

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



Mi bandera

La bondad está en los ojos
que arremeten desafiantes
contra dagas que se afanan.

No hay Victoria
duradera

todo es pírrico

incluso la traición

/que siempre
es pasajera/

Ahí anda la bondad
trascendiendo
al enemigo
y al destino de los hombres mutilado.

Invitando a redimirnos,
a desgastar al odio
hasta dejarlo
en soledad

sin nación y sin fronteras.

Autor: *Luciano Scatolini*

Arte de la portada: *Dolores Mendieta*

Obra: *Ekeko* (acrílico sobre tabla entelada; 85x82cm; 2018)

El derecho penal como herramienta de castigo contra las mujeres que se apartan de su rol: ¿Buenas o malas madres?

*Verónica S. Trillo*¹ | Universidad de Buenos Aires,
*John A. Carlin Sánchez*² | Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 4/Nº 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 487-499

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e346>

I. Introducción

En una sociedad atravesada por diferentes mandatos patriarcales, el derecho no escapa a este fenómeno. Más bien, contribuye en la reproducción de este sesgo patriarcal al establecer parámetros de aquello que se debe –o no– hacer, de aquellos comportamientos que se espera de una “buena mujer” y, además, de cuál deberá ser su rol –o lo que se espera de aquella– dentro de la sociedad. Por tanto, el resultado que obtendremos en este contexto será un derecho androcéntrico que transforma, reproduce y legitima determinadas prácticas, desde la creación, interpretación y aplicación de diferentes normas con consecuencias gravosas para las mujeres. Así, la ponderación de la maternidad como rol ineludible, como aquella finalidad inherente por el solo hecho de ser mujer, abre

¹ Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asesora Legislativa en el Honorable Concejo Deliberante del Partido de Moreno, Provincia de Buenos Aires.

² Estudiante avanzado de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho. Miembro del Proyecto DeCyT de la Facultad de Derecho, UBA, 2018-2020 “Principios Jurídicos” (UBA). Colaborador en el Centro Universitario San Martín (CUSAM). E-mail- carlinsanchezjohn@gmail.

un abanico de cuestionamientos al carácter prescriptivo de la construcción socio-jurídico de aquello que resulta ser –o no– una buena o mala madre.

En este trabajo, nos proponemos profundizar el análisis a partir de cuatro ejes. A tal fin, nos ocuparemos de las cuestiones socio-jurídicas y discursivas de diferentes sentencias en el ámbito argentino (II), esto es, en los casos de aborto (II.A), en el delito de Infanticidio (II.B), en los casos de los delitos por omisión y por imprudencia (II.C) y, por último, qué sucede con la maternidad en prisión y la detención domiciliaria (II.D). Al final, como conclusión, propondremos una respuesta al derecho penal que refuerza determinados estereotipos de género.

II. Cuestiones socio-jurídicas. ¿cuenta lo discursivo?

II.A. Aborto

Podemos indicar que, toda persona que decida no ser madre debe atravesar por un sistema de premios y castigos por parte del Estado quien no reconoce el derecho a la libre disposición sobre su cuerpo; estableciéndose, así, un trato desigual entre aquellas que eligen serlo de aquellas que eligen abortar.³

Por un lado, tenemos un Estado que “*premia*” a quien decide ser madre. ¿de qué manera? Esto a través de un sistema

³ Por ejemplo, los ordenamientos más permisivos reconocen el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por la sola decisión de la mujer a su solicitud y dentro de ciertos plazos (las regulaciones difieren en este punto, según se establece un límite gestacional en 12, 14, 18 o 24 semanas de gestación, para la realización de la práctica. Pasado el plazo contemplado en las regulaciones de los diversos países, las mujeres podrán acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de encontrarse en alguna de las circunstancias previstas en las normas (vinculadas con el peligro para su vida o su salud, por ejemplo)). Los ordenamientos más restrictivos, por su parte, establecen ciertas condiciones bajo las cuales sería posible llevar adelante la práctica del aborto. En términos generales, las legislaciones más liberales autorizan el aborto por razones socioeconómicas, o frente a riesgos para la vida, o para la salud física o mental de la mujer, mientras las regulaciones más restrictivas permitan la interrupción legal del embarazo solo en los casos de violación o incesto. (GHERARDI, N., “El derecho al aborto”, en DI CORLETO (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot, 2017, pp. 217-218).

