

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados y Diputadas de la Nación Argentina,
sancionan con fuerza de ley;

Artículo 1° Modifíquese el inciso e) del Artículo 10° del Código Penal, el que quedará redactado del siguiente modo:

“e) La mujer o persona gestante embarazada;”

Artículo 2° Modifíquese el inciso f) del Artículo 10° del Código Penal de la Nación, el que quedará redactado del siguiente modo:

“f) La persona que tenga a su cuidado niño o niña menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

Artículo 3° Modifíquese el inciso e) del Artículo 32° de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, el que quedará redactado del siguiente modo:

“e) La mujer o persona gestante embarazada;”

Artículo 4° Modifíquese el inciso f) del Artículo 32° de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, el que quedará redactado del siguiente modo:

“f) La persona que tenga a su cuidado niño o niña menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”

Artículo 5° Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

El presente proyecto propone modificar al artículo 10 del Código Penal y el artículo 32 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660, ambas normas en sus incisos e) y f).

Sin embargo, no se trata de la modificación de dos simples incisos, sino que en realidad, tienen un significado simbólico que debemos resaltar. Una, va dirigida a todos los colectivos que no se identifican con el concepto género "mujer", incluyéndoles en la norma; y el otro, hacia las mujeres, liberándolas del estereotipo de cuidadora que el derecho penal sexista les sigue endilgando.

MODIFICACION INCISO e) ARTICULO 10 C.P. Y 32 LEY 24.660

En cuanto al primero de los incisos mencionados, el inciso e) tanto del artículo 10 del Código Penal como el 32 de la ley de Ejecución Penal, hacen mención a la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria a la "Mujer embarazada".

Entiendo que el problema central de esta limitación no es solo conceptual, no se trata de una cuestión discursiva, sino que se da de bruces con otra ley dictada por este Congreso, la Ley de Identidad de Género. Claro está que no se pueden regular todos los aspectos de la vida, que hay cuestiones culturales que llevan su tiempo y que tienen todo un proceso y maceración hasta permitir observar los primeros cambios. Pero ello tampoco es óbice para que cuestiones que ya han quedado desfasadas en nuestra legislación, no sean abordadas de frente y, ¿por qué no?, eliminadas del sistema legal, cuando el mismo ya ha avanzado con otras normas, en ese sentido.

Y no se trata de pura coherencia normativa lo que moviliza a presentar este proyecto. Pensar, con la legislación vigente que, solo un cuerpo, el de "mujer", puede gestar es darle la espalda a ley de Identidad de Género, pero también a la ley de Matrimonio Igualitario y al concierto mundial de Naciones que lucha por erradicar discriminaciones en torno al colectivo LGBTIQ entre otros. Son muchas las personas que quedan fuera de ese reducido concepto de "mujer embarazada" y es convencionalmente exigible en nuestro país la necesidad de igualdad, es decir que solo estamos cumpliendo con nuestras obligaciones, y no solo con las de tipo moral o éticas.

Argentina cuenta con un marco normativo de avanzada que establece el derecho de las personas a decidir, desarrollar y expresar libremente su identidad de género de acuerdo con su propia autopercepción, definido en la Ley N° 26.743 de Identidad de Género, en su artículo 2°: "...Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales..."

Con el presente proyecto también estamos afianzando el reconocimiento de los principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos plasmados en los principios de Yogyakarta. Dicho documento tiene por objetivo entonces, orientar la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en materia de diversidad sexual. Fueron realizados en el marco de las Naciones Unidas con el fin de orientar la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y la diversidad corporal. Estos principios son un hito para los derechos de las personas LGBTIQ.

En particular entendemos relevante citar el principio 24 que establece el derecho de las personas a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida sin discriminación por su orientación sexual o identidad de género, mencionando también que existen diversas configuraciones de familias.

Es decir, entonces, que con la limitación conceptual establecida en el actual articulado, al mencionar "mujer", como la única persona asociada con posibilidades de gestar, es reducida y violatoria de derechos. Y estaría ocluyendo otras identidades con capacidad de gestar, que no podrían obtener la prisión domiciliaria por no entrar dentro del perimido y anacrónico concepto de "mujer embarazada".

A partir del modelo de identidad basado en el binomio mujer-varón nuestra sociedad históricamente legitimó una única concepción del género y la sexualidad, dando lugar a diversas formas de discriminación y exclusiones respecto de aquellas personas que conforman una identidad que no coincide con el sexo biológico.

