

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, ... sancionan con fuerza de Ley.

Régimen jurídico de la responsabilidad parental en contexto de privación de la libertad de progenitorxs

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico de la responsabilidad parental en contexto de privación de la libertad de lxs progenitorxs.

ARTÍCULO 2º. Principios. El régimen jurídico de la responsabilidad parental en contexto de privación de la libertad de lxs progenitorxs se rige por los siguientes principios:

- a) Interés superior de lxs niñxs y lxs adolescentes;
- b) Preservación de los vínculos familiares y afectivos;
- c) Fluida comunicación entre lxs progenitorxs privadxs de la libertad y sus hijxs;
- d) Autonomía progresiva de lxs hijxs conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo;
- e) derecho de lxs niñxs a ser oídxs y a que su opinión sea tomada en cuenta y valorada según su edad y grado de madurez;
- f) participación de lxs niñxs y adolescentes, con asistencia letrada si correspondiere, siempre que ello no obstaculice ni entorpezca el ejercicio de otros derechos;
- g) no trascendencia de la pena.

CAPÍTULO II. DETENCIÓN O ALLANAMIENTO DE PROGENITORES

ARTÍCULO 3°. Detención de personas. Allanamiento de domicilio. En todo proceso de detención de personas o allanamiento de domicilio donde se constate la presencia de niños y/o adolescentes y se esté ante la ausencia de referente familiar o afectivo que garantice su cuidado, la autoridad judicial o la fuerza de seguridad que lleve adelante la medida debe poner en conocimiento al organismo local de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes competente en cada jurisdicción a fin de que tome las medidas pertinentes para garantizar sus derechos.

Frente a la inexistencia de otro progenitor/a que ejerza el cuidado personal de los hijos durante la ausencia del/la progenitor/a privado/a de la libertad, se debe tener especialmente en cuenta su opinión respecto de la decisión que se adopte sobre el cuidado de los hijos.

Los organismos locales de protección de derechos de niños y adolescentes, en articulación con otros organismos competentes en materia de seguridad, género y justicia, deben promover el diseño e implementación de protocolos para la intervención de las fuerzas de seguridad en situaciones de detención de personas y/o allanamiento donde se encuentren o pudieran encontrarse presentes niños y adolescentes para garantizar el respeto de sus derechos y en atención a su interés superior.

CAPÍTULO III. MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ARTÍCULO 4°. Modifícase el inc. b) del artículo 702 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que queda redactado del siguiente modo:

“b) la privación de la libertad del progenitor/a como consecuencia de conductas que involucran delitos que comprometan a la persona o bienes de los hijos en carácter de víctima no contemplados en el inciso e) del presente artículo.”

ARTÍCULO 5°. Incorpórase al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente artículo 702 bis:

"ARTÍCULO 702 bis: Suspensión del cuidado personal. El cuidado personal de lxs hijxs queda suspendido mientras dure la privación de la libertad del progenitor/a.

La suspensión no procede en caso de que el hijo/a permanezca al cuidado del/la progenitor/a privada de la libertad en el establecimiento penitenciario o bajo otras modalidades alternativas a la prisión".

ARTÍCULO 6°. Modifícase el artículo 703 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que queda redactado del siguiente modo:

"ARTICULO 703: Casos de privación de la responsabilidad parental, suspensión del ejercicio y suspensión del cuidado personal. Si uno/a de los/as progenitores/as es privado/a de la responsabilidad parental o suspendido/a en su ejercicio y/o cuidado personal, el/la otro/a continúa ejerciéndola.

En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes conforme las circunstancias del caso y en el interés superior del niño/a y adolescente, para la:

- a. delegación del ejercicio de la responsabilidad parental conforme los artículos 643 y 674;
- b. guarda conforme el artículo 657;
- c. tutela conforme la Sección 2da del Capítulo 10 del Título I del Libro Primero;
- d. adopción conforme el Título VI del Libro Segundo;
- e. cualquier otra institución de cuidado prevista en la ley."

CAPÍTULO IV. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

ARTÍCULO 7°. Modifícase los incisos e) y f) del artículo 10 del Código Penal de la Nación, los que quedan redactados del siguiente modo:

- "e) La mujer o persona gestante;

f. La persona que tenga a su cuidado una persona menor de dieciocho (18) años, o una persona con discapacidad, o adulto mayor a su cargo.

Para el caso del cuidado de personas menores de dieciocho (18) años previsto en el inc. f), la denegatoria debe tener en cuenta como principio rector el interés superior del niño."

ARTÍCULO 8°. Derógase el artículo 12 del Código Penal de la Nación.

CAPÍTULO V. MODIFICACIONES A LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL

ARTÍCULO 9°. Modifícanse los incisos e) y f) del artículo 32 de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, los que quedan redactados del siguiente modo:

"e) La mujer o persona gestante;

f) La persona que tenga a su cuidado una persona menor de dieciocho (18) años, o una persona con discapacidad o adulto mayor a su cargo.

Para el caso del cuidado de personas menores de dieciocho (18) años previsto en el inc. f), la denegatoria debe tener en cuenta como principio rector el interés superior del niño."

