sobresalen los invisibles. Las situaciones de vulnerabilidad en las cárceles no se agotan en las mujeres, sometidas a la violencia institucional que, si encendemos un foco, parece provenir solo del SPF; en verdad, hay que iluminar lo bastante como para ver que incluye a sus hijos y, entonces, obliga a la función

administrativa a reconsiderar sus propias metas a la luz de la eficiencia. ¿Es eficiente un Estado que deriva menos caudales en estos pozos? (36). Quizá solo decide ser ciego frente a los (ex) invisibles que ahora se imponen. Pues lo que la Corte nos dice es que ya no podrá hacerlo sin consecuencias, porque la gestión de los recursos hasta el máximo de sus posibilidades no interpela solamente al Ministerio de Hacienda o Economía de la jurisdicción que fuese, sino al Estado como conjunto de funciones que deben ser enfocadas al respeto genuino y proactivo de los derechos fundamentales de todos sus habitantes.

Y habiendo recordado esto, resuena una vez más el interrogante: ¿podría haberlas dispuesto? Y allí quien sea buen intérprete debe recordar que la justicia social es un manto de protección para las personas y los grupos que más los necesitan, por lo que toda hermenéutica que conduzca a descartar esta clase de beneficios, justamente, respecto de quienes más parecen necesitarlos, debe ser descartada, no ya por hartos sospechosos, sino directamente por ridícula en todo esquema de razonamiento orientado por una buena y bien calibrada brújula axiológica.

Por cierto que el análisis que nos autoriza a sostener lo antes dicho, debe ser emprendido con la vuelta de tuerca que a nuestros conocimientos le agregó el precedente "Castillo" a finales del año 2017 —otro señero fallo que merece integrar el botiquín jurídico del/la buen jurista—, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que "...la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo". Bajo esta perspectiva, se agregó en el fallo que el "... análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen" (37). Se traza allí un particular sendero para todo silogismo judicial, sólidamente consistente con todo razonamiento que asuma una perspectiva de derechos humanos, de infancia y de género.

Quién diría, pensando en muchos datos preocupantes del panorama actual, que el principal redactor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, René Cassin, era administrativista. Lo era en la época en que aún ninguna universidad o alta casa de estudios impartía capacitaciones sobre derechos humanos o fundamentales, asignatura que habría de forjarse y transitar sobre los rieles conceptuales que él y sus colegas tan magistralmente establecieron. Y supo poner en palabras el sentido justo y salomónico del bien común, en una versión que no ahogue el bien particular de las personas y, en especial, de sectores más desfavorecidos, y tome como interlocutores, subjetivizándoles, a los injustamente invisibilizados y silenciados (38).

Ojalá que, con el palpitar de decisiones como la ahora comentada, el Derecho Administrativo vuelva a tener alma y corazón, y así ser —algún día— sinónimo de resguardo de la juridicidad entendida con superlativo sentido humanista, huyendo de formalidades huecas, ásperas, y evisceradas de justicia, y construyendo un edificio que revele una nueva visión de la función administrativa, esta vez impregnada de convencionalidad y de constitucionalidad.

(*) Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II). Especialista en Derecho Administrativo Económico por la UCA, docente de posgrado en su especialidad en la UBA, UCA, y otras universidades. Vicepresidenta Segunda de la Red Mujeres para la Justicia. Integrante del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) Abogado, especialista en Derecho Administrativo (UNLP); docente de grado y posgrado (UNLP y UCALP); actualmente es abogado inspector en la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

(1) El 11 de febrero de 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad Social en la causa Internas de la Unidad 31 SPF y otros s/ hábeas corpus" (expte. FLP 58330/2014/1/1/RH1).

(2) Véase la Acordada 2/2020, emitida por la Cámara Federal de Casación Penal, del día 9 de marzo del corriente año. Véase el texto explicativo de la medida en el portal del Centro de Información Judicial - CIJ: <https://www.cij.gov.ar/nota-36889-Informe-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-.html>.