de salud –ya sea medicina prepaga, obras sociales u hospitales públicos–, en donde se pone en funcionamiento la maquinaria estatal facilitando los recursos necesarios para quienes elijan esta opción y concreten así, un determinado proyecto de vida.⁴ Por otro lado, se encuentran aquellas personas que deciden interrumpir su embarazo, a quienes el mismo Estado “*castiga*” a la clandestinidad, a la violencia institucional, al dar como única respuesta restricciones en el acceso al aborto no punible y, peor aún, sometiendo al otro a la obligación de decidir entre su vida o su libertad,⁵ al requerir atención post aborto en el ámbito de la salud pública, cosa que no sucede con aquellas personas –que por tener los medios económicos suficientes–, eligen practicarse un aborto en un establecimiento privado; y, obviamente, sin olvidar que muchas de las que concurren a los establecimientos públicos quedan inmersas en la problemática de la falsa tensión entre el deber de denunciar⁶ y el secreto profesional médico.⁷

Para reflejar esta última cuestión se analizará el caso “*Belén*”.⁸ En dicho fallo nos encontramos ante una mujer imputada por

⁴ FAERMAN, R., “El derecho al aborto a la luz del principio de autonomía personal”, en Romina FAERMAN [et. al.], *Aborto, la marea verde desde el derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019.

⁵ El delito de aborto es un tipo penal establecido en el artículo 86 del Código Penal Argentino. El mismo establece que: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare”. A ello, debemos sumar lo prescripto para los médicos que intervengan en este hecho.

⁶ Así, el artículo 85, CP, establece que: “El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”; y el artículo 87, CP, que indica que: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.

⁷ Esta “falsa tensión” fue abordada en el plenario “Natividad Frías” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (26 de agosto de 1966), ese Tribunal resolvió que “No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no–...”.

⁸ CSJ Tucumán, Sala Civil y Penal, “S.S.S. s/ Homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación” (Caso “*Belén*”), reg. n° 329/17, rta. 23/3/2017.

el delito de homicidio agravado por el vínculo, causa que tuvo inicio e impulso a partir de la información y las declaraciones brindadas por el personal de salud que le prestó asistencia en el Hospital Avellaneda de la Provincia de Tucumán. Sin adentrarnos en otros hechos de gran relevancia en el caso (violación del secreto médico profesional, arbitrariedad en la valoración de la prueba, etc.), no podemos dejar de mencionar el siguiente dato relevante: ***Belén fue juzgada y defendida como culpable.*** ¿Cuáles son los argumentos para sostener esto? Pues bien, Belén manifestó desde un primer momento ***no saber que estaba embarazada,***⁹ pero nadie pareció darle importancia a sus testimonios, ni siquiera su defensa. Esta cuestión configura un dato relevante si tenemos en cuenta de que al no saberlo no podría haber evitado la muerte. Pero claro está, a la luz de una sociedad que maternaliza a la mujer, ***es inconcebible que ella no haya tenido conocimiento de su estado gestante.*** (las negritas nos pertenecen). Así, se lleva a cabo la “verificación de *violencia institucional* en contra de la joven, ya que a la ruptura del compromiso de reserva profesional se sumó una sucesión de hechos que nada se condice con el trato que debe recibir una persona en claro estado de vulnerabilidad, en este una mujer, que fue al hospital para recibir atención médica urgente: se la incriminó de ser autora del hecho acusándola desde un primer momento de mentir sobre su alegada ignorancia de su estado de embarazo; se le exhibió dentro de una caja el cuerpo del niño muerto como una suerte de castigo moral; se la sometió a tratamiento médico sin brindarse explicación alguna sobre la causa y alcance del mismo; se violaron todos sus derechos a la confidencialidad y a su privacidad, en franca vulneración de la obligación del equipo de salud de mantener el secreto médico, habiéndose permitido incluso la presencia de personal policial en medio de la práctica del legrado. Es decir que la

⁹ *Ibidem*, p. 30. En su declaración ante el Fiscal de Instrucción (fs. 23/24), Belén sostuvo que no tenía conocimiento de que cursara un embarazo: “[...] **yo no sabía que estaba embarazada** [...]”. (las negritas nos pertenecen).