ARTÍCULO 10. Modifícase el artículo 158 de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, el que quedará redactado del siguiente modo:

"ARTICULO 158: El/la interno/a tiene derecho a comunicarse cotidianamente, con su familia, amigos/as, allegados/as, abogados/as y/o cualquier persona de su confianza, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social.

Para tal fin, se debe facilitar y promover la comunicación por telecomunicaciones, medios electrónicos, digitales, o de otra índole que haya disponibles; así como el traslado de la persona privada de libertad a un domicilio particular o centros comunitarios.

En todos los casos se debe respetar la privacidad de estas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente".

ARTÍCULO 11. Modifícase el artículo 160 de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, el que queda redactado del siguiente modo:

"ARTICULO 160: La correspondencia que reciba o remita el/la interno/a, y las comunicaciones telefónicas o remotas a través del uso de herramientas tecnológicas, se deben ajustar a las condiciones, oportunidad y supervisión que determinen los reglamentos, los que no podrán desvirtuar lo establecido en los artículos 158 y 159.

Los establecimientos penitenciarios deben instalar e implementar espacios adecuados para la debida comunicación a través de herramientas tecnológicas y/o plataformas informáticas.

Las visitas que reciba el/la interno/a deben realizarse en un entorno propicio y respetuoso de la privacidad.

Los establecimientos penitenciarios deben fijar días y/u horarios especiales, y diseñar espacios de visitas que sean aptos para la presencia de niños/as y adolescentes y que faciliten el contacto directo con sus progenitores/as y otrxs referentes afectivos.

El/la adolescente puede concurrir a visitar a su progenitor/a privado/a de la libertad sin el acompañamiento de una persona adulta ni autorización previa alguna, debiendo contar con un trato adecuado a su edad durante el ingreso y permanencia en el establecimiento penitenciario.

Se debe promover el diseño e implementación de protocolos para el ingreso y permanencia de las personas menores de edad, respetuosos de su persona y dignidad, que concurren al establecimiento penitenciario a visitar a sus progenitores privados de libertad."

ARTÍCULO 12. Modifícase el art. 195 de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, el que queda redactado del siguiente modo:

"ARTICULO 195: La interna puede ejercer el cuidado personal de su hijo/a menor de cinco (5) años dentro del establecimiento penitenciario.

El establecimiento penitenciario debe realizar las adecuaciones normativas, edilicias, y de otra índole a fin de garantizar condiciones apropiadas para la crianza y desarrollo integral de los/as niños/as; y para el ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Se debe facilitar la creación de establecimientos educativos de primera infancia a cargo de personal calificado o, en su defecto, garantizar el acceso a la educación en dicho nivel en un establecimiento externo.

Se deben proveer los recursos materiales, acompañamiento y herramientas pertinentes para la crianza adecuada del hijo/a mientras permanezca en el establecimiento penitenciario.

Los/as niños/as que se encuentren en el establecimiento penitenciario con su progenitora nunca deben ser tratados/as como reclusos/as, ni utilizados/as como medio de castigo o sanción contra ella, ni podrán ser separados de su progenitora sin justa causa, debidamente acreditada."

ARTÍCULO 13: Incorpórase el art. 195 bis a la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad el siguiente texto:

"ARTÍCULO 195 bis: El establecimiento penitenciario que aloje a personas privadas de la libertad que ejerzan el cuidado personal de su hijo/a menor de cinco (5) años, debe asegurar la prestación de los servicios y la utilización de medios tecnológicos para satisfacer el derecho del niño/a a crecer en un entorno familiar y social propicio para su desarrollo integral y respetuoso de su interés superior.

Los servicios deben ser permanentes, suficientes y de calidad para la atención, como mínimo, de las necesidades vinculadas a la higiene y salud, seguridad, educación, alimentación, espacios de recreación, y medios que promuevan y faciliten la fluida comunicación con vínculos familiares y afectivos.

Los establecimientos penitenciarios que alojen niños/as deben estar ubicados en zonas urbanas que garanticen el acceso a redes y servicios comunitarios para su adecuada atención.

La salida definitiva del/la niño/a del establecimiento penitenciario debe implementarse de manera gradual y cuidada, asegurándose el mantenimiento de una comunicación fluida con la progenitora privada de la libertad.

En el caso de personas privadas de la libertad que se encuentren transitando un embarazo o en período de lactancia, el establecimiento penitenciario es el responsable de asegurar la atención y provisión de servicios suficientes y de calidad para atender las necesidades propias de cada etapa.

El personal que se encuentra a cargo del establecimiento penitenciario debe estar capacitado en materia de género y derechos del niño/a."

CAPÍTULO VI. DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 14. Adhesión. Invítase a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las provincias a adherir a la presente ley en la materia de su competencia.

ARTÍCULO 15. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

Diputada Nacional Mónica Macha

FUNDAMENTOS

Sra. Presidenta:

La iniciativa puesta a consideración de las Legisladoras y los Legisladores que integran este Honorable Congreso es de similar tenor a la que ha sido presentada por la Diputada Cristina Álvarez Rodríguez bajo la carátula 4938-D-2020. Seguidamente, teniendo en cuenta la vigencia de sus postulados, reproducimos los argumentos expuestos en su oportunidad.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes ("NNA") cuyo progenitor/a y/o referente adulto es privado de libertad se ven gravemente afectados. La privación de la libertad de uno o ambos de los/las progenitores/as irrumpe de manera negativa en la dinámica de las familias cuyo integrante se ausentará por el tiempo que dure la privación, dando lugar a una importante reconfiguración de las dinámicas y relaciones de cuidado de los niños/as y adolescentes. Una de las principales preocupaciones es quién quedará a cargo de los hijos/as de la persona privada de libertad.

