

SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN PRISIÓN: ALCANCES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y DE LA REGULACIÓN ARGENTINA

Por María Rocío Zumpano

“Las reclusas con hijos en la cárcel son quizás la punta del iceberg de la desproporción e inhumanidad de nuestro sistema punitivo”¹

En el presente artículo emprenderé un breve esbozo de la situación de las mujeres que han sido condenadas a la pena de prisión en Argentina, como así también, el marco específico que brinda a ellas la Ley 24.660 –Ley Nacional de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad-. Finalmente se tratará la problemática de aquellas internas que se encuentran en período de gestación, como también de las que conviven con sus hijos en las cárceles federales de nuestro país, ejerciendo su rol de madres en las condiciones actuales de encierro.

Primeramente, entiendo trascendente desarrollar este tópico puesto que, más allá de las connotaciones negativas que tiene la privación de la libertad en *todas las personas, sin deferencia alguna de género*, considero que las mujeres se hallan en una posición aun más perjudicial, más expuesta, su situación frente al poder punitivo del Estado es más débil e indefensa. Ello por cuanto la circunstancia de la mujer en prisión tiene un efecto expansivo debido al rol que ella desarrolla a nivel social: históricamente ha sido considerada como el sujeto principal de la familia a cuyo cargo se encuentra la unión familiar, a la vez que la crianza y contención de los hijos. Y esto *“responde a que el encarcelamiento de mujeres se da en el marco de sociedades desiguales, en las que imperan patrones estereotipados que reservan para ellas el rol de responsables primarias*

¹ Cfme. *“Reclusas con hijos/as en la cárcel”* de María Neredo Molero, en *“Mujeres y Castigo: un enfoque socio-jurídico y de género”* (Elisabet Almeda Samaranch – Encarna Bodelón Gonzalez, eds.) Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, 2007, p. 263

de la crianza de los hijos”². Es que debe entenderse que en la mayoría de los casos, la pena afecta no sólo a la libertad ambulatoria de la propia mujer condenada –*fin per se de la pena privativa de la libertad*–, sino también a su núcleo familiar, desapareciendo en numerosos supuestos el vínculo materno-filial, amén de otros inconvenientes de naturaleza psicológica, afectiva, moral o social, que exceden a la materia, pero que no son menos importantes e implican que ellas sufran aún más el impacto de la prisionización, sin que ello sea tenido en cuenta de manera plena por la normativa vigente o por los distintos operadores del sistema.

Ahora bien, emprendiendo el análisis, la Ley Nacional de Ejecución Penal desarrolla en su Capítulo XV la normativa específica a aplicar en estos casos. En primer lugar, y siguiendo expresas reglas de carácter internacional³, se preceptúa que los establecimientos penitenciarios deben estar organizados separadamente para hombres y mujeres. De manera que en nuestro medio contamos con prisiones donde se aloja exclusivamente a mujeres, las cuales responden a distintos niveles de seguridad, como así también a los distintos estadios por los que ella atraviesan en la medida en que avancen en la progresividad del régimen penitenciario.

Por su parte, los artículos 190 y 191 del mencionado cuerpo normativo instituyen cuestiones relativas a la organización de los establecimientos para mujeres. En este punto la ley recomienda que éstos deban estar a cargo de personal femenino debidamente calificado, aunque excepcionalmente podrán desempeñarse varones en dichos cargos. A su vez, se determina que ningún funcionario del sexo masculino podrá ingresar en las dependencias destinadas a mujeres, sin ser acompañado por personal femenino.

Pese a ello, en la práctica, resulta común que numerosos hombres desempeñen funciones en los establecimientos destinados al alojamiento de mujeres. Probablemente

² “*Mujeres en Prisión – Los alcances del castigo*” – Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación – Siglo Veintiuno Editores. Pág. 151.-

³ Conforme Regla N° 8, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas.-

ello se deba a distintas políticas organizativas por parte de las autoridades administrativas en cuestión, o quizás también a la escasez de personal femenino, entre otras. Considero aquí que, más allá de la normativa citada, lo que debe primar es el resguardo de la población femenina: con ello quiero expresar que cotidianamente, en las distintas unidades penitenciarias de mujeres es necesario que personal masculino realice disímiles tareas (*vgr.* personal administrativo, médicos, psicólogos, maestros, etc.) por lo que resulta menester arbitrar los medios precisos para proteger la integridad física y psíquica de las internas, de manera que se garanticen las condiciones de seguridad para las condenadas, ejerciéndose las medidas de control suficientes a tales fines, las que entre otras, son la presencia y el acompañamiento de personal femenino.