(3) En tal sentido, préstese especial atención al análisis realizado a partir de la foja 60 sobre la situación carcelaria de las mujeres, en el minucioso documento descriptivo del 10 de octubre de 2019, y luego las medidas adoptadas en su consecuencia a partir del 12 de diciembre del mismo año (RC. 2301/18 y Res. 3341/19):

<http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Adopci%F3n%20de%20medidas%20frente%20a%20las%20graves%20cond>

(4) En esta secuencia de acciones o verbos, se sigue el orden usual sobre el que reposa la redacción de las convenciones sobre Derechos Humanos; en particular es el que permea la Convención de Belém do Pará -

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

(5) Ampliar en CAPUTI, Claudia, "El papel del Estado respecto de los derechos de las minorías ante la discriminación", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 281, Año XXIV, Ed. RAP, febrero 2002, ps. 13-21.

(6) CAPUTI, Claudia, *ibídem*.

(7) Jueza del Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Centro Judicial Monteros, Poder Judicial de la Provincia de Tucumán.

(8) Ver la sentencia del 07/02/2020, en la causa "L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación", expte. 659/17.

(9) Estas afirmaciones pueden parecer a primera vista rupturistas con la tradicional mirada penal o punitivista que impregna la cuestión, dado que es el subsistema penal el encargado del ingreso de las internas. En todo caso, el mandato constitucional apunta a que las cárceles sean "sanas y limpias" para la resocialización de las personas allí alojadas, y convengamos en que la Teoría del Delito y otros instrumentos conceptuales afines no fueron diseñados o concebidos para brindar herramientas a los efectos de llevar a cabo la administración de los ejes involucrados en la situación de detención, enumerados en el texto.

(10) Disposición según la cual: "La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años", agregándose que: "Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado".

(11) Sin perjuicio de otros estudios, recordamos el siguiente: AA.VV. - DAROQUI, Alcira V. (dir.), "Las mujeres y los jóvenes encarcelados en el ámbito nacional: abordaje cuantitativo y cualitativo en torno a grupos sobre vulnerados dentro de la población carcelaria. Informe de Investigación", Instituto de Investigaciones "Gino Germani" y Procuración Penitenciaria de la Nación, agosto de 2003, Buenos Aires, publicado como: "Voces del Encierro. Mujeres y jóvenes encarcelados en Argentina. Una investigación socio-jurídica", Ed. Omar Favale, Buenos Aires, 2006; véase en especial el acápite 1.B, en ps. 71 y ss., donde se detalla el origen de este establecimiento, sus características, capacidad, rasgos edilicios y operativos, etcétera.

(12) Se efectuaron una serie de importantes consideraciones, a más de resaltarse que la queja resultaba inadmisibles por razones formales (v. consid. 4º).

(13) En otros pronunciamientos dignos de destacar, se trató el caso de una pretensión similar a la que reseñamos, que se encuentra tramitando en defensa de mujeres embarazadas y madres alojadas en la Unidad Penitenciaria número 4 de la ciudad de Santa Fe desde 2016, y por el Juzgado de Ejecución Penal Nº 1 de San Isidro, en los autos caratulados "Hábeas corpus colectivo a favor de las mujeres madres con niños y mujeres embarazadas alojadas en la Unidad Nº 33 de Los Hornos", además, de destacarse la causa en la cual el 25 de noviembre de 2015 recayó decisorio del Juzgado de Ejecución Penal Nº 1 de San Isidro, en autos "Hábeas corpus colectivo a favor de las mujeres madres con niños y mujeres embarazadas alojadas en la Unidad Nº 33 de Los Hornos" (expte. HC-12389), disponiendo, en lo que aquí interesa, el arresto domiciliario de las mujeres madres y/o embarazadas allí alojadas.