Los NNA no han cometido ningún delito, son inocentes y poseen el derecho a crecer y desarrollarse integralmente. Sin embargo, desde el momento en que la cárcel y el sistema penal entran en sus vidas, muchos de ellos/as se ven expuestos a situaciones de vulneración de derechos, se enfrentan a necesidades específicas y experiencias adversas en su crianza y socialización. Estos NNA son las víctimas invisibles del encarcelamiento de sus progenitores/as y/o referentes adultos.

La ausencia de información oficial en la Argentina que permita precisar la cantidad de NNA que tienen un progenitor/a y/o referente adulto encarcelado no es un dato menor, y da cuenta de la invisibilización histórica que ha sufrido este grupo. En el año 2019, el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA ha estimado que al 2018 en nuestro país existían 146.112 NNA pertenecientes a hogares con por lo menos algún miembro detenido¹. En el mismo año, la Procuración Penitenciaria de la Nación, en colaboración con la

¹ Observatorio de la Deuda Social Argentina UCA, Informe Especial: Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Educa, 2019. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8159>.

Asociación de Familiares de Detenidos (ACIFAD), la oficina Regional de Church World Service (CWS) para América Latina y el Caribe, y con el apoyo de UNICEF han realizado una investigación que muestra que en la actualidad, hay alrededor de 92.000 personas privadas de libertad, y se estima que hay cerca de 146 mil niños, niñas y adolescentes con al menos un padre o madre detenidos².

El Comité de los Derechos del Niño recomienda que los Estados Parte garanticen que los derechos de los niños/as con un padre/madre encarcelado/a se tengan en cuenta desde el momento de la detención de sus progenitores y durante todo el proceso de privación de libertad. (Comité de los Derechos del Niño, Informe y recomendaciones del día de debate general sobre "Los hijos de padres encarcelados", 30/11/2011, párrafo 31, disponible en <http://nnapes.org/docs/COMITE-DE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-30-de-septiembre-2011.pdf>)

Resulta fundamental para la determinación del Interés Superior de los NNA cuyos padres, madres o referentes adultos se encuentran privados de libertad, considerar el derecho del niño a la vida familiar (artículo 9 de la CDN), es decir que deberá prestarse atención a la continuidad, sostenibilidad y fortalecimiento del vínculo entre la persona privada de libertad y sus hijos e hijas, sea que convivan con ellos o que se encuentren en la comunidad.

El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas y decisiones relacionadas con NNA en general; y en particular respecto de aquellos que se ven expuestos a un mayor grado de vulnerabilidad, como sucede con quienes se encuentran atravesados por el sistema penal. De esta manera, frente a toda decisión que conlleve consecuencias para la vida de ellos/as, como es el caso de la privación de libertad de un referente significativo, se impone el deber de adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

A cargo de quien quedará el cuidado del NNA cuyo progenitor/a es privado de libertad, en qué condiciones y cómo se garantizará el vínculo con aquel son de las cuestiones más urgentes a resolver en

² Procuración Penitenciaria de la Nación, en colaboración con la Asociación de Familiares de Detenidos (ACIFAD), la oficina Regional de Church World Service (CWS) para América Latina y el Caribe, y con el apoyo de UNICEF, Más allá de la prisión: Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro, Ciudad de Buenos Aires. Recuperado de <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf>, 2019.

estas situaciones. Conforme el último Informe Anual 2019 del Ministerio Público de la Defensa de la Nación las principales consultas que reciben de las mujeres privadas de libertad están vinculadas con el cuidado de sus hijos/as. "Se puede observar que las consultas referidas al cuidado personal de los hijos son preponderantes, pues resulta ser uno de los problemas con mayor trascendencia para las mujeres que, al ser privadas de libertad, deben resolver a cargo de quién quedan sus hijos frente a su situación de detención. (...) Cuantitativamente, también son significativos los planteos vinculados al régimen de comunicación y el contacto personal con los hijos pues, en general, la intención de las madres no se reduce solo a poder sostener un contacto telefónico, sino también un contacto personal con los niños, niñas o adolescentes. Del mismo modo, tienen especial interés en mantenerse informadas de las cuestiones más relevantes de la vida diaria de sus hijos, como ser su estado de salud, educación, etc. (arts. 652, 654 y concordantes del CCyC). (Informe Anual 2019, disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/ver-todos-los-articulos/4697-informe-anual-2019>).

En este contexto, el presente proyecto, elaborado con el apoyo y colaboración de la Asociación de Familiares de Detenidos (ACIFaD), tiene por objeto establecer el régimen jurídico de la responsabilidad parental en contexto de privación de la libertad de los progenitores/as, regulando aspectos civiles y penales que influyen en las posibilidades y modalidades de cuidado a través de las cuales garantizar la protección integral de los NNA. Por ello, la propuesta contiene seis capítulos que abarcan distintas aristas, a saber: I. Disposiciones Generales, II. Allanamiento o detención de progenitores, III. Modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación, IV. Modificaciones al Código Penal, V. Modificaciones a la Ley de Ejecución Penal y VI. Disposiciones finales.

