



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

Trabajo Final de Graduación

“La retención de niños en establecimientos carcelarios y su interés superior”

Constitucionalidad del art. 195 de la Ley 24.660

Barrionuevo José Alejandro

2018

Resumen

A partir de la sanción de la ley 24.660 (B.O. julio 1996) las reclusas en el cumplimiento efectivo de una condena, que se hallen embarazadas o siendo madres de niños/as menores de edad, gozan de la facultad detallada en el art. 195 de dicha ley con la posibilidad de retener a su descendiente hasta la edad de cuatro años dentro del establecimiento penitenciario. Atento a ello, el sistema jurisdiccional, contando con la herramienta legislativa de la ley 26.472 (B.O. Enero 2009) modificatoria de la ley 24.660, puede disponer en casos especiales, el dictado de la prisión domiciliaria en pos de proteger el interés superior del niño, evaluando y analizando las circunstancias puntuales de cada caso, todo ello en virtud de la permisibilidad que la ley otorga a las mujeres embarazadas y a la madre de un niño menor de cinco años, entre otros supuestos previstos por la ley. Por la razón expuesta se estudia la viabilidad de plantear la inconstitucionalidad del Art. 195 de la ley 24.660 en virtud de la protección que merece un menor plasmado en los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional, teniendo en cuenta que deberán someterse a vivir dentro de una institución total como la cárcel. En el presente trabajo, nos proponemos analizar si es posible o no afirmar la inconstitucionalidad del art. 195 de la ley 24.660 en pos de proteger los derechos e intereses de los menores de edad respetando los lineamientos nacionales, internacionales y supranacionales que consideran esencial el libre y sano crecimiento de un menor en los primeros años de vida, a lo que adelantamos, creemos que debe responderse afirmativamente.

Palabras claves: Privación de libertad. Sistema Penitenciario. Reclusa femenina. Interés Superior del Niño. Tratados Internacionales. Prisión Domiciliaria. Constitucionalidad.

Abstract

Since the enactment of Law 24.660 (July 1996), female prisoners in the effective execution of a sentence, who are pregnant or are mothers of minor children, enjoy the right detailed in Art. 195 of said law with the possibility of retaining his descendant up to the age of five years inside the penitentiary establishment. Attentive to this, the jurisdictional system, counting on the legislative tool of the law 26,472 (BO January 2009) modifying the law 24,660, can dispose in special cases, the dictation of the house arrest in order to protect the best interest of the child, evaluating and analyzing the specific circumstances of each case, all in virtue of the permissibility that the law grants to pregnant women and the mother of a child under five years, among other cases provided for by law, for the reason given is born the question may the unconstitutionality of Art. 195 of law 24.660 under the protection that deserves a minor embodied in international treaties that enjoy constitutional status, taking into account that they must submit to live within a total institution such as prison. In the present work, we propose to analyze if it is possible or not to affirm the unconstitutionality of Art. 195 of law 24.660 to protect the rights and interests of minors respecting the national, international and supranational guidelines that consider essential the free and healthy growth of a child in the first years of life, which we advance, we believe that must be answered affirmatively.

Keywords: Deprivation of liberty. Prison system. Female recluse Higher Interest of the Child. International deals. Domiciliary Prisión. Constitutionality.

Índice

Introducción	Pág. 6
---------------------	--------

Marco Metodológico	Pág. 9
---------------------------	--------

Capítulo I: Funcionamiento Penitenciario Femenino

1.1 Introducción	Pág. 10
------------------	---------

1.2 Sistema Penitenciario Femenino	Pág. 10
------------------------------------	---------

1.3 Mujeres en Prisión	Pág. 13
------------------------	---------

1.4 Niños en Prisión	Pág. 16
----------------------	---------

1.5 Reglas de Bangkok	Pág. 18
-----------------------	---------

1.6 Conclusión Parcial	Pág. 21
------------------------	---------

Capítulo II: Análisis preciso de los Derechos Femeninos en el SP

2.1 Introducción	Pág. 22
------------------	---------

2.2 Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad	Pág. 22
---	---------

2.2.1 Contenido del Art. 195	Pág. 22
------------------------------	---------

2.3 Prisión Domiciliaria	Pág. 26
--------------------------	---------

2.3.1 Concepto, Supuestos y Procedencia	Pág. 26
---	---------

2.4 Análisis Jurisprudencial.	Pág. 29
-------------------------------	---------

2.4.1 Casos para desestimar la concesión	Pág. 29
--	---------

2.5 Conclusión Parcial	Pág. 32
------------------------	---------

Capítulo III: Derechos del Niño

3 Introducción	Pág. 33
----------------	---------

3.1 Instrumentos Internacionales.	Pág. 33
-----------------------------------	---------

3.1 Declaración de los Derechos del Niño	Pág. 33
--	---------

3.2 Convención sobre los Derechos del Niño	Pág. 34
--	---------

3.3 Carta Internacional de los Derechos Humanos	Pág. 37
3.4 Protección Integral de los menores en el ámbito nacional.	Pág. 39
3.4.1 Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos Humanos	Pág. 39
3.5 Conclusión Parcial	Pág. 41
Capítulo IV: Derechos vulnerados-Inconstitucionalidad	
4.1 Introducción	Pág.43
4.2 Programa de Cohabitación Carcelaria	Pág.43
4.2.1 Modelo Argentino	Pág.45
4.2.2 Programa Piloto de Otros Países	Pág. 47
4.2.2.1 Chile	Pág. 47
4.2.2.2 Uruguay	Pág. 48
4.2.2.3 Bolivia	Pág. 49
4.2.2.4 Costa Rica	Pág. 50
4.3 Consecuencia del encarcelamiento en los Niños	Pág. 51
4.4 Inconstitucionalidad Normativa	Pág. 53
4.5 Conclusión Parcial	Pág. 56
Conclusión Final	Pág. 57
Bibliografía	Pág. 59
Doctrina	Pág. 59
Jurisprudencia	Pág. 60
Legislación	Pág. 60

Introducción

La regulación normativa que impera en la actualidad respecto del sistema penitenciario argentino, se halla contenido en la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. En el Art. 195 se describe la posibilidad que se les otorga a las reclusas femeninas, de mantener consigo y bajo el mandamiento penitenciario a sus descendientes hasta la edad de cuatro años.

Atento a la posibilidad brindada a las mujeres presas de criar a sus hijos dentro del sistema penitenciario, podría plantearse la inconstitucionalidad del art. 195 de la ley de Ejecución de la pena privativa de libertad en pos de proteger el interés superior del niño, considerando que los mismos se hallan contenidos en tratados internacionales de jerarquía constitucional, en la propia Constitución y demás documentos que plasman la prevalencia del menor sobre cualquier otro interés.-

El objetivo principal del trabajo será determinar si es posible o no plantear la inconstitucionalidad del art. 195, tomando en consideración que se presenta un conflicto entre la ley penal y los derechos reconocidos internacionalmente a los niños, en virtud del desarrollo psicofísico que el infante pueda adoptar en un ámbito tan limitado como lo es el sistema carcelario, en restricción de un crecimiento diferenciado y limitado, sin dejar de mencionar la intolerable falta de oportunidad que estos menores han de tener en un futuro no muy lejano. Aun contando con el respaldo de la Ley General de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la misma no garantiza los derechos humanos de estos infantes perdidos en la sociedad carcelaria.

Como hipótesis, planteamos que el mencionado art. 195 es inconstitucional. La ley 26472, modificatoria de la ley 24660, en su art. 32 inc. F reza: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”. Por su parte el Código Penal de la Nación reza en su Art. 10 “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: f) La madre de un niño menor de cinco (5) años”. Todo ello en virtud de proteger el interés superior de los niños afectados por el cumplimiento efectivo de la condena de su progenitora, dado que el sistema penitenciario no es el ámbito adecuado para el libre y normal crecimiento de un infante. Por todas las circunstancias que el encierro implica, se comprende a la prisión

domiciliaria como una forma alternativa de prisión que alude a la privación de movimientos y comunicación de un recluso que se cumple en el domicilio propio del reo, o bien en uno fijado a cargo del tribunal sentenciador.-

Zaffaroni (1988) al respecto explica “La detención en esas condiciones implica una restricción de la capacidad locomotora del condenado, que se la reduce ámbito de su domicilio”.

El art. 10 del Código Penal no impone la sustitución, sino que dice "podrá". Queda fuera de toda duda que esa expresión no significa que el juez disponga de una facultad que ejerce arbitrariamente (...) Consecuentemente, creemos que la facultad de apreciación del juez debe responder a otros criterios y entendemos que éstos son los que surgen del mismo Art. 10, o sea que el juez debe comprobar que se trata de una persona que está en condiciones de ser beneficiaria de la sustitución y además, si es factible la misma, puesto que bien puede acontecer que se trate de alguien que carezca de "casa" o que more en un edificio en que la misma es impracticable o muy inconveniente (el portero de una escuela, el anciano alojado en un asilo). De cualquier manera, la factibilidad será siempre una cuestión de hecho que se deberá resolver teniendo en cuenta que el beneficio para el condenado no puede causar un perjuicio colectivo y, además, entendemos que bien puede ofrecer el condenado una casa sustitutiva de la propia para ese efecto. De no admitirse esta última posibilidad se violaría el principio de igualdad ante la ley, porque el condenado no domiciliado en el lugar no podría gozar del beneficio (Zaffaroni, 1988).

Zaffaroni (1988) apunta que la ejecución de la pena sustitutiva de detención domiciliaria se controla en la Capital Federal por medio del Servicio Penitenciario Federal, conforme lo dispone el decreto 8746/68. Dicho decreto contiene normas acertadas, pues tratándose del cumplimiento de una pena, resulta lógico que su control se halle a cargo de ese servicio y no de la autoridad policial.

El presente estudio constará de cuatro capítulos que le permitan al lector una amplia comprensión de la temática abordada, partiendo de lo general a lo particular. Se ofrece en el primer desarrollo una introducción a la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, lo que se presenta como marco regulatorio del sistema penitenciario argentino, mencionando su estructura, composición y objeto, exponiendo el esquema ofrecido para la mujer presa, derechos y beneficios, así mismo explicando

las reconocidas reglas de Bangkok su origen y finalidad. La relación existente entre el derecho de la mujer presa y el de los niños que acompañan la condena materna.

Es relevante el estudio y análisis que se presenta dado el avasallante avance socio-cultural que sufre la sociedad y se hace imperiosa la necesidad de adaptar las normas locales a los estándares internacionales, en pos de mantener en la cumbre los derechos de los niños principalmente “el interés superior de ellos”. Pues el estado brinda mediante los legisladores la herramienta necesaria a los jueces por hacer valer dichos derechos.

Seguidamente el capítulo segundo hará alusión a los derechos femeninos reconocidos en el marco normativo del Sistema Penitenciario Federal, se hará hincapié en el art.195 de la Ley 24.660 la cual contiene una permisibilidad concreta a la mujer en situación de cárcel de mantener a su cuidado al menor hasta la edad de cuatro años y el beneficio con que cuenta la mujer delincuente en pos de proteger el interés superior del niño, entiéndase el instituto de la prisión domiciliaria, su procedencia o inaplicabilidad.

El capítulo tercero ofrece al lector un pasaje amplio por los derechos fundamentales reconocido a los niños mediante pactos internacionales cuya visión central es el interés superior del mismo, analizando sus reconocimientos primitivos hasta la actualidad.

En el capítulo final se cotejarán las normas imperantes en otros países para dilucidar la aplicación más benefactora teniendo en miras al menor.

Marco Metodológico

Se optó por un tipo de investigación descriptivo procurando recolectar datos e información necesaria a fin de señalar la contraposición de la norma penal con los derechos fundamentales del niño. Se pretende examinar bajo qué características y circunstancias procede la ley en favor de la mujer y en contra del menor de manera tal que se dé respuesta a la pregunta de investigación seleccionada y así mismo cumplimentando los objetivos abordados en primera instancia. Se aplica una metodología de tipo cualitativa, donde el objetivo es la riqueza, profundidad y calidad de la información necesaria para fundamentar la exposición normativa de la contraposición que presenta el marco regulatorio nacional en virtud de la norma supra legal.

Se consultaron fuentes primarias como la doctrina, jurisprudencia, fallos que hacen especial hincapié en la problemática abordada. La Constitución Nacional, Leyes federales y Tratados internacionales de jerarquía constitucional. En las fuentes de información secundaria, se acudió a trabajos extraídos de la web, informes, notas a los fallos examinados en las fuentes primarias y comentarios legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales otorgados por especialistas o letrados. Una vez que seleccionamos el diseño de investigación apropiado y la muestra adecuada de acuerdo con nuestro problema de estudio e hipótesis, la siguiente etapa consiste en recolectar los datos pertinentes sobre las variables involucradas en la investigación (Sampieri, 2003) principalmente se optó por la técnica de observación y análisis de datos y documentos compuestos por las fuentes primarias y secundarias a los fines de responder efectivamente a la pregunta de investigación.

En Argentina desde la sanción de la ley de Ejecución de la Pena privativa de la libertad N° 24.660 en el año 1996 se reformó el art. 195 otorgando un derecho particular y peculiar a la mujer en el cumplimiento efectivo de su condena, retener a sus descendientes dentro del sistema carcelario hasta la edad permitida de cuatro-4- años.- .

El trabajo en cuestión comprende un estudio abarcativo y minucioso de la legislación nacional e internacional, doctrina y jurisprudencia local y mundial.

Capítulo I: Funcionamiento Penitenciario Femenino

1.1 Introducción

El presente capítulo busca mostrar un panorama general del sistema penitenciario argentino, su composición, funcionamiento, expectativas. Así mismo se hará hincapié en la privación de la libertad de la población femenina de reclusas, las condiciones de reclusión y los derechos que las mismas detentan en virtud de la ley 24.660. La realidad social de los menores sometidos al régimen penitenciario bajo la tutela de sus madres, por lo que se hace necesario inmiscuirse en el instrumento “Reglas del Bangkok” el cual brinda una detallada sistematización en relación a aquellas mujeres que se hallen privadas de libertad y a los derechos y obligaciones que a las mismas les compete.

