

Mujeres con hijos en prisión. Comentario a los artículos 195 y 196

Marta Monclús Masó

La legislación argentina contiene dos previsiones destinadas a evitar la ruptura del vínculo materno filial en el caso de mujeres en conflicto con la ley penal que son madres de niños de corta edad. La primera, en el artículo 195 de la Ley de Ejecución 24.660, permite que las mujeres encarceladas tengan con ellas a sus hijos hasta los cuatro años de edad. Y la segunda, que las madres de niños de hasta cinco años de edad cumplan su encierro en régimen de arresto domiciliario (art. 32 Ley Ejecución Penal y 10 Código Penal). En este trabajo nos ocuparemos de la posibilidad legal de que los niños convivan en prisión junto a sus madres.

1. Acerca de la previsión legal de convivencia de niños en prisión junto a sus madres

La convivencia de niños junto a sus madres en prisión está contemplada en el Capítulo XV de la Ley de Ejecución Penal, bajo el epígrafe “Establecimientos para mujeres”. Dicho apartado se limita a disponer que los establecimientos para mujeres estén a cargo de personal femenino, y a prever los supuestos de mujeres embarazadas o madres de niños de hasta 4 años de edad. Lo cual no hace más que poner de manifiesto la ausencia de una

perspectiva de género en la referida Ley pues dicha perspectiva se agota en la cuestión de la maternidad.

Los arts. 195 y 196 de la Ley 24.660 establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 195. — La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado.

ARTÍCULO 196. — Al cumplirse la edad fijada en el artículo anterior, si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del hijo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda.

La previsión de que las madres de niños pequeños puedan tenerlos con ellas en prisión hasta cierta edad ya estaba contemplada en la Ley Penitenciaria Nacional, estableciéndose en dicha norma el límite de edad de los menores en 2 años. La Ley de Ejecución 24.660 aumenta el límite hasta los 4 años de edad. Más allá de esta modificación en el límite de edad, estos preceptos no fueron motivo de debate en el momento de aprobación de la actual Ley de Ejecución Penal. Cabe señalar que encontramos provisiones similares en el derecho comparado¹.

¹ En España las mujeres pueden tener a sus hijos en prisión hasta los 3 años de edad (art. 38 Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979). También Italia permite la convivencia de los niños con sus madres presas, pero en establecimientos de régimen atenuado (legge N° 62, 21 aprile 2011). Además, al igual que en Argentina, en Italia se prevén medidas alternativas al encierro como el arresto domiciliario.

La convivencia de los niños en prisión junto a sus madres permite preservar el vínculo materno-filial, lo que resulta fundamental sobre todo en niños de corta edad, aunque expone a los menores a un lugar inadecuado para su crecimiento y desarrollo².

La Ley no contempla medidas o servicios específicos para atender las especiales necesidades que genera el ejercicio de la maternidad tras las rejas. En general, el trato a las mujeres con hijos en prisión es igual al del resto de la población femenina, lo que las coloca en una situación de mayor vulnerabilidad³.

Un estudio de 2005 de la Representación Cuáquera ante la ONU (Quaker UN Office)⁴ señalaba la poca atención que se ha dado a los niños que viven en las cárceles con sus madres, pues no se presta atención a cómo se toman las decisiones sobre el alojamiento de los niños con sus madres en prisión, al impacto que ello puede ocasionarles, si las instalaciones son adecuadas, si existen medidas de apoyo a la maternidad, cómo manejar la eventual posterior separación, si se prevén alternativas a la prisión, entre otras cuestiones.

Las Reglas de Bangkok dedican un apartado específico a las “Reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel” (Reglas 48 a 52), señalando la necesidad de especial cuidado en cuestión de salud y alimentación, y señalando que “Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del

² Ver al respecto Tomkin, 2009; Naredo Molero, 1999; Di Corleto/ Monclús Masó, 2009; Varela, 2007.

³ CELS, DGN, PPN, 2011: 172.

⁴ Marlene Alejos (2005): *Babies and Young Children Residing in Prison*, citado por Laurel Townhead (2006): *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Quaker United Nations Office.

niño” (regla 49) y que ese mismo interés superior debe presidir “las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre” (Regla 52). También dispone esa misma regla que en caso de separación “se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público”.