A su turno, los artículos 192, 193 y 194 de la Ley 24.660, se reservan específicamente para aquellas mujeres que deban ejecutar una pena privativa de la libertad estando embarazadas, por lo que analizaremos cada supuesto en particular, a la luz de la normativa nacional e internacional existente al respecto.

En ese orden de ideas, corresponde señalar que nuestra Ley de Ejecución en su artículo 192 establece que *“en los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad”*, guardando estricta relación con la Regla 23.1 de las *“Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”* de la Organización de las Naciones Unidas.

A primera vista puede fácilmente deducirse que aquellas condenadas en estado de gravidez no pueden convivir con la población común de cualquier establecimiento penitenciario, toda vez que dicha circunstancia requiere de una protección especial. De hecho, la persona por nacer es a quien debe salvaguardarse de la vulnerabilidad, de la rutina carcelaria, de la violencia institucional, a ellas deben brindarse cuidados y atención médica específica y continua, requieren de determinada alimentación, contención psicológica adecuada que permita sobrellevar un embarazo en condiciones de encierro,

asesoramiento e información. El tratamiento de las madres debe, por ende, ser diferenciado, tendiente a posibilitar la gestación en prisión.

Ahora bien, no debe soslayarse que el encarcelamiento de mujeres embarazadas conlleva una problemática difícil de superar. En las cárceles federales de Argentina, la mayoría de las mujeres en conflicto con la ley penal se hallan en un estado de trascendente precariedad educativa, económica y familiar. La mayoría de ellas pertenece a los estratos sociales más bajos, su acceso a la educación formal en la generalidad de los supuestos ha sido prácticamente nulo, no han contado con asistencia sanitaria suficiente, a la vez que a raíz de la criminalización han sufrido un desarraigo familiar.

En relación a los establecimientos penitenciarios federales, hoy en día afrontan una importante carencia de infraestructura. Esto se traduce en la falta de centros médicos especializados y personal capacitado para atender sus necesidades, insuficiencia de personal penitenciario adecuado para acompañar a las reclusas gestantes a nivel psicológico y social, una estructura edilicia precaria, que deviene inapropiada para una persona en estado de gravidez, así como para los pequeños que allí conviven con sus madres. Asimismo, la mayoría de las celdas de alojamiento son reducidas, con espacio apenas para una cuna, inexistencia de ámbitos abiertos para la recreación de los infantes, presencia de rejas en todos los lugares, que no generan diferencia alguna con aquellos establecimientos donde no viven niños.

Frente a esta situación, es aquí que cobran una relevante importancia diversos derechos, que a pesar de no ser mencionados explícitamente en el artículo en tratamiento, sí encuentran cobijo en la normativa internacional. Así, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido constitucionalizados, se observa una protección especial al derecho a la vida, a la maternidad y a la familia, brindando especial amparo a la salud de la madre y a la del niño por nacer, tal como explícitamente se ha reconocido en el Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecerse que *“Los Estados Partes asegurarán la plena*

aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

A la vez, y en el plano específico de la legislación de ejecución penal, las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas –Reglas de Bangkok-, se establece que *“Las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales”*⁴

Los preceptos legales antes mencionados conllevan a concluir que el Estado, en este caso a través de la agencia penitenciaria, debe asegurar a la mujer privada de la libertad el goce del derecho a la maternidad. Esto implica no ser discriminada por su condición circunstancial de privación de la libertad, proveyéndola de la atención médica integral que su estado requiera, brindándole servicios sanitarios de calidad que no supongan un riesgo para sí ni para el niño en gestación, ofreciendo las herramientas para un parto seguro tanto para la madre como para el recién nacido, salvaguardar su intimidad en dicho proceso –*nótese que comúnmente los partos son presenciados por personal penitenciario, custodiando que la mujer no evada la pena impuesta, como si en ese momento ello fuera tan solo posible*-. Asimismo, toda mujer, conforme a la normativa internacional expuesta, debe saber y conocer todos los detalles de la vida en gestación, para lo que es menester que les sean entregados los estudios médicos que se le practiquen, circunstancia que resulta ser poco común en la cotidianeidad carcelaria. Finalmente, también debe incluirse el derecho a la lactancia, que comprende tanto información como su fomento, generando conciencia de su real importancia, todo ello en el marco de un programa que deberá ser organizado y controlado de manera acabada por un profesional de la salud.