1.2 Sistema Penitenciario Argentino

El sistema penitenciario federal ha mutado históricamente y se vio en la necesidad de adaptarse a cada época desde su creación. Inicialmente se hacía alusión a un sistema inorgánico caracterizado principalmente por su metodología anarquista, carente de todo orden gubernamental. El primer cambio del sistema se registró en el año 1933 donde el Congreso Nacional sanciona la ley de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena N°11.833, cuyos principios rectores se basaban en el estudio científico de la personalidad del reo, observando las conductas que lo llevaron a quebrantar el orden normativo, su actuar, la individualización del tratamiento penitenciario y por último la aplicación de un régimen de carácter progresivo cuyo fin inmediato era educar y enseñar al individuo privado de la libertad acatando las normas obligatorias y necesarias para la sana y normal convivencia en sociedad.

En los años 40' se mantienen los lineamientos planteados en 1933 con el fin de activar el funcionamiento de las políticas penitenciarias existentes y mejorando los principios generales y humanistas, y casi 10 años después se sanciona la Ley Penitenciaria Nacional en el año 1958 que ha sufrido modificaciones hasta la actualidad para llevar adelante un exitoso plan penitenciario destinado a lograr la reinserción del individuo en la sociedad. En el año 1994 se crea para apoyar el avance del sistema, la Secretaria de Política Penitenciaria y de Readaptación Social, dos años más tarde se dicta la ley actualmente imperante en el estado nacional argentino, “De Ejecución de la

Pena Privativa de la Libertad” N° 24.660, derogando por completo la inicial ley Penitenciaria Nacional. La misma en su Art. 1 reza: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”.

Desde la perspectiva legislativa se han visto cuantiosos avances mediante el dictado de decretos y reglamentos que contribuyen al normal y efectivo funcionamiento del sistema penitenciario, destinado tanto a las autoridades que operan el sistema penitenciario otorgando potestades y responsabilidades como así también aquellos destinados al cupo de profesionales y personal idóneo capacitado, que desarrollan su actividad profesional o necesaria para lograr el funcionamiento adecuado de sistema y finalmente para el interno. Esta denominación es la que reciben las personas que se hallan privada de la libertad por menoscabar derechos y principios jurídicamente protegidos, quedando bajo la custodia y retención del sistema penitenciario, empero cuentan con la posibilidad de ejercer los derechos que a ellos les resta, salud, educación y trabajo. Reza el Art. 41° del Reglamento General de Procesados

el régimen carcelario se organizara sobre la base del equilibrio entre los derechos y los deberes individuales de cada interno y los del conjunto de alojados promoviendo, al mismo tiempo, el orden, la seguridad y la posibilidad de acceder, por lo menos, a la enseñanza y al aprendizaje en los niveles obligatorios, la adecuada y oportuna atención de las necesidades psicofísicas y espirituales, el mantenimiento de los vínculos familiares y el desarrollo de las actividades laborales, sociales, culturales y recreativas (Decreto 303, 1996).

Por lo expuesto, las principales funciones del sistema penitenciario federal de nuestro país, son: custodiar la seguridad de las personas sometidas al proceso judicial, promover la reinserción del condenado, buscando readaptar su conducta acorde al sistema normativo, respetando los bienes y derechos ajenos, no solo por encontrarse jurídicamente protegidos sino también reeducando al delincuente mediante la captación de la normativa imperante. La seguridad pública, es el bien protegido por excelencia para la sociedad, por ello se pretende disminuir la tasa de reincidentes, se alientan políticas destinadas a culminar con la criminalidad y técnicas que contribuyan a cambiar la mentalidad del delincuente, de forma que una vez cumplida la condena interpuesta

mediante sentencia judicial, este pueda volver a vivir en sociedad sin la necesidad de abandonar el delito que lo aloje nuevamente en la dependencia penitenciaria.

En Argentina existen 5 complejos penitenciarios federales y 23 unidades penitenciarias, cada uno de ellos custodiado por profesionales y personal capacitado que orientaran al recluso a la resocialización, tomando como herramientas necesarias la modificación de la conducta del interno que lo ha despojado del sistema social. El S.P.F es la institución encargada de gerenciar y administrar los establecimientos penitenciarios que se hallen dentro del territorio nacional, cual depende de la Subsecretaría de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y emanan de él, [S.P.F] las diferentes políticas internas, programas de tratamientos y demás modalidades a aplicar dentro de las unidades a los fines de hacer efectivo el cumplimiento de la condena y lograr posteriormente la reinserción del individuo delinciente en la sociedad, pues este es el objeto principal de todo sistema penitenciario, en pos de minimizar los delitos, desalentando las conductas reprochables y alentando la no criminalización. Por ello decimos que es la institución dedicada a la custodia, tratamiento y reeducación del individuo privado de la libertad que pretende inculcar a los reclusos pautas de conductas brindándoles una adecuada educación correccional orientada en el respeto por los derechos humanos y garantías constitucionales, tal como lo informa el Sistema Penitenciario Federal (SPF, 2017).

La premisa principal como se ha podido observar, es lograr la reinserción del condenado en la sociedad, esto alude a lograr el despojo de la personalidad delictiva del autor que lo ha dejado tras las rejas, empero también se ve afectada por las esferas económicas, sociales y culturales, por sus bajas condiciones, en muchos casos el delincuente se vuelve reincidente y es lo que busca evitar la política penitenciaria. Sin lugar a dudas quien infrinja la ley penal se verá frente a un proceso que posiblemente lo deje nuevamente a merced del sistema penitenciario federal. Por ello se pretende que el recluso comprenda o adopte desde su vivencia penitenciaria, la capacidad necesaria de respetar y comprender la ley, la gravedad de los actos que perpetra y por supuesto la sanción inevitable por el menoscabo de bienes y derechos ajenos (SPF, 2017). Está a la vista la imposibilidad de un seguimiento personal del liberado. Por ello se procura que mientras dure el periodo de condena, el mismo capte la realidad necesaria para reinsertarse como un miembro más de su sociedad.-

1.3 Mujeres en Prisión

Los criminólogos reconocen a nivel mundial, el bajo nivel de delincuencia que registra el actuar femenino, frente al masculino. Sucede que la mujer siempre ha ocupado un rol pasivo frente al quebrantamiento de la normativa penal. La delincuencia femenina era entendida como la incapacidad de algunas mujeres para adaptarse a ciertos estándares propios de su sexo (Gwynn, 1993). La mayoría de las teorías, posiciones bibliografía, criminológica se orientan a la conducta desentrañada por el género masculino frente al delito. Destacando así la marginalización que la problemática resiste, la nebulosa se agudiza en la actualidad, donde se puede apreciar un notable crecimiento delictivo en la figura de la mujer delincuente.

En siglos pasados, la mujer ocupaba socialmente un rol que le impedía verse como una posible quebrantadora de la ley, pues era la dedicada esposa, madre y ama de casa cuya función principal era procrear, mantener la armoniosa vida familiar y preservar el bienestar de los suyos, por lo que su rol en la vida pública se veía fuertemente vetado. Durante la edad media, la mujer seguía sometida al régimen meramente patriarcal y así fue hasta el siglo XX con el surgimiento del feminismo, logrando este movimiento reconocer a las mujeres ciertos derechos políticos, civiles y sociales cuyos depositarios eran únicamente los hombres. Podemos hablar en delante de una igualdad entre géneros.

En los primeros intentos explicativos del fenómeno de la delincuencia en manos de la mujer, el énfasis estaba puesto en características o más precisamente, anormalidades, biológicas y psicológicas de las mujeres que transgredían las leyes y no en factores socio-estructurales, como sucedía con las explicaciones de la delincuencia masculina (Lombroso y Ferrero, 1897).

A pesar de que las tasas de procesamiento y encarcelamiento de las mujeres han ido aumentando a un ritmo mayor que en el caso de los hombres, la hipótesis del “lado oscuro de la liberación femenina” no obtuvo evidencia empírica. Por el contrario, la mayoría de los trabajos se inclinan hoy en día a demostrar que los aumentos en las tasas de arresto femenino obedecen a cambios en la percepción y reacción de los actores encargados del control social (policía, jueces, abogados), y no tanto en el comportamiento de las mujeres (Steffensmeier et al. 2005, Chesney-Lind, 2004)

Por todas estas circunstancias de marginalización femenina no existían instrumentos reglamentarios destinados al género en cuestión, por ello actualmente se vio obligado el Estado Nacional a patrocinar la renovación y readaptación de las normas que rigen los sistemas penitenciario mundiales. Tal es así que la ley imperante en la República Argentina se ajusta a estándares internacionales y donde además de hacer alusión a la reclusa femenina, se les reconoce una serie de derechos y funciones dentro del sistema legal.

El sistema carcelario se rige por la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, como se ha mencionado en textos que anteceden, pues esta normativa dentro de su articulado, deposita derechos que la ley reconoce a las reclusas en circunstancias puntuales como es el caso de la mujer embarazada o madre de menores hasta la edad de 4 años. Supuestos que revisten importancia para el órgano jurisdiccional destinado a tomar medidas precautorias y necesarias a los fines de hacer cumplir la imposición de la pena, pero en un ámbito distinto del sistema carcelario. La ley por un lado le permite a la mujer privada de la libertad “retener” a su hijo hasta la edad estipulada, dentro del recinto carcelario ofreciendo oportunamente el crecimiento del menor con su madre, en pos de proteger el interés del niño. Ofreciendo el Estado el amparo materno que todo niño a esa edad precisaría, empero es necesario evaluar si las políticas aplicadas son adecuadas y se corresponden efectivamente con los derechos reconocidos internacionalmente para los menores, tema que se explayara en capítulos que continúan. Por otro lado, los jueces como custodios y garantes del derecho de esta masa privada de la libertad, tienen la potestad de aplicar medidas alternativas que el ordenamiento jurídico prescribe en pos de brindarle a los menores nacidos tras las rejas, la posibilidad de crecimiento lejos del recinto penitenciario, mediante el dictamen de la prisión domiciliaria también contenida en el articulado de la ley de ejecución.

Adaptándose la normativa a este crecimiento numerario de reclusas femeninas y atendiendo las necesidades biológicas de las mismas, la Organización de las Naciones Unidas acogió reglas destinadas al tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes, comúnmente conocidas en el ámbito internacional como reglas de Bangkok. El objeto principal de ellas es instar a funcionarios y órganos dotados de potestad a elaborar una serie de sugerencias para optimizar las condiciones y necesidades básicas de las mujeres privadas de libertad. Son pregoneras de diferenciar el trato masculino del femenino en hacinamientos

carcelarios, su protección básicamente recae sobre mujeres y niñas o niños que tienen a sus madres o padres encarcelados. Las reglas de Bangkok son el complemento de las viejas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos dictadas hace décadas atrás cuyo contenido no aludía específicamente a los tratos a ejercer sobre la población delincuente femenina. Se recuerda que en aquellas épocas la masa mayoritaria de delincuencia era masculina, por lo que no se ajustaban a los estándares internacionales con la política o necesidades distintas de los géneros y la necesidad de proporcionar los medios para solucionarlos. En este sentido, Argentina ha ratificado los tratados de derechos humanos pertinentes y los ha incorporado expresamente a su Constitución Nacional, el Art. 18 reza: “(...) Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice” (Const., 1994).

En virtud de las leyes orgánicas de la Nación, el SPF tiene a su cargo la obligación de asegurar el bienestar físico y mental de los internos sin discriminación de género, así mismo la efectiva asistencia médica y educación, atendiendo a las necesidades básicas y puntuales que se presenten en los hacinamientos carcelarios. Tomando en consideración que la ciudadana que se halle dentro del sistema penitenciario obedece al quebrantamiento del sistema legal imperante, su calidad de reclusa, no implica su dignificación como mujer para la sociedad, tema que ha tomado mayor importancia en los últimos años, pues mediante diversos estudios se ha demostrado como la mujer, luego de cumplir la pena interpuesta por el órgano jurisdiccional, sufre el estigma que porta por haber sido parte de numerario penitenciario. En muchos países, las mujeres, incluso aquellas con hijos/as en edad dependiente, quedan en alto riesgo de perder su vivienda y empleo tras ser detenidas. Cuando sus niños/as han quedado al cuidado del gobierno o de otra persona, por lo común, la madre no puede reclamar la custodia a menos que demuestre que cuenta con una vivienda y medios para mantener a su familia. Esto puede provocar la ruptura duradera o incluso permanente del núcleo familiar. Por necesidad, o en un intento por aliviar los efectos traumáticos y de largo plazo provocados a los infantes por la separación de sus madres. (*Penal Reform Internacional, 2011*).

En pos de lo expuesto se puede apreciar como el transcurso del tiempo y el cambio de paradigma internacional, teniendo como foco principal los derechos de la

mujer en prisión, han llevado al poder legislativo a incorporar nuevas normativas que permitan ajustarse a estándares internacionales para llevar a delante una política avanzada, justa, igualitaria y renovada. La problemática luego de esta readaptación normativa se da en la disyuntiva “mujer o derecho del niño” esto ocurre por la permisibilidad que la ley pone de manifiesto a la hora de aceptar el crecimiento de un menor en el recinto penitenciario.

1.4 Niños en Prisión

El vertiginoso cambio social, como venimos advirtiendo, arroja como resultado la normativa que permite a la mujer presa criar, retener, depositar a su descendiente consigo dentro del sistema penitenciario en pos de evitar que el menor sea separado de sus raíces maternas. Sucede que se pone en tela de juicio el bienestar del niño, pues la ley pretende satisfacer derechos femeninos tutelados por normativas internacionales, inclusive constitucionales en muchos países, que dejan la crítica abierta al derecho del que también es titular ese niño por el solo hecho de nacer.

La Representación Cuáquera ante la ONU tienen estipulaciones para que los y las menores, en particular, bebés, se queden con la madre en donde ella se encuentra detenida. Ni siquiera las cárceles mejor financiadas pueden, en general, proporcionar un ambiente apropiado a los niños y niñas desde el punto de vista físico y psicológico. En las prisiones con menos recursos existe una serie de riesgos para los niños y niñas que amenazan su bienestar. En cualquier caso, no hay posibilidad de que las mujeres retengan a sus niños/as después de cierto número estipulado de meses o años. Puede ser que para las mujeres no existan sanciones o medidas no privativas de la libertad; de haberlas, puede ser que estén pobremente adaptadas a las circunstancias y responsabilidades de las mujeres como cuidadoras. Las mujeres reclusas comúnmente se encuentran a sí mismas dentro de un sistema para hombres y administrado por hombres. Como resultado de ello, es frecuente que sus necesidades específicas de salud e higiene no sean tomadas en cuenta de manera apropiada (por extensión, tampoco las de los niños/as que las acompañan)¹

Un panorama estadístico informa que las mujeres privadas de libertad en cárceles federales argentinas están detenidas en cuatro unidades: Complejo Penitenciario Federal N° III, Complejo Penitenciario Federal N° IV, Instituto

¹ *Penal Reform International*. (2011) Resumen Informativo sobre las reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes.

