

# Madres encarceladas: reflexión sobre mujeres en conflicto con la ley penal

Ailin Bekevicius

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- El encierro como estigma de las maternidades; III.-El rechazo de la prisión preventiva y el arresto domiciliario como prejuicio; IV.-El arresto domiciliario: ¿alternativa o excarcelación?; V.-Conclusión; VI.- Referencias bibliográficas

## I.-Introducción

Este trabajo pretende mostrar y reflexionar acerca de la situación de arresto domiciliario para mujeres embarazadas y/o madres de niños menores de cinco años, quienes –en mi opinión- son las que más reciben una recriminación social porque el rol que siempre se les ha dado es de cuidadoras, acción que no podrían cumplir de manera correcta por su situación de encierro.

Para ejemplificar lo dicho, explicaré la causa número 62949, caratulada “Incidente de prisión domiciliaria, en autos Parra Leonela Ayelén” de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal.

## II.- El encierro como estigma de las maternidades

El encierro en las mujeres genera un gran impacto en su núcleo familiar ya que la mayoría de las presas es madre soltera, con varios hijos e hijas a cargo, por lo que son el principal sostén económico y afectivo de los hogares. A pesar de que la legislación en Argentina posee normas que están destinadas a mantener el vínculo madre-hijo, lo cierto es que no siempre se aplica.

Ahora bien, ¿qué se entiende por maternidad? De acuerdo a Verónica Manquel (2019) se entiende a la(s) maternidad(es) *“como una construcción histórica, cultural y social, perspectiva que permite abordar las individualidades y particularidades de las diferentes experiencias, así como las intersecciones de elementos tales como la clase, las trayectorias de vida, la raza, la edad, que permiten identificar a las maternidades en tanto diversas, individuales e históricas (p. 2)”*.

En nuestro país se sancionó la ley 24.660 (Ley de Ejecución de la Pena Privada de la Libertad) el 19 de junio de 1996, lo que conllevó que se cuestione aún más a la mujer en relación a su rol social de madre, ya sea como cuidadora de sus hijos e hijas o como persona gestante dentro de las cárceles. La detención de las mujeres se lleva a cabo en sociedades desiguales, en las que prevalecen modelos estereotipados como ser las responsables de las crianzas de sus hijos. Por ello, es bastante frecuente que sientan que no son buenas madres o mujeres plenas al no poder estar junto a sus hijos. Este tipo de padecimiento es una pena más que se agrega a la que le habían impuesto antes.

Por otro lado, antes de ser detenidas, las situaciones laborales de las mujeres suelen ser precarias e inestables, por lo que su encarcelamiento produce un gran vacío en su familia, ocasionando que haya grandes cambios en la estructura familiar, ya sea en cuanto a la organización, el sustento económico y en lo emocional. Además, esto provoca que se aumenten las

consecuencias del encarcelamiento, ya sea tanto en la mujer como en sus hijos y demás personas que dependían de ella.

Ahora bien, ¿qué sucede con los/as hijos/as cuando la mujer queda detenida? Según Manquel, sólo el 10% de los niños, niñas y adolescentes queda al cuidado de sus padres, mientras que en los restantes casos casi no existe la presencia paterna, por lo que el cuidado recae, en general, sobre la familia materna, especialmente en los miembros femeninos. De todos modos, para los niños/as esto significa que estén más expuestos y vulnerables porque implican desarraigos y la ausencia de un adulto que actúe como referente y así brindarle la contención y el cuidado que necesitan. En el lado más extremo de esta situación, el encarcelamiento de la madre significa que el niño o la niña quedará institucionalizado, muchas veces padeciendo maltratos.

Los niños, niñas y adolescentes no se separarán solamente de sus madres, sino también de sus hermanos/as, lo que significa que perderán todo contacto regular con su familia de origen. A ello debe sumarse que son discriminados y estigmatizados, padeciendo traumas, vergüenza, miedos y culpa. Además, presentan problemas de salud física y psíquica, y comportamientos regresivos, mostrando que el desempeño en las escuelas baja y revelan propensiones agresivas y antisociales.