2. El arresto domiciliario de la madre como alternativa preferible

Hay pleno acuerdo doctrinal acerca de que la sustitución del encarcelamiento de la madre por un arresto domiciliario es preferible al ingreso en prisión de su hijo/a⁵. La convivencia de la madre en prisión con sus hijos debe ser la última alternativa, únicamente para el caso que no resulte posible prescindir del encarcelamiento de la mujer. El arresto domiciliario evita el ingreso a prisión del niño menor de 4 años, a la vez que permite la presencia en el hogar de la madre, que a menudo tiene a cargo a otros hijos menores de edad de más de 4 años, que también necesitan de los cuidados maternos. Téngase en cuenta que la investigación desarrollada por CELS, DGN y PPN titulada *Mujeres en Prisión. Los Alcances del Castigo* puso de manifiesto que la gran mayoría de las mujeres encarceladas encabezaban familias monoparentales y ejercían la

⁵ Naredo Molero, María, 1999; Di Corleto/ Monclús Masó, 2009: 285/302; Varela, 2007; Palliotti, 2008; Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, 2011; Ministerio Público de la Defensa, 2015.

jefatura del hogar⁶. Además de que la sustitución del encierro carcelario por el arresto domiciliario reduce el dolor que se impone a la mujer que ha entrado en conflicto con la ley penal, y pone de manifiesto que es posible pensar en alternativas que desplacen la hegemonía de la pena carcelaria.

La regulación del arresto domiciliario para mujeres madres prevista en los artículos 32 Ley 24.660, 10 CP y 314 CPPN constituye una normativa dirigida a implementar los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en la materia. El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño declara la obligación de los Estados de velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Por otro lado, las Reglas de Bangkok “Reglas de la ONU para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes”, aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010, disponen en la Regla 64 que “Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”.

⁶ CELS, DGN, PPN, 2011: 154.

La CSJN se pronunció acerca del instituto del arresto domiciliario en junio de 2013, en el caso “Fernández, Ana María”⁷. El dictamen de la Procuradora General, a cuyos fundamentos se remite la Corte, fija como estándar que el tribunal debía conceder el arresto domiciliario si era la mejor solución para proteger los derechos del niño, y solo rechazarlo “si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella”. El dictamen de la Procuración también señala que “crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños”. El alojamiento del niño en prisión, según el dictamen, es una alternativa solo para casos excepcionales con el fin de evitar la disolución del vínculo materno filial.

3. Algunos datos estadísticos sobre mujeres con niños en prisión

Las estadísticas del SNEEP 2015⁸ indican que a diciembre de ese año había un total de 2.963 mujeres en las cárceles argentinas, que constituían el 4% de la población carcelaria del país; 140 tenían hijos menores de cuatro años con ellas en la cárcel, lo que a su vez constituía el 5% de las mujeres presas.

⁷ CSJN, “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, rta. 18/06/2013.

⁸ Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, elaboradas por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Evolución madres y niños en prisión en Argentina. Años 2003-2015

Año	Total Argentina		
	Mujeres presas	Madres con hijos en prisión	% madres con hijos en prisión
2003	2294	190	8%
2004	2621	196	7%
2005	2172	180	8%
2006	2791	202	7%
2007	2804	185	7%
2008	2807	186	7%
2009	2633	146	6%
2010	2719	142	5%
2011	2911	164	6%
2012	2854	148	5%
2013	2839	164	6%
2014	2.989	162	5%
2015	2.963	140	5%