encartada fue absolutamente relegada de su estado de paciente, dispensándosele a partir de allí un trato directo como rea”.¹⁰

Ante esto, creemos más que necesario pensar esta cuestión a partir de lo dicho por NINO, quien plantea que, el principio que está aquí en juego es el [...] “*principio de autonomía de la persona*”, y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.¹¹ Por tanto, la cuestión socio-jurídico de maternalizar a la persona esconde algo más grave por parte del Estado; esto es, vulnerar el principio de autonomía de la persona (reconocido en el art. 19, Constitución Nacional Argentina)¹² al prescribir todas aquellas conductas merecedoras de premios o castigos; negándoles, así, la autonomía y el reconocimiento pleno de sus derechos.

II. B. Infanticidio

Para empezar, indicaremos que el infanticidio según el artículo 81, inc. 2 del Código Penal de 1921, preveía una pena atenuada para la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontraba bajo la influencia del estado puerperal, con el objeto de ocultar su deshonra.¹³ Esta

¹⁰ Caso “Belén”, considerando 18.

¹¹ NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, 2da edición ampliada y revisada, Buenos Aires, 1989, pp. 204-205.

¹² Establece que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹³ Así, el art. 81, inc. 2, establece que: “Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el

norma fue derogada en 1994 por la ley 24.210. Como consecuencia de la supresión de este tipo penal en el ordenamiento jurídico, la conducta de la madre que mate a su hijo –durante el nacimiento o mientras dure el estado puerperal– constituye un homicidio agravado por el vínculo, y será merecedora de una pena de prisión perpetua, que a lo sumo es pasible de atenuación por circunstancias extraordinarias o emoción violenta.

Esta modificación legislativa merecía el análisis de la cuestión con mayor profundidad ya que, como bien indica ZAFFARONI: “[N]o se puede olvidar que los casos de infanticidio... son supuestos en extremo penosos y tristes, con frecuencia producidos en baños y en el curso de partos sin asistencia, cometidos por mujeres muy humildes y casi niñas, desconcertadas, a veces con cierta debilidad mental, privadas de mayor contacto humano, abandonadas por sus compañeros y a las que ahora, al suprimir el efecto simbólico negativo (deshonra y estado puerperal) que tenían algunos elementos del tipo privilegiado, se las enviará a prisión o reclusión perpetua” (Zaffaroni, 2000:35).¹⁴

Tal es el *caso de Yamila*,¹⁵ condenada a 9 años de prisión por el delito de abandono de persona seguido de muerte, con el agravante de haber sido cometido en contra de su hijo. Una sentencia cargada de ***prejuicios y estereotipos de género***, cuyo desarrollo gira en torno a que ***“Yamila ya era madre”*** y bajo ese precepto no se da lugar a argumentos que permitan

nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1 de este artículo”.

¹⁴ Cfr. PIQUÉ, M. L., & ALLENDE, M., “Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo”, en GARGARELLA, Roberto & PASTOR, Daniel, *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el Derecho Constitucional y el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

¹⁵ Juzgado de Sentencia en lo penal n° 8 de Rosario, “Sotelo, Yamila Araceli s/ abandono de persona agravado por ser cometido por un padre contra su hijo”, proceso 10/16, rta. 12/9/2016.

justificar su accionar, incluso se **“juzga”** su conducta en relación al embarazo anterior, sumado a **valoraciones respecto de su rol de madre** que no hacen a la causa en cuestión.¹⁶ (las negritas nos pertenecen).

El resultado de la derogación de la figura del infanticidio y la consecuente subsunción de la conducta en otros tipos penales, como es el caso de Yamila, trae aparejado un mayor castigo para las **“malas madres”**. Entonces, la propuesta deberá consistir en establecer un “punto medio” que permita dar cuenta de la fuerte connotación sexista de la concepción original del delito de infanticidio al incluir como elemento subjetivo del tipo la intención de “ocultar la deshonra” y, pensar, así, en un nuevo tipo penal con perspectiva de género que aborde esta cuestión.