Estas realidades de desprotección que poseen a consecuencia de la privación de la libertad de sus madres exponen la ausencia del Estado al momento de tener que asegurar sus derechos. Esto es confrontado con lo que ocurre con los/as niños/as menores de 4 años ya que para ellos el Estado tiene normas particulares y una estructura dentro de las prisiones con el fin de que puedan permanecer junto a sus madres, mientras que para los mayores de esa edad no hay formas adecuadas para que sus derechos sean asegurados, ofrecerles apoyo y contención, cerciorarse de que el vínculo materno se mantenga y localizar situaciones de abandono, maltrato o desamparo.

Por otro lado, las mujeres detenidas obtienen un mayor reproche social que los hombres ya que no se comportaron de la manera que socialmente se esperaba. Existe un perjuicio en torno a ellas ya que se cree que las presas son malas madres y se juzga la idoneidad de las mismas como tales, mezclando el delito por el que las mujeres están cumpliendo condena (o están en prisión preventiva) con su aptitud para ser buenas o malas madres.

### **III.- El rechazo de la prisión preventiva y el arresto domiciliario como perjuicio**

Para ejemplificar lo que hasta aquí vengo explicando, nombraré el caso número 62949, caratulada “Incidente de prisión domiciliaria, en autos Parra Leonela Ayelén” de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal del año 2015.

En primer lugar, el Tribunal Oral en lo Criminal n°19 de la Capital Federal resolvió, el 6 de abril de 2015, no hacer lugar al pedido de prisión domiciliaria realizada por Parra, fundamentando que el hijo de la encausada – de 6 años de edad- vivía con su abuela materna, por lo que ella se ocupaba de todas sus necesidades. Además, el Tribunal añadió que para acceder a la prisión domiciliaria se deben justificar circunstancias graves que hagan necesario ese otorgamiento –por lo que se convierte en una excepción- y que ese supuesto no se verificaba en el caso.

Por otro lado, la defensa también fundó su pedido basándose en que Parra se encontraba cursando un embarazo que finalizaría el 18 de junio de ese año, por lo que resultaba aplicable el art. 32, inc. e, de la ley 24.660. Agregó que el verbo contenido en la norma aludida es “poder”, por lo que es una facultad del juez y no un imperativo legal. Ante ello, el Tribunal expresó que el legislador no estableció criterios objetivos para definir cuándo corresponde

otorgar la prisión preventiva, por lo que correspondería –tal como lo hizo el Fiscal- oponerse al beneficio debido a la gravedad del hecho investigado, las circunstancias que rodearon la detención de la acusada, la condena que le fue impuesta por otro Tribunal y, además, al hecho de que en donde ella se encontraba alojada contaba con un médico especialista en obstetricia, con una licenciada obstétrica y, también, con enfermeros, por lo que el embarazo no corría peligro alguno.

De manera que la defensa de la acusada recurrió la decisión basándose en las siguientes normativas: 1) ley 24.660, art. 32, inc. e y f: El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: e) a la mujer embarazada; f) a la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo; 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; 3) Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad es la regla y el encarcelamiento preventivo es la excepción, la cual es permitida en casos necesarios y para poder asegurar el procedimiento penal, es decir, en supuestos de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación.

Aquí haré una aclaración siguiendo a Pastor (1993a), quien menciona que hay dos tipos de prisión preventiva, una obligatoria y otra facultativa. En la primera, el imputado se le impondrá prisión preventiva cuando el delito que se le atribuya tenga prevista una pena privativa de la libertad superior a ocho años y que no admita condena de ejecución condicional o en suspenso. El

autor dice que en estos supuestos la prisión preventiva funciona como pena anticipada: si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena esta deberá ser de cumplimiento efectivo, entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento de esa pena será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo previsto por el Código Procesal Penal no debe cumplir necesariamente función alguna en la neutralización de los peligros procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la prisión preventiva.