En primer lugar, cabe destacar que una de las situaciones donde se advierten graves vulneraciones de derechos de los NNA y que suponen la antesala muchas veces de la privación de la libertad de los progenitores, que este proyecto se propone regular, son las detenciones y allanamientos. Estas situaciones no suelen tomar en cuenta la presencia de NNA, además de desarrollarse de manera física, emocional y psicológicamente violenta. Por lo general, no existen protocolos -o los que hay son deficientes- que determinen qué medidas de contención adoptar y cómo llevar a cabo dichos

procedimientos si hay niñas/os presentes, así como para crear las condiciones que permitan a los referentes adultos tomar disposiciones inmediatas para los cuidados de sus hijos/as. En este caso, no sólo de los que se encuentran presentes, sino también de los Niñas, Niños y Adolescentes que, por ejemplo, están en la escuela al momento de la detención. Al respecto, cabe mencionar que también sería oportuno que tanto el personal policial que interviene ante una detención planificada, in fraganti, o en un allanamiento, como los operadores judiciales, cuenten con las herramientas indispensables para indagar, a través del diálogo con los niños o sus padres o madres, acerca de la existencia de referentes familiares o comunitarios que puedan cuidar de ellos en la inmediatez. Posteriormente, operadores especializados del órgano de protección, serán los encargados de profundizar en el conocimiento de la familia y valorar las potencialidades de cuidado de esos u otros referentes, procurando que los derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes estén garantizados en todo momento³.

El informe y las recomendaciones elaboradas el 30 de septiembre de 2011 por el Comité de los Derechos del Niño, en el Día de Debate General sobre Derechos de los hijos/as de padres encarcelados establecieron las siguientes recomendaciones: a) los Estados Partes deben garantizar que los derechos de los niños con un padre en la cárcel se tengan en cuenta desde el momento de la detención del mismo y por parte de todos los actores involucrados en el proceso y en todas sus etapas, incluyendo las fuerzas de la ley, profesionales del servicio de prisiones y el sistema judicial; b) El Comité exhorta también a los Estados Partes a identificar las mejores prácticas para los procedimientos de detención que sean compatibles con los derechos humanos y los derechos del niño/a. Estos deben servir de base para el establecimiento e implementación de un protocolo para la aplicación de la ley en situaciones en que el arresto de un padre/madre se produce en presencia de su hijo/a, y de

³ Plataforma regional por la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos privados de la libertad, Instituto iberoamericano del Niño, la Niñas y Adolescentes y la Organización de Estados Americanos, Pautas para el abordaje de la situación de niñas, niños y adolescentes a cargo de referentes privados de la libertad. Disponible en: https://issuu.com/institutointeramericanodelninolanin/docs/ot_iin_-_nappes_-_29_agosto.

manera adecuada brindar información y apoyo a los niños que no estén presentes en la detención⁴.

En segundo lugar, el proyecto introduce, en su capítulo tercero, modificaciones al Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad parental, diferenciando el alcance de cada uno de los institutos que la componen, esto es, titularidad, ejercicio y cuidado personal; y cómo operan cada uno de ellos en los contextos de encierro. La privación de la libertad ambulatoria lo que imposibilita es que aquel progenitor/a no pueda ejercer aquellos actos derivados del cuidado personal del hijo/a, que conforme el art. 648 son definidos como aquellos deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. La cotidianeidad hace alusión a la necesidad de una presencia física diaria que permita, por ejemplo, llevarlo al colegio, hacer la tarea, compartir tiempo recreativo con el NNA, cubrir sus necesidades inmediatas y periódicas de salud, ocuparse de su alimentación diaria, etc.

Asimismo, se incorpora el artículo 702 bis al Código Civil y Comercial aclarando que lo que se suspende cuando un progenitor/a se encuentra privado de la libertad, es el cuidado personal; modificando el inc. b) del artículo 702 para mantener la suspensión del ejercicio únicamente para aquellos supuestos donde el progenitor o progenitora es privado de la libertad por haber cometido actos que respondan a presuntos delitos que comprometen a la persona o bienes del hijo o hija no contemplados en el inciso e) del artículo 702; ya que sobre éstos –por la gravedad y perjuicio que implican para el hijo/- opera la suspensión automática de la responsabilidad parental frente al procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis.

Este principio general de suspensión del cuidado personal del hijo o hija frente a la privación de la libertad del progenitor/a no procede en caso de que el hijo o hija permanezca al cuidado del/la progenitor/a privado/a de la libertad en el establecimiento penitenciario o bajo otras modalidades alternativas a la prisión, justamente porque allí no se interrumpe el contacto físico que permite al progenitor/a llevar adelante los actos de la vida cotidiana para el cuidado del hijo/a.