Correccional de Mujeres (Unidad 13) y Centro Federal de Detención de Mujeres (Unidad 31). En 2011, había aproximadamente 50 niños y niñas residiendo en el SPF con sus madres.²

El SPF cuenta con la Unidad 31 para madres y sus hijos, donde hay espacios internos y al aire libre destinados al esparcimiento, además de una guardería y un jardín de infantes con personal completo. Las condiciones de detención de las mujeres que se encuentran en el sistema federal son acordes en muchos aspectos con el derecho internacional y proveen ejemplos de buenas prácticas;. Sin embargo, en algunos casos la implementación de las normas y decisiones se desvía de las políticas establecidas, parecería ser un ambiente optimo, aun en consideración de la privación de libertad y crecimiento condicionado del menor, empero la calidad de encierro y la falta de socialización podrían traer aparejado innumerables consecuencias, por ello se pretende detectar la falencia de la norma o la mala aplicación de las políticas penitenciarias.³

En algunos países, las mujeres pierden su derecho materno cuando se ven sometidas a los procesos judiciales que desemboquen en el cumplimiento efectivo de la condena dentro de los recintos penitenciarios, porque prevalece el interés superior de niño. De manera lógica se considera que no es el ámbito apropiado para el crecimiento del menor, la maternidad en prisión no reviste el grado de importancia que debería presentar, poco se ha reflexionado acerca de ello. El sistema legislativo otorga en modo de beneficio a la reclusa la crianza del menor bajo la destructibilidad de su sano y normal desarrollo dejando expuesto el desinterés que la gravedad del hecho resiste.

No existe normativa alguna que asegure que el ámbito donde las mujeres desarrollen su rol materno no sea hostil, pues todo sistema carcelario reviste su esfera violenta y poco apropiada para fomentar la crianza de un menor. Más aun cuando el mismo bajo la normativa expresa que solo puede permanecer hasta la edad de cuatro años, desprendiendo de igual modo al menor de la tutela materna. Es un beneficio poco trabajado, estudiado e investigado, pues se pretende forjar las raíces del menor dentro del crimen para luego despojarlos de esa “protección” materna que contiene ciertamente

² Mujeres en prisión: los alcances del castigo / compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

³ Mujeres en prisión: los alcances del castigo / compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

fecha de caducidad. Pues la lógica no se comprende y se convierte en la realidad más brutal atribuida al sistema penal.

1.5 Reglas de Bangkok

Las primitivas “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” dictaminadas por el año 1955, contenían el tratamiento general que debían recibir todas las personas que se hallen privada de la libertad. Dentro de ellas se vislumbrada la necesidad de otorgarle a la mujer un tratamiento específico, diferenciado por su sola calidad de mujer y lo que ello implicaba. Claro está por ejemplo que el hombre no puede físicamente hallarse embarazado o atravesar periodos de lactancias, por cuestiones obviamente biológicas. Es respuesta a ello, casi 50 años después, cual refleja la carencia absoluta de normativa y su precarización en cuanto al tratamiento de reclusas, en el año 2000 se redacta “Planes de Acción para la Aplicación de la Declaración de Viena sobre el Delito y la Justicia”⁴. En ellas se destaca medidas concernientes a las necesidades especiales de la mujer en el sistema penitenciario, por lo que se exhorta a los Estados adoptar políticas para la creación de estrategias de prevención delictual y justicia penal a los fines de dar por concluida disparidad.

Cuatro años más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la resolución de “Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia” cuyo contenido orientaba a los Estados a presentar mayor atención a la situación de mujeres encarceladas y la de sus hijos e hijas a los fines de identificar la problemática resultante de la desvinculación madre/hijo y ofrecer una solución. Así va forjando su origen las reglas de Bangkok, iniciando en el sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre “Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente”. En el 2009 la comisión aprobó las Reglas complementarias específicas para el tratamiento de mujeres detenidas sometidas o no a la pena privativa de libertad. Así la comisión en conjunto con la oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito en 2010, aprobaron la Resolución A/RES/65/229 como modo de complementar las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos.

⁴ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 4 de Diciembre de 2000. La declaración se formuló por el impacto en nuestras sociedades de los delitos graves de carácter mundial y convencidos de la necesidad de cooperación en materia de prevención del delito y justicia penal en los planos bilateral, regional e internacional

Las Reglas de Bangkok ofrecen una regulación más detallada, con perspectiva de género, sobre el tipo y naturaleza de las medidas de apoyo y los servicios que deben proporcionarse a esta categoría de mujeres y a sus hijos/as menores de edad. tomando en cuenta sus necesidades de salud, dietéticas y nutricionales, así como las necesidades emocionales y de desarrollo de sus hijos/as menores. Ofrecen, también, estándares internacionales sobre los procesos de toma de decisión en relación a permitir que los/las niños/as puedan permanecer con sus madres en los establecimientos de privación de libertad, así como en relación a su separación, reconociendo el carácter complejo y extremadamente delicado de este tipo de decisiones. En todo caso, como premisa fundamental y siempre que fuera posible, deberá optarse por medidas no privativas de libertad (por ejemplo, arresto domiciliario) para las mujeres embarazadas, madres lactantes o con niños/as bajo su dependencia. (...) En estos casos, las medidas privativas de libertad deberían considerarse como un último recurso, cuando no exista ninguna otra alternativa. Cuando esto no fuera posible, resulta recomendable la creación, en la medida de las posibilidades presupuestarias, de unidades externas, unidades maternas o de hogares comunitarios para mujeres embarazadas, madres lactantes y con niños/as, así como del desarrollo de programas de cohabitación (*Co-Residence Programs*).⁵

Las Reglas 49 a 52⁶ abordan la singular problemática relacionada con la convivencia de los/las niños/as con sus madres en los establecimientos de privación de

⁵ AIDEF. (2015). Manual Regional: las Reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública. Colección Documento de Trabajo n°36.

⁶ Regla 49: 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.

Regla 50: Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos.

Regla 51: 1. Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad.

2. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios.

Regla 52: 1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente.

52.2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares.

52.3. En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de

libertad (...) tratan de dar respuesta a las necesidades particulares de este grupo especialmente vulnerable, que han sido tradicionalmente ignoradas en los diferentes sistemas penitenciarios de la región. Así, la experiencia permite constatar que las políticas penitenciarias de los Estados no suelen tomar en cuenta las necesidades de este colectivo. Sobre este punto en particular, en la Opinión Consultiva 21/14, la Corte IDH ha establecido que el niño o la niña:

Tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia⁷

Las Reglas de Bangkok disponen en relación a este tema que: “cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo y se estudiará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presentes los intereses superiores del hijo o los hijos y velando porque se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de estos hijos” (regla n° 64).

Surge evidente que el encierro carcelario viola el interés superior del niño, principio rector en materia de niñez, y dista mucho de ser el espacio adecuado para su sano crecimiento. La prisionización de los niños vulnera sus derechos: a su salud psicofísica,

posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público.

⁷ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Mujeres Privadas de Libertad en el Sistema Penitenciario Argentino

dignidad, educación, libertad, entre otros. Según lo destacan Grisetti y Grisetti (2011), muchas investigaciones han señalado el impacto del encierro en los niños indicando que provoca deterioros irreversibles ya que a diferencia del adulto, no tiene un efecto regresivo sino directamente impeditivo del sano desarrollo de la psiquis del individuo en sus primeros años.⁸

1.6 Conclusión parcial

Por lo expuesto se puede enfatizar que el sistema penitenciario argentino es el órgano de contralor cuya tarea principal es velar por derechos y garantías con que cuenta una persona que se halle privada de libertad. Así mismo la tarea principal del mismo es modificar la conducta del delincuente a los fines de lograr su reinserción social. Nos abocamos principalmente al género, en este caso a las mujeres que por quebrantar la norma penal, se hallen instaladas en los recintos carcelarios, analizando la norma aplicada al caso y observando los beneficios que contiene para la mujer en los casos de tener hijos menores de 4 años, en cuyo caso la ley permite su retención hasta dicha edad estipulada. Empero se observa una colisión de derechos, pues por un lado se encuentra el beneficio otorgado a la mujer de criar a sus hijos menores dentro del sistema penitenciario y por otro el derecho del menor reconocido por instrumentos supra legales, donde debe prevalecer su interés superior por encima de cualquier permisibilidad que la ley otorgue.

⁸ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal. Mujeres Privadas de Libertad en el Sistema Penitenciario Argentino.

Capítulo II: Análisis preciso de los derechos de la mujer en el sistema penitenciario

2.1 Introducción

En este capítulo se exhibirá la norma que regula el sistema penitenciario, valga la redundancia ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, haciendo referencia principalmente al art. 195 cual contiene la permisibilidad que se otorga a la reclusa de retener a sus hijos menores en los recintos carcelarios. De tal modo se analizará el supuesto de prisión domiciliaria, condiciones y procedencia como así también el impacto que esta genera tanto en la madre como en el menor. Se hará un análisis de la jurisprudencia nacional abocada al caso a los fines de complementar la comprensión.

2.2 Ley de Ejecución de la pena privativa de libertad.

2.2.1 Contenido del Art. 195.

La ley que regula el sistema penitenciario federal, luego de atravesar innumerables modificaciones en relación a la mujer reclusa, logra sistematizar medidas y derechos en pos de la resocialización de la reclusa, objetivo principal de todo sistema carcelario.

Este régimen se estructura en cuatro períodos: a) período de observación; b) período de tratamiento; c) período de prueba, y d) período de libertad condicional. El período de tratamiento es aquel en que la condenada pasa la mayor parte del tiempo de su condena, y se subdivide en tres fases: socialización, consolidación y confianza. Por su parte, el período de prueba es el que posibilita que las condenadas accedan a salidas transitorias de la cárcel durante algunas horas (de 12 a 72) o al régimen de semilibertad, lo que les permite trabajar fuera de la cárcel⁹.

La ley establece que el avance de la condenada de una etapa a otra de la progresividad depende de su evolución personal, de la que se deduce su mayor o menor posibilidad de reinserción social, apreciación que siempre realiza la administración penitenciaria mediante un sistema de calificaciones. Éstas sirven de base para la aplicación de la progresividad del régimen, para el otorgamiento de salidas transitorias, de la semilibertad, de la libertad condicional, de la libertad asistida, de la conmutación

⁹ Mujeres en Prisión. (2011) Los alcances del castigo. compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

de pena y del indulto (véanse los Arts. 101 y 104). De este modo, se hacen depender al sistema progresivo de los “avances” en el “tratamiento penitenciario”, estableciendo un perverso juego disciplinario y de obediencia fingida, al que se hará referencia en el siguiente acápite¹⁰.

La ley nacional, por un esfuerzo de lograr que la mujer cumpla su responsabilidad materna y considerando que es acertado para el menor el crecimiento junto a su madre, bajo el amparo del Art. 195 de la ley regulatoria del sistema penitenciario, proporciona la posibilidad de mantener en el interior del recinto penitenciario, junto a ellas, en sus celdas, a sus hijos recién nacidos y hasta el edad de 4 años. Es para que ellos puedan “disfrutar” junto a su progenitora, sus primeros años de vida, forjando por supuesto ya un camino desviado dentro de la realidad que pueden ofrecerle a estos infantes que desarrollaran sus primeros pasos dentro de un ámbito violento y englobado, pues es la única “casa” que ellas en estas situación de encierro les pueden ofrecer. Así el Art. 195 reza: “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años¹¹. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado”¹² (Ley 24.660, 1996). Otra alternativa de la cual es titular la reclusa, siempre que se halle embarazada o tenga hijos menores de 5 años a su cargo, es la prisión domiciliaria, invoca el Art. 32 de la ley 26472-2009- El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a)... b)...c)... d)... 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 cargo¹³.

De esta forma vemos como se adaptó el régimen legal nacional del sistema penitenciario a las necesidades surgidas con el transcurso de tiempo. De tener políticas criminológicas que solo hacían énfasis en el género masculino y la carencia total y absoluta de normativas destinadas a la mujer delincuente. En la actualidad podemos apreciar cómo se avanzó en la esfera legislativa con la creación de una norma que

¹⁰ Mujeres en Prisión. (2011) Los alcances del castigo. compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

¹¹ La edad ha sido modificada ascendiendo la misma a 5 años.

¹² Congreso de La Nación Argentina. (8 de Julio de 1996) Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. [Ley 24.660 de 1996]. B.O.

¹³ Congreso de La Nación Argentina. (8 de Julio de 1996) Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. [Ley 24.660 de 1996]. B.O.

además de contemplar al género y sus diversas necesidades, implementa medidas que las benefician.

La pregunta real del caso se da evaluando el contexto en el que estas mujeres y madres les ofrecen a sus hijos un crecimiento ostensible, pues claramente no parece ser el ambiente ideal, apto u óptimo para la crianza de un niño. Desde el vamos la infraestructura carcelaria esta creada para adultos y está a la vista la carencia las medidas de seguridad necesarias para mantener a un menor en un establecimiento carcelario. Las celdas han sido estructuralmente creadas para el cumplimiento efectivo de una condena, quitando la comodidad cotidiana que importa gozar de la plena libertad, pues tienen todas las mismas dimensiones físicas. La norma referencia “creación de un jardín maternal” empero la práctica va más allá de lo descripto por la ley, a lo sumo se ofrece una unidad diferente donde se alojan las madres de los menores junto a ellos y las mujeres embarazadas. Ello está muy lejos de cubrir las necesidades primarias para el cuidado de un menor dentro de un recinto para mayores, tomando en consideración que la ley estipula la creación de jardines pero que nada regula al respecto.