El segundo tipo mencionado hace referencia a los casos en que al imputado se le reprocha un hecho que es reprimido con pena privativa de libertad pero no se le impondrá un encarcelamiento preventivo. No obstante, en estos casos se le puede denegar la excarcelación conforme lo normado en el art. 319 del Código Procesal Penal de la Nación: podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

En este caso, nos encontramos con requisitos que van más allá de los peligros procesales y que hacen peligrar el principio de inocencia. Para Pastor (1993b), todas las condiciones a las que hace referencia el art. 319 –salvo la que menciona el comportamiento del imputado–, establecen pautas para determinar la pena a aplicar, por lo que se toma a la prisión preventiva como una pena anticipada.

Con respecto al peligro procesal, debo señalar que no se presume, ya que sería ilegítimo y contrario a las exigencias del principio de inocencia. Con solo decir que el acusado evadirá la acción de la justicia, no es suficiente. En este sentido, *“El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción”* (Peirano Basso, 2007a).

Otra característica de la prisión preventiva es el principio de excepcionalidad, es decir, limitar la aplicación de la misma cuando no haya otra posibilidad de garantizar que el proceso se lleve a cabo.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando no se verifica que los elementos que permiten el arresto preventivo sigan subsistiendo mientras perdura la privación de libertad? En este supuesto, se debe considerar un principio limitador a esta medida de coerción: el principio de provisionalidad. El mismo concede que se siga aplicando el encarcelamiento preventivo solamente si siguen vigente cada uno de los requisitos en que se motivó la detención de una persona. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) expresó que *“el principio de provisionalidad impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar”* (Peirano Basso, 2007b). Para ello, no es suficiente que las partes de un proceso controlen si la medida cautelar debe continuar o no, sino que es el Estado quien tiene la obligación de revisar continuamente los fundamentos de la prisión preventiva del imputado.

Por otro lado, la violencia del arresto preventivo nunca puede ser mayor que la que se ejercerá al momento de aplicar una pena (principio de proporcionalidad).

Vale destacar que el pedido de Parra se vio rechazado por la gravedad del hecho investigado, las circunstancias que rodearon su detención y la

condena que le fue impuesta por otro Tribunal. De esta forma, se reduce la posibilidad al arresto de los sujetos que aún no han sido condenados, violando así los principios de igualdad e inocencia, consagrados en la Constitución Nacional.

Recordemos que el encarcelamiento preventivo debe fundarse en peligros procesales y no puede constituirse en circunstancias que surjan del derecho penal y en los que hagan a la peligrosidad. Ningún otro pretexto puede legalizar la medida cautelar salvo el peligro de fuga o entorpecimiento en la investigación ya que si se basa en supuestos tales como la alarma social, la peligrosidad del acusado, tipo penal imputado, características personales o pena en expectativa, se estaría fundamentando en criterios materiales que “desvirtúan la naturaleza cautelas de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada” (Peirano Basso, 2007b). Esto significa que la prisión preventiva tiene una finalidad procesal y no puede suponer una coerción material o sustantiva.

De esta manera, la Corte IDH –en el caso “López Álvarez”, explicitó que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena (Bigliani & Bovino, 2008a).

Asimismo, las presunciones relacionadas con el monto de la pena no pueden ser usadas para otorgar el encarcelamiento preventivo. No obstante, en el Informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se estableció que en caso de tomarse en cuenta el monto de la pena

para dictar la medida cautelar, los Estados se encuentran obligados a tomar en consideración el mínimo de la escala penal. En caso de tener en cuenta un monto de pena que exceda el mínimo de la escala penal, ello resultaría contrario a la Convención (Bigliani & Bovino, 2008b).

Ante el otro rechazo expresado por el Tribunal –en relación con el embarazo de la acusada-, debo decir que las prisiones no aseguran que la mujer que se encuentra en gestando un embarazo tenga un acceso adecuado a recursos médicos, vestimenta, medicamentos, etc. Esto, sumado al estrés que conlleva el encarcelamiento, puede provocar un efecto negativo en relación a la gestación, al alumbramiento del niño y la salud de la mujer. En relación con la separación de las madres con sus hijos pequeños, las mismas pueden sufrir problemas de salud mental ya que esa situación genera angustia y puede provocar problemas psicológicos.