Seguir hablando solo de mujer embarazada, sin incorporar otras identidades autopercebidas, con la ley de Identidad de Género y Matrimonio Igualitario en plena vigencia, es presenciar la contradicción y el choque de dos normas del mismo rango como simples espectadores sociales.

Pero a su vez, de no adaptar la legislación a los parámetros propuestos, les estamos ofreciendo en bandeja a los operadores judiciales la solución para no cambiar su perspectiva sexista y que sigan reproduciendo la dupla Hombre – Mujer, como si las sociedades pudieran seguir siendo representadas por el sistema binario de las computadoras, y la desigual asignación de roles y estereotipos en clave biologicista.

Coincidimos con la antropóloga Rita Segato, la estructura que rige las relaciones de género, es una "circulación entre posiciones", no se trata de una androginia como la imposibilidad de indiferenciación de géneros, sino que existe la posibilidad de permuta de posiciones en el registro afectivo, diríamos una libertad de tránsito, un ir y venir. Ha sostenido que "...los géneros no son precisamente observables ni siquiera en el orden empírico, pues ellos son, en última instancia, el registro en el cual nos instalamos al ingresar en una escena, en una trama de relaciones. En esta tesis, masculino y femenino son posiciones relativas, que se encuentran más o menos establemente representadas por las anatomías de hombres y mujeres en la vida social en cuanto signos de esa diferencia estructural. Pero no necesariamente..." (Las estructuras elementales de la violencia–Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos – Editado por Prometeo Libros – Pág. 56).

Más allá de las diferencias que puedan proponerse en estas definiciones y las plasmadas en la ley 26.743, lo cierto es que ya no hay dudas que no son solo las mujeres las únicas personas con posibilidades de gestar.

En anterior ocasión planteamos un proyecto de similares características, en el cual nos limitamos a referirnos a la "persona embarazada", entendiendo que con dicha terminología incluíamos a todas aquellas con capacidad de gestar que efectivamente estuvieran cursando un embarazo.

En esta oportunidad, sin embargo, hemos receptado aportes de distintos colectivos feministas que han enriquecido la propuesta, habiéndose optado por la inclusión de la mujer, tal como la norma actual la recepta, agregando a la misma a la persona gestante embarazada, de manera de incluir todas las posibilidades en el beneficio que la ley otorga.

MODIFICACION INCISO f) ARTÍCULO 10 C.P Y 32 LEY 24.660

Por otra parte, el otro eje de modificación que se propone con el cambio al inciso f) del artículo 10 del Código Penal y el 32 de la Ley de Ejecución Penal, va dirigido directamente, como afirmamos más arriba, a romper con el estereotipo de cuidadora que el derecho penal sexista le endilga a la mujer.

Este proyecto tiene como disparador, la jurisprudencia que se viene, tímidamente, consolidando en mi provincia, en tribunales de grado y tribunales revisores y que me pareció importante fortalecer, porque rescata los mandatos convencionales -podríamos decir de la CEDAW- pero también y, fundamentalmente de la Convención de Belén do Pará.

En dichos precedentes se desliza una crítica, precisamente, al inciso f) de los artículos que se pretende modificar, y que se relaciona con la asignación de roles a la mujer, vinculados fundamentalmente con la crianza de niñas y niños y el cuidado de personas con discapacidad y, de qué manera esos roles y estereotipos fueron volcados en la legislación penal y que, llamativamente, aún persisten con notoria aquiescencia.

Este es otro ejemplo, como la propuesta anterior, en el cual persisten normativas positivas que dan cuenta de la vigencia de estereotipos que no hacen más que confirmar lo que desde otra normativa se intenta erradicar. Es decir, va en contra nada más y nada menos que de mandatos convencionales a los que nuestro país se encuentra obligado cumplir.

El inciso f) del artículo 10 del Código Penal y el mismo inciso del artículo 32 de la Ley de Ejecución Penal permiten la prisión domiciliaria solamente a la mujer. Ante una mirada rápida de la normativa, podría entenderse que la discriminación obedece a una acción positiva dirigida a favorecer que la mujer no vaya presa. "Sin embargo, no es la condición de mujer la que permite obtener la prisión domiciliaria, sino que, por su condición de mujer, tiene el deber de encargarse del cuidado de los niños/as y de las personas con discapacidad a su cargo y para ello se le "concede" la posibilidad que ese trabajo "su trabajo" lo haga en el domicilio, lugar del que nunca debió haber salido..." (de antecedente jurisprudencial 36727/4; 92028/3, 82021/4).