(14) Para entender con mirada de género estas problemáticas, véase, en general, lo desarrollado en: CAPUTI, Claudia, "Género y trabajo: Análisis sobre los dilemas de la igualdad y el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres", en: HUTCHINSON, Tomás - ROSATTI, Horacio D. (dirs.), Revista de Derecho Público, 2017-I: "Los derechos económicos, sociales y culturales", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe y Buenos Aires, 2017, ps. 63 a 105; *ídem*: "Los procedimientos de policía a nivel local y su adecuación a los estándares de las convenciones de derechos humanos, particularmente las que protegen a las mujeres y grupos vulnerables", en: ALBERTSEN, Jorge, et. al, "Fuentes y Procedimiento Administrativo - Cuestiones actuales y perspectivas" (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, en 2018), Ed. RAP, Buenos Aires, 2019, ps. 381-402; "El Derecho Administrativo frente a los desafíos de la igualdad de género", cap. IV de la obra colectiva Igualdad y Género, Mirian M. IVANEGA (dir.), con prólogo de María Angélica Gelli, Ed. La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019, ps. 75 a 107; "Institutos del derecho administrativo al servicio de los derechos de las niñas, mujeres y ancianas", versión de la disertación efectuada en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, publicada en la obra colectiva: BUTELER, Alfonso, et. al, "Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo - Instituciones, buena administración y derechos individuales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, ps. 271 a 287; y "Reglamentos administrativos y derechos de las mujeres", disertación en el marco de las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, 24, 25 y 26 de junio de 2019, en prensa.

(15) RIZZI, Guillermo F., "Los DESC como Derechos Fundamentales frente a las nociones de acceso a la Justicia. El caso del derecho a la educación y a la salud en la Provincia de Buenos Aires", publicado en LLBA,

2014 (marzo).

(16) NIETO, Alejandro, fragmento de "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", RAP, 76, ene-abr, 1975.

(17) WILDAVSKY, Aaron, "Politics of the Budgetary Process", Little, Brown and Company, 1964.

(18) Ver, a título de ejemplo, la reciente causa 40.994/2019: "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c. EN - AFIP s/ amparo ley 16.986", sent. de 18/02/2020, dictada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, donde se destaca que la información requerida por ACIJ estaba referida a la política fiscal del Estado y a la gestión de los recursos públicos, que resulta indispensable para el adecuado escrutinio público y debate sobre las acciones de gobierno. En el pronunciamiento se llegó a considerar que el interés público comprometido en el caso justificaba la publicidad de la información, incluso cuando pudieran verse afectados intereses privados.

(19) Fuente web <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/159466/norma.htm>.

(20) Fuente web <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>.

(21) Fuente web <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/181250/norma.htm>.

(22) El art. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece, en el marco de esa protección especial, que "Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional".

(23) No solo en su art. 8º, atinente a "Garantías Judiciales", sino también en el 17 sobre "Protección a la Familia", y en el 19 referente a los "Derechos del Niño", que pone a cargo de las medidas de protección no solo a su familia y a la sociedad sino también y, sobre todo —agregamos— al Estado.

(24) Cfr. art. 11, porque el derecho a un nivel de vida adecuado en su máxima expresión sin lugar a duda dimana su protección sobre todos los demás.

(25) Art. 16, titulado "Derecho de la Niñez", según cuyo texto: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo".

(26) Fuente web <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/ediciones-especiales/Guia-de-Derechos-para-las-Mujeres-privadas-de-su-libertad.pdf>.