De igual modo, Di Corleto y Monclús Mansó (s.f. a) han dicho que la nueva regulación debe ser interpretada en el marco de la especial protección que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales atribuyen a las mujeres, los niños y la familia, por quienes el Estado está obligado a legislar y promover las acciones positivas que los favorezcan.

En este mismo sentido, afirman que “a la luz de estas normas debemos interpretar que las mujeres madres en conflicto con la ley penal y sus hijos menores de edad tienen derecho a la concesión de la detención domiciliaria, con el fin de que su vínculo materno filial y su vida cotidiana puedan discurrir regularmente” (Di Corleto y Monclús Mansó, s.f. b), por lo que cuando se dan los supuestos del art. 32, inc. e y f de la ley mencionada, la prisión domiciliaria debe ser la regla general.

Ahora bien, conforme lo que dijo el Tribunal de primera instancia en relación a la edad del niño de Parra y que su abuela materna se ocupaba de sus

necesidades, estimo considerar que la ley 26.472 –modificatoria de la 24.660- estableció la edad de cinco años en concordancia con lo señalado en la ley civil –estipulando que las mujeres cuiden de sus hijos hasta esa edad-, pero ello no quita que se pueda otorgar la prisión domiciliaria a una madre cuando los niños superen ese límite. En otras palabras, esa edad máxima establecida en la ley se debe tomar como un indicador que puede ser prescindido si se considera que es necesario que el arresto domiciliario se amplíe para así garantizar el interés superior del niño ya que, de lo contrario, se podrían vulnerar normas de mayor jerarquía.

Más aún, en nuestra legislación interna, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 11, segundo párrafo establece que “tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley”. Esto significa que aunque exista un proceso o una condena, los niños deben crecer con sus padres.

#### **IV.-El arresto domiciliario: ¿alternativa o excarcelación?**

Por otro lado, hay que mencionar que el arresto domiciliario no significa una interrupción o suspensión a la detención cautelar, sino que se trata de una alternativa. Es decir, estamos frente a una clase moderada de privación de libertad, pero sigue siendo una limitación a la libertad personal.

Sin embargo, la prisión domiciliaria no es vista por los operadores judiciales como un sustituto moderado del arresto preventivo, sino todo lo

contrario: es valorada como si fuese una clase de excarcelación –de ahí que se examinan los riesgos procesales que pueda conllevar- y, en consecuencia, actúa como pena anticipada.

Este posicionamiento asemeja el arresto domiciliario con la libertad pero desatiende que a quien se le otorga esta medida no puede acceder a una excarcelación. En este sentido, no es apropiado decidir acerca de la concesión de la prisión domiciliaria con los mismos estándares que se tienen en cuenta para denegar una excarcelación. Al rechazar el arresto domiciliario se lo está considerando como un beneficio que depende exclusivamente de la decisión judicial y no como un derecho de la mujer privada de la libertad.

Además, las peticiones de arresto domiciliario son negadas basándose en estereotipos acerca del comportamiento de las mujeres privadas de la libertad, ya que se justifican en los conceptos de “buena madre”. Estos prejuicios no hacen más que mostrar a una mujer que ha sido procaz respecto de sus hijos ya sea porque son un riesgo para ellos, o son perjudiciales e incluso, suponen un peligro moral para los niños. No se debe olvidar que a raíz de los estereotipos de género surgen las distintas formas de discriminación que sufren las mujeres, sobre todo aquellas que han sido privadas de la libertad.

Considero que es imprescindible que los juzgadores otorguen argumentos válidos para denegar la prisión domiciliaria a las mujeres, sobre todo a aquellas alcanzadas por el beneficio que brinda la ley 26.472.

Por su parte, en la causa de estudio, los Magistrados de la Cámara Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal refirieron que la ley 24.660 también se aplica a personas procesadas. Manifestaron que para valorar si a Parra le correspondía el otorgamiento de la prisión domiciliaria, los miembros del Tribunal inferior deberían haber fundado su decisión conforme los fundamentos legítimos que hayan dado

sustento a tal elección. Dicho de otra manera, para poder resolver sobre la sustitución de la prisión preventiva en un establecimiento o en el domicilio de la imputada, solamente se debió reparar en los peligros procesales que avalaron la decisión del encarcelamiento preventivo y, luego, decidir si esos riesgos aún subsistían para poder otorgar una medida cautelar distinta para la persona que la solicite.