Fuente: Elaboración propia en base a las estadísticas del SNEEP

La cifra de mujeres presas se mantiene relativamente estable desde el año 2006; mientras que a partir del año 2009 se observa un leve descenso de la cantidad de niños

alojados en prisión junto a sus madres, lo que coincide con la entrada en vigor de la modificación legal que incorpora el arresto domiciliario para mujeres embarazadas y madres de niños de hasta 5 años de edad. Téngase en cuenta por otro lado que las estadísticas de mujeres con niños en prisión no comprenden los datos de todas las mujeres madres de niños menores de cuatro años que se encuentran encarceladas, pues una parte importante de ellas decide no mantener a sus niños en prisión pese a que la Ley de Ejecución lo autorice. La mayoría de las mujeres madres de hijos pequeños prefiere acceder al arresto domiciliario, y sólo en el caso de que les sea denegado, o hasta tanto se les conceda, optan por tener a sus hijos con ellas en prisión a falta de una mejor opción para cuidar a sus hijos. La investigación *Mujeres en prisión* puso de manifiesto que sólo la mitad de las mujeres presas madres de hijos de menos de 4 años optaron por tenerlos con ellas en la cárcel, a la vez que también reveló que el 86% de las mujeres presas son madres, una cuarta parte de las cuales tiene hijos menores de 4 años⁹.

4. Vida en prisión de las madres con sus hijos

⁹ CELS, DGN, PPN, 2011, pág. 154.

Como ha sido señalado, los niños en prisión deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto al acceso a derechos en materia de educación, salud, higiene y alimentación, vínculos con el exterior, entre otros¹⁰.

La vida en prisión de las mujeres que conviven con sus hijos menores de 4 años se caracteriza por la constante preocupación acerca de las necesidades insatisfechas de sus hijos. Estas mujeres están más preocupadas por la higiene del lugar de alojamiento, las plagas persistentes (cucarachas, ratas, etc.), las condiciones materiales (espacios no aptos para los niños, sin juegos, con elementos riesgosos, conexiones eléctricas inseguras, falta de medidas de prevención de incendios, etc.), la alimentación que reciben para sus hijos, la atención a la salud (la ausencia de guardia pediátrica permanente, los reiterados episodios de enfermedades respiratorias que sufren los pequeños, etc).

Señala la investigación *Mujeres en Prisión*: “Contrario a un prejuicio más o menos difundido entre los operadores penitenciarios o judiciales, conforme al cual las mujeres “se embarazan” o llevan consigo a sus hijos para “pasarla mejor”, la evaluación de los datos obtenidos en esta investigación nos llevan a conclusiones opuestas. La vida en la cárcel de las mujeres que están embarazadas o que permanecen alojadas con sus hijos menores de 4 años no parece ser menos compleja que la del resto. Por el contrario, además de las carencias que padece la población penitenciaria en general, este grupo

¹⁰ Comisión sobre temáticas de género, *Limitaciones al encarcelamiento: La situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad*, Edición del Departamento de Comunicación Institucional de la Defensoría General de la Nación, 2007.

debe enfrentar también mayores dificultades para satisfacer las necesidades específicas de los niños, o las propias por su condición de gestantes”¹¹.

La citada investigación tuvo un impacto positivo en algunos aspectos de la vida en prisión de las mujeres madres detenidas en cárceles federales, en particular en lo relativo a los traslados para comparecer ante la justicia, pues desde distintos Organismos se venían denunciando las condiciones inhumanas en las que se llevaban a cabo¹². Así, se logró que la Dirección Nacional del SPF dispusiera que los traslados de las detenidas madres juntamente con sus hijos o de detenidas embarazadas alojadas en la U.31 se efectúen en un vehículo acondicionado especialmente para ellos (Res. D.N. N° 453/2009). También a raíz de las denuncias e intervenciones llevadas a cabo por la Procuración Penitenciaria y otras instituciones, se observan mejoras por lo que se refiere a los registros personales y requisa de las instalaciones que alojan a madres con niños, pues en el año 2015 se aprobó un Protocolo específico para el SPF¹³ que establece que el personal del jardín maternal participe conteniendo a los niños durante la realización de los procedimientos de requisa, entre otras previsiones destinadas a proteger a los menores.

Por lo demás, en los años transcurridos desde la realización de la referida investigación, no se ha producido el necesario cambio de paradigma que ponga de

¹¹ CELS, DGN, PPN, 2011, pág. 172.

¹² ver al respecto la Recomendación de la Procuración Penitenciaria de la Nación N° 673 del 26 de julio de 2007.