⁴ Cfme. Regla 48 de la normativa citada.

Por otra parte, en el mencionado artículo 192 se efectúa una especial referencia al parto: el mismo, en la medida en que las circunstancias lo permitan, deberá llevarse a cabo en un establecimiento de salud extramuros. Esta consideración encuentra fundamento no solo en la circunstancia de que un nosocomio especializado al respecto pueda llegar a tener mejores condiciones y la complejidad necesaria para afrontar un parto y las eventuales complicaciones que podrían generarse, sino también guarda estricta relación con la evitación de posibles actos de discriminación. De este modo, y aun en el supuesto en que el niño deba nacer dentro del establecimiento penitenciario por razones de urgencia, se veda la posibilidad de dejar constancia de dicha circunstancia en su partida de nacimiento o en la documental que se expida al respecto, evitando así estigmatizar de manera irrazonable al niño, quien, cierto es, nada ha tenido de responsabilidad en los hechos cometidos por su madre y a quien la pena impuesta a su progenitora no debe trascender de ningún modo.

Prosiguiendo con el análisis, el artículo 193 de la normativa nacional, por su parte reproduce los postulados básicos del ordenamiento laboral aplicable en relación al estado de gravidez, estableciendo en primer lugar un régimen de licencias de manera anterior y posterior al alumbramiento. A la vez, en segundo término, la norma prima el cuidado del niño por sobre el programa de tratamiento individual de la reclusa. En este sentido, se establece que éste no podrá interferir en el cuidado que la interna deba dispensar a su hijo. En relación a esto, la ley especifica que el fin de la pena es *“lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social”*⁵ a la vez que preceptúa que el tratamiento ha de *“ser programado e individualizado”* y *“deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la Administración”*⁶ Así, puede entenderse que el tratamiento penitenciario, uno de los pilares fundamentales de la Ley 24.660, en el que se basa el avance en la progresividad del régimen penitenciario, debe ceder frente al interés superior del niño, que siempre tiende a

⁵ Cfme. Artículo 1 Ley 24.660

⁶ Cfme. Artículo 5 Ley 24.660

máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos, y concretamente en este supuesto, al desarrollo completo del lactante en sus primeros meses de vida.

Por su parte, el artículo 194 de la Ley de Ejecución Penal prohíbe la imposición de correctivos disciplinarios, cuya ejecución pueda, siempre a juicio médico, poner en riesgo a la salud del niño en gestación o lactante, según el caso. Dicho artículo carece de mayores explicitaciones, pero tal como ha analizado el Dr. Axel López en su obra⁷, puede suponerse que la corrección disciplinaria en cuestión guarda relación con las infracciones consideradas medias o graves, a resultas de las cuales podría imponerse desde la permanencia en el alojamiento individual o en celdas cuyas condiciones no agraven ilegítimamente las condiciones de detención por un plazo determinado, hasta el traslado a otra unidad penitenciaria, dependiendo de la merituación de los hechos. Sin perjuicio de ello, en caso de corresponder la aplicación de un correctivo de este tipo, no podrán llevarse a cabo sus efectos, pero sí quedará como un antecedente en la historia criminológica de la interna, de probable incidencia en sus guarismos, al momento de evaluar su avance en la progresividad del régimen penitenciario.

A modo de colofón, entiendo oportuno destacar que la normativa mencionada anteriormente resulta clara: se trata de proteger a la gestante y a su niño. Ambos son sujetos de derecho, más allá de la privación de la libertad sufrida por la primera.

Desde esta perspectiva, no debe olvidarse que los derechos de las madres y de los bebés deben ser protegidos, y la agencia gubernamental es la encargada principal de ello, por cuanto se trata de sujetos que se hallan en una situación de especial vulnerabilidad, como ya se ha mencionado. Es importante insistir aquí con esa idea: es el Estado, justamente, el que a través de sus distintas instituciones debe velar por el goce de los mencionados derechos. Lamentablemente, hoy en día, es bien conocido por los distintos operadores del sistema que el trato brindado a las mujeres en período de gestación es igual

⁷ *"Análisis del Régimen de Ejecución Penal – Ley 24.660 – Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad"*
Axel López, Ricardo Machado – Fabián Di Plácido Editor – Análisis del artículo 194.

al que reciben el resto de las condenadas. En numerosos supuestos el asesoramiento no resulta suficiente, los cuidados médicos no son lo frecuentes que deberían ser, la contención psicológica es prácticamente nula, y los niños se hallan inmiscuidos en la rutina carcelaria, en la mayoría de los casos, casi sin reparo alguno.