A las madres no se les permite acompañar a sus hijos al jardín, por lo que la mayoría de ellas ni siquiera conoce el lugar donde ellos pasan varias horas al día. Inclusive las reuniones con las maestras se llevan a cabo en el edificio de alojamiento, y no en las instalaciones del jardín. Del mismo modo, las madres no pueden acompañar el proceso de educación de sus hijos. La única excepción son las que están incorporadas al período de prueba, pero a las demás no se les permite siquiera participar del proceso de adaptación inicial que atraviesan todos los niños cuando se integran al jardín de infantes. Las celadoras de la unidad acompañan a los niños de 3 años al jardín extramuros, y sus madres no pueden conocer las instalaciones ni a las maestras con quienes se quedarán sus hijos¹⁴.

Siguiendo los lineamientos de la ley, el art. 196 establece que, 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. Empero el desgarró que se lleva a cabo a la edad de los cuatro años, en cuanto los niños son retirados del cuidado personal de sus

¹⁴ Mujeres en Prisión. (2011) Los alcances del castigo. compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

madres, es uno de los modos en que la pena trasciende en relación a terceras personas cuya constitución afectiva es aun extremadamente delicada. Se trata aquí de la disociación traumática, la amputación afectiva llevada a cabo con excesiva indiferencia. Más, es claro que la permanencia de aquellos en las prisiones del país es especialmente victimizante. La asistencia material del menor debe ser garantizada por la administración penitenciaria o judicial. Asimismo, deberán establecerse salidas periódicas para la madre, con el objeto de que la separación de su hijo no sea de modo abrupto, cuyas secuelas emocionales son llevadas por ambos durante todo el resto de sus días. Las visitas deben llevarse a cabo en sitios especialmente adecuados, donde pueda establecerse un diálogo íntimo y cálido entre madre e hijo (Rodríguez G. & Ceruti., 1998).

Un examen interpretativo vislumbra que la interna posee derechos a la hora de cumplir la condena, relacionados exclusivamente con sus descendientes, en primera instancia se les permite la “retención” de los menores, en segunda instancia “obtendrá” dependiendo de la interna, la concesión de la prisión domiciliaria, todo ello mientras el menor que transporta el beneficio para la mujer presa, no supere la edad de 5 años. Ahora bien, frente al cumplimiento de la edad estipulada para el menor, indudablemente siguiendo la prescripción legal deberá llevarse adelante la separación obligatoria del menor con la madre delincuente, pues la ley así lo estipula, entonces qué tipo de beneficio se da al interés superior del menor que termina siendo igualmente despojado de los brazos maternos. Claramente se referencia la “falta de regulación”, de estudios sociológicos necesarios que permitan comprender mejor la normativa impulsada por los legisladores.

En virtud de ello, una Diputada Nacional se hizo eco de la problemática proponiendo desde su lugar la derogación del art. 195 de la ley de ejecución de la pena impidiendo de esta forma que las madres “retengan” a sus hijos menores en un ambiente poco propicio para ellos, como es la cárcel, o bien imponiendo directamente la pena de prisión domiciliaria a quienes tuvieran hijos menores a su cargo, empero la falta de tratamiento de estos proyectos que importarían grandes y gratos cambios, en el Congreso no tuvieron tratamiento.¹⁵

¹⁵ Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. Informe de Situación. Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro. Recuperado de: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERES_2.pdf

2.3 Prisión domiciliaria

2.3.1 Concepto, supuestos y procedencia

Se denomina así al beneficio que posee la imputada que se halla detenida dentro del sistema penitenciario luego de afrontar un proceso penal. Es una medida de carácter excepcional cuyo dictado se encuentra a cargo del juez de ejecución penal y se halla contemplada en el Art. 10 del Código Penal¹⁶ y 32 de la ley 24.660¹⁷ en virtud de las modificaciones dispuesta por la Ley 26.472 en el año 2009, se amplían los supuestos de prisión domiciliaria y explícitamente establece la posibilidad de ser otorgada a la madre de niños menores de 5 años o aquellos que presenten discapacidad alguna, pero solo hasta la edad estipulada. Esta medida procura resguardar la salud psíquica y físicas de quienes se hallen privados de la libertad, como referencia al respecto el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Cultural establece:

La salud es todo un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente... El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano...¹⁸

Del análisis normativo se observa que “el juez podrá disponer”, traduciendo que el magistrado es el encargado de atender a las necesidades y analizar la puntualidad de cada caso al momento de otorgar o desestimar el pedido del beneficio domiciliario. Pues ¿qué consideraciones tendrá el juez al momento de aprobar o desestimar el beneficio? O bien ¿de qué manera se evalúa si corresponde o no la procedencia del dictamen efectivo de prisión domiciliaria? Porque la ley le otorga al magistrado el libre albedrío en cuanto su concesión. Se podrá interrogar si tiene conocimiento de todas las esferas necesarias

¹⁶ “Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a)... b)... c)... d)... e)... f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo”.

¹⁷ “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a)... b)... c)... d)... e)... f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

¹⁸ Comité DESG, Observación General N° 14,2000.

para tomar tal decisión, son más los interrogantes que las respuestas las que ofrece la norma imperante, está a la vista el amplio abanico que ofrece la falta de legislación.¹⁹

La decisión finalmente se halla en manos de los jueces y son quienes establecen los criterios justos para concederla. Quizás un cambio en la legislación contribuya a despejar este panorama que toma relevancia con el trascurso de los años. Es evidente como aumenta el número de reclusas²⁰ en el sistema penitenciario y disminuyen las soluciones que se vinculan con los menores “obligados” por sus madres a crecer en un ámbito poco propicio para su sano y normal desarrollo. Los magistrados abordan las peticiones evaluando una serie de informes emanados de diversas divisiones internas y externas del sistema penitenciario, que expresen el desenvolvimiento de la interna. También la capacidad o no de hacer frente a la crianza de sus hijos menores fuera del recinto, teniéndose en cuenta lo descripto en informes sociales, psicológicos, educacional, aquellos devenidos del área técnico criminológico, laboral y seguridad interna. Así mismo evaluar la existencia del vínculo real y afectivo entre la madre y el niño.

Ahora bien, a fin de aplicar dicho instituto, resulta indispensable la implementación de políticas públicas que permitan un empoderamiento de la mujer, vivienda, trabajo, etc. Que el cercenamiento de derechos no resulte un condicionamiento para optar – como en muchos casos ocurre- por la cárcel como mal menor, ello en

¹⁹ El juez Luis García en el dictamen del fallo “F., C. o A. L., M. G. s/rechazo de prisión domiciliaria” expreso: De modo que, porque el Estado ha considerado adecuado autorizar que el niño o la niña convivan con su madre en el lugar de detención, no puede por ello desentenderse de examinar caso por caso si el arresto domiciliario sería practicable como mejor alternativa. Si la cárcel no es el mejor lugar para que un padre o una madre convivan con su niño, y eso no puede ponerse en discusión porque en nuestro medio cultural no se recomienda como modelo institucional que los niños sean criados en cárceles, entonces la opción de alojamiento del niño con su madre o padre encarcelados es una solución de compromiso frente a la alternativa de la separación de éstos. Esta solución de compromiso no está en el mismo nivel de la del arresto domiciliario, por lo que se exige un esfuerzo exhaustivo para determinar su practicabilidad caso por caso.

²⁰ Hasta el último informe de situación proporcionado por la Defensoría del Pueblo de la Prov. De Buenos Aires, 318 mujeres con prisión domiciliaria/ arresto son controladas mediante el sistema de monitoreo electrónico a cargo del Servicio Penitenciario Bonaerense, de los cuales 221 mujeres son procesadas y 97 (noventa y siete) penadas. Por otra parte 530 mujeres con arresto y/o prisión domiciliaria son supervisadas por el Patronato de Liberados Bonaerense dependiente de la Secretaria de DDHH 14 Informe de Situación // Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro de la Provincia de Buenos Aires, entre ellas 54 (cincuenta y cuatro) con monitoreo electrónico. Ahora bien, la conflictiva de las mujeres prisionizadas con hijos/as menores de edad, no se limita a aquellas que se encuentran con sus niños en situación de encierro, sino también a aquellas cuyos hijos/as resultan ser menores de edad y se encuentran a cargo de otra de persona/institución, o madres en prisión domiciliaria cuyos hijos/as se encuentran o bien viviendo con ellas o a cargo de otra persona/institución, respecto de los cuales no existen datos fidedignos y sistematizados.

consonancia con los Pactos Internacionales suscriptos por nuestro país y Leyes nacionales.⁻²¹.

... cabe destacar que el arresto domiciliario (de acuerdo a las reformas introducidas por la ley n° 26.472) no constituye uno de los mecanismos alternativos a la privación de la libertad a los que se refieren los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Sin perjuicio de ello, se presenta como una opción que morigera el encierro carcelario, y que permite compatibilizar el interés social en la persecución y sanción de los delitos y la vigencia de los Derechos Humanos de las mujeres en conflicto con la ley penal.

Sin embargo, se identifican obstáculos para acceder a la detención domiciliaria, originados en una interpretación restrictiva de la ley, en la exigencia de condiciones no previstas por la norma, o por dificultades estructurales vinculadas a carencias en materia de derechos sociales y económicos que las afectan a ellas y a sus entornos familiares (MPD, “Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario”, cit., p. 70-132). Por el contrario, se considera que la determinación de la concurrencia de los requisitos que habilitan el acceso al arresto domiciliario debe estar guiada por las reglas que indican considerar las responsabilidades de cuidado de las mujeres en conflicto con la ley penal, por el principio *pro persona* y por el Interés Superior del Niño.

A las dificultades para obtener la concesión del arresto domiciliario se suman aquellas que deben enfrentar las mujeres que acceden a esa modalidad morigerada, por la falta de satisfacción de las necesidades mínimas de ellas y de su grupo familiar. En general, mientras cumplen el arresto domiciliario las mujeres se ven impedidas de acceder a una actividad laboral remunerada, de atender de modo adecuado su salud y la de sus hijos e hijas, de mantener su inserción educativa e incluso la de sus hijos, y enfrentan diversos obstáculos para alcanzar las prestaciones de la seguridad social.

“En este sentido, el Estado conserva con relación a todas las personas privadas de libertad (también respecto de aquellas que están bajo arresto domiciliario) una posición calificada de garante, por el cual se ve obligado a asegurar el goce y ejercicio de sus derechos. En consecuencia, debería implementar las medidas

²¹ Lorenzino G. Informe de Situación. Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro. Defensoría del pueblo de la Provincia de Buenos Aires.

adecuadas para asegurar a todas las personas privadas de libertad (con independencia de la modalidad en que cumplan el encierro) la satisfacción de sus necesidades básicas, en la medida que la privación de libertad restringe sus posibilidades de autovalimiento”²²

2.4 Análisis Jurisprudencial

2.4.1 Casos para desestimar la concesión

La jurisprudencia al respecto es bastante variada, pero en todos los casos hace hincapié en preservar el interés superior del niño. En algunos casos inclusive se puede apreciar como el bienestar del menor se da en manos ajenas a la crianza de su propia madre. Ejemplo de ello, el fallo “F., C. o A. L., M. G. s/rechazo de prisión domiciliaria” cual Unidad Fiscal de Ejecución Penal se opuso a la concesión de la prisión domiciliaria.

Se argumentó que dos de las niñas se encuentran a cargo y bajo el cuidado de su abuela paterna, situación que era preexistente a la detención de la condenada, de lo que infirió que no existe un riesgo para su bienestar, y que no se encuentra comprometido su interés superior. Destacó que en una oportunidad anterior se había concedido la prisión domiciliaria a M. G. A. L., y que bajo aquél régimen abandonó el domicilio y cometió un nuevo delito, por el que fue condenada y dió lugar a la pena única que actualmente cumple, tirando por la borda la importancia que reviste para la mujer el interés superior del menor. En el presente caso se observa que no siempre se hace buen uso del beneficio desenmascarando que el fin de la mujer es volver a delinquir sin importar que el beneficio a sido dictado en razón del cuidado que el menor a cargo prescindía.

Sucede que en numerosos casos, las “madres” presas que invocan su derecho a ser atendidas mediante la petición de la prisión domiciliaria, no responden efectivamente al “rol” que se pretende para los menores, por ello el juez debe ser custodio esencial de los derechos comprendidos para los menores. Tomando como referencia un caso particular, tratado por la Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, se argumenta en favor de los menores la desestimación a la reclusa del beneficio invocado “prisión domiciliaria”. En muchas situaciones como estas, no se ve acreditado

²² Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias. (2016) Recomendación VI. Derechos de las Mujeres Privadas de la Libertad – Genero en contexto de encierro-

efectivamente el “vinculo” entre madre e hijo/s y claramente se observa la prevalencia del interés de la condenada sobre el de los menores²³.

El juez debe desempeñar una tarea minuciosa al momento de estudiar y revisar las circunstancias puntuales de cada caso, como venimos apreciando. La concesión de la prisión domiciliaria data una problemática aguda, en todos los casos se pretende resaltar el “interés superior del niño” como una forma de “escapismo” directa de la imputada, sin consideración del bienestar psicofísico de los menores. Es justamente en estos casos puntuales donde el encargado de evaluar la circunstancia “desentrañe” el fin real detrás del disfraz propuesto por las reclusas. En la causa “Vélez, Cintia s/recurso de casación” la imputada no tuvo reparo de perpetrar un secuestro y alojar al individuo en su domicilio particular, a la vista de su hijo menor de edad, empero pone en prevalencia el interés del menor para acceder al beneficio domiciliario. ¿ Que relevancia tiene el interés del menor cuando la misma se halla tras las rejas? si cuando debía velar por los derechos del niño, vulnero todos y cada uno de ellos.-.²⁴

²³ Con cita en una decisión de esta Sala ha señalado también que debe distinguirse el interés de todo detenido de obtener el cese o morigeración de la situación de detención, del interés que pudiera moverlo en defensa del interés de sus hijos y revelo que “en el caso de autos no debe perderse de vista que Díaz se encontraba embarazada al momento de ingerir las capsulas materia del delito por el cual fue condenada, demostrando en consecuencia un total desprecio por su vida, ya que bien pudo haber ocasionado tanto la muerte de la dicente como del menor “...” el rol materno de contención de los menores ha sido suplido exitosamente por la familia de la encartada ...

Por otra parte, en lo que concierne a la pretensión de que se conceda la prisión domiciliaria en consideración del mejor interés del hijo de la imputada, J.D, se observa que la defensora de la condenada no argumenta sobre la base de representación del interés del hijo de su defendida. En efecto, no invoca un derecho que le correspondería a la condenada, sino derechos del niño.