II. C. Delitos por Omisión o por Imprudencia

En todos estos supuestos, el reproche a la mujer se basa en su función de garante del bienestar de sus hijos.¹⁷ Bajo esta mirada –que denota un fuerte estereotipo–, se atribuye a la mujer el rol de garante respecto de sus hijos por el solo hecho de ser madre, sin poner en análisis si efectivamente el contexto en el que se encuentra, ya sea atravesado por violencia de género, violencia doméstica, posibilita, efectivamente, la realización de la conducta exigida por la norma. En efecto, en estos casos donde la mujer cumple el doble rol de víctima y de madre, se espera que trascienda su victimización y actúe a favor de sus propios hijos/as, con independencia de su propia situación.¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, p. 17. Observa la Defensa que la fiscalía ha realizado valoraciones personales en cada presentación. Que a fs. 329 la fiscal expresa: “la justicia deberá mantener en resguardo a la otra hija de Sotelo, no permitiéndole su convivencia”. Que con esa afirmación la fiscal no solo se entromete en una decisión que es competencia de otro fuero, sino que desnuda su visión de “mala madre” que tiene respecto de Sotelo”.

¹⁷ Cfr. HOPP, C., “‘Buena madre’, ‘buena esposa’, ‘buena mujer’: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DI CORLETO (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, 2017.

¹⁸ PIQUÉ, M. L., & ALLENDE, M, op. cit.

El *caso Pippo*¹⁹ es un claro ejemplo al respecto ya que surge de distintos elementos de la causa, sobre todo de las declaraciones de los testigos, que las agresiones a los hijos de la pareja fueron propiciadas por el padre, pero, aun así, se considera igualmente responsable a la madre. No se hace ninguna diferenciación en la valoración de la conducta de cada uno.

Es así, que “[...] no interesa qué acción llevó a cabo cada uno de los padres, o si, como lo consideró el tribunal de grado, alcanza con presumir que al menos uno actuó por comisión mientras el otro lo toleró, sino que lo determinante es que el resultado de lesiones ha sido constatado, y es en función del deber institucional de sus progenitores que éstos deben responder”.²⁰

En contraposición, tenemos el *caso de Yanina González*,²¹ imputada por abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo. Su hija fallece producto de las lesiones que le provocó la pareja de Yanina. La sentencia absolutoria, tuvo en cuenta que Yanina dentro de sus *escasas posibilidades*, tenía *retraso madurativo* y estaba atravesada por un *contexto de violencia de género*, hizo lo que estuvo a su alcance: pidió ayuda con anterioridad al concurrir al centro comunitario Gallo Rojo, donde mostro las marcas que la niña tenía en el cuerpo; asistió a su hija cuando advirtió que se sentía mal. Este fallo nos acerca más hacia el derecho que queremos, un derecho con perspectiva de género, libre de estereotipos.

II. D. Maternidad en Prisión y Detención Domiciliaria

Existen en nuestro ordenamiento dos previsiones que contemplan la situación de las madres de niños de corta edad. La

¹⁹ CFCP, Sala I, causa n° 15.539, caratulada: “Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/ recurso de casación”, reg. n° 24.028, rta. 8/9/2014.

²⁰ Ídem.

²¹ “González, Yanina S/ Abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo”, 11 de marzo de 2015, Tribunal en lo Criminal Oral N° 2, San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

Ley de Ejecución 24.460, en su artículo 195,²² permite que las mujeres encarceladas puedan tener consigo a sus hijos menores de 4 años. El Código Penal de la Nación, en su artículo 10, establece que, podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria –entre otros supuestos– la mujer embarazada y la madre de un niño menor de 5 años o a cargo de una persona con discapacidad.

Es necesario, por un lado, tener conocimiento de la composición social de la población carcelaria. Esto es entender que, dentro de la cárcel, nos encontramos con personas privadas de la libertad que llevan consigo el agravante de ser alcanzadas por la pobreza y marginación social. Y, por otro lado, saber identificar la vulneración de derechos y garantías, de las que son víctimas en el transcurso del cumplimiento de una condena.