¹³ “Protocolo de Inspección y Registro de Planta de Madres”, aprobado mediante Resolución de Dirección Nacional del SPF N° 1964 y publicado en el Boletín Público Normativo N° 588, de 16 de noviembre de 2015.

manifiesto la necesidad de evitar a toda costa el encarcelamiento de las madres, en vez de seguir encerrando a sus hijos junto a ellas.

Un momento especialmente complejo es el de la separación de la madre y el niño al cumplir éste los 4 años de edad, o con anterioridad si se decide su externación del ámbito penitenciario. El impacto traumático de la separación no es mitigado por la implementación de programas destinados a mantener el vínculo tras el egreso del menor. De modo que a menudo la relación materno-filial pasa de un estrechísimo contacto (pues el niño hasta los 4 años de edad estuvo casi exclusivamente con su madre) a una brutal ruptura, solo atenuada en algunos casos a través de esporádicas visitas.

5. Ausencia de criterios legales para el ingreso y egreso de los niños en prisión.

Arbitrariedad de la administración penitenciaria para la externación de los menores

El artículo 195 no contiene ninguna previsión acerca del procedimiento para el ingreso del menor a prisión junto a su madre. El precepto se limita a disponer que “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años”, sin establecer si para ello debe intervenir alguna autoridad que lo autorice, como podría ser el Director del penal previo informe de los servicios sociales del establecimiento, el Juez de Ejecución o Juez a

cargo de la causa o el Juzgado de Menores o si se requiere el consentimiento del otro progenitor, en caso de que exista. Tampoco se establece criterio alguno para tomar dicha decisión. Pese al silencio de la ley, el criterio no podría ser otro que el derecho de la madre y el hijo al mantenimiento del vínculo materno-filial y el interés superior del menor.

En el ámbito federal, en el año 1997 se dictó el “Reglamento de Alojamiento de Menores de Edad junto a sus Madres Detenidas en Establecimientos del Servicio Penitenciario Federal”¹⁴. Cabe señalar que un reglamento interno del SPF en ningún caso puede limitar un derecho reconocido por ley a las mujeres, y que se basa en la incorporación a la Constitución Nacional de la normativa internacional de Derechos Humanos, que reconoce una especial protección al vínculo materno-filial, al interés superior del menor y a la familia como elemento nodal de la sociedad.

Lo cierto es que en la práctica por lo general no se presentan problemas para el ingreso del menor a prisión, al menos en el ámbito de las cárceles federales, siempre que pueda acreditarse el vínculo mediante la correspondiente partida de nacimiento.

No obstante, sí se han detectado casos en que se ha puesto fin a la convivencia de la madre con el menor de forma abrupta, en contra de la voluntad de la mujer y mediante procedimientos arbitrarios no regulados por la ley, sino previstos en una normativa interna del SPF que vulnera el derecho de las mujeres y sus hijos al mantenimiento del vínculo materno-filial.

¹⁴ Aprobado mediante Resolución Nº 1074 del Director Nacional del SPF y publicado en el Boletín Público Normativo Nº 65, de 28 de mayo de 1997.

El Equipo de Género y Diversidad Sexual de la Procuración Penitenciaria de la Nación ha advertido en los últimos años una práctica alarmante de “externación” de menores de la Unidad 31 del SPF, a partir de situaciones con características similares: frente a episodios de conflicto en la Unidad 31, se diagnostica a la madre de un cuadro de “excitación psicomotriz”, implicando su traslado al anexo psiquiátrico del Complejo Penitenciario Federal IV. En paralelo se da intervención a un equipo interdisciplinario de la U.31 previsto en el referido Reglamento de Alojamiento de Menores¹⁵, el cual sugiere la externación del menor, lo que luego es avalado por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que dicta una medida de abrigo en favor del menor. Finalmente la desvinculación materno-filial es sellada por la intervención de los Juzgados de Menores, que dan inicio a un lento expediente judicial sin adoptar medida cautelar alguna para garantizar la preservación del vínculo¹⁶.