⁴ Disponible en:

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>

En este punto, la permisión legal para aquellas mujeres-madres que cuiden a sus hijos e hijas menores de cuatro años dentro del establecimiento penitenciario, pero que además han sido condenadas a una pena superior a tres años, tensiona fuertemente con la regulación vigente del inc. b) del artículo 702 del Código Civil y Comercial; ya que desde el plano jurídico se encuentran suspendidas del ejercicio de la responsabilidad parental, pero en el plano fáctico ejercen la responsabilidad parental y el cuidado personal de sus hijos e hijas. Al tener suspendido el ejercicio, jurídicamente no sería posible que ejerzan el cuidado personal; ya que el cuidado personal representa el último eslabón en el conjunto de actos que componen estos deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental circunscripto a las actividades de la vida cotidiana de los hijos/as.

Las consecuencias de dicha contradicción no son menores, y trae aparejados diferentes inconvenientes que redundan en un claro perjuicio para el niño/hijo como: "1) dilaciones en la concreción de decisiones; 2) indeterminación de roles; 3) posibles abusos de poder; 4) indefinición de responsabilidades y en general confusión, producto de la desregulación que genera la falta de previsión específica para esta particular situación y la falta de coincidencia entre los hechos y el derecho (...) Las madres deberán solicitar autorización al órgano jurisdiccional (es decir, a los juzgados de ejecución penal o quien tenga competencia en dichos asuntos) para las cuestiones más elementales relativas a la crianza de sus hijos, como ser para consultas médicas, para inscribir a los niños en jardines de infantes o en actividades extracurriculares, para visitar o comunicarse con parientes o referentes afectivos del niño, etc. Nos preguntamos: ¿Qué evaluará el juez para el otorgamiento de dichos permisos? ¿Debería ser la autoridad judicial penal/penitenciaria quien amerite la oportunidad, conveniencia o modalidad de ejecución de estos pedidos? ¿Cuenta con formación profesional y/o equipos de profesionales preparados para dicha función?".

Finalmente, en esta misma lógica, se elimina la referencia al plazo de tres años para proceder a la suspensión, sea del ejercicio o del cuidado personal, ya que la medida de suspensión se toma teniendo como eje el interés superior y protección del NNA. Por un lado, lo que hace imposible el normal desenvolvimiento de los roles parentales de cuidado personal es la circunstancia fáctica de la pérdida de contacto cotidiana por la privación misma de la libertad ambulatoria; por lo que resulta una medida protectora del NNA dejar

en cabeza del progenitor/a o del referente adulto del afuera las acciones necesarias para su cuidado personal.

Por otro lado, cuando la privación de la libertad es consecuencia de una conducta del progenitor/a que ha comprometido a la persona o bienes de los hijos/as –y que no es alcanzada por la suspensión automática de la responsabilidad parental frente al procesamiento penal o acto equivalente por los delitos previstos en el artículo 700 bis- y por lo tanto contrario a su interés superior, la suspensión debe operar desde el momento de la privación de libertad con independencia de la existencia de condena, y en segundo lugar, con independencia del plazo que se le imponga finalmente a la misma.

En coherencia con estas propuestas e incorporaciones, se modifica también el artículo 703, en el cual se regulan las consecuencias de la privación de la responsabilidad parental, la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental y la suspensión del cuidado personal. Además, para el caso de que no exista otro progenitor/a que pueda asumir de manera unilateral el cuidado personal y/o ejercicio según sea el caso, se agregan a las ya establecidas –tutela y adopción- otras herramientas jurídicas que prevé el Código Civil y Comercial para brindar certidumbre y seguridad al NNA respecto del referente adulto responsable de su cuidado, como son la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y el otorgamiento de guarda judicial.

Por otra parte, es sabido que en el marco del "Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" que regula la ley 26.061, su decreto reglamentario 405/2006 alude de manera expresa a la noción de "referente afectivo". Esta ampliación es tenida en cuenta tanto por los organismos administrativos de protección de derechos como por el Poder Judicial a los fines de admitir situaciones de cuidado a favor de estas personas con quienes no se tiene un vínculo de parentesco. Por otra parte, no se debe perder de vista que la privación de la libertad de uno de los progenitores puede involucrar situaciones transitorias que obliga la intervención del sistema mixto administrativo- judicial que prevé la ley 26.061 y sus pares en el orden local, en el que se adoptan decisiones que hacen al cuidado de los/las hijos/as mediante medias excepcionales, o figuras como el abrigo que también deben ser tenidas en cuenta. Máxime, cuando puede tratarse de hijos/as adolescentes que pueden negarse a insertarse en otro grupo familiar

mediante instituciones permanentes como la adopción o la tutela. De allí la amplitud que se adopta en el presente proyecto de ley.

Las consecuencias derivadas de la condena de privación de la libertad por más de tres años en materia de responsabilidad parental también se encuentran previstas en la regulación penal, con consecuencias más gravosas, ya que ante tal situación se prevé la privación de la responsabilidad parental. El artículo 12 del Código Penal de manera genérica y sin distinguir el tipo de delito, y si éste afecta o no a la persona del hijo o hija, priva automáticamente de la responsabilidad parental al progenitor/a frente a la condena referida.