Siguiendo con el análisis emprendido, ahora nos toca adentrarnos en los artículos 195 y 196 de la Ley 24.660.

En este sentido, puede afirmarse que ambos artículos se encuentran emparentados entre sí al regular la situación de los niños en la prisión. Así, la ley 24.660 permite que la interna conviva en el establecimiento penitenciario con sus hijos menores de cuatro años, pero al cumplirse la edad antes referida, se externará al pequeño de la prisión, dejándolo a cargo del otro progenitor o bien, se dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda, para que ellos determinen el destino del infante.

Primeramente entiendo oportuno señalar que quizá esta sea la problemática de más ardua solución en el ámbito penitenciario argentino. Tal como ya se mencionara, si no cabe duda acerca de que la cárcel no resulta el ámbito apropiado para el desarrollo de un embarazo, mucho menos puede serlo para la crianza de un niño. Se parte desde la creencia absoluta de que el niño como mejor se desarrolla es en libertad. Sin embargo, esa libertad se sacrifica en aras del convencimiento de que la madre juega un papel primordial en su desarrollo⁸, especialmente cuando se trata de pequeños de corta edad. Además, la separación entre una madre y su hijo recién nacido, no parece ser la solución más recomendable.

Anteriormente nos hemos centrado en los sinsabores de la vida de las internas en el período de gestación. Analicemos ahora la situación de esos niños, “nacidos en prisión”, que viven allí por cuatro años, y que luego son arrancados de los brazos de sus madres.

⁸ “*La mujer y sus hijos en prisión*” - Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián N° 7 – 1993- Mercedes Jabardo Quesada – Ed. Eguzkilore

En primer lugar, cabe mencionar que todos aquellos servicios que resultan insuficientes para las madres, lo son también para los menores en cuestión, y además de lo ya expuesto, no debe dejarse de lado que *“las cárceles no fueron diseñadas para niños, constituyendo esto un obstáculo para su desarrollo. En efecto, los bebés terminan asumiendo que el encierro es la única forma de vida, por ende adoptan los códigos que se manejan en una prisión. En la cárcel los menores cuentan con pocos estímulos, rige allí la estricta monotonía del encierro –colores monocordes, escasos objetos, pocos sonidos y olores-”*⁹. Para ejemplificar esta circunstancia puede mencionarse que los niños, en la mayoría de los casos, logran incorporar primero la palabra “celadora” que “mamá”, o incluso adoptan juegos tales como contar internas o jugar a la requisa. Se trata de niños que viven tras las rejas, en sus primeros años no saben lo que es ir a la plaza, tener una mascota, como tantas otras simples circunstancias de la vida de un pequeño, que se dejan de lado con motivo de la sanción penal impuesta a la progenitora. Es tal vez este el motivo por el cual muchas mujeres, a pesar de la venia legal, deciden que sus hijos crezcan en el medio libre, sacrificando el vínculo materno-filial.

En el mismo orden, pero ya teniendo una noción de la situación de aquellos niños que viven en prisión, debemos pensar qué rol toma el Estado *–a través de la agencia penitenciaria-* para mitigar los efectos que la coyuntura carcelaria puede tener en el desarrollo psicofísico de los niños. Así, en primer lugar, debe señalarse que en nuestro país, la unidad penitenciaria federal que aloja a este tipo de población responde a un régimen de mediana seguridad. Con ello se quiere significar que preferentemente se aloja a internas que mantengan una buena conducta, y en sectores diferenciados, a aquellas que sean madres, sin realizar, en este último caso, distinción alguna en relación a la conducta antes referida. Sin embargo, a nivel infraestructura, el establecimiento en nada dista del resto de las cárceles federales. Seguidamente he de destacar que, en cumplimiento de lo dispuesto por nuestra Ley de Ejecución Penal¹⁰, sí se cuenta con un Jardín Maternal, ubicado fuera del área de pabellones, que está destinado a recibir a los hijos de las internas,

⁹ *“Madres, niños y cárcel”* Patricio Varela, en *“Mujeres Privadas de Libertad - Limitaciones al encarcelamiento de mujeres embarazadas o con hijos/las menores de edad”* D.G.N. – Unicef, p. 90

¹⁰ Art. 165, Ley 24.660

en un espacio sin rejas, que les permita adquirir un cierto grado de aprendizaje primario, recreación y contención a cargo de maestras jardineras.¹¹ Por otra parte, también debe mencionarse que en algunas oportunidades los niños tienen la posibilidad de efectuar salidas recreativas, a efectos de mantener contacto con el mundo extramuros. Aquí debe señalarse que en la generalidad de los casos, los menores son retirados del penal por familiares o personas conocidas de las madres (en la mayoría de los supuestos, por personas pertenecientes a grupos religiosos que actúan dentro de las instituciones penales), pero sin embargo ello no resulta ser de fácil tratamiento: cotidianamente esta práctica se da sin control formal alguno sobre quiénes retiran a los niños, a dónde los llevan y en qué condiciones permanecen durante las visitas.¹² Es entonces que puede afirmarse, que el entorno que se crea en estas condiciones dentro de un establecimiento penitenciario, es poco favorecedor para el desarrollo de los niños, ubicándolos en una situación de riesgo y extrema vulnerabilidad.

Finalmente, y tal como se prescribe legalmente, al cumplir los cuatro años de edad, los niños son desinstitucionalizados, aun cuando en la mayoría de los supuestos, a las madres les resta tiempo de detención por cumplir. Creo en este punto que el análisis de dicha situación corresponde más a la Psicología que al Derecho, pero sin embargo, no puedo dejar de mencionar desde la visión que se pretende en este artículo, que la separación de los mencionados sujetos crea para ambos una situación extremadamente traumática, considerando que el niño deja de vivir tras las rejas, para salir al mundo exterior, de la mano de algún familiar –*en aquellos casos en que existen vínculos familiares*– teniendo que adaptarse a una vida nueva y completamente distinta a la llevada durante sus primeros cuatro años, sin la presencia materna, que hasta ese momento era de tiempo completo. Ciertamente es que a partir de ese momento, el niño deberá adaptarse a otra vida, más allá de la aceptación de la circunstancia de tener a su madre presa.

¹¹ Datos recabados de la página web del Servicio Penitenciario Federal: www.spf.gov.ar

¹² “Mujeres en prisión – Los alcances del castigo” – Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación – Siglo Veintiuno Editores – p. 185

Habiendo efectuado un somero análisis de las previsiones que la Ley Nacional de Ejecución Penal ha introducido en nuestro medio habré de referirme al artículo 12 el Código Penal Argentino, en tanto guarda relación con las circunstancias aquí planteadas.

En lo que aquí respecta, he de referir que el mencionado artículo establece que la pena de prisión o reclusión impuesta a una persona por más de tres años lleva como inherente la privación de la patria potestad, por el tiempo de duración de la condena.

Sentado lo anterior, cierto es que al realizar un análisis tendiente a concordar las previsiones de la Ley 24.660 en relación a las mujeres presas con el artículo 12 del Código Penal nos hallamos a todas luces frente a una contradicción. Es que por una parte, la ley mencionada permite la convivencia madre-hijo por un lapso prolongado que puede llegar hasta cuatro años, pero por el otro, la normativa de fondo priva a ellas de la patria potestad.

A los efectos de emprender el análisis, es oportuno que en principio veamos cuál es el significado y contenido que el Derecho Civil brinda al concepto de patria potestad. Precisamente, el Código Civil Argentino, en su artículo 264, establece que se trata del conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde el momento de la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio implica que los hijos menores se encuentran bajo la autoridad y el cuidado de sus padres, quienes tienen a su cargo la crianza, alimentación y educación conforme a su condición y fortuna. Cabe aclarar además que estos derechos y deberes se confieren no sólo atendiendo a los intereses de los titulares, sino principalmente considerando el interés de otro sujeto: *el niño*. Asimismo, la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores, más allá de las circunstancias específicas de cada situación intrafamiliar.¹³

Retomando la idea primigenia, cabe preguntarse ahora qué es lo que verdaderamente entraña el artículo 12 del mencionado cuerpo legal: en definitiva, debe

¹³ Cfme. "Manual de Derecho de Familia" Bosert – Zannoni – Editorial Astrea, 2000 – p.556.

