

**PRIMERA INFANCIA TRAS LAS REJAS: ¿VICTIMAS SILENCIOSAS DEL
ENCARCELAMIENTO?**

CLAUDIA JIMENA SÁNCHEZ BARRERA



UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHOS HUMANOS Y DEFENSA ANTE SISTEMAS
INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

BOGOTÁ D.C.
3 de diciembre de 2015

Tabla de Contenido

PRIMERA INFANCIA TRAS LAS REJAS: ¿VICTIMAS SILENCIOSAS DEL ENCARCELAMIENTO?	3
Introducción	4
I. Generalidades sobre los hijos de progenitores encarcelados: niños en las cárceles.	8
II. Legislación Internacional frente al tema de los niños que nacen en la cárcel	10
III. El caso colombiano: “creciendo tras las rejas”	18
IV. Conclusiones	26
V. Referencias	29

PRIMERA INFANCIA TRAS LAS REJAS: ¿VICTIMAS SILENCIOSAS DEL ENCARCELAMIENTO?

Claudia Jimena Sánchez Barrera*

Resumen

La situación de los niños que nacen y viven con su madres en los centros de reclusión en Colombia, según lo establecido por el artículo 153 de la ley 65 de 1993, modificada por la ley 1709 de 2014, es objeto de reflexión de este artículo; dado que surge la cuestión sobre si las mencionadas disposiciones del Estado colombiano están protegiendo el interés superior del niño, o, por el contrario, se presenta una colisión de derechos. En este último caso, el Estado tendría que asumir nuevas posturas en pro de cumplir con su función como garante de los derechos del menor. La legislación existente, tanto a nivel nacional como internacional, justifica las disposiciones que se han implementado, pero también deja ver los vacíos que aún persisten al respecto, así como el debate que se ha generado sobre la permanencia de los niños en las cárceles. De lo anterior se deduce que para proteger el interés superior del niño, además de mejorar la situación de las cárceles también habría que propender por una aplicación de la ley 750 de 2002 la cual establece la casa por cárcel para los padres con el fin de mantener la unidad familiar.

Palabras Clave

Derechos del niño, interés superior del niño, artículo 153 de la ley de 1993, vinculo materno, unidad familiar.

*Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Especializada en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la Universidad Católica de Colombia, M Sc Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada cajicusa@hotmail.com

Abstract

This paper aims to describe the situation of children who are born and live with their mothers in prisons in Colombia, as established by Article 153 of the Law 65 of 1993, amended by Law 1709 of 2014. In order to describe whether these provisions by the Colombian government is protecting best interests of the child, or we face a conflict of rights , which is why the state would have to assume new positions towards fulfilling its role as guarantor of the rights of the children. For this, the existing legislation nationally and internationally will be presented in order to justify the provisions that have been implemented and the gaps that still exist in this regard. It will be deducted from the above that in order to protect the best interests of the child, it is necessary to improve prison conditions and also to promote the application of the law 750 of 2002 which provides for house arrest for parents in order to keep the union of the family.

Key Words

Children Rights, best interests of the child, Article 153 of the 1993 Act , maternal bond, union of the family.

Introducción

En el sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano está permitido, por mandato legal del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario modificado por la ley 1709 de 2014 en su artículo 18, la permanencia de los hijos menores de tres años de las internas en las cárceles de mujeres del país, y agrega así mismo la ley que se les garantizará la atención especial a los niños que se encuentren en esa situación. Si bien estar junto a la madre es considerado lo ideal para un niño, cualquiera que sea su situación, en libertad o privada de ella, hay que tener en cuenta la suerte del niño o niña mientras permanece recluido con su madre y cuando debe ser separado de ella tras haber cumplido 3 años de edad.

La ley carcelaria y penitenciaria colombiana, y se podría afirmar que la universal, sólo se preocupa por fijar un parámetro de edad para la permanencia del niño junto a su madre exponiendo la importancia del vínculo filial en los primeros años de vida. Sin embargo la calidad de dicha permanencia, el desarrollo integral del niño, el cubrimiento de los gastos que demanda su sostenimiento y crianza, son algunos de los aspectos que no contempla la ley, ni en el sistema nacional, ni en el universal, evidenciando un vacío respecto a los derechos del niño; así como también en el caso cuando los pequeños, al cumplir la edad requerida, son separados de sus madres.

Esta situación ha generado un amplio debate desde diversos sectores, quienes apoyan la permanencia de estos niños en la cárcel, argumentan que el niño tiene derecho a no ser separado de su madre y la necesidad de mantener y fortalecer el vínculo entre ambos; quienes se oponen a ella esbozan las consecuencias y secuelas físicas y psicológicas que puede acarrearle al niño la permanencia en el lugar de detención, debido al escenario de violencia, las restricciones, y conflictos que se producen a diario en estos lugares.

En virtud de lo anterior, estaríamos frente a la colisión de varios derechos fundamentales del niño, pues está el derecho a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de los padres ya que resulta fundamental el vínculo con sus progenitores, el contacto de la madre con la hija o hijo durante los primeros años de vida. Esta importancia es reconocida por diversos instrumentos internacionales en particular por la Convención de los Derechos del Niño².