Estos casos son especialmente preocupantes cuando no hay familiares que puedan asumir el cuidado de los menores, pues los niños son institucionalizados en hogares y puestos en adopción, pese a que su madre manifieste la voluntad de mantener su patria potestad. Este tipo de prácticas recuerda las arbitrariedades cometidas en las cárceles de mujeres desde el mismo surgimiento de la institución total, que implicaron el “robo” de

¹⁵ El artículo 19 del “Reglamento de Alojamiento de Menores de Edad junto a sus Madres Detenidas en Establecimientos del Servicio Penitenciario Federal” dispone que “El equipo interdisciplinario estará compuesto por: representantes de la División Judicial, la Sección Asistencia Médica (Médico pediatra, Médico Clínico, Psicólogo), la Sección Asistencia Social y de la División Seguridad Interna; los que se reunirán con una periodicidad mensual”.

¹⁶ Ver el acápite “Crónicas de finales anunciados: las malas madres” en el apartado sobre mujeres en prisión del *Informe Anual PPN 2014*.

bebés de mujeres en situación de elevada vulnerabilidad, como han documentado varios historiadores¹⁷. Resulta alarmante y perturbador que actualmente puedan seguir sucediendo este tipo de prácticas, que sin lugar a dudas podemos calificar como violencia de género.

Frente a estas situaciones, la intervención del Estado no puede limitarse a lo punitivo. El encarcelamiento de la madre y la intervención de la justicia de menores para desvincular a esos niños de una “mala madre” muestra la actuación de un Estado insensible frente a las necesidades más acuciantes de las mujeres y los niños, colectivos que merecen especial atención conforme al marco de protección internacional de derechos humanos.

6. Una infraestructura inadecuada

Debemos señalar que los establecimientos penitenciarios donde se alojan las mujeres con sus hijos de 4 años de edad no se distinguen ediliciamente del resto de las cárceles. Se trata de edificaciones que suelen estar alejadas de los núcleos urbanos, rodeadas por un perímetro de seguridad custodiado por una guardia armada, con una estructura edilicia de pabellones y celdas caracterizada por la presencia de rejas y cerrojos como elementos

¹⁷ Ver entre otros Villalta, Carla (2012); Vinyes, Ricard (2002); Vinyes / Armengou / Belis (2003).

omnipresentes. Ese es el espacio donde viven los niños con sus madres, lo que resulta absolutamente inadecuado para la formación de su personalidad.

En el ámbito federal la Unidad 31 de Ezeiza es la que mayor cantidad de niños aloja y constituye un espacio absolutamente inadecuado para la crianza de los menores: las madres y sus hijos se alojan en celdas de muy reducidas dimensiones, sin espacio apenas para la cuna, los patios no disponen de juegos y las rejas no han desaparecido del entorno. Se trata de una cárcel con las mismas características que otros establecimientos penitenciarios que no alojan a menores. La única diferencia es la existencia de un jardín maternal que cuenta con adecuadas instalaciones a nivel de infraestructura.

Frente a ello, sostenemos que debería ser política de Estado la sustitución de las cárceles tradicionales como lugares de encierro para madres con niños, por otros espacios con sistemas de control y seguridad mucho más discretos, como serían a nivel comparado las Unidades Externas de Madres¹⁸ o los Institutos de Custodia Atenuada (ICAM)¹⁹. Se trata de un modelo de establecimiento que atenúa todos los elementos más visibles de “lo carcelario”, sin dejar por ello de estar destinado al cumplimiento de penas en régimen de encierro. En ellos se eliminan los barrotes, los uniformes penitenciarios, las celdas y los

¹⁸ Implementadas en España a partir del año 2004, aunque sólo para las mujeres avanzadas en la progresividad. No vamos a hacer aquí una valoración de la experiencia de las Unidades Externas de Madres creadas en España, ni a analizar las pautas de funcionamiento de las mismas, simplemente nos parece interesante destacar los elementos que tienen que ver con lo edilicio y estructural. Ver Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, “Unidades Externas de Madres, 2010. Disponible en [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Unidades Externas de Madres accesible.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Unidades_Externas_de_Madres_accesible.pdf)

¹⁹ Previstos en Italia por la Ley nº 62, de 21 de abril de 2011.

alambrados. Se trata de edificaciones que se insertan en la comunidad, de modo que no se encuentran alejadas de los núcleos poblacionales. Ello permite que las mujeres y sus hijos/as accedan a todos los servicios comunitarios (jardín maternal, escuelas, hospitales, etc.). El personal no viste uniforme alguno, las celdas son sustituidas por pequeños departamentos para la convivencia de las madres con sus hijos/as, y los elementos de seguridad son atenuados, sustituyendo los alambrados por cámaras de seguridad y detectores.