Por otro lado, el Tribunal superior expresó que para fallar en la causa en cuestión, era indispensable basarse en el principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

En este sentido, se conoce que solamente la ley debe delimitar de manera taxativa, certera y precisa los supuestos para su aplicación, por lo que se prohíbe la analogía de presupuestos que no están considerados en su texto.

De esta forma, la aplicación que realizó el Tribunal inferior en relación con el art. 32, inc. e de la ley 24.660 fue desacertado toda vez que se incorporaron supuestos que el legislador no había contemplado en el texto legal. Los integrantes de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal especificaron que el inciso mencionado sólo supedita el otorgamiento de la prisión domiciliaria a la mujer que se encuentra cursando un embarazo y no se menciona ninguna situación de riesgo que provenga de la inexistencia de asistencia médica dentro del encarcelamiento, por lo que se habla de una única circunstancia y no de la suma de varias.

Conforme estas explicaciones, el Tribunal superior resolvió disponer la prisión domiciliaria a Leonela Ayelén Parra.

## **V.-Conclusión**

A modo de conclusión, debo decir que es necesario deconstruir el concepto de maternidad para que se puedan incluir las distintas formas de llevarla a cabo ya que están traspasadas por diversas situaciones como el género, la clase, edad, etc. Además, la pena privativa de la libertad es diferente según se trate de varones o mujeres. Sin embargo, se suele desconocer esta condición y se dejan a un lado los requerimientos de las mujeres.

Por otro lado, el hecho de que el cuidado de los niños lo lleven a cabo principalmente las mujeres hace que la detención tenga mayores consecuencias. Como histórica y socialmente se asoció el grupo femenino a la función materna, suele establecerse que el cuidado de los niños corresponde a las mujeres, por lo que aquellas que están en conflicto con la ley penal tienen un mayor reproche social que los varones, debido a que no cargan en sus hombros ese mandato social y cultural. Incluso, se espera que las mujeres continúen cumpliendo con sus responsabilidades maternas, pero al mismo tiempo se producen muchos obstáculos que hacen que poder ejercer aquellas se torne una tarea muy complicada. Por lo tanto, el apartamiento de sus hijos conlleva un sufrimiento adicional para esas mujeres, una pena que no se considera desde lo normativo y tampoco es tomado en cuenta por los operadores judiciales.

Las situaciones que atraviesan las detenidas que llevan adelante un embarazo o que conviven con sus hijos en el penal deben afrontar mayores inconvenientes que el resto de la población encarcelada. Como los servicios son escasos, no engloban todas las necesidades que presentan, por lo que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad debido a que a la escasez que poseen las mujeres presas se le debe sumar las que sobrellevan por su carácter de gestante, en período de lactancia o por los deberes de cuidado de sus hijos pequeños.

## VI.-Referencias bibliográficas

Bigliani, P. & Bovino, A. (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Editores del Puerto.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación. (2011). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

José, Jorge, Dante Peirano Basso. Caso 12.553. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007).

Di Corleto, J. & Monclús Masó, M. (s.f.) El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años. En Anitua, G. I. & Tedesco, I. F. (comps.). *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Editores del Puerto.

Incidente de prisión domiciliaria, en autos Parra Leonela Ayelén. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. (2015). <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Parra,%20Leonela%20Ayel%C3%A9n.pdf>

Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. 8 de julio de 1996.

Ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. 21 de octubre de 2005.

Ley 26.472. Ejecución de la pena privativa de la libertad. 12 de enero de 2009.

Manquel, V. (2019). El derecho a materner de las personas presas: estrategias de vinculación de las personas madres detenidas con sus hijos/as fuera de la prisión. *Descentrada*, 3 (2).

Pastor, D. R. (1993). El encarcelamiento preventivo. En Maier, J. (comp.) *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Editores del Puerto.