²⁴ Observemos los fundamentos esgrimidos por los jueces en la particularidad de este caso:

Se desprende del estudio de las actuaciones, las consideraciones realizadas por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en su oportunidad de tratar la cuestión, la cual destacó la proximidad que tuvo el hijo de la imputada -5 años de edad en aquel momento- al ámbito del ilícito, ya que la víctima del secuestro habría estado cautiva en su domicilio familiar, y la falta de cuidado materno de la imputada, toda vez que no tuvo reparo alguno en introducir en la trama criminal a su pequeño hijo y someterlo a un innecesario sufrimiento físico como psíquico, cuando lo utilizó para ocultar el producto del ilícito que se le imputa (ver fs. 33/35

vta.). Además, en virtud de lo reseñado, es dable señalar que el interés superior del niño no se encuentra afectado en el caso de autos, toda vez que la encartada no tuvo ningún inconveniente en llevar a cabo el presunto secuestro extorsivo en su hogar -en el mismo domicilio que se llevaría a cabo la prisión domiciliaria, en caso de concedérsela-, y a la vez utilizar a su hijo Joel, para esconder pruebas del hecho ilícito. Por ello, es que habré de considerar que no surge de manera alguna que otorgándole el beneficio del arresto domiciliario, se resguarde la integridad y seguridad de su otra hija menor.

En este orden de ideas, es que habré de coincidir con lo resuelto por el tribunal interviniente, toda vez que como bien se ha señalado en la resolución, la circunstancia que la encartada pueda encontrarse fuera de la unidad carcelaria, mediante la concesión de la prisión domiciliaria, no asegura de modo alguno que reciba la menor los correspondientes cuidados necesarios para su desarrollo, toda vez que no hay suficientes fundamentos que así lo demuestren. Habiendo analizado para llegar a tal conclusión, principalmente el accionar desinteresado y despreocupado por parte de Vélez respecto de sus dos hijos.

Los casos citados forman parte de un grupo de fallos numerarios que sentaron precedentes a la hora de examinar las circunstancias evaluadas para el dictamen de la prisión domiciliaria. La labor de los jueces debe presentarse de manera exhaustiva para dilucidar la mejor elección tendiente a proteger el interés superior del niño, siendo por supuesto el eje central que moviliza al sistema al Poder legislativo a sancionar la ley de tal forma que la madre reclusa tenga la posibilidad de acceder al arresto domiciliario..

Se entiende siguiendo el hilo principal que la prisión domiciliaria será negada o bien desestimada cuando:

- no se compruebe efectivamente el vínculo afectivo madre/hijo/a
- en las circunstancias de encarcelación no se halla velado por los intereses de los menores
- la madre acredite una conducta violenta
- no sea posible brindar al menor/es un digno ambiente familiar, socioeconómico, ostensible para un pleno y sano desarrollo de la personalidad del menor.
- no se asegure de modo alguno que el/los menor/es reciban los cuidados necesarios para su desarrollo
- cuando la petición demuestre un accionar desinteresado para el menor
- en virtud de los resultados emanados de las diferentes dependencias internas y externas que evalúan la conducta de la reclusa en sus distintas esferas (Asesor de menores, Inspección jurisdiccional, Informes en general)

Recordemos que la petición debe hallarse siempre fundada en consideración de las circunstancias particulares de cada caso. Se hace latente siempre la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los Artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el Artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la

Declaración de los Derechos del Niño se indica que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".²⁵

La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este punto, el Artículo 16 del Protocolo de San Salvador -instrumento adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- (firmado por la República Argentina el 17/11/1988 y ratificado el 30/6/03), manifiesta que "... todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo..."²⁶

2.5 Conclusión parcial

A la luz de lo expuesto puede comprenderse que la prisión domiciliaria se presenta como un beneficio "destinado a los derechos del niño" más que una gracia a la mujer privada de la libertad, en pos de proteger el interés superior de ellos, pues se considera otorgarla en los casos de madres con hijos hasta la edad de 5 años a los fines de ofrecerle al menor un crecimiento digno y adecuado. El órgano jurisdiccional es el encargado de evaluar las circunstancias "puntuales" del caso y conceder o rechazar el pedido. Se comprende claramente que no es tarea arbitraria del juez y su trabajo debe sentarse sobre las bases de la idoneidad, investigación, comprensión y aplicación de las herramientas internacionales con que cuenta.

²⁵ Cámara Nacional de Casación Penal. Causa N° 11366- Sala IV – "Castaño, Juana Carolina s/Recurso de casación" 09/11/2009

²⁶ Cámara Nacional de Casación Penal. Causa N° 11366- Sala IV – "Castaño, Juana Carolina s/Recurso de casación" 09/11/2009

Capítulo III: Derechos del niño

3. Introducción

Es fundamental conocer las herramientas internacionales con que cuenta el magistrado para dar base a los fundamentos sólidos que plasman en las sentencias judiciales al momento de evaluar con plenitud los casos que llegan a sus estrados. Por lo que el presente capítulo será destinado exclusivamente a ellos, exponiendo los tratados internacionales y demás normativa que respalde el derecho que tienen los menores en relación al escenario “madre presa, hijo encarcelado”.

3.1 Instrumentos internacionales

3.1.1 Declaración de los Derechos del Niño

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 20 de diciembre de 1959 la “Declaración de los Derechos del Niño” como primer instrumento internacional acogido a reconocer el derecho de los niños y niñas siendo titulares directos de los mismos, empero su carácter vinculante no detenta obligatoriedad para los 78 Estados miembros de la unión. El mismo redacta 10 principios²⁷ fundamentales que servirán a posteriori, como base de los tratados Internacionales que analizaremos más adelante.

²⁷ Principio 1: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2 El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 3 El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

Principio 4 El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados

Mediante esta convención se reconoce a los niños y niñas derechos Económicos, Sociales Culturales, Civiles y Políticos pero la carencia de carácter obligatorio hizo necesario su tratamiento e interpretación. Por ello casi 30 años más tarde logró reglamentarse la Convención sobre los Derechos del Niño, convirtiéndose en ley en los años 90'. Pues claro está que debieron pasar décadas hasta que se logró el reconocimiento obligatorio, legal y general de los derechos de la niñez y su evolución histórica marcó el sendero que atravesó su tratamiento. Desde su auge más primitivo los derechos de los niños eran explícitamente inexistente, pasando por una etapa de “incapacidad absoluta” donde no se reconocían derechos en favor del menor, hasta el reconocimiento de la capacidad propia de cada niño del mundo, esto fue atribuyéndole la titularidad de los derechos que los cuales gozan en la actualidad.

3.2 Convención sobre los Derechos del Niño

Reviste vital importancia por ser la primera ley internacional inclusiva de los derechos de los niños y niñas de carácter obligatorio para los Estados Partes. Se creó en el 20 de noviembre de 1989 y es de uso mundial destinada a la promoción y protección de los derechos de la niñez se funda 4 principios generales:

especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5 El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

Principio 6 El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole. Principio 7 El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de

responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8 El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9 El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10 El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes. y así como se lo respeta, debe respetar a sus mismos.

- 1) la no discriminación,
- 2) el “interés superior del niño”,
- 3) los derechos del niño a la supervivencia y desarrollo y
- 4) la participación.

Su art. 1° ofrece el concepto adoptado por la doctrina del término “Niño” siendo todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Y orientando la normativa a la parte que atiende el desarrollo del presente trabajo vamos a hacer hincapié en el contenido del Art. 3 de la presente convención, cual reza:

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.²⁸

Se refleja el ímpetu normativo al momento de la redacción del presente artículo, pues el Sistema Penitenciario Federal como institución del Estado y acogido al articulado de la convención, en conjunto con el órgano jurisdiccional, tienen la “obligación” de velar por el interés superior del niño, tal como redacta el instrumento en la generalidad de su contenido, empero resulta confuso reconocer derechos a la mujer en condiciones carcelarias que no presten atención alguna al contexto en que el menor “crecerá” .

A lo largo del contenido normativo se reconoce al menor el derecho a la educación, a vivir dignamente, entre tantos, que se ven altamente vulnerados a la hora de aplicar la norma penal que permite a su madre “retenerlo” en un sistema penitenciario. Siendo altamente tóxico y perjudicial para el normal desarrollo y crecimiento, que en nada contribuyen de manera sana, a sentar las raíces de una futura

²⁸ CDN. Unidos por la Infancia. UNICEFF. 2006

personalidad “poco apropiada” o limitada. Se podrían citar los 54 Artículos que contienen la convención y evaluar como la mayoría de los presentes se ven quebrantados frente a permisibilidad normativa de la mujer delincuente dotada de egoísmo. Si bien los artículos de la convención resguardan principios rectores, derechos a la supervivencia y el desarrollo, derechos a la protección y derechos a la participación, poco importaron en el tratamiento legislativo que arrojó el marco normativo del art. 195 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. Se torna un tanto paradójico permitir la retención de un menor con una ley titulada “ejecución de la pena”.

El Artículo 9²⁹ de la convención párr. 1 es claro en determinar que el niño no “debería” ser separado de sus padres contra su propia voluntad, empero ¿es lógico “retenerlo” cuando el mismo carece de voluntad total de apreciación en razón del ambiente donde se pretende criarlo? Por ello se hace tanto hincapié en la protección de “interés superior del menor en cuestión” siendo el Estado Nacional el encargado de velar por él.

Delgadillo (2012) retrata que es evidente que el encarcelamiento de la madre provoca la interrupción del vínculo filial con las hijas o hijos que superan los cuatro años de edad o con las hijas o hijos menores de esa edad que por diversas razones no permanecen junto con su madre en el establecimiento penitenciario. Pero además, muchas veces repercute en el desmembramiento de la familia, pues por razones económicas, de responsabilidades o de organización, los hermanos pueden cesar también en la convivencia. Incluso, ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan asumir el cuidado de las niñas y niños, ellos pueden ser institucionalizados.

El impacto que estas circunstancias acarrearán debe ser ponderado en las decisiones que dispongan una medida de privación de la libertad de una mujer que tenga hijas o hijos menores de edad. En estos supuestos, se debería recurrir a medidas, como el arresto domiciliario, que aseguren igualmente el contacto con la madre y que eviten la interrupción del vínculo filial, el desmembramiento del grupo familiar y el encierro o institucionalización de los menores de edad. De esta forma, se garantiza tanto el

²⁹ Los Estados Partes velarán por 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 en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

cumplimiento de la finalidad cautelar o punitiva de la medida coercitiva, como el mantenimiento del núcleo familiar. Además, también se daría cumplimiento a la obligación asumida por el Estado consistente en tomar las medidas apropiadas para asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar de las niñas y niños, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, debiendo para ello prestarles asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza. Este compromiso significa, en palabras de la Corte IDH, que «el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar» (Delgadillo, 2012).

Por lo expuesto se hace énfasis en la atribución de “la prisión domiciliaria” pero lastimosamente no es una medida apta para muchas reclusas, pues se ha demostrado mediante la jurisprudencia ut citado que no siempre se hace la petición en virtud del “real” interés superior del menor.

3.3 Carta Internacional de los Derechos Humanos

Se denomina así, al conjunto de instrumentos que abordan los derechos humanos promulgado por las Naciones Unidas a lo largo de la historia:

- ❖ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- ❖ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- ❖ Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989)

La DUDH es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, contiene un total de 30 Artículos y describe en ellos los “derechos básicos” del que todo humano debe gozar. Proclama en su Art. 3ro que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” expresando de manera clara y precisa “derecho” y “libertad” constituyéndose uno de los pilares fundamentales de todas las personas del mundo, sin distinción de edades por supuesto. Es mágico observar el abanico legislativo y las prerrogativas esenciales de cada uno. En mayor medida los instrumentos supranacionales tienden a proteger al individuo en todas sus esferas, y el niño “retenido” por una ley que se presenta como benefactora para la

mujer presa, parecería pisotear otros derechos jerárquicamente superiores, como el interés superior del niño.

En el art. 25 se establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familiar, salud y el bienestar, y en especial la alimentación, vestido, vivienda, la asistencia médica... que tipo de “nivel” se ofrece a un menor criado en el sistema penitenciario, la cruda realidad se viste de engaño inclusive bajo el amparo de la misma ley vigente. La normativa penal proporciona la posibilidad de “creación” de jardines maternos para los infantes presos sin elección, pero se halla muy lejos de la letra legislativa la puesta en funcionamiento de tales creaciones. Y así se seguirá citándose derechos destruidos, dismantelados, vulnerados y hasta omisos.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) describen las obligaciones estatales de velar por Derechos Humanos reconocidos y la abstención se menoscabarlos, procurando garantizar que los mismos sean efectivos. En pos de ello se da la creación del Comité de Derechos Humanos, un órgano convencional constituido por 18 expertos minuciosamente escogidos, que cargan la tarea fundamental de controlar el cumplimiento de los pactos celebrados por los estados. Los mecanismos adoptados son la presentación periódica de informes obligatorios realizando observaciones generales en función de preservar su cumplimiento

Un breve pasaje y análisis de la legislación internacional nos permite determinar la importancia que revisten actualmente los derechos reconocidos a los niños/as en el sistema mundial. La mayor parte de la legislación es reiterativa al momento de exponer que son derechos que posee cualquier otra persona sin distinción de color, raza, idioma, sexo, religión, etc.

Se concluye el tratamiento internacional mencionando los instrumentos donde se hallan reconocidos los derechos de las niñas y niños, a modo de alusión para demostrar al lector la importancia que ello reviste y el tratamiento mundial que ha llegado a obtener a lo largo de los años. Recordando que inicialmente un menor se presentaba en la sociedad como un ser carente de capacidad por lo que no revestía importancia si poseía derechos y si podría gozar de ellos:

- ❖ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- ❖ Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José –

- ❖ Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- ❖ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- ❖ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- ❖ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".
- ❖ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- ❖ Carta Democrática Interamericana
- ❖ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para".
- ❖ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
- ❖ Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.
- ❖ Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.
- ❖ Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación.
- ❖ Convención interamericana sobre restitución internacional de menores.
- ❖ Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores.
- ❖ Convención sobre asilo territorial.
- ❖ Convención sobre asilo diplomático.
- ❖ Convención sobre asilo político.
- ❖ Convención sobre la nacionalidad de la mujer.