Recordemos que la privación de la responsabilidad parental opera como una sanción frente a una conducta disvaliosa del progenitor e incompatible con las funciones de asistencia, cuidado y protección que debe desplegar en el ejercicio de la responsabilidad parental. La privación afecta la titularidad de la responsabilidad parental, el bastión sobre el cual se asienta la posibilidad de ejercer actos en protección del hijo/a, es decir, el lazo "base" entre los progenitores y sus hijos/as. Por tal motivo, la enumeración de las causales tiene carácter taxativo, su interpretación un alcance restrictivo y requieren de un procedimiento civil donde se constate que tal conducta resulta incompatible con las funciones parentales y afectan el interés superior del NNA.

Además, a partir de la reforma introducida al Código Civil y Comercial en el año 2017 con la Ley N° 27.363, la cual incorpora nuevas causales de privación de la responsabilidad parental (art. 700 bis) cuyo perjuicio al hijo/a es de tal magnitud que justifica que tal privación opere de manera automática. En esta lógica cabría preguntarse si el artículo 12 del Código Penal no ha quedado tácitamente derogado frente a las exigencias de precisión de las conductas y los tipos de delitos que afectan a la persona o bienes de los hijos e hijas reguladas en el ámbito civil, y que habilitan la sanción más grave en el vínculo entre progenitores e hijos/as, como lo es la privación.

La constitucionalidad de esta norma ha sido puesta en crisis por numerosos tribunales⁵, no solo por las previsiones en materia de responsabilidad parental, sino por tratarse de una pena accesoria y violatoria de derechos de la persona privada de la libertad; supone una inhabilitación absoluta, asociada a la vieja muerte civil, que hoy a la luz del paradigma constitucional-convencional resulta inadmisibles. Es decir, importa un "plus" sancionatorio contrario al sentido resocializador de la pena que atenta contra la dignidad del paradigma constitucional-convencional resulta inadmisibles. Es decir, importa un "plus" sancionatorio contrario al sentido resocializador de la pena que atenta contra la dignidad del ser humano, afecta su condición de hombre -que no la pierde por estar privado de su libertad-, produciendo un efecto ultrajante, estigmatizante e innecesariamente mortificante, violatorio de los arts. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5º, apart. 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 18 de la Constitución Nacional.

⁵ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 03/09/1998, "Andreo, Armando A. R.", LA LEY1998- F, 699 - DJ1999-1, 792, cita online: AR/JUR/723/1998; Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata - Sala III, 23/03/2006, "R., E. O. y S., J. E. s/ Homicidio Calificado", Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/C%C3%A1m.%20Ap.%20Gtias%20en%20lo%20Penal%20de%20Mar%20del%20Plata.%2023-03-06.%20fallo.pdf>, compulsado el 12/09/2017; Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 10/04/2006, "Sotelo, Miguel Ángel p/robo agravado p/empleo de armas y violación de domicilio en conc. Ideal p. libres", Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos30938.pdf>, compulsado el 12/09/2017; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 12/11/2010, "Romero, Angel Raúl y otros", LLBA2010 (diciembre), 1289, cita online: AR/JUR/68402/2010; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 23/02/2011, "F.V.R.", Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fundamento_137.pdf, compulsado el 16/09/2017; Juzgado de Ejecución Penal. Gral. Roca. Río Negro, 07/04/2011, "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/29394-inconstitucionalidad-del-art-12-codigo-penal-defensor-particular-dr-jorge-crespo>, compulsado el 12/09/2017; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 04/04/2013, "Dato Reservado", Disponible en: <http://www.mpf.gob.ar/protex/files/2014/04/A.-y-B.-causa-2545-Mar-del-Plata-.pdf>, compulsado el 11/09/2017; Tribunal en lo Criminal Nº 5, Lomas de Zamora, 07/08/2013, "A., G.A.", MJ-JU-M-81627-AR | MJJ81627 | MJJ81627; Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, 12/09/2013, "F. J. V. | recurso de casación", MJ-JU-M-81727-AR | MJJ81727; Cámara Federal de Casación Penal-Sala IV, 02/10/2015, "Nieva Luis Antonio Marcelo s/recurso de casación", Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/fallos43024.pdf#viewer.action=download>, compulsado el 12/09/2017; Cámara Nacional Electoral, 24/05/2016, "Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional -Ministerio del Interior y transporte | amparo – acción de amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12y 19 inc. 2º C.P. y 3º inc.'e', 'f' y 'g' C.E.N.)", MJ-JU-M-98512-AR | MJJ98512; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 26/05/2017, "G. A. A.", Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fallo%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fallo%20(1).pdf), compulsado el 10/09/2017.

A su vez esta norma, viola el principio de no trascendencia de la pena prevista en el art. 5, inc. 3 Convención Americana de Derechos Humanos toda vez que la respuesta punitiva estatal se extiende injustificadamente al ámbito familiar de la persona condenada, al afectar seriamente la preservación y el afianzamiento de los vínculos afectivos de los niños con sus progenitores, ya debilitados por la separación generada por el encierro.

Por ello, este proyecto propone la derogación del artículo 12 del Código Penal al considerarla una pena accesoria que agrava la pena desde el punto de vista del progenitor, y también conculcar el interés superior del niño al extinguirse de manera provisoria el lazo jurídico entre padre e hijo. ¿Acaso quien comete un delito con una pena de prisión mayor a los 3 años implica, de por sí, un perjuicio para el hijo? La respuesta negativa se impone. Cometer un delito no implica de por sí, ser un mal progenitor que amerite que se lo prive de la responsabilidad parental, más allá de que opere la suspensión como lo dispone CCyC, dado que por la situación de encierro no va a poder ejercer los actos de la vida cotidiana de su hijo (cuidado personal). Son efectos muy diferentes. Uno lo anula jurídicamente como padre, el otro supuesto, suspende temporalmente el ejercicio de ciertos actos por imperativo de la realidad: la situación de encierro.