Ya nos lo han hecho notar los feminismos, que la mujer no es un ciudadano igual al hombre, no se puede aplicar la ley de la misma forma. También nos lo viene diciendo el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belén do Pará. Por lo que llegar al ansiado propósito de la igualdad pregonada en nuestra constitución, implica primero reconocer que no nos encontramos en

un plano de igualdad y que necesitamos herramientas para equilibrar el desbalance histórico.

Es por ese motivo que tampoco podemos considerar que de la forma en que se encuentra legislada esta porción de la prisión domiciliaria, podamos analizarla como una violación al principio de igualdad, en los términos históricos del artículo 16 de la Constitución Nacional. Esto también deberíamos discutirlo en algún momento. Hoy debemos insistir que es esa misma igualdad la que debemos cuestionarnos ya que la misma fue construida desde el androcentrismo, por un ciudadano blanco, buen padre de familia y buen hombre de negocios, círculo del cual la mujer no forma parte. La Ley es "masculina" en cuanto ha sido elaborada históricamente por varones y para varones.

Hay otra brillante militante feminista, Silvia Federici, que nos ha recordado que una vez que las mujeres fueron derrotadas a través de un intenso proceso de degradación social y exterminio mediante la caza de brujas a lo largo de los siglos XV y XVI, aparece un "nuevo modelo" de la feminidad y, de ser salvajes, mentalmente débiles, inestables, rebeldes, insubordinadas, incapaces de controlarse a sí mismas, se cambia al paradigma de la mujer y esposa ideal (casta, pasiva, obediente, ahorrativa, de pocas palabras y siempre ocupada en sus tareas ¡claro las domésticas!). "...Las mujeres eran ahora retratadas como seres pasivos, asexuados, más obedientes y moralmente mejores que los hombres, capaces de ejercer una influencia positiva sobre ellos. No obstante, su irracionalidad podía ahora ser valorizada, como cayó en la cuenta el filósofo holandés Pierre Bayle en su Diccionario histórico y crítico, en el que elogió el poder del "instinto materno", sosteniendo que debía ser visto como un mecanismo providencial, que aseguraba, a pesar de las desventajas del parto y la crianza de niños, que las mujeres continuasen reproduciéndose..." (obra: Calibán y la bruja -mujeres, cuerpos y acumulación originaria- Autora Silvia Federici - 9º edición pág. 161).

Dejando de lado enfoques morales -ubicándonos por fuera de las necesidades de los niños y niñas y de la persona con discapacidad a cuidar- claramente observamos que a pesar de que en la misma casa convivan otras personas (la familia que el derecho penal liberal imaginó), esto es padre-madre (obviamente heterosexuales) y varios hijos, capaces todos de hacerse cargo de la tarea de cuidado, la "madre" igual podría obtener la prisión domiciliaria. El hecho de que la situación inversa no se haya previsto en la normativa, no es un problema de des-igualdad, es un problema del marcado sexismo imperante en el derecho. "...El sujeto del derecho liberal era autónomo e independiente supuestamente libre para establecer relaciones económicas. Es un sujeto

jurídico al que parecen no asignársele responsabilidades sociales o familiares..." (de la Revista de Ciencias Sociales "Delito y Sociedad"; texto "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres"; autora: Encarna Bodelón).

Es por ello que, el problema central del inciso f) del artículo 10 Código Penal y 32 de la ley de Ejecución Penal, no debe enfocarse como un acto benevolente del legislador para que las mujeres (ojo, solo las madres) no vayan presas o creer que estamos ante un problema de des-igualdad del hombre en no poder obtener la prisión domiciliaria, por ser hombre, sino más bien debemos enfocarnos en el estereotipo de cuidadora que la norma le asigna a la mujer y ese es el mandato a romper en los términos de la CEDAW y de la Convención Belén do Pará. Si aceptamos que los cuidados de niñas y niños y discapacidades es una tarea de personas a secas (cisgenero; transgénero, etc.), no tendríamos inconvenientes jurídicos en aceptar esta propuesta.

Consciente de que no estamos dando la solución definitiva, estamos emparchando, remendando la legislación machista, y de que hasta tanto no se subvierta el orden patriarcal, seguiremos con soluciones parciales, solicito a mis pares acompañen el presente proyecto de Ley.