3.4 Protección Integral de los menores en el ámbito Nacional

3.4.1 Ley 26.061 -Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

El Poder Legislativo Nacional sanciona en el año 2005 la ley 26.061³⁰ con base en los principios rectores fijados por la Convención de los Derechos del Niño. Introduce una modificación³¹ importante al definir el “interés superior del niño” considerando las diversas interpretaciones que se hacía de él. Se sostiene que es “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Partiendo del concepto “satisfacción integral y simultánea” se observa la magnitud de los derechos que engloban la corta definición, recordando que son diversamente numerosos los tratados que contienen al menos una disposición mínima referida a los niños, niñas y adolescentes.

La ley nacional, prevé medidas de protección³² destinada a la maternidad (y paternidad) garantizando las condiciones “dignas” y equitativas para el adecuado desarrollo y crianza del menor (una vez producido el nacimiento). Paradójicamente la ley nacional 24.660 permite a la madre “retener” a un menor en el sistema carcelario hasta la edad de 4 años, ¿no se presenta una vulneración absoluta de las condiciones dignas donde el menor se halla “recibiendo” su crianza? Se puede imaginar tales condiciones, más aún tomando en consideración el estado actual de las cárceles de todo el país, infraestructura, carencias, salubridad, orden, entre tantos factores que explicarían naturalmente que “la cárcel” no es el ámbito propicio para alojar a un menor.

La ley expone³³ que las niñas, niños y adolescentes “tienen derecho a la libertad” entendiendo a la privación de la misma como un “lugar” de donde no pueda salir por su voluntad. Es lógico que si se concede a la madre el beneficio de retención estipulado por

³⁰ Derogatoria de la ley 10.903

³¹ En la ley provincial N° 6.354

³² ARTÍCULO 18. — MEDIDAS DE PROTECCION DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD. Las medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo.

³³ ARTÍCULO 19. — DERECHO A LA LIBERTAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende:

- a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos;
- b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela;
- c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente.

el Art. 195 de la ley de ejecución, no “podrá” por sus medios el niño, atenuando la circunstancia que es menor de 4 años, retirarse del interior del establecimiento penitenciario, que además “se hallare bajo vigilancia”. Sin lugar a dudas, es latente la inobservancia de los legisladores al momento de redactar la norma, que todos los derechos vulnerados mediante la concesión de la gracia “de retención” se hallan plasmados en diversos instrumentos que velan por el interés superior del niño en cuestión. Si bien existen normativas generales y otras particulares en relación a los menores, la totalidad coincide que el Estado, como brazo protector de los niños, debe velar porque prevalezca el interés superior del niño sobre los demás derechos existentes.

De tal forma se establece que los menores tienen derecho a gozar de un ambiente “sano”³⁴ y equilibrado, la residencia penitenciaria no parece abocarse a ese lugar, ¿Qué disfrute puede gozar el menor en una celda creada proporcionalmente para el cumplimiento de una pena? Pues son demasiados los Artículos y derechos contemplados por y para los niños/as para su sano desarrollo, crecimiento, adecuada educación, seguridad social y socio ambiental que se ven menoscabados frente al derecho del cual la única propietaria y beneficiaria es la “mujer presa”.

Todo ello refleja la situación actual en nuestro país, y la forma en la que el Estado Federal maneja la situación carcelaria de los menores retenidos por el derecho concedido a sus madres en el cumplimiento efectivo de la condena, se pone en tela de juicio la aplicabilidad de los derechos reconocidos a los menores mediante pactos y tratados internacionales. Se reconoce un derecho explícito de las mujeres encarceladas a retener al menor hasta la edad estipulada de 4 años, pero así mismo se ofrece a modo de protección al menor, la institución de la llamada, prisión domiciliaria, cuya procedencia depende del sistema jurisdiccional, y las causas fundantes para el bienestar del menor en cuestión a cargo. La problemática radica cuando se viola este derecho concedido a la mujer, o bien no se desarrolla adecuadamente el menor tras las rejas en los años más importantes que marcarían su personalidad a futuro.

Sin dudas, la separación de los niños de sus madres a partir de los 4 años tiene un impacto traumático tanto en ellos como en sus madres. Hasta esa edad conviven diariamente con ellas y en muchos casos no tienen vínculos con el exterior, pero a partir de esa edad son brutalmente separados con las secuelas que dicha separación acarrea.-.

³⁴ ARTÍCULO 21. — DERECHO AL MEDIO AMBIENTE. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como a la preservación y disfrute del paisaje.

A la luz de los principios rectores ya marcados en la Convención sobre los Derechos del Niño se interroga acerca de la prevalencia del interés superior del niño cuando éstos son criados en el encierro.

3.5 Conclusión parcial

Por todo lo expuesto se comprende que el Estado es garante directo de los derechos que a lo largo de la historia se ha reconocido a los niños y niñas del mundo. Su progresividad es visualmente clara, desde abordar al menor como un incapaz absoluto, se ha logrado plasmar mediante instrumentos internacionales, tratados, leyes nacionales, provinciales y complementarias derechos que se reconocen por su sola calidad de tal. Colocando al menor en una postura igualitaria, en cuanto reconocimiento de derechos, a cualquier otro habitante del territorio sin distinción de edad, sexo, cultura, religión, y demás condiciones intrínsecas de un ciudadano nacional, empero con atención especial al crecimiento y sano desarrollo del menor en la sociedad.

Capítulo IV: Derechos vulnerados-Inconstitucionalidad

4.1 Introducción

Se pretende demostrar cómo adapta el sistema carcelario la cohabitación de los niños menores de edad con sus madres en el cumplimiento efectivo de una condena dentro del sistema penitenciario. Exteriorizar la forma en que se lleva adelante la política de convivencia del menor dentro del recinto, sus derechos vulnerados y finalmente analizar la inconstitucionalidad que implica la permisibilidad de la ley en el caso de estos menores sin elección.

4.2 Programa de Cohabitación Carcelaria

Este programa fue creado y diseñado exclusivamente para las mujeres reas que retienen consigo a sus niños menores hasta la edad permitida de 4 años. La cohabitación alude a la permanencia de la madre junto al menor en un pabellón especialmente diagramado para la contención de los menores en cuestión, a los fines de proteger el interés superior del niño.-

Algunos de los efectos positivos del Programa de Cohabitación son el apego infantil seguro y el desarrollo del comportamiento satisfactorio del niño. Además, estudios realizados en madres norteamericanas encarceladas demostraron que el plan ayuda también a la reducción de la reincidencia. De todos modos, es fundamental que se cumplan ciertos requisitos, ajustados al Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para que ellos no sufran los mismos problemas que sus madres: hacinamiento, falta de higiene, deficiencias edilicias, enfermedades contagiosas. Dentro de esas condiciones mínimas que deben cumplirse existen desde servicios básicos, como un lugar para que el niño duerma y

limpieza, hasta personal de guardería, enfermeros calificados, calidad y cantidad de alimentos y suministros de pañales y lociones, por ejemplo³⁵

Para el cumplimiento efectivo del programa de cohabitación, es necesario atender una serie de requisitos mínimos para su desarrollo e implementación, observemos los brindados por una guía general elaborada por la Defensoría General de la Nación, en colaboración con el *Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic* y the *University of Chicago Law School International Human Rights Clinic*³⁶

Categoría	Hecho
Servicios básicos	Arreglos adecuados para que el niño duerma. Cierta nivel de privacidad en los alojamientos. Limpieza general.
Servicios para los niños	Personal de enfermería y guardería calificadas. Sala de juego y servicio de guardería acorde a la edad. Acceso a áreas de juego a los aires libres y apropiados. Entorno parecido a aquel fuera de prisión.
Seguridad	Guardias entrenados o instruidos en el trato con niños. Separación del resto de la población de la prisión.
Desarrollo del niño	Monitoreo del desarrollo de los niños por parte de especialistas. Oportunidades para socializar con otros niños. Acceso a una educación apropiada a la edad. Disponibilidad de programas para niños fuera de prisión.
Salud	Acceso a servicios médicos adecuados. Disponibilidad de cuidados y tratamientos prenatales y postnatales. Número adecuado de médicos calificados (obstétricos/ginecológicos/ pediátricos). Pronta atención médica. Disponibilidad de medicación y tratamiento.
Necesidades básicas	Buena calidad y suficiente cantidad de comida.

³⁵ Lobos, Pettinaroli & Feliba. Eter Digital. Sociedad. Crecer entre Rejas. Extraído de: <http://eterdigital.com.ar/crecer-entre-rejas/>

³⁶ Defensoría General de la Nación, en colaboración con el *Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic* y the *University of Chicago Law School International Human Rights Clinic*, *Mujeres en Prisión en Argentina: Causas, Condiciones y Consecuencias* mayo 2013, p. 38.

	Vestimenta adecuada. Acceso a suministros para el cuidado de niños (pañales, lociones, etc.).
--	--

Según la UNICEF la privación de libertad de los niños tiene que ser una medida de último recurso, debido a que someter a un niño a vivir privado de libertad junto a su madre, no es el escenario adecuado para que este niño desarrolle sus competencias sociales, emocionales, afectivas. El contexto en el cual se somete al niño, no es un ambiente propicio bajo ninguna circunstancia, es por lo que se solicita que se tomen medidas alternativas en pro del bienestar del infante y la cohabitación de la madre con el hijo(a) en los centros penitenciarios resultaría ser el último recurso para la ley³⁷

Los programas de cohabitación son creados a los fines inmediatos de ofrecerle al menor una mejor permanencia en el periodo permitido, dentro del recinto penitenciario. Por supuesto este tipo de medidas se basan exclusivamente en proteger el interés del menor, es claro que la cárcel es el ambiente menos indicado para el normal desarrollo de la personalidad de estos menores, empero el vínculo afectivo tan necesario con su madre prioriza todas las medidas. Si bien en capítulos que anteceden se ha desarrollado el beneficio de la “prisión domiciliaria” a la que las madres de menores pueden acceder, una encuesta detecta la falta de información con que cuentan las mujeres presas, indica que esto puede ser, al menos en parte, debido al desconocimiento de esta ley; el 23,53% de las mujeres privadas de la libertad con niños no solicitaron el arresto domiciliario³⁸.

Lejos de cumplir con los estándares básicos del programa de cohabitación en el territorio nacional, se hace un intento inhumano por mantener y mejorar la permanencia y subsistencia de los mismos, pues de por sí las condiciones de infraestructura de las cárceles argentinas son carentes y dejan mucho que desear los mantenimientos internos de los edificios, tornándose inapropiados para menores. Cuestiones básicas de salubridad, higiene, protección humana, alimentación adecuada, son tan solo un puñado de observaciones que se hacen para su mejoramiento y adaptación.

³⁷ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos.

³⁸ Defensoría General de la Nación, en colaboración con el *Cornell Law School’s Avon Global Center for Women and Justice* and *International Human Rights Clinic* y the *University of Chicago Law School International Human Rights Clinic*, Mujeres en Prisión en Argentina: Causas, Condiciones y Consecuencias mayo 2013.

4.2.1 Modelo Argentino

La legislación argentina que regula la ejecución de la pena privativa de libertad ofrece a la mujer la opción de decidir retener consigo a su/s hijos/as menores de edad hasta los 4 años dentro del sistema penitenciario, acorde a esta permisibilidad se debatió sobre un programa que permita a la mujer convivir con su hijo dentro de un ambiente más propicio sin alejarse del radio penitenciario, se contempla que por el bienestar de los niños, después de cumplida la edad, el menor debe abandonar las instalaciones carcelarias para vivir con un familiar que pueda cuidarlo o bien a instituciones gubernamentales en donde permanecerá hasta la adolescencia, dependiendo de la sentencia de la madre. Los infantes, viven como si también hubiesen sido sentenciados; tienen que aprender de normas, reglas y estilos de vida que la institución provee. Conocen de la vida en prisión y del mundo exterior sólo cuando la madre sale para asistir a algún juzgado.³⁹

Tabbush & Gentile (2015) mencionan que el niño tiene derecho de crianza, es decir permanecer al lado de su madre, aunque ésta purgue una condena en un lugar no adecuado para su desarrollo; sin embargo, en la etapa inicial de la socialización, deben ser excluidos del penal en donde «resulta moralmente pernicioso» el ambiente carcelario; se teme que dentro del centro penitenciario aprendan los malos hábitos de las mujeres con quienes cohabitan y empiecen a reproducir comportamientos antisociales.

Argentina es parte y está obligada por la CDN, la cual establece que 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 niño⁴⁰, las reglas de Bangkok al respecto direccionan medidas⁴¹ al personal

³⁹ Cerda Pérez, P. (2016) Derechos de Familia y Diversidad. Los derechos de los Infantes y las Estancias Penitenciarias. Universidad Autónoma de Nuevo León. México. Primera edición.

⁴⁰ CDN. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

⁴¹ Regla 5: Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación.

Regla 33.3: Cuando se permita que los niños permanezcan en la cárcel con sus madres, se sensibilizará también al personal penitenciario sobre las necesidades de desarrollo del niño y se le impartirán nociones básicas sobre la atención de la salud del niño a fin de que pueda reaccionar correctamente en caso de necesidad y de emergencia.

penitenciario en relación a la atención de todo tipo que los menores deben recibir hallándose en el interior del recinto, la atención de sus madres, el desenvolvimiento de estas con los menores y la de los últimos con el personal capacitado. Por su parte las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁴² alude a la existencia de instalaciones especiales, guarderías destinadas a la atención exclusiva de los menores cuando los mismos no se hallen con la reclusa, por supuesto supervisados por personal calificado para la tarea.

Por lo expuesto es clara la falta de regulación nacional normativa en relación a los programas de cohabitación carcelaria, se motiva mediante los pactos internacionales y se atiende a cumplir lo pactado en ellos. La presente laguna legislativa impide asimismo marcar un proyecto claro que lleve a ser implementado en el territorio federal, a diferencia de otros países donde se han desarrollado programas pilotos destinados estrictamente a la regulación puntual de los menores que conviven tras las rejas con sus madres reas.