También se propone modificar el 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) en relación al instituto de la prisión domiciliaria. Por un lado, se propone modificaciones que se adecuen a la Ley de Identidad de Género N° 26.743, e incorporen la perspectiva de género en un ámbito que ha sido, y aún continúa siendo, asociado fuertemente a las mujeres, como son las tareas de cuidado. Así el inc. e) prevé que sea la mujer o persona gestante quien podrá cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria, ya que hoy a la luz de la Ley de Identidad de género y el respeto por la autopercepción de las personas, no necesariamente una mujer sea quien únicamente puede gestar y tener hijos e hijas a su cargo. Desconocer estos derechos, es invisibilizar las luchas y conquistas que el colectivo LGBTI+ y los movimientos de diversidad han alcanzado en nuestro país.

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 excluyendo 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". Con el presente proyecto 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.

La referencia a la persona que tenga a su cuidado a otros/as, sin referir únicamente a la mujer, permite romper con la histórica asignación de roles estereotipados a las mujeres, vinculados fundamentalmente con la crianza de NNA y el cuidado de personas que requieran asistencia como las personas con discapacidad y los adultos mayores. Estas modificaciones se adecúan a los mandatos convencionales previstos en la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Belém do Pará").

Por otra parte, se proponen modificaciones que permiten compatibilizar la modalidad de cumplimiento de la pena con los derechos de las personas que requieren cuidado y protección, es decir, que por su propia pertenencia a un determinado grupo se consideran vulnerables, como son los NNA, las personas con discapacidad y los adultos mayores. Ellos son destinatarios de una protección especial y reforzada, la que se encuentra reconocida en instrumentos internacionales de protección de derechos y ratificados por el Estado Argentino; a saber: la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por nuestro país mediante Ley N° 23.849; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro derecho interno por la Ley N° 26.378; y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores incorporada a nuestra legislación nacional por medio de la Ley N° 27.360.

Particularmente frente a la existencia de personas menores de edad que se encuentren a cargo de la persona privada de la libertad, se propone elevar la edad de cinco a dieciocho años en total

consonancia con la Convención de los Derechos del Niño, la que establece en su artículo 1° que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad"; y por lo tanto con derecho a la protección especial que prevé el ordenamiento jurídico. El límite etario actual resulta insuficiente para dar el debido amparo a los NNA en el ejercicio de sus derechos y la atención de sus necesidades.

Atendiendo a estas mismas razones, consideramos que el arresto domiciliario debe ser una opción también para las personas que, por distintos motivos, tengan a su cargo el cuidado de niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, aunque no tengan con ellos un vínculo filial. Proponemos que en estos casos también, no sólo se tenga en cuenta a la mujer sino a quien sea responsable de su cuidado, con independencia de su identidad de género.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una serie de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, entre los cuales establece que los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia (principio III.4)⁶

Por su parte, entre las Reglas de Bangkok se prevé que, en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de los hijos/as.

También los jueces que decidan respecto de la imposición de penas privativas de la libertad a personas que tengan a cargo a sus hijos/as, deberán resolver valorando el Interés Superior de los mismos, y procurando en consecuencia la sustitución por otras modalidades de penas que resulten menos lesiva de los derechos de niños y niñas. En esta línea, el proyecto incorpora la obligación del juez o jueza de fundar la denegatoria del arresto domiciliario en el interés superior del niño.

⁶ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.

A su vez, teniendo en consideración la permisión legal prevista en el artículo 195 de la Ley N ° 24.660, que habilita a las mujeres-madres privadas de la libertad a cuidar a sus hijos e hijas menores de cuatro años dentro del establecimiento penitenciario, el proyecto incorpora modificaciones para garantizar que este cuidado pueda realizarse en un ámbito adecuado y con los recursos suficientes para el desarrollo integral del niño o niña, ya que padecen de las mismas restricciones de las que son objeto sus madres e incorporan en la construcción de su personalidad y subjetividad las lógicas del encierro. Si bien se reconoce que resulta desaconsejable la permanencia de un niño o niña en estos ámbitos, no podemos desconocer que en nuestro país existe una parte de la población carcelaria que por distintos motivos –sea porque se les deniega el arresto domiciliario, porque no poseen domicilio para cumplir el arresto domiciliario, o porque carecen de redes de apoyo en el afuera que puedan asumir el cuidado de sus hijos/as, etc.- optan por cuidar a sus hijos e hijas dentro del establecimiento penitenciario. A este grupo de niños y niñas se les debe garantizar condiciones y servicios apropiados para su desarrollo integral, y para el ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Para garantizar que lo puedan hacer en condiciones de igualdad respecto a aquellos niños y niñas cuyas vidas no se ven atravesadas por el sistema punitivo, se deben redoblar los esfuerzos, medidas, dispositivos y políticas públicas en este sentido; y en especial contemplar las particularidades que los contextos de encierro presentan.