No obstante, resulta claro que el ámbito de la prisión no es el lugar más adecuado para que los niños crezcan, por lo que se estaría violando el derecho a una vida digna. Por esta razón una de las propuestas que más eco ha tenido tanto a nivel nacional como internacional ha tenido es la de otorgar la casa por cárcel a las mujeres en estado de embarazo, así por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989,

² La CDN reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia”. La disposición se encuentra recogida en otros artículos, el artículo 5 se establece que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres. En el artículo 7 se reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (Pinto & Freedman, 2009)

sobre mujeres y niños encarcelados, supuso una clarísima llamada de atención a los Estados sobre los efectos de la cárcel en las personas, en general y, en particular, sobre los menores. La resolución “insta a los Estados miembros a que, con carácter de urgencia, investiguen y apliquen medidas de sustitución de la pena de prisión” (Melero, 2011, p. 177), para las madres encarceladas con hijos.

En este mismo sentido se ha dicho que bajo ninguna circunstancia los niños de poca edad deben ser considerados como detenidos y en pro de ello deben tomarse medidas especiales para disponer de una guardería infantil dotada de personal cualificado donde el niño sea ubicado cuando el pariente esté realizando actividades a las cuales no tenga permitido el acceso al menor edad en prisión. (Melero, 2011)

Más allá de revisar las consecuencias que tiene para los niños su permanencia en las cárceles, el objetivo general de esta investigación es analizar los argumentos expuestos desde la perspectiva de derechos humanos y derechos del niño frente a la legislación local, específicamente la ley 1709 de 2014 en su Artículo 18. Para establecer cuáles serían los mecanismos necesarios para proteger tanto el libre desarrollo del niño al permanecer junto a la madre, durante los primeros años de vida así como el derecho a una vida digna en la reclusión si el menor a de permanecer en la cárcel.

El artículo se ha dividido en cuatro apartados principales que coinciden con los objetivos específicos del trabajo, el primero se enfocará en plantear algunas generalidades respecto al tema de los niños que crecen en la prisión, posteriormente se establecerán las referencias que se han hecho a nivel universal frente a este tema y la jurisprudencia que existe tanto a nivel internacional como regional. Un segundo apartado trata el caso específico colombiano articulando algunos aspectos de la legislación en Colombia, con las realidades para luego exponer los argumentos a favor y en contra de esta medida, desde lo jurídico y lo psicológico, para concluir finalmente cual sería la mejor forma de responder a estos casos.

El método de investigación empleado es de carácter cualitativo, a partir del cual se pretenden examinar las dinámicas existentes entre la legislación internacional y la interna

frente al tema de la infancia tras las rejas. Las variables tanto dependientes, como independientes, que están involucradas dentro del estudio hacen parte de fenómenos legales que van a ser analizados e interpretados bajo esta categoría, en la medida en que son fenómenos cambiantes y experienciales. Los datos que se pretenden utilizar sólo se usan con fines evaluativos y analíticos.

Este estudio de caso, implicó un proceso de indagación, y resulta útil para analizar y explicar las relaciones causales que generan la evolución de la ley frente a las necesidades del Estado Colombiano, con la intención de ofrecer una mejor comprensión y claridad de las complejas dinámicas y los diversos intereses que se generan dentro del Estado, frente a este fenómeno.

El estudio también contempla una parte cuantitativa, en lo que respecta a la información sobre el número mujeres en las cárceles, los niños tras las rejas, los números relacionados con la cantidad de personas que se encuentran detenidas³.

La metodología utilizada para este artículo se basó en el método analítico, mediante el estudio de textos como fuente primaria de investigación y artículos periodísticos que muestran la situación de las cárceles en Colombia. Así como jurisprudencia nacional y la producción de investigación por aspirantes a abogados de las diferentes universidades del país. Este trabajo resulta significativo debido a los vacíos existentes en materia jurídica en cuanto a las condiciones y principios que deben regular la permanencia de estos niños en prisión, para garantizar el interés superior del niño.

³ hay cifras que varían dependiendo de la fuente, porque algunas provienen del gobierno, y otras provienen de organizaciones que han decidido emplear sus propios recursos para llevar a cabo investigaciones.

I. Generalidades sobre los hijos de progenitores encarcelados: niños en las cárceles.

El hombre de hoy fue el niño de ayer, el Hombre de mañana será el niño de hoy, de modo que la mala educación y la mala crianza, la debilidad física moral e intelectual, es la herencia que recibimos y transmitiremos casi íntegra, si no integra del todo...
(Arenal, 2003 pág. 13)

El fenómeno del encarcelamiento de padres afecta a millones de niños en todo el mundo, por lo general las personas encarceladas provienen de los sectores más vulnerables de la sociedad. Las cifras sobre este fenómeno son escasas, dado que son pocos los estudios que se han realizado al respecto, no solo en el ámbito colombiano, sino también en el mundial. Sin embargo el impacto que tiene el encarcelamiento sobre las familias si ha sido una problemática ampliamente analizado, la conclusión más obvia de la mayoría de los estudios es que:

“cuando se encarcela a alguien, se produce un proceso de desestructuración familiar (...) hundimiento y destrucción de la familia, ruptura de las relaciones del hogar, ruptura de las relaciones con los componentes de la familia, o con alguno/a de ellos/as problemas psíquicos graves, especialmente para la madre o problemas de salud graves para otros miembros de la familia. A todas estas consecuencias se tiene que añadir, además, el rechazo social” