

## LXS HIJXS DEL ENCIERRO: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑX VS. PODER PUNITIVO DEL ESTADO

### Suspensión de la patria potestad en madres privadas de la libertad

Por Milagros Caldera<sup>1</sup>  
María Emilia Echazú<sup>2</sup>  
Guillermina Gulo Tieri<sup>3</sup>  
Laura Schweitzer<sup>4</sup>

***“Como la Edad Media no ha terminado, nada del pasado está muerto ni enterrado, sino sólo oculto, y no por azar. No es un pasado que vuelve, sino que nunca se ha ido, porque allí está el poder punitivo, su función verticalizante, sus tendencias expansivas, sus resultados letales.”(Zaffaroni, 2011, pág.3)***

#### Resumen

*Realizado en el marco de una investigación de campo sobre la situación de las madres privadas de su libertad que conviven junto a sus hijos e hijas en la Unidad 33 de Los Hornos (Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires), este trabajo pone énfasis en la dicotomía existente entre la normativa de fondo y de forma respecto al ejercicio de hecho de una patria potestad que, según el artículo 12 del actual Código Penal, se encuentra suspendida para ciertas mujeres. Conjuntamente con ello, se plantean algunos interrogantes acerca de la política criminal y carcelaria, la mirada del sistema penal sobre esos niños y niñas y las posibles alternativas existentes ante estas situaciones, intentando homogenizar lo jurídico con lo sociológico desde una perspectiva de derechos humanos. En pos de*

<sup>1</sup> Abogada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (FCJyS-UNLP), Estudiante de la Maestría en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, FCJyS-UNLP. Integrante del colectivo de Derechos Humanos “Justicia Ya” -querellante en juicios por crímenes de lesa humanidad-

<sup>2</sup> Abogada, FCJyS-UNLP, Integrante del Consultorio Jurídico Gratuito “Savoia”, Secretaría de Extensión Universitaria FCJyS-UNLP.

<sup>3</sup> Abogada, FCJyS-UNLP, Integrante de la Clínica Jurídica de Derecho de los Consumidores y Usuarios, Ayudante en la cátedra II de Derecho Administrativo II, FCJyS-UNLP.

<sup>4</sup> Abogada, FCJyS-UNLP, Integrante del Consultorio Jurídico Gratuito “La Granja”, Ayudante en la comisión 10, cátedra III de Derecho Civil V, FCJyS-UNLP.



*ello, es que el presente utiliza un lenguaje género sensitivo, cumpliendo de esta manera con los estándares establecidos para la no discriminación en razón del lenguaje.*

## **INTRODUCCIÓN**

Es menester comenzar con una breve definición de patria potestad para, luego, analizarla con el instituto de la suspensión de la misma en el ámbito penal. La misma es entendida como un conjunto de derechos y obligaciones (derechos-deberes) que corresponden a los padres/madres sobre las personas y bienes de sus hijxs menores de edad. La responsabilidad parental se ejerce en función del interés de los hijxs, para su protección y formación integral.

Entre otras causales de suspensión, que exceden del enfoque de este trabajo, el artículo 12 de nuestro Código Penal 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 pena pero, por otro lado, la Ley de Ejecución Penal N°24.660 permite que la madre privada de su libertad conviva en el establecimiento penitenciario con sus hijxs menores de edad y señala, asimismo, que luego de los cuatro años el niño o niña debe salir “extramuros”, quedando a cargo de otro progenitor o, en caso de no ser posible esto, se da intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda para que determine el destino del infante (artículos 195 y 196).

Examinadas ambas normas, se arriba a una palmaria contradicción, objeto de este trabajo: se permite la convivencia de las madres privadas de su libertad con sus hijxs y, por otro lado, el Código de fondo las priva de la patria potestad.



En la Unidad N° 33 de Los Hornos, en el mes de Julio de 2013, se encontraban alojadas 258 mujeres y 70 niños y niñas<sup>5</sup>.

## **SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DURANTE EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

Retomando el análisis del artículo 12 del Código Penal, podemos esbozar una primera conclusión: la reclusión<sup>6</sup> y la prisión por más de tres años no se aplican aisladamente sino que van acompañadas de una incapacidad civil de la persona.

Esta incapacidad civil reviste el carácter de pena accesoria y, por ende “(...) *su alcance debe ser interpretado restrictivamente para no afectar el principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, por lo que esta incapacidad debe operar solamente en los casos en que a la inhabilitación pueda vinculársela con la naturaleza del hecho (por ej. delitos cometidos por los padres contra los hijos menores). Otra interpretación haría que esta pena lesionase la prohibición de trascendencia a los hijos del penado (...)*” (Zaffaroni; Alagia & Slokar, pág.737).

No hay, en los casos en que procede la suspensión, un juicio de reproche al progenitor en relación al ejercicio previo de la patria potestad, en cuanto a los intereses del menor de edad a su cargo.

Intentando racionalizar ello, esbozamos tres posibles explicaciones al por qué del instituto de la suspensión:

1. Como una derivación de la realidad si se sostiene que la progenitora privada de su libertad no puede ejercer, de hecho, la patria potestad.
2. Como medida protectoria para el/la menor de edad, por considerar que quien está privada de su libertad no puede atender eficientemente sus intereses.

<sup>5</sup> Según datos recogidos durante la visita al establecimiento penitenciario.

<sup>6</sup> Consideramos a la reclusión como tácitamente derogada de nuestro ordenamiento por ser una pena cruel, inhumana y degradante y, además, por encontrarse equiparada en cuanto a su cumplimiento a la pena de prisión. Fallo en relación: “Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado”, CSJN, 22/02/2005.



3. Como una pena accesoria que no tiene fundamento ni en el hecho atribuido a la persona, ni en las características de la persona misma sino en una cuestión de “política criminal”.

### **NIÑXS QUE CONVIVEN CON SUS MADRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD**

La injusticia intrínseca que conlleva la suspensión de la patria potestad, aún cuando no existe reproche posible en cuanto a su ejercicio, se manifiesta tanto en el caso de que la madre conviva con sus hijxs en el establecimiento carcelario, como en el supuesto de que el niñx se encuentre afuera del mismo. Pero cuando se le permite a la madre conservar la guarda de sus hijos e hijas, la contradicción es palmaria: ejerce la patria potestad de la que fue suspendida.

En otras palabras, el encarcelamiento de madres de niños y niñas menores de edad produce dos fenómenos con impacto negativo sobre la vida de sus hijos: la prisionalización primaria y la prisionalización secundaria:

- **PRISIONALIZACIÓN PRIMARIA:** Es la convivencia del hijx con su progenitora en la cárcel. Surge del reconocimiento del impacto negativo (*v. gr.* en cuanto a la atención, la lactancia) que produce la separación del infante de su madre, fruto del encarcelamiento.
- **PRISIONALIZACIÓN SECUNDARIA:** Es la institucionalización del hijx, y de la familia en general, de la madre que se encuentra privada de su libertad. La obvia necesidad de mantener el contacto madre-hijx, expone al niñx a la influencia dañina de la cárcel, aunque no convivan ambos allí. Existe un contacto precoz con un ambiente extremadamente hostil, que no es adecuado siquiera para lxs adultxs.

**El ejercicio de hecho por la madre que fue suspendida en el ejercicio de la responsabilidad parental**



Cabe preguntarse, entonces, si se pueden considerar, en virtud de esta particular situación, suspendidos todos los aspectos de la patria potestad. La contradicción más patente surge en cuanto a la *guarda*: las madres conviven con sus hijos, tornando irrazonable la suspensión del deber de vigilancia sobre ellos. En este caso implicaría tanto como afirmar que la persona que de hecho ostenta la guarda del/la menor no tiene el correspondiente deber de cuidado y seguridad sobre su persona ni la responsabilidad en cuanto a los posibles daños que el/la menor de edad podría ocasionar.

En cuanto al deber de prestar *alimentos*, ¿podría considerarse suspendida una obligación que se erige en cabeza de los padres y madres en interés exclusivo y fundamental de los hijxs, por el sólo hecho de haber cometido un delito? ¿Por qué el delito cometido por el sujeto pasivo de este deber podría ir en desmedro de los derechos de su hijx, en aspectos tan fundamentales como los que tienden a resguardarse a través del derecho a los alimentos?

Sobre el derecho-deber de *comunicación y el contacto*, reconocido por la ley tanto en beneficio de la madre como del hijx, ¿es lógico considerar perdida esta posibilidad durante el tiempo de encarcelamiento? Sería un inmenso despropósito, tanto para la madre, quien se supone que se encuentra en un proceso de resocialización, para lo que la asistencia moral de sus hijos tiene un preponderante valor; como para el hijx, para quien en la temprana edad el contacto con su familia en general, y con su madre en particular, es de fundamental importancia.

Y en cuanto al deber de *representación*, ¿es posible quitarle al niñx la posibilidad de suplir su incapacidad de hecho a través de sus propios padres como representantes legales? El hecho de que se le asignen otros sustitutos, creemos, no aliviana el despropósito que esta contradicción implicaría.



Similares interrogantes cabe plantearse en cuanto a otros derechos-deberes contenidos en la patria potestad. Lo importante es que, tomando como punto de partida el ejercicio de la patria potestad en función del interés del hijx, tal como la hemos definido al comienzo del presente trabajo, la suspensión del instituto en análisis se transforma en una flagrante violación a este principio. Los niños y niñas no deben perjudicarse por los castigos impuestos a los padres y madres por los delitos que cometen, y mucho menos sufrir consecuencias cuando, en la mayoría de los casos, ni siquiera hay sentencia de condena firme.

### **Análisis**

Tal como se puede vislumbrar desde el título, nos interesa analizar dos conceptos en tensión (razón por la cual utilizamos el vocablo “versus”): “poder punitivo” e “interés superior del niñx”.

Esta última noción, que tiende a garantizar el mayor número de derechos de la infancia, se encuentra incorporada a nuestra Constitución Nacional mediante el art. 75 inc.22 -que recepta la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>7</sup>-, razón por la cual tiene jerarquía constitucional y *debe* ser respetada.

El poder punitivo, por otra parte, puede ser caracterizado como aquella potestad del Estado, en uso de sus facultades de coerción, para aplicar una pena a quien cometió un delito. Más allá de las críticas que se le puedan formular a esta noción, que excederían el eje del presente trabajo, es dable observar que los niños y niñas que viven con sus madres privadas de libertad también están alcanzados por este poder, sin haber cometido delito alguno, por el sólo hecho de sus lazos de sangre (como, asimismo, también se encuentran expuestos a ello los niñxs que viven “extramuros”,

---

<sup>7</sup>Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la ley 23849 (sancionada el 27/9/90; promulgada de hecho el 16/10/90; publicada en el B. O. el 22/10/90).



porque los efectos del poder punitivo aplicado a sus madres también recaen en ellos –nombrado precedentemente como “prisonalización secundaria”).

Sintéticamente caracterizadas estas ideas, nos preguntamos, *¿qué predomina más en nuestra sociedad, el poder punitivo o el interés superior del niño? ¿Qué intereses, implicados en una u otra opción, decide priorizar el derecho, la sociedad y el sistema formal de justicia? ¿Qué pesa más, qué es más importante? ¿Qué tiene más valor para la sociedad, o para el estado?* Está claro que en este punto, sociedad, estado, derecho y ordenamiento jurídico positivo no pueden confundirse. Por lo menos no completamente.

Prima facie, parecería ser que la respuesta tiende a ser “*poder punitivo*”. Según el orden de prioridades del sistema, es preferible tener un niño o niña encarceladx (o un niño o niña sin su madre), antes que prescindir de privar de la libertad a una persona que *presuntamente* cometió un delito. Y presunción porque una cuestión fundamental subyace en el fondo y agrava notoriamente la complejidad del tema: el mayor porcentaje de las madres está procesada, ergo, sin sentencia firme. Para nuestro sistema, entonces, son *formalmente* inocentes. Es posible afirmar, entonces, que ni siquiera en estos casos tan sensibles, en que están en juego los derechos de los niños se materializa el ilusorio principio de inocencia. Ni para madres, ni para hijos.

Esta *nueva* especie de condena a la que se somete a los niños, es una clara manifestación del sistema de valores imperante, y de la *legitimación* de la ponderación que de cada uno de los intereses que lo conforman hace el estado mismo. A nadie importa el efecto sobre los inocentes. Tal vez sea hora de asumir abiertamente que el objetivo del poder punitivo es simple y únicamente el castigo, aún a costa de suprimir sin más los derechos de los niños. Lo que ningún efecto positivo tiene sobre las madres, menos puede tenerlo sobre sus hijos.



No hay que perder de vista que este *mandato de sangre* que pesa sobre estxs niñxs, es el que consuetudinariamente condena a sus padres y madres. La criminalización llevada a cabo por todas y cada una de las agencias del Estado es, determinada y voluntariamente, selectiva: las clases sociales más bajas -entiéndase en el sentido estrictamente económico del término- y los grupos históricamente desprotegidos, postergados y discriminados, son “la carne” que alimenta al sistema carcelario. Es decir que un niño o niña que nace en un ambiente de pobreza, tiene más posibilidades de ser sometido a un régimen carcelario, *independientemente de que sus padres delincan o no*, porque sus progenitores se encuentran más expuestos a la criminalización selectiva.

Intentamos, entonces, avizorar alguna solución posible. Una opción es conceder, especialmente teniendo en cuenta el tipo de delito que presuntamente se haya cometido en el caso de las mujeres procesadas, o el que efectivamente se cometió en el caso de las procesadas, prisión domiciliaria hasta que, o bien pase en autoridad de cosa juzgada la sentencia, o se conceda alguna medida morigeratoria en caso de sentencia firme.

No debiera hacer falta, pero hace, recordar que la prisión preventiva no es más que un recurso subsidiario. Incluso el mismo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires señala que:

*“Cuando se tratare de imputados mayores de setenta (70) años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de un mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco (5) años y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas*



*en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias.*

*El imputado según los casos, deberá respetar los límites impuestos, ya sea referidos a una vivienda, o a una zona o región, como así las condiciones que se hubieran estimado necesarias, las que se le deberán notificar debidamente, como así también que su incumplimiento hará cesar la alternativa.”(Artículo 159 C.P.P. Buenos Aires)*

## Conclusiones

Por supuesto que todo lo anteriormente expuesto debe ir acompañado de una conclusión fundamental, que es la necesidad de la derogación del artículo 12 del Código Penal por ser contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional, al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>8</sup>, al artículo 5, en relación al 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>, a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos<sup>10</sup>, y a los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas<sup>11</sup>.

La patria potestad se ejerce *de hecho* (inclusive respaldada por la ley 24.660 que además de permitir la convivencia de las madres con sus hijos e hijas también señala la posibilidad de que las personas privadas de su libertad soliciten salidas transitorias para “*afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales*”), pero “a medias” y con el Código de fondo en contra.

<sup>8</sup> Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313.

<sup>9</sup> Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por Ley 23.054.

<sup>10</sup> Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

<sup>11</sup> Resolución 01/08, adoptada durante el 131º Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



Sin perjuicio de ello, hasta que se produzca la reforma del Código de fondo, es menester al menos declarar su inconstitucionalidad<sup>12</sup> (y sin necesidad de que sea invocada por las partes) a través del llamado “control difuso de convencionalidad” (establecido en el denominado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso” -*Aguado Alfaro y Otros vs. Perú*-, dos meses después del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, y que a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Por último, y para finalizar el trabajo, creemos conveniente mencionar también las conclusiones de Iñaki Rivera Beiras a este respecto (bajo la óptica, obviamente, del derecho español):

*“Como posibles soluciones a la problemática de las reclusas con hijos, se han implementado algunas de las siguientes: a) Exigencia de una auténtica búsqueda de alternativas al encarcelamiento de madres con hijos pequeños a su cargo, entendiendo semejante medida como “un derecho de los niños” y no como un privilegio para la madre, a la cual se le exigirá, en consecuencia, un proceso de profunda responsabilización por la atención, cuidado, educación, etc., del hijo (Conclusiones de la Alliance of Non-Gubernamental Organizations on Crime Prevention and Criminal Justice 1987). b) En un sentido muy similar, se pronunció hace tiempo la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (D.O.C.E. 26-6-89), relativa a mujeres y niños encarcelados. Aquí se llamó la atención, especialmente, sobre la necesidad de instar “a los Estados miembros sobre los efectos nocivos de la cárcel sobre las personas en general y, en particular, sobre los menores”. Más adelante, la citada Resolución, vuelve a instar a los Estados “a que, con carácter de urgencia, investiguen y apliquen medidas de sustitución de la pena de prisión”. c) Posibilidad de no cumplir la condena, en el caso de mujeres*

---

<sup>12</sup> Sentencia 055971-12 del Tribunal Oral N° 5 del Departamento de Lomas de Zamora dictada el 01/08/2013.

*embarazadas o en período de lactancia (caso de Noruega, por ejemplo). d) Posibilidad de cumplir la condena privativa de libertad, pero en residencias especiales para madres, enclavadas en contextos normalizados, aportando a los niños una vida lo más parecida a la de un hogar (Alliance of Non- Gubernamental Organizations on Crime Prevention and Criminal Justice 1987). e) Posibilidad de introducir, específicamente la pena de arresto domiciliario para mujeres con hijos pequeños que resulten condenadas, para mantener en todo lo posible la estructura familiar en el caso de que ésta exista (cfr. Al respecto Pitch op.cit.). f) Más allá de semejantes medidas, que implican reformas legislativas, muchos grupos, asociaciones de apoyo a presas, etc., abogan por la creación y el mantenimiento de grupos de auto-ayuda que puedan encargarse del cuidado de los niños si ellos no pueden estar con sus madres y/o familias, para evitar, en todo caso, el inicio de cualquier proceso de institucionalización (Dona i Presó). g) En esta última dirección, nuevamente, se trata de mantener un diálogo constante con las posibles Comisiones de afectadas por esta situación, para tratar de hallar lo más consensuadamente posible, caminos alternativos que inicien un proceso des-carcelatorio de las madres presas con hijos pequeños a su cargo.”(Rivera Beiras, 2008)*

Queremos, para terminar, agregar una última pequeña reflexión, aún a riesgo de importunar con la reiteración. El instituto que se suspende, y claro queda que dicha suspensión no es más ni menos que una pena accesoria sin fundamento, se pone en cabeza de sus titulares para ser ejercido según el superior interés de lxs niñxs. Su ejercicio en base a dichas pautas no es sólo un derecho, sino una fundamental obligación. La patria potestad es un núcleo de imposiciones protectorias que deben ejercer los padres y madres para resguardo, defensa y amparo de sus hijxs. Cuando se entiende cabalmente la significación de este concepto, es que se entiende el efecto de la desposesión de estos derechos-deberes de los padres: la desprotección



de lxs hijxs. Aquello que es obligación de una persona para salvaguarda de otra, no es posible suspenderlo, dejarlo sin efecto, por la comisión, o supuesta comisión de un delito. Tal y como hoy se erige, la suspensión de la patria potestad no es sólo pena para la madre, sino pena para el/la hijx. Así el/la hijx se vería sometidx a dos penas: o lx obligan a vivir con su madre en un establecimiento no apto para su desarrollo, o bien a vivir separadx de ella; y conjuntamente privan a su madre del poder y deber de protegerlx, al menos formalmente.

Está claro que el cambio que se propone ni abarca sólo la norma positiva, ni se logra únicamente a través de ella. Se hace inmensamente necesaria una conciencia real sobre el tema. El cambio debe ser cultural. Debe dejar de ser más valioso castigar a una persona adulta, que proteger, o si se quiere, salvar a un niño o niña.



## BIBLIOGRAFÍA

- Bossert, Gustavo A. & Zannoni, Eduardo A. (2004). Manual de Derecho de Familia, (Sexta edición actualizada), Editorial Astrea.
- Informe anual 2012, Comisión Provincial por la Memoria - Comité contra la Tortura.
- Kreimer, Roxana (2010). Desigualdad y Violencia Social, análisis y propuestas según la evidencia científica. Buenos Aires, Editorial Anarres.
- Lorat, Martín Daniel (Julio de 2013). Madres privadas de su libertad (María Emilia Echazú y Milagros Caldera, Entrevistadoras), trabajo inédito.
- Rivera Beiras, Iñiqui (01 de Abril de 2008). Revista de Pensamiento Penal. Recuperado el 29 de Junio de 2014 del sitio web de la Revista de Pensamiento Penal: <http://multimediosunion.com.ar/articulos/lineamientos-garantistas-para-una-transformacion-radical-reduccionista-carcel-una-vision>
- Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General (1ra. Edición). Buenos Aires, Editorial Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio R. (02 de Junio de 2011). La cuestión criminal. Fascículo II. Página 12, pág. 3.
- Zampano, María Rocío (04 de Abril de 2013). Revista de Pensamiento Penal. Recuperado el 29 de Junio de 2014 del sitio web de la Revista de Pensamiento Penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/situacion-mujeres-prision-alcances-del-poder-punitivo-del-estado-regulacion-argentina>