Por lo demás, en el informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer se menciona la necesidad de establecer prisiones especializadas más pequeñas que sean fácilmente accesibles, para los casos en que no se pueda prescindir del encarcelamiento²⁰.

7. Necesidad de una perspectiva de género

El abordaje de las mujeres en prisión junto a sus hijos por lo general se orienta a la protección del interés superior del menor, quedando en segundo plano el derecho de la madre a mantener el vínculo materno-filial. Lo que pone de manifiesto una ausencia de

²⁰ Señala la relatora: “Se reconoce cada vez más que la mayoría de las mujeres delincuentes entrañan un riesgo mínimo, si es que constituyen alguno, para la sociedad. En el caso de las mujeres que se consideran un riesgo para la sociedad, las recomendaciones incluyen la necesidad de establecer prisiones especializadas más pequeñas que sean fácilmente accesibles y donde se proporcione atención de la salud mental y física, servicios correctivos y de rehabilitación, un espacio adecuado para vivir y servicios de visita de familiares”. En <http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2014/02/report-de-manjoo-a-la-AG-2013-sp.pdf>.

perspectiva de género en el enfoque de la temática y un predominio de abordaje del problema desde la perspectiva exclusiva del menor, como si los intereses de la madre y su hijo fuesen contradictorios, cuando en realidad la verdadera colisión es la que enfrenta la pretensión punitiva del Estado con el interés coincidente de madre e hijo de mantener su vínculo materno-filial (Naredo, 1999: 203/204). Como señala la citada autora, “Poner el acento únicamente en las necesidades e intereses de una de las dos personas que forman la relación madre-hijo o hija, implica que no se ha prestado atención a las necesidades de la “otra parte”, en este caso la madre presa. Esta falta de atención [...] significa que a la mujer reclusa, en tanto que criminal o presunta criminal, no se le presta credibilidad como madre y sus requerimientos en este sentido son tratados como cualquier queja “ordinaria” de los reclusos y reclusas frente a la Administración” (Naredo, 1999: 199).

Es así como cobra absoluta relevancia la identificación de las mujeres que entran en conflicto con la ley penal con la idea de “mala madre”²¹, quien pierde el derecho a la crianza de sus hijos y a la preservación de su rol maternal.

Ello viene abonado por la obsoleta previsión del artículo 12 del Código Penal, que establece la privación de la patria potestad en caso de condenas superiores a tres años. Téngase en cuenta que en la época en que se introdujo dicha previsión, el encarcelamiento de las mujeres era algo sumamente excepcional. La mayoría de las personas encarceladas eran hombres, quienes a menudo eran enviados a presidios

²¹ El positivismo criminológico asoció la criminalidad femenina con la falta de instinto maternal, la prostitución, una sexualidad desordenada o un comportamiento amoral de las mujeres. La descripción de la mujer delincuente que realiza Lombroso se definía por oposición al ideal de la mujer abnegada, madre y esposa ejemplar (Di Corleto, 2015).

ubicados muy lejos del domicilio familiar, de modo que la privación de la patria potestad podía ser una necesidad práctica para el funcionamiento del núcleo familiar, en el marco de una sociedad patriarcal que requería la autorización paterna y marital para multitud de actividades cotidianas. En el caso del encarcelamiento de mujeres embarazadas o madres de niños pequeños, a menudo se trataba de embarazos adolescentes o de hijos concebidos fuera de un matrimonio (“ilegítimos” en el lenguaje de antaño). Ahí adquiriría toda su virtualidad la idea de la “mala madre”, y el Estado o las congregaciones religiosas a cargo de los penales de mujeres -en Argentina y la mayor parte de Latinoamérica la Orden del Buen Pastor- se arrogaban la potestad de “robarle” el hijo a su madre presa²².