4.2.2 Programa piloto de otros países

4.2.2.1 Chile

El Programa Piloto línea materno infantil del Programa Abriendo Caminos fue implementado en el año 2012 por el Ministerio de Desarrollo Social de Chile. Este programa piloto, se enfoca en los hijos menores de edad que se hallan sujetos a la tutela y retención por parte de sus madres presas dentro del sistema penitenciario federal. El

Regla 42: El régimen penitenciario permitirá reaccionar con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y las mujeres con hijos. En las prisiones se habilitarán servicios o se adoptarán disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas puedan participar en las actividades de la prisión

Regla 48: 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. No se impedirá que las reclusas amamenten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello.

Regla 51: Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad.

⁴² Art. 23 En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

programa piloto tiene como finalidad garantizar las condiciones mínimas para que los lactantes, que viven con sus madres dentro de una sección materno-infantil, puedan desarrollarse de la mejor forma, acorde a sus necesidades y potencialidades, junto con esto, brindar las condiciones adecuadas para el momento de su egreso. Además, se trabaja en la integración del niño al nuevo grupo familiar y comunitario⁴³, en este sentido la legislación Chilena también se adapta a los estándares internacionales y lleva adelante el programa en virtud de lo contenido en los tratados de jerarquía constitucional, se prepondera el interés del menor por sobre la política penitenciaria.

Por parte del Programa Abriendo Caminos, se hacen talleres de competencias parentales, charlas sobre la importancia de la lactancia. Realizan actividades una vez al mes con las mujeres privadas de libertad, sus hijos (los que se encuentran dentro del C.P.F. y fuera de este), y con sus familias, las cuales se harán cargo de los infantes luego del egreso del centro penitenciario⁴⁴. En este país existen instaladas secciones diferenciales donde se alejan las reclusas con sus hijos menores hasta la edad de 12 meses pudiendo extenderse hasta los 18 meses, en adelante los mismos son egresados del penal.

4.2.2.2 Uruguay

La experiencia seleccionada se desarrolla en el Centro Penitenciario Femenino “El Molino” N°9. Este centro cuenta con una sección especial para mujeres que viven con sus hijos, los cuales pueden estar hasta los cuatro (4) años de edad, esta sección abrió sus puertas en el año 2010. El Instituto Nacional de Rehabilitación es el encargado de la sección materno-infantil dentro del centro penitenciario femenino⁴⁵.

La principal característica del caso colombiano se encuentra en que se enfoca en las madres privadas de libertad que viven con sus hijos – de hasta 3 años – dentro de un centro penitenciario en cualquier parte del país. Las secciones materno-infantiles, están a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Quienes realizan una intervención en tres etapas diferentes; 1) Encuentro con la directiva, para pedir

⁴³ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos.

⁴⁴ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos.

⁴⁵ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos.

autorización para realizar el estudio dentro del centro penitenciario femenino. 2) Se hizo un acercamiento con las madres, con la finalidad de motivarlas para que participaran del estudio propuesto, y a la vez dar a conocer el consentimiento informado como requisito solicitado. 3) Finalmente como tercer momento, la aplicación de la entrevista semi-estructurada poniendo el énfasis en los objetivos propuestos⁴⁶, aquí se les proporciona los medios mínimos para llevar adelante la crianza de los menores, existen cunas infantiles donde son alojados los pequeños para que las reclusas puedan trabajar en el recinto para generar ingresos destinados a solventar los gastos derivados de las necesidades infantiles. Cuentan con una suerte de guardería que les permite desarrollarse laboralmente a sus madres, a diferencia de Argentina, donde la experiencia co-habitacional es exclusiva para que la madre cuide del menor, durante toda la estadía de este en el penal.

4.2.2.3 Bolivia

En el caso de Bolivia, se pueden observar dos experiencias contrastantes, por un lado el Penal Femenino de Obrajes y por el otro, el penal de San Pedro. En el primero de los casos se trata de un centro exclusivamente femenino, siendo considerado como una excepción; mientras que en el segundo se trata de un centro penitenciario mixto, el cual representa la realidad de la mayoría de los centros penitenciarios de todo el país. En el Penal Femenino de Obrajes, el Centro de Orientación Femenino, inauguró el primer Centro de Atención Integral Pedagógica (CAIP) del país en el año 2015, el cual se constituye como un espacio de apoyo socioeducativo para los niños y niñas que viven con sus madres en el recinto. Este programa, impulsado por los Ministerios de Educación y Gobierno, pronostica la apertura de 16 CAIP en todos los recintos penitenciarios en los cuales se encuentren niños y niñas conviviendo con sus madres.⁴⁷

Los CAIP, se enfocan principalmente en un apoyo en términos de educación para los niños que conviven con sus madres en los centros penitenciarios. Esta iniciativa, es extremadamente reciente y consiste en la existencia de aulas pedagógicas que poseen las condiciones para el refuerzo educativo y psicológico, para jugar y aprender, con el fin de que los niños y niñas puedan abstraerse del entorno carcelario y

⁴⁶ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos.

⁴⁷ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos

de encierro. Además de lo anterior, cabe destacar que el centro de Obrajes es el único que posee un CAIP, de modo que el resto de los centros –incluyendo el de San Pedro– no cuentan con ningún programa que cubra las necesidades de los niños y niñas que allí viven. En la mayoría de los Centros Penitenciarios Bolivianos en los que residen niños/as, no se trata simplemente de la estadía del niño/a y su madre, sino que en la mayoría de los casos, se trata de la familia completa la que convive dentro de los recintos, por lo que la población femenina no se encuentra separada de la población masculina. En este país la edad máxima permitida para que los menores permanezcan bajo la tela de su madre es de 6 años y es asombrosamente interesante observar la política de implementan en relación a estos menores, allí las reas pueden gozar de una especie de “hogar” en las celdas proporcionada por la infraestructura y servicios que los recintos penitenciarios ofrecen al respecto.

4.2.2.4 Costa Rica

La experiencia tomada en este país es en la sección materno-infantil llamada “Casa Cuna”. En este lugar está enfocado para las madres viven con sus hijos(as) menores de tres años; el cual tiene capacidad para 30 mujeres y 30 niños. Las condiciones de habitabilidad del CAI son consideradas precarias y cuenta con altas tasas de hacinamiento dentro del centro penitenciario. El lugar donde se desarrolla esta experiencia es el Centro de Atención Integral (CAI) El Buen Pastor y este está a cargo del Centro Institucional Buen Pastor.⁴⁸

De acuerdo a la experiencia desarrollada, es que se busca revisar el derecho a la maternidad de las madres que se encuentran cumpliendo penas privadas de libertad, poder conocer cuál es la situación en que se encuentra el centro en relación a los derechos de los niños y determinar cuáles son los parámetros que se utilizan para la ubicación de estos mismos dentro del centro penitenciario. Por otro lado poder detectar cuáles son las dificultades, obstáculos o momentos en que los derechos de las mujeres privadas de libertad son violentados,⁴⁹ los niños en este país pueden permanecer, de una manera mucho más limitada que el resto de los países ut desarrollados, hasta la edad de

⁴⁸ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos

⁴⁹ Clío Dinámica Asesorías, Consultoría e Ingeniería limitada. Informe Final de Resultados. (2015) Estudio de Sistematización del diseño e implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos

3 años, pudiendo los mismos ser llevados a un hogar especial que recibe a estos menores condenados a la separación materna.

Es realmente asombroso observar las diversas políticas que toman los países en relación a la permisibilidad de retener los menores con sus madres, todo ello en virtud del “interés superior” de los niños en cuestión, pues no se observa un país o legislación que de manera tajante niegue la estadía temporal del menor en el recinto penitenciario, si bien las edades varían bastantes, algunos países permiten alojar los menores hasta la edad de 6 años y otros tan solo 12 meses, tomando en consideración la puntualidad del caso y lo que cada legislación interpreta como “etapa primordial de crecimiento” lo cierto es que Argentina carece de una legislación propia y completa donde pueda hallarse un fundamento sólido que ofrezca la prevalencia del real interés superior del niño.

4.3 Consecuencia del encarcelamiento en los niños

Los niños crecen en un espacio de metro y medio y, si bien es fundamental su relación con la madre encarcelada, también lo es cuidar su derecho a vivir en libertad y en comunidad⁵⁰. Está claro que adaptando las normas directrices de los numerosos tratados internacionales en materia de niñez e infancia, siempre debe prevalecer el interés superior del niño y es lo que a lo largo y ancho del mundo los estados miembros hacen un esfuerzo por respetar, empero es muy precisa la normativa que de cierta forma “valora” el interés del menor concediéndoles un pase directo a la cárcel, a cumplir una condena ajena, desprovistos de toda elección, porque es el propio beneficio que la ley 24.660 a la mujer de “retener” a su/s menores consigo en pos de velar por el apego materno.

Villareal Landeros (2016) propuso plantearnos que los niños no estén en la cárcel ,es para evitar la contaminación del niño en la cárcel o es para impedir que el niño active conductas propias de un delincuente y con ello se evite el crecimiento de delincuentes. El niño, dijo, llega un momento en que empieza a socializar y no debemos esperar a que ya esté en pleno proceso de socialización para retirarlo de la cárcel; muy por el contrario, creo que lo que debe hacerse es sacarlo de ahí lo más pronto posible. No se trata de dañar a la madre o al niño en su relación fundamental como familia, sino

⁵⁰ Cerda Pérez, P. (2016) Derechos de Familia y Diversidad. Los derechos de los Infantes y las Estancias Penitenciarias. Universidad Autónoma de Nuevo León. México. Primera edición.

de ver ante todo, el derecho superior del niño a crecer en un ambiente sano⁵¹, que puede ofrecerle una infraestructura deteriorada, carente de personal idóneo para el cumplimiento de sus funciones, barrotes, violencia, desprestigio por la vida y sobre todo el encierro, y hablar de encierro no es un término metafórico, el menor no socializa con el mundo exterior, no tiene las vivencias de un niño nacido y criado en libertad ¿y las reglas de conducta?

Abrahán Nuncio postula que los niños de los penales, constituyen en la nación una gran «deuda social» que el Estado y la sociedad en general, mantienen como uno de los núcleos en vulnerabilidad, más representativos en la nación, no sólo por la pobreza económica que caracteriza a sus familias, sino también por la ausencia de metodologías y presupuestos específicos donde se de atención a los hijos de internas e internos penitenciarios⁵².

Tal como lo detalla en un informe Beatriz Kalinsky (2005) que hace un análisis de las problemáticas de los menores en las prisiones y las consecuencias que el hacinamiento de ellos produce, los ruidos propios de un establecimiento penitenciario como candados y rejas que se abren y cierran todo el tiempo, gritos como forma aceptada de comunicación verbal, peleas entre detenidas; detenidas y celadoras y peleas familiares durante los tiempos de la visita. Además de los gritos que de su propia madre puede recibir como parte de la construcción del vínculo con ella que se consideran propios dentro de una micro- sociedad violenta como lo es la cárcel. La adquisición del lenguaje puede verse entorpecida por las limitaciones lingüísticas de las detenidas pero sobre todo por las jergas que suelen utilizarse: una de ellas es la policial. Encontramos una beba que estaba diciendo sus primeras palabras y en vez de decir “varón” o “mujer” decía “masculino” y “femenino”.⁵³

Los lazos que los menores crean intramundo se ven reducidos a las reas, celadoras y personal penitenciario, lo que conlleva la adaptación a un vocabulario poco hostil para un menor, cargado de violencia o rectitud penitenciaria, un desenvolvimiento escaso en relación a la “socialización” del menor, mundo que desconoce totalmente. Las vivencias de violencia, huelgas y otros tantos actos que se desarrollan “normalmente” en el mundo penitenciario no parece ser óptimo para el crecimiento de un menor. La

⁵¹ Cerda Pérez, P. (2016) Derechos de Familia y Diversidad. Los derechos de los Infantes y las Estancias Penitenciarias. Universidad Autónoma de Nuevo León. México. Primera edición.

⁵² Cerda Pérez, P. (2016) Derechos de Familia y Diversidad. Los derechos de los Infantes y las Estancias Penitenciarias. Universidad Autónoma de Nuevo León. México. Primera edición.

⁵³ Kalinsky, B. (2003) Madres que matan: preguntas y contextos. Revista de la Escuela de Antropología. Vol. VIII, Rosario-Argentina.

normativa decreta exigencias que lejos de cumplirlas están presentes en el marco regulatorio de manera ilustrativa. Según diversas encuestas⁵⁴ realizadas en la nación es de fácil apreciación la falta de compromiso, control, capacitación, y captación de la norma imperante.

4.4 Inconstitucionalidad

Por todo lo expuesto resulta posible plantear la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art.195 de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad en virtud del menoscabo directo, visible y latente del interés superior del niño a sazón de lo contenido por los innumerables tratados internacionales. Es evidente que la permanencia de los menores en los recintos carcelarios provoca en ellos un grave menoscabo en su personalidad, la afectación que ello tiene en el desarrollo del niño/a resulta central. El niño/a menor de cuatro años, está en una etapa inicial y central de su desarrollo, y la cárcel dejará huellas en la configuración de su ser. El niño o niña se ve obligado a familiarizarse con nociones tales como sanción, requisa, delito, etc., a las que no tendría por qué estar obligado a familiarizarse, de vivir en un entorno libre. Sumado a ello, el estigma que significa el haber transitado sus primeros años de vida en la cárcel. Resulta por demás conocido que el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños/as, lo que es señalado hasta por la propia expresión de motivos de la Ley citada anteriormente. Se considera que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño/a como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena como el contacto madre-hijo⁵⁵.