La Declaración de los Derechos del Niño dispone que siempre que sea posible, el NNA deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (Principio 6)⁷. De acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, ya sea que se trate de mujeres que quedan a cargo de la familia porque el progenitor se encuentra detenido o preso; de mujeres condenadas, o de los y las niñas que deben afrontar esta particular situación, debe atenderse a la necesidad de niñas, niños y adolescentes de crecer y desarrollarse en familia, con ambos progenitores presentes o con la presencia de

⁷ Disponible en:
<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20R%20publica%20Dominicana.pdf>

sus referentes significativos. A los efectos de garantizar y promover estos derechos, la Convención establece que los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. (arts. 9 y 18). Esta obligación debe ser reforzada en situaciones de mayor vulnerabilidad como son aquellas que atraviesan NNA con algún progenitor/a y/o referente adulto privado de la libertad.

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes ("Reglas de Bangkok") hacen un llamamiento a los Estados para la implementación de acciones que promuevan el vínculo familiar, tales como: permitir que inmediatamente después del momento de la detención se lleven a cabo los arreglos reglamentarios relacionados con las responsabilidades de cuidado y protección, otorgar permisos para realizar visitas al hogar, permitir que la mujer disponga del tiempo necesario para atender a sus hijos, entre otras.

Por su parte, la Regla N ° 51 establece que los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios.

La Resolución 63/241 del año 2008 de la Asamblea General de la ONU, denominada "Hijos de personas acusadas, procesadas o condenadas por haber infringido las leyes penales" indica que todos los Estados deberán tener en cuenta los efectos de la detención y encarcelamiento de los padres en los niños, y, en consecuencia, dar consideración prioritaria a las medidas no privativas de libertad al dictar sentencias o decidir medidas previas al juicio respecto de la persona única o principal que cuida al niño, condicionadas a la necesidad de proteger al público y al niño y habida cuenta de la gravedad del delito. Asimismo, exhorta a determinar y promover buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés y los niños afectados por la detención y encarcelamiento de los padres.

Por otra parte, el proyecto propone modificar el artículo 158 de la Ley 24.660, asegurando la comunicación cotidiana de las personas privadas de libertad con familiares, amigos, allegados, abogados y/o cualquier persona de su confianza, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. Asimismo, se incorpora expresamente el derecho a la comunicación por telecomunicaciones, medios electrónicos, digitales, o de otra índole que haya disponibles; así como el traslado de la persona privada de libertad a un domicilio particular o centros comunitarios previstos a tal fin, respetando en todos los casos la privacidad de las comunicaciones.

Para la mayoría de los Estados de la región, los NNA con un referente adulto privado de libertad han permanecido invisibles durante mucho tiempo. La información estadística oficial y estudios existentes sobre sus necesidades, realidad y derechos son prácticamente nulos, lo que dificulta la planificación y ejecución de acciones de protección y promoción de sus derechos, y se presenta como un área de oportunidad para que los Sistemas de Protección de Derechos de la Niñez, Sistemas Judiciales y Penitenciarios de cada uno de los países, comiencen a explorar. El primer paso para diseñar políticas públicas eficaces es tener información, resultando imperioso contar con información precisa y útil para la planificación, implementación y monitoreo de políticas públicas respetuosas de la dignidad y el Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes. Más allá de censos o esfuerzos puntuales, la generación de información oficial (pública, confiable y actualizada) sobre Niñas, Niños y Adolescentes con padre o madre privados de libertad, en forma periódica y sistemática, sería un paso significativo para que las sociedades y los Estados dimensionen y asuman los costos "ocultos" del encarcelamiento; pudiendo conocer no sólo cuántos NNA con progenitores y/o referente adulto privado de la libertad existen, sino cuestiones cualitativas, tales como sus condiciones de vida, cuidados, escolaridad, acceso a los servicios y ejercicio de otros derechos en general; pudiendo elaborar soluciones alternativas a la prisionización, priorizando el derecho a vivir en familia de estos Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras propuestas de abordaje⁸.

⁸ Plataforma regional por la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos privados de la libertad, Instituto iberoamericano del Niño, la Niñas y Adolescentes y la Organización de Estados Americanos, Pautas para el abordaje de la situación de niñas, niños y adolescentes a cargo de referentes privados de la libertad. Disponible en: https://issuu.com/institutointeramericanodelninolanin/docs/ot_iin_-_nappes_-_29_agosto.

Las Reglas de Bangkok ya mencionadas, establecen que se deberá consignar el número de los hijos de las mujeres que ingresan en prisión y la información personal sobre ellos. En los registros deberá constar, sin que ello menoscabe los derechos de la madre, como mínimo el nombre de cada niño, su edad y, en caso de que no acompañen a su madre, el lugar en que se encuentran y su régimen de tutela o custodia (regla n° 3).

En suma, establecer un régimen jurídico de la responsabilidad parental en contexto de privación de la libertad de los/as progenitores no es más que concretar la manda constitucional de legislar y garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, respecto de NNA y sus progenitores.

Por las razones expuestas, solicito a mis pares el acompañamiento en el presente proyecto de ley.

Diputada Nacional Mónica Macha