Al respecto, “La Corte Interamericana (en adelante “la Corte IDH” o “Corte IDH” –siguiendo criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Corte EDH” o “Corte EDH”) – estableció, a partir del caso Neira Alegría y otros, que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.”²³ Este criterio fundamental ha sido

²² “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado”. Al respecto, “[...] es conocido que los establecimientos penitenciarios no proveen un ambiente amigable para los niños y niñas, pero resulta importante que puedan criarse junto con su madre, por el principio fundamental del interés superior del niño, el que deberá primar en toda decisión. Es obligación del Estado mejorar el ambiente para que el niño o niña no sufra consecuencias psicológicas. No hay duda que constituye una obligación del Estado velar por la seguridad y bienestar del niño o niña y, especialmente, por su integridad psicofísica”, en SALDUANA, M. & DE LA FUENTE, J. E., *Ejecución de la pena privativa de la libertad: comentario a la ley 24.660 reformada por la ley 27.375*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 548.

²³ Corte IDH., Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60. Para un mayor análisis acerca de los delitos de omisión de evitación de tortura se puede consultar LAMAS, Felipe & CARLIN SANCHEZ, John A., “Sobre la omisión de

reiterado consistentemente por la Corte Interamericana, tanto en sus sentencias, como en sus resoluciones de medidas provisionales; con respecto a estas últimas a partir de su resolución de otorgamiento de las medidas provisionales de la Cárcel de Urso Branco, Brasil (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Considerando 8).²⁴

Acerca de las condiciones de detención la Corte EDH indica “que, quien sea detenido ‘tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal’. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad”.²⁵

Ahora bien, a pesar de encontrarnos con normas que podríamos entender que refuerzan el estereotipo de “mujer madre” y los roles de cuidado asignados a la mujer, debe entenderse también que, en su concepción responden, por un lado, a la **protección del interés superior del niño** y, por otro lado, **el derecho de la mujer a sostener el vínculo con sus**

evitación de tortura’ como mecanismos de frenos punitivos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año IX, N°9, octubre 2019, pp. 3-9.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc.64, 31 de diciembre de 2011, párr.51.

²⁵ Cfr. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126.

hijos.²⁶ Además, en el supuesto de detención domiciliaria, vino a subsanar el impacto que tiene en el resto de la familia el encierro de la madre. En general, las mujeres-madres que están en prisión son **jefas de hogares monoparentales,**²⁷ por lo que su encierro trae aparejado un aumento de la **vulnerabilidad** de sus hogares, el desmembramiento de la familia y el desamparo de los menores.²⁸ (las negritas nos pertenecen).

La problemática surge al momento de aplicación de estas normas. En cuanto a las madres que conviven en prisión con sus hijos menores de 4 años, las distintas formas de vulneración de derechos a las que se ven sometidas –violencia física, acceso restringido a los servicios de salud y atención médica, etc.– afectan las condiciones en que las detenidas ejercen la maternidad.²⁹ Dadas estas condiciones, cabe preguntarnos si en pos de “satisfacer” el derecho de las madres de tener a sus hijos consigo en prisión o el derecho de los niños de estar con sus madres, son más los derechos vulnerados que los que se intentan proteger.

Así, “[...] El Estado al privar de la libertad a una persona asume una responsabilidad especial de la que surgen deberes concretos de respeto y garantía de sus derechos, y de la que surge una fuerte presunción de responsabilidad internacional

²⁶ Así, “[...] La vida en prisión de las mujeres que conviven con sus hijos menores de 4 años se caracteriza por la constante preocupación acerca de las necesidades insatisfechas de sus hijos. Estas mujeres están más preocupadas por la higiene del lugar de alojamiento, las plagas persistentes (cucarachas, ratas, etc.), las condiciones materiales (espacios no aptos para los niños, sin juegos, con elementos riesgosos, conexiones eléctricas inseguras, falta de medidas de prevención de incendios, etc.), la alimentación que reciben para sus hijos, la atención a la salud (la ausencia de guarda pediátrica permanente, los reiterados episodios de enfermedades respiratorias que sufren los pequeños, etc.”, en MONCLÚS Masó, M., “Mujeres con hijos en prisión. Comentario a los artículos 195 y 196”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/comentadas/46511-articulos-195-y-196-mujeres-hijos-prision>, p. 9.

²⁷ GIACOMELLO, C., “Mujeres privadas de la libertad una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal”, en Di CORLETO (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, 2017, p. 355.

²⁸ MONCLÚS Masó, M., “El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as”, en Di Corleto (comp.), *op. cit.*, p. 376.