De acuerdo con la organización de la sociedad civil «Reinserta», el único derecho que se respeta en cárceles y reclusorios es el incluido en el artículo 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN)⁵⁶ que reconoce que es prioritario para

⁵⁴ Pueden verse en Defensoría General de la Nación, en colaboración con el Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justicié and International Human Rights Clinic y the University of Chicago Law School International Human Rights Clinic, *Mujeres en Prisión en Argentina: Causas, Condiciones y Consecuencias* mayo 2013, p. 57

⁵⁵ Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias. (2016) Recomendación VI. Derechos de las Mujeres Privadas de la Libertad – Genero en contexto de encierro-

⁵⁶ Artículo 9: 1. Los Estados Partes velarán por 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,

los niños a estar con su madre, pero el resto de las garantías y derechos a menudo son vulnerados⁵⁷, esto es, derecho a la salud, seguridad, alimentación apropiada, crecimiento digno, ambiente propicio para el desarrollo de su personalidad, libertad, entre otros. El Poder Judicial, cuando interviene con declaraciones de inconstitucionalidad, es un instrumento para impedir que las violaciones a la Constitución formal adquieran ejemplaridad y, por ende, para impedir que decaiga la vigencia sociológica de la misma constitución. Puede también, en un momento dado, lograr que esa vigencia sociológica extraviada se recobre⁵⁸

Bidart Campos (2002) denota que el cambio de valoraciones sociales puede servir como criterio de interpretación dinámica, y hasta para engendrar una inconstitucionalidad sobreviniente en normas que, a partir de cierto momento, pugnan frontalmente con esas nuevas valoraciones circulantes en la sociedad. Pero esta hipótesis ha de manejarse con suma prudencia y mucha objetividad. Entendemos que un simple cambio en esas valoraciones —de por sí difusas— no habilita para dar por consumada una inconstitucionalidad sobreviniente en torno de una determinada cuestión cuando sobre ésta nos falta alguna pauta definitoria y clara en la Constitución. Un ejemplo lo dilucida, es viable interpretar que existiendo en la Constitución Nacional una pauta de tipo favorable sobre la igualdad, se vuelven inconstitucionales las normas que chocan con los contenidos que nuevas valoraciones sociales consideran exigibles e

de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener

relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

⁵⁷ Cerda Pérez, P. (2016) *Derechos de Familia y Diversidad. Los derechos de los Infantes y las Estancias Penitenciarias*. Universidad Autónoma de Nuevo León. México. Primera edición.

⁵⁸ BIDART CAMPOS, German J. (2002) “Manual de la Constitución Reformada”. Tomo 1. Buenos Aires Argentina. Editorial: Ediar

incorporados a la igualdad.⁵⁹ Empero al margen de presentarse valoraciones sobrevenientes avaladas por Tratados Internacionales, es clara la muestra del perjuicio que la norma crea en los menores al permitirles a sus madres la “retención del menor” en el recinto penitenciario.

En sus Observaciones finales, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado preocupación por el hecho de que los niños vivan en la cárcel y por las condiciones en las que viven. El Comité recomienda que el Estado Parte examine la práctica vigente de que los niños vivan con sus padres en la cárcel, con miras a que esas estadías se limiten a los casos en que se atienda al interés superior del niño, y que vele por que las condiciones de vida sean propicias al desarrollo armonioso de su personalidad. En lo que respecta a los niños que residen en la prisión junto con sus madres, el Comité recomienda que el Estado Parte garantice unas condiciones de vida en la prisión que sean adecuadas para el pronto desarrollo del niño, de conformidad con el artículo 27 de la Convención. El Comité alienta al Estado Parte a que pida asistencia a este respecto, entre otros al UNICEF y a otros órganos de las Naciones Unidas.⁶⁰ Asimismo el órgano de contralor hace alusión al impacto que produce en el menor, la separación de este con su madre (rea) por lo que hace especial hincapié examinar la atención alternativa compensada a los menores separados de sus madres presas.

Es inconstitucional sin lugar a dudas, la aplicación de una norma que perjudica de manera directa el interés superior del niño por el cual intentan que prevalezca sobre el resto de los derechos del mundo, puesto que se ofrece al mismo tiempo el régimen de prisión domiciliaria otorgado a la madre se erige así como un derecho del que goza el niño, que se encuentra tutelado por preceptos de orden constitucional, los que protegen integralmente a la familia, madre y niño -arts. 14 bis, 3er. párrafo y 75, inc. 22 -que incorpora diversos Convenios, Pactos y Declaraciones internacionales que legislan al respecto; específicamente la CDN que en su preámbulo enuncia la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la

⁵⁹ Deymonnaz, v. & Zacari, M. (2010) Madres en prisión con niños menores de cinco años en el marco de las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Trabajo no publicado. Universidad Nacional de Rio Negro.

⁶⁰ Deymonnaz, v. & Zacari, M. (2010) Madres en prisión con niños menores de cinco años en el marco de las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Trabajo no publicado. Universidad Nacional de Rio Negro.

protección y asistencia necesarios para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.⁶¹

Entonces surge interrogar ¿para qué condenar a un menor al régimen carcelario, cuando la normativa general permite opciones? se procura evitar que la pena trascienda a la persona del autor –madre— y respetar el interés superior del niño dentro del marco de lo razonable para que aquella no constituya una sanción también para el niño.⁶²

El primer argumento que se expuso fue adaptar el instituto de la prisión domiciliaria⁶³ a las pautas consagradas por los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional conforme la reforma del año 1994. Así, los legisladores señalaron que la conveniencia de que los niños de corta edad queden al cuidado de sus padres ha sido reconocida en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño. Entonces se puede apreciar la norma desde un punto de vista razonable. No se plantea el objeto de mejorar la calidad de la privación de la libertad de la mujer presa, por el contrario, se tiende a la protección integral de los derechos del niño.

4.5 Conclusión parcial

A sazón de lo expuesto a lo largo de todo el presente trabajo, la inconstitucionalidad de la norma penal es más que evidente, los motivos abundan para marcar dicha inconstitucionalidad, principalmente por creer que el interés superior del niño es menoscabado cuando se le otorga a la madre la permisibilidad de retenerlos, en un ambiente totalmente inapropiado y alejado de toda realidad “ideal” descrita por la normativa vigente. Un menor no puede, no debe, purgar la condena junto a su progenitora más aun cuando son incapaces de escoger. La norma ofrece una alternativa más apropiada como es la prisión domiciliaria, a la que todo sistema jurisdiccional debería ajustarse en favor del interés superior del niño.

⁶¹ Deymonnaz, v. & Zacari, M. (2010) Madres en prisión con niños menores de cinco años en el marco de las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Trabajo no publicado. Universidad Nacional de Río Negro.

⁶² Deymonnaz, v. & Zacari, M. (2010) *Madres en prisión con niños menores de cinco años en el marco de las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño*. Trabajo no publicado. Universidad Nacional de Río Negro.

⁶³ En definitiva, es posible deducir que este instituto se encuadra dentro del marco de las Observaciones generales previstas por el Comité de Derechos del Niño pues el legislador esbozó sus argumentos legislativos desde la protección integral del niño.

Conclusión final

La Asamblea General de la Corte Interamericana de los Derechos del Niño proclama que “ (...) éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente (...) y que debe prevalecer sobre cualquier otro derecho, el Interés Superior del Niño.

Surge en el seno de la investigación que la reforma normativa impulsada para adaptar el sistema penitenciario al género femenino, en materia de prisión domiciliaria, en los incisos “e” y “f” del art. 32 de la Ley 26472 tuvo como criterio rector la finalidad de asegurar el interés superior del niño y la totalidad posible de sus derechos fundamentales, pues se ha sostenido en diversos fallos la necesidad e importancia de lo que representa para el niño la familia como medio natural de crecimiento, empero se refleja el doble perjuicio que sufre el menor, por un lado si es separado de su madre sufre la ausencia del ser que brinda su crianza, amor, bienestar, y por otro en caso de permanencia en el servicio penitenciario, la falta de seguridad, higiene, bienestar. Es justamente donde se abren las puertas al instituto que brinda al menor una mejor calidad de vida y acompañado de su progenitora, conservando así, un lugar hostil, adecuado, sano, higiénico y digno de convivencia y no supervivencia como sería si se hallare purgando condena junto a su madre en el recinto penitenciario. Por ello se manifiesta que la prisión domiciliaria garantiza el cumplimiento de la pena de la reclusa, por un lado, y por otro el interés superior del niño permitiendo el contacto de ambos.

En la ciudad de Córdoba, no solo la interna embarazada o madres de hijos menores de cinco años de edad a su cargo, pueden requerir el beneficio de la prisión domiciliaria, sino que también y en aras del interés superior de la niña o niño los Jueces de Ejecución anoticiados de la presencia de mujeres embarazadas o mujeres madres de niños menores de cinco años dentro del establecimiento penitenciario y dentro del ámbito de su competencia pueden iniciar de oficio el incidente de ejecución a fin de

tramitar el cumplimiento de la pena a ellas impuestas bajo esta modalidad especial de detención domiciliaria.

La prisión domiciliaria y su otorgamiento se han vuelto una atribución que el juez, en uso de sus facultades, puede dictaminarla de oficio cual simplifica su concesión, siempre que se preste real y especial observancia a la existencia del vínculo madre-hijo y que el mismo sea genuino y afectivo y que no se torne peligroso o retrogrado su permanencia con el menor, es claro que se “debe procurar evitarse que la pena trascienda a la persona del autor y respetarse el interés superior del niño dentro del marco de lo razonable, para que aquella no constituya una sanción también para ellos”

Tal como señala una sentencia judicial “es preciso recordar el derecho del niño a ser oído en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 2, 3.b, 24 y 27.a de la Ley 26.061), lo cual impone a los jueces el deber de adoptar los procedimientos adecuados y conducentes a garantizar que los hijos de madres privadas de su libertad puedan ser escuchados al respecto, como así también representados por quien resulte idóneo para declarar sobre lo que concierne a su mejor interés, en un rol que no aparezca confundido con intereses de terceros que no se vinculen con la protección del interés superior del niño”

A sazón de los derechos contenidos en la Carta Magna, los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional y demás instrumentos que pregonan el “interés superior del niño” se considera inconstitucional la aplicación del Art. 195 de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad, en cuanto se manifiesta claramente la violación de todos y cada uno de los derechos reconocidos a los niños, pues un menor por su sola calidad de niño tiene derecho a gozar de su libertad, salud pública, educación, formación adecuada de la personalidad que ha de marcar el crecimiento sano y futuro del menor y todo ello se ve frustrado entre las rejas junto a su madre privado de todo extramundo. A mí considerar debería hacerse vital hincapié en otorgar a estas reclusas el cumplimiento de la condena bajo la modalidad prisión domiciliaria, a los fines de ofrecerle a los menores perjudicados un ambiente al menos propicio para su normal, sano y justo crecimiento, por supuesto cumpliendo la obediencia debida por parte de la progenitora reclusa, atendiendo especialmente los

magistrados aquellos casos puntuales que hacen uso y abuso de la prisión domiciliaria para volver a delinquir.

Considero necesario una revisión “humanitaria” en favor de los menores de edad, vinculados específicamente a la problemática abordada, creo fuertemente que sus derechos son menoscabados, y que no debería aplicarse la permisión del art. 195 a las mujeres en el cumplimiento efectivo de la condena y al mismo tiempo despojar de todo derecho a la mujer que habiendo accedido al beneficio otorgado por los magistrados “prisión domiciliaria” en virtud del “interés superior del niño”, use de excusa el bienestar del menor para el beneficio egoísta y personal de volver a delinquir.

El triste y serio problema lo padecen los menores a cuyas madres se les niega la prisión domiciliaria, cuando con el transcurso del tiempo y de épocas el ordenamiento jurídico ha crecido y se ha modificado de manera considerable, pues los legisladores adaptan válidamente las normas al cambio de contexto socio-cultural que sufre nuestra gran sociedad y los jueces hacen su mejor esfuerzo por velar, en este caso particular, por los intereses de los niños de nuestra nación. La prisión domiciliaria actualmente es la forma más acertada de ofrecerle a una madre reclusa el cumplimiento efectivo de una pena y al mismo tiempo al menor un proyecto de vida digno.-

Bibliografía

Doctrina

- Alvero, J. (18 de Diciembre de 2017) La Nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. ¿Fin de la Puerta Giratoria? Pensamiento Penal, p.32
- Defensoría General de la Nación, *Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic* y *the University of Chicago Law School International Human Rights Clinic*. (2013) Mujeres en

Prisión en Argentina: Causas, Condiciones y Consecuencias. Recuperado de: <http://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf>

- Delgadillo, S. (2012). Mujeres Detenidas con Hijos Menores de 5 años y/o embarazadas Prisión domiciliaria: principios que operan sobre la cuestión al momento de administrar justicia. “Interés superior del niño”. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Defensoría General de la Nación (2009) Mujeres Privadas de Libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las Mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad. (1ªEd.) Recuperado de: https://books.google.com.ar/books/about/Mujeres_privadas_de_libertad.html?id=vaHScQAACAAJ&redir_esc=y
- Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (2006) Informe de Situación: Mujeres Madres con niños y niñas en contextos de encierro. Recuperado de: https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/PROGRAMA_MUJERE_S_2.pdf
- Espinoza, O (2016) Mujeres Privadas de Libertad: ¿es posible su reinserción social? Tesis Doctoral no publicada. Universidad de Chile. Instituto de Asuntos Públicos.
- Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal (2015) Mujeres Privadas de Libertad en el Sistema Penitenciario Argentino. Recuperado de: <http://www.jus.gob.ar/media/3203102/Mujeres%20privadas%20de%20libertad%20en%20el%20Sistema%20Penitenciario%20Argentino.pdf>
- Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación. (2011) Mujeres en Prisión: Los alcances del castigo. (1ª Ed.) Recuperado de: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>
- La Representación Cuáquera ante la ONU (2011) *Penal Reform International*: Resumen Informativo sobre las reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. Recuperado de:

www.quino.org/sites/default/.../ESPAÑOL_Briefing%20on%20Bangkok%20Rules.pdf

- Rodríguez G. & Ceruti R. (1998) Nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. Ley 24.660. Análisis, Comentario y Práctica. Buenos Aires Argentina. Editorial: La Roca
- Vigna. A. (2012) Análisis de datos del I Censo Nacional de Reclusos, desde una perspectiva de Género y Derechos Humanos. Uruguay

Jurisprudencia

- Cámara Nacional de Casación Penal. Causa N° 11366- Sala IV – “Castaño, Juana Carolina s/Recurso de casación” (09/11/2009)
- Cámara Nacional de Casación Penal. Causa N° 11239 – Sala IV - “Vélez, Cintia s/recurso de casación” (04/11/2009)
- Cámara Nacional de Casación Penal. Causa N° 11.400 – Sala II – “Díaz Roxana Ofelia s/ Recurso de casación” (12/11/2009)

Legislación

- Constitución Nacional
- Código de Procedimiento Penal. Poder Legislativo
- Código Penal de la Nación. Poder Legislativo
- Ley 24.660. Poder Legislativo
- Ley 11833. Poder Legislativo
- Corte Interamericana de los derechos del Niño
- Convención Americana de Derechos humanos
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Tratado Internacionales de los Derechos Humanos