determinarse si se trata de una privación del derecho o de la suspensión de su ejercicio. Tal como enseñan los maestros Bossert y Zannoni, la privación de la patria potestad acaece a raíz de actos que merecen un juicio de reproche desde la perspectiva de los intereses de los niños (*vgr. progenitor condenado en sede penal por la comisión de delito doloso contra la persona o bienes del hijo, cualquiera que sea su grado de participación, maltratos, abandono, etc.*), es decir, se trata de casos en los que existe una relación directa entre el rol de madre y el delito cometido. Claramente, este no es el supuesto contemplado por el artículo 12 del Código Penal, ya que no se hace referencia a delito específico alguno: se trata de cualquier delito, cuya pena exceda de tres años. Entonces pues, cabe concluir, que pese a la falta de aclaración legal, el mencionado artículo hace referencia a la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

Dilucidada la cuestión, concluiremos ahora que el ejercicio del mencionado derecho-deber se ve suspendido por una cuestión de hecho. Lógicamente, la mujer privada de la libertad se encuentra materialmente imposibilitada de llevar adelante su ejercicio. Ejemplifiquemos esto: una madre en prisión, obviamente con las condiciones exigidas legalmente, no cuenta con la posibilidad de atender los derechos básicos de sus hijos menores en razón de la condena impuesta, ella no podría acompañarlos a nivel educativo, tampoco se encuentra en condiciones de cumplir acabadamente con la obligación de prestar alimentos, ni siquiera posee autoridad para permitir que sus hijos efectúen salidas recreativas, y mucho menos su opinión es tenida en cuenta para situaciones más urgentes y potencialmente graves, como podría ser la necesidad de un tratamiento médico por parte del menor o de la realización de una práctica quirúrgica. Por último, pero no por ello menos importante, tampoco pueden acceder a los derechos sociales a los que sí accede el resto de la población, debiendo colaborar con el sostenimiento de sus hijos, únicamente con las escasas sumas que componen el peculio.

A su vez, y en relación a la naturaleza jurídica de la mencionada suspensión, según mi humilde parecer, representa una verdadera pena accesoria, de corte netamente paternalista, y de aplicación automática frente a una pena que exceda de tres años,

poniendo en jaque numerosos principios y garantías de raigambre constitucional, obviándose por ejemplo, el “interés superior del niño”, el principio de intrascendencia de la pena, el derecho del niño a ser oído¹⁴, que, en caso de atenderse, podrían generar la no aplicación del mencionado postulado legal. También cabe preguntarse cuál es la razón de los plazos legales, por qué el Código Penal impone esta suspensión sólo para aquellas condenadas a penas mayores de tres años, si la justificación de ello *prima facie* es la imposibilidad material de ejercer ese derecho. En este caso, las internas cuya sanción penal sea menor a tres años, también se ven impedidas de hecho al momento de ejercer la patria potestad, de modo que su situación es completamente igual. Encuentro aquí finalmente, una clara violación al principio constitucional de igualdad ante la ley¹⁵

Por su parte, la doctrina mayoritaria, más allá de las arduas discusiones existentes, entiende que la incapacidad civil que dispone la norma constituye una incapacidad de hecho relativa y no absoluta desde que, si fuera así, la condena tendría como consecuencia la muerte civil del condenado; algo que de ningún modo ha sido plasmado por el legislador. De este modo, la incapacidad civil de los condenados no se dicta contra el incapaz sino a favor suyo, como un remedio para paliar la inferioridad de su situación; es decir con fines protectores, a la vez que dura el tiempo que dure la condena¹⁶. Así ha sido reconocido, por ejemplo que *“no debemos olvidar que la inhabilitación absoluta del mencionado artículo 12 CP, sólo implica una incapacidad de hecho relativa y lejos está de ser una “muerte civil”, debiéndose considerar a esta previsión como la regulación de algunas de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de encontrarse la encausada privada de la libertad durante un lapso prolongado de tiempo, teniendo dicha regulación un carácter tuitivo y no represivo (...) La incapacidad de carácter relativo no puede hacerse una interpretación extensiva de la ley “in malam parte”¹⁷”*

¹⁴ Cfme. interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y Ley 26.061

¹⁵ Cfme. Artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁶ Cfme. *“Tratado de Derecho Civil. Parte General”* - Jorge Joaquín Llambías, Buenos Aires, 1973, T. 1

¹⁷ Fallo de Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2, Registro N° 48 – 31/03/2011 – Legajo N° 215

Prosiguiendo el análisis, he de adentrarme nuevamente en la situación actual en las que se inmiscuyen las madres privadas de la libertad, y cierto es que surge a simple vista: existe un claro conflicto normativo entre el artículo 12 del Código Penal y el artículo 195 de la Ley 24.660.