²⁹ *Cfr. AAVV, Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, FCE, Buenos Aires, 2011, p. 105-150.

del Estado con respecto a los daños que sufren las personas mientras se encuentren bajo su custodia”.³⁰

Con respecto a la detención domiciliaria, surge del análisis de las sentencias denegatorias que, en su gran mayoría, se basan en el estereotipo de “mala madre” y/o en pronósticos peligrosistas (peligro moral o material que implicaría la presencia de la madre en el hogar). El razonamiento judicial parece entender *a priori* “**madre que delinque = mala madre**” (las negritas nos pertenecen). Bajo este precepto, consideran que si los niños no están en una situación de abandono y desamparo total no hay por qué considerar que la convivencia con la madre les sería beneficiosa y, aun cuando no estén en las mejores condiciones, probablemente estas empeorarían estando bajo el cuidado de una “mala madre”.³¹

III. Conclusión

De lo aquí expuesto surge que, tal como dijimos al comienzo, estamos frente a un derecho androcéntrico que, como tal, reproduce y sostiene un sistema de desigualdades entre hombres y mujeres, recepta y refuerza estereotipos de género.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 13. “[Asimismo, existen] otros deberes básicos del Estado derivados de su posición de garante de los derechos de las personas privadas de libertad, como lo son: (a) el asegurar un control judicial pronto y efectivo de la detención, como garantía fundamental de los derechos a la vida e integridad personal de los detenidos; (b) el deber de mantener registros completos, organizados y confiables del ingreso de personas a los centros de privación de libertad, y el deber de realizar un examen médico inicial de los detenidos en el que se determine la posible existencia de signos de violencia y la presencia de enfermedades transmisibles o que ameriten un tratamiento específico; (c) la necesidad de contar con personal penitenciario idóneo, capacitado y que ejerza sus funciones en condiciones adecuadas, el cual deberá ser de naturaleza civil e institucionalmente distinto de la policía o el ejército —en particular si está en contacto directo con los reclusos o sus familias—; el deber de recurrir al uso de la fuerza —letal y no letal— sólo cuando sea estrictamente necesario, de forma proporcional a la naturaleza de la situación que se busca controlar, de acuerdo con protocolos previamente establecidos para tal fin, y asegurando que tales acciones sean objeto de controles institucionales y judiciales; y el deber de establecer recursos judiciales idóneos y sistemas de quejas efectivos ante posibles violaciones a los derechos humanos derivadas de las condiciones de reclusión.”, *Ibidem*, párr. 16.

³¹ Cfr. AAVV, *Punición y Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2015, pp. 86-102.

Emerge entonces la necesidad de pensar un derecho con perspectiva de género. Un derecho donde aquellas mujeres que deciden no ser madres vean reconocido y garantizado el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, su propio plan de vida. Donde quienes cometan un delito sean juzgadas objetivamente por aquel y no prejuizadas por valoraciones personales. Entendiendo el rol de garante en su concepción normativa, no como un deber en cabeza de la mujer por el solo hecho de ser madre, exigiéndole que haga más por sus hijos de lo que puede hacer por ella misma. Garantizando a las madres condenadas a prisión y a sus hijos el derecho a vincularse, erradicando así el “castigo” que supone la ruptura de ese vínculo.

Más temprano que tarde los mandatos patriarcales caerán y junto con ellos los estereotipos y roles asignados. Las mujeres-madres en conflicto con la ley penal serán juzgadas solo respecto de la cuestión en juego, tomando en cuenta el contexto que las atraviesa como mujeres –antes que como madres-, concibiendo a la maternidad como una decisión y no como un deber que las obligue a soportar lo insoportable.

IV. Bibliografía

- Allende, Martina & Piqué, María Luisa, “Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo”, en Gargarella, Roberto, Pastor, Daniel (dirs.) y Finkelstein Nappi, Juan Lucas (coord.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2016.
- Di Corleto, Julieta (comp.), *Género y Justicia Penal*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2017.
- Faerman, Romina, “El derecho al aborto temprano a la luz del principio de autonomía personal” en *Red de Profesoras de Derecho UBA, Aborto, la marea verde desde el Derecho*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019.
- Hopp, Cecilia Marcela, “Mujeres en Conflicto con la Ley Penal”.