En la actualidad, como ha sostenido autorizada doctrina (Zaffaroni/Slokar/Alagia, 2000:941), el alcance de la privación de la patria potestad del art. 12 CP debe interpretarse restrictivamente, operando solo cuando la condena sea por delitos cometidos por los padres contra los hijos menores²³.

En el caso de las madres encarceladas que conviven en prisión junto a sus hijos menores de cuatro años resulta a todas luces absurdo sostener la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad establecida en el artículo 12 del Código Penal, pues lo

²² Ver al respecto Inj, María Gabriela (2000:159-185).

²³ Este sería el supuesto que establece el art. 307, inciso 1º, del Código Civil: “Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad: 1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo. [...]”. Incluso en presencia de una condena penal por delitos cometidos contra los hijos, la doctrina civilista ha discutido si la privación de la patria potestad debe operar de forma automática cuando se trata de condena penal por incumplimiento de las obligaciones alimentarias, encontrando autorizadas opiniones que se pronuncian en sentido negativo y privilegian la valoración del interés superior del niño/a (Grosman, 2004: 4).

cierto es que esas mujeres se encuentran ejerciendo en la práctica la patria potestad con independencia de su situación de procesadas o condenadas.

Bibliografía citada

Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, (2011), *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Comisión sobre temáticas de género, *Limitaciones al encarcelamiento: La situación de las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad*, Edición del Departamento de Comunicación Institucional de la Defensoría General de la Nación, 2007.

Di Corleto, J. /Monclús Masó, M., (2009), “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”, en Anitua, G.I. y Tedesco, I. (eds.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Del Puerto.

Di Corleto, Julieta (2015): “Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40524-crimenes-mujeres-positivismo-caso-carmen-guillot>.

Grosman, Cecilia, “La privación de la patria potestad y el interés superior del niño”, LA LEY17/11/2004.

Ini, María Gabriela (2000): “El tiempo quieto. Instancias de negociación y resistencia desde el encierro. Monjas y presas en el Asilo Correccional de Mujeres de Buenos Aires. 1939-1941”, en Nari / Fabre (Comp.): *Voces de mujeres encarceladas*, Buenos Aires, Catálogos, pág. 159-185.

Ministerio Público de la Defensa (2015): *Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.

Naredo Molero, María, (1999), “Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.): *La cárcel en España en el fin del milenio*, Barcelona, M.J. Bosch.

Palliotti, Adriana, (2008), “La prisión domiciliaria y la ampliación de los supuestos legalmente previstos como resultado de una interpretación integral y operativa de la normativa nacional e internacional” en Abeledo Perrot N°:AP/DOC/3630/2012.

Procuración Penitenciaria de la Nación, (2014), *Informe Anual 2013. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, Buenos Aires, PPN.

Procuración Penitenciaria de la Nación, (2015), *Informe Anual 2014. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, Buenos Aires, PPN.

Saavedra, Enrique; Lappado, Paula; Bango, Matilde; Mello, Federico, *Invisibles: ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe. Estudio de*

caso: *Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay*, Church World Service América Latina y el Caribe y Gurises Unidos.

Tomkin, Jean, (2009), *Huérfanos de la Justicia. Buscando el interés superior del menor cuando se encarcela a su progenitor(a)*, Ginebra, Quaker United Nations Office, octubre 2009.

Townhead, Laurel (2006): *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Quaker United Nations Office.

Varela, Patricio, (2007) “Niños en prisión. Un conflicto a solucionar”, en Abeledo Perrot N°:AP/DOC/3890/2012.

Villalta, Carla (2012): *Entregas y secuestros. El rol del Estado en la apropiación de niños*, Buenos Aires, Del Puerto / CELS.

Vinyes, Ricard (2002): *Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*, Temas de Hoy.

Vinyes, Ricard / Armengou, Montse / Belis; Ricard (2003): *Los niños perdidos del franquismo*, De Bolsillo.

Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, (2000), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.