Es que debe atenderse al hecho de que las normas que regulan la situación de las mujeres privadas de la libertad han variado sensiblemente desde la sanción de la Ley 24.660, en el año 1996, lo que genera un claro desfasaje con la normativa fondo, que data del año 1921.

En efecto, a través de la Ley Nacional de Ejecución Penal no se hace más que incluir postulados de carácter internacional, que si bien carecen de jerarquía constitucional, se enarbolan como presupuestos mínimos aceptados por las Naciones Unidas y a los cuales debe ajustarse la legislación interna de los Estados parte. Tal el caso de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que aceptaban la posibilidad de que se permita a las madres reclusas conservar su niño, e indicaban que en tales casos se deberán tomar disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarían los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres¹⁸. También las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas, que establecen que “toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos”¹⁹

De esta manera, cabe reflexionar que la mencionada imposibilidad fáctica que el legislador ha tenido en miras al sancionar el artículo 12 del Código Penal en 1921, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad como efecto de la condena, ha perdido vigencia con la sanción de la ley 24.660, que consagra expresamente la posibilidad de que el niño permanezca con su madre durante el cumplimiento de la pena impuesta. Sin dudas,

¹⁸ Cfme. Regla 23 de la normativa citada.

¹⁹ “Reglas de Bangkok – Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes” – Regla 49.

en ese contexto, la suspensión de la patria potestad encontraba fundamento en la inevitable separación entre madre e hijo con motivo de la sanción penal, lo que generaba la inoperatividad de los derechos y deberes derivados de la patria potestad. Tal circunstancia, como se ha venido insistiendo en el presente desarrollo, está actualmente superada a partir de la previsión del art. 195 de la ley 24.660.

En consonancia con lo antedicho, y ante la situación descripta ut supra es menester evitar la aplicación genérica y automática del artículo 12 del Código Penal, propendiendo exclusivamente a la protección integral de niño.

En esa dirección, se inscribe la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que incluyó expresamente el interés superior del niño a través de su artículo 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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Queda entonces claro, que la Constitución Nacional y la legislación inferior en nuestro contexto pretenden garantizar el desarrollo de los niños en su núcleo familiar propio, y el ejercicio pleno de la patria potestad es el medio idóneo para garantizarlo.

Asimismo, he de manifestar que en estos casos también juega un rol importante el principio constitucional de intrascendencia de la pena, el que sintéticamente expresa que las consecuencias de la sanción punitiva no deben extenderse injustificadamente a las personas ajenas al conflicto penal. Y esta consecuencia es lógica: como se manifestó a lo largo del presente trabajo, los niños se encuentran presos junto a sus madres; aunque *“indudablemente, la pena de la mamá no puede trasladarse al hijo, pues no debe ser el niño quien reciba una sanción indirecta”*²⁰. En efecto, en el entendimiento de que la pena debe ser personal y evitarse la extensión hacia la familia hasta cierto límite *—nótese que se trata de derechos protegidos por normativa superior—* se han originado numerosos precedentes en el buen camino. Sin embargo, *“esto no significa eliminar el reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen, sino que implica que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados”*²¹ o de sus hijos.

A modo de síntesis, puede concluirse también que el mencionado conflicto legal implica en definitiva, una afectación directa al interés superior del niño antes mencionado, toda vez que por un lado se permite que las mujeres convivan con sus hijos en prisión, pero por el otro, se les quitan todas las herramientas tendientes a asegurar que esa convivencia propenda al máximo desarrollo posible de éstos. Y todo esto por la aplicación de un imperativo legal creado oportunamente para subsanar una circunstancia fáctica que hoy, por lo menos en los casos de mención, es inexistente.

En ese orden de ideas, corresponde, en mi humilde creencia, desalentar la aplicación del artículo 12 del Código Penal, o incluso, plantear su inconstitucionalidad en los casos concretos en que éste haya sido impuesto. Todo ello, amén de que una reforma legislativa sería la mejor solución al respecto.