(27) Ampliar en "Estándares internacionales y tendencias jurisprudenciales actuales sobre el derecho a una vivienda adecuada en la Provincia de Buenos Aires", Revista áDA Ciudad, 2013, TRAVERSO, María C. - RIZZI, Guillermo F., donde decíamos que si el poder administrador cuenta con tantas "ventanillas" para que las personas concurran a plantear sus solicitudes —una y otra vez hasta ser escuchadas y, a partir de allí, una y otra vez hasta ser incluidas en algunas de las opciones posibles que se ajuste a "los requisitos cuyo cumplimiento deben acreditar"—, cuando nada de eso funciona y las personas permanecen igualmente excluidas de toda alternativa, resulta un gran contrasentido requerir que el Poder Judicial se abstenga de intervenir en los casos concretos que se someten a su juzgamiento —por lo general, de extrema gravedad—, bajo el argumento de tratarse del ejercicio de facultades administrativas propias y, más inexplicable aún, que se pretenda exigir la acabada comprobación del peregrinaje interminable por cada una de aquellas "ventanillas".

(28) Véase que, entre la sentencia obtenida en primera instancia y la que comentamos, han transcurrido más de cinco años de dilaciones sobre derechos impostergables, tantos como la alimentación —o el encierro— de niñas, niños y adolescentes.

(29) Fuente web: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

(30) Este parece ser el camino iniciado, que ahora destacamos con beneplácito pues, en otro proceso, el 27 de febrero del corriente año, la Corte Suprema nacional, haciendo suyos los fundamentos y conclusiones expresados por la señora Procuradora Fiscal subrogante, dictó sentencia en la causa CSJ 3171/2015/RH1, caratulada "Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos", del cual se desprende claramente que los tribunales de justicia deben estar dispuestos a hacer a un costado las normas procesales que impongan cortapisas respecto del pleno goce de los derechos de las mujeres, porque de tal manera se incumple toda la normativa internacional y local vigente, que exige a los Estados "establecer procedimientos legales, justos y eficaces para

la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos" (ver CS, Fallos: 336:392, "Góngora", consid. 7º; expte. CCC 50259/2012/31RH2, "Fariña Acosta, Jorge D. s/ abuso sexual - art. 119, primer párrafo", sentencia del 11 de octubre de 2016, consid. 3º).

(31) "Leonera", película estrenada el 29 de mayo de 2008 en Argentina, su director fue Pablo Trapero y compuso la música Chango Spasiuk. Nos permitimos recomendar que se escuche "El Adagio" cuyas frases dicen "... hoy sos un niño inocente, mañana un hombre con mucho rencor".

(32) Fuente web <https://www.perfil.com/noticias/policia/primera-bebe-ano-2020-es-hija-de-una-joven-detenida-los-hornos.phtml>.

(33) Martina, la primera persona nacida en 2020 en el país, es hija de Fernanda, que está detenida en la Unidad 33 de Los Hornos, en el partido de La Plata, Provincia de Buenos Aires. Como se informa en la nota periodística que reseñamos, allí hay 46 internas conviviendo con sus hijos de hasta 4 años y, actualmente, hay 21 mujeres embarazadas. Son 50 las y los menores que están con sus madres, 31 varones y 19 mujeres, chicas y chicos que nacen y crecen en la cárcel, presos con sus mamás.

(34) Véase: BARRANCOS, Dora, "Devenir feminista - Una trayectoria político-intelectual", Antología esencial, compilado por Ana Laura MARTÍN - Adriana María VALOBRA - CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras, Ciudad de Buenos Aires, 2019, 1ª ed.

(35) Ver nota 30.

(36) La terminología elegida es estricta y fuerte, como la necesidad que tenemos como sociedad de desterrar todos los demonios que nos alejan de la democracia plena de oportunidades para todos.

(37) Se trata, como se recordará, del caso relativo a la enseñanza religiosa en el ámbito de las escuelas públicas salteñas. Véase: CS, causa "Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo", sent. del 12/12/2017, publicada en Fallos, 340:1795 (ver, en especial, el consid. 18 in fine, del voto conjunto donde leemos el pasaje que se cita en el texto).

(38) Recordemos, empleando una metáfora universalizable, que, cuando a principios de marzo de 2018 el Papa Francisco visitó la Casa di Leda de Roma, una residencia donde Italia aloja a mujeres detenidas con sus hijos, los anfitriones se definieron como "los invisibles".