²⁰ Exposición de motivos de la Ley 26.061, opinión de los Representantes del Honorable Senado de la Nación.

²¹ Fallo “C. A. C. s/ prisión domiciliaria” Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 2 – Legajo N° 114.372

Habiendo realizado un somero análisis de la problemática, cabe ahora determinar quién es la autoridad judicial competente para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal: ¿es éste el Juez Penal o el Juez Civil?

Emprendiendo el desarrollo de la cuestión, he de notar que en el ámbito de la justicia civil se entiende que, toda vez que la patria potestad se trata de un instituto de naturaleza eminentemente civil, y no guarda relación con la sanción penal impuesta, el decisorio deberá correr por cuenta del Juez competente en materia de Derecho Civil.

Sin embargo, según entiendo, dicha premisa no es del todo acertada. Si bien es dable reconocer que la regulación del ejercicio de la patria potestad comprende la materia civil, no es menos cierto que la suspensión que en el presente se trata, guarda estricta relación con la condena impuesta. De no existir la privación de la libertad por un lapso mayor a tres años, la mentada suspensión no existiría. Esto significa que la interrupción en el ejercicio del mencionado derecho sufrida por las madres en prisión, tiene un indudable carácter penal, desde que se encuentran en la normativa punitiva de fondo y repercuten de manera relevante en la ejecución de la pena impuesta. Asimismo, la contradicción antes planteada se da entre dos normas de naturaleza penal.

Igualmente, más allá de la innegable naturaleza penal de la normativa aplicable, el Juez penal es quien cuenta con el *imperium* para efectuar el control de constitucionalidad de aquellas disposiciones que generan consecuencias derivadas de la pena. En este sentido, debe atenderse a los principios de control judicial y de legalidad, que se encuentran explícitamente consagrados en la ley 24.660. El artículo 3 indica que "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley". Y por su parte, el artículo 4 confiere competencia al juez de ejecución para "resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado algunos de los derechos del condenado".

Es entonces que, conforme a lo expuesto, si la pena de la madre se cumplirá con la presencia del niño en prisión; la determinación sobre si ello se llevará a cabo mediando una suspensión en el ejercicio de la patria potestad, es una decisión que ineludiblemente afecta el modo en que se ejecuta la condena impuesta, y es por ende, inexcusable que el control judicial sea efectuado por el Juez de Ejecución, puesto que un criterio en contrario, implicaría forzar al Juez Civil a entender en materia de derecho penal, aun sin poseer competencia para analizar la naturaleza y consecuencias de normas penales.

Como conclusión final, este trabajo se ha enderezado a demostrar cuál es la situación actual de las mujeres que han sido condenadas a la pena privativa de la libertad, como así también, la regulación legal, tanto interna como internacional, que se estatuye al respecto.

A partir de este sencillo análisis ha quedado demostrada la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en las cárceles federales de nuestro país, situación que se agrava si se encuentran embarazadas o tienen hijos menores de cuatro años a su exclusivo cargo y conviviendo con ellas en prisión. Así, puede afirmarse que actualmente no sólo se afecta el derecho a la libertad ambulatoria, sino también el derecho a la salud, a la maternidad y lactancia, desarrollo íntegro del menor, interés superior del niño, etc.

La sistemática violación de los derechos de las internas y la dejadez existente en materia asistencial por parte de las autoridades estatales, pone de resalto la dificultad a la hora de hacer efectivo el fin primordial de la ejecución penal: la resocialización de los condenados. Muchas veces, frente a necesidades acuciantes, el Estado permanece ausente, o bien su respuesta no resulta suficiente.

Finalizando, creo que hoy en día resulta un enorme desafío para todos los operadores del sistema, trabajar para lograr la evitación de las consecuencias que acarrea el encierro carcelario, tanto para las internas madres como para los miembros de su familia

nuclear. Entiendo que ello solo podrá lograrse a través de una apertura al diálogo, de un trabajo en conjunto de los distintos poderes del Estado. Sucede que deben reformularse numerosas cuestiones tanto a nivel legal y judicial, a la vez que debe existir una mayor presencia del poder estatal *–a través de la agencia correspondiente–* a fin de garantizar el acceso de las condenadas a todos aquellos derechos previstos en la normativa internacional de Derechos Humanos, en la Constitución Nacional y en las leyes que en su consecuencia se han dictado, especialmente, en la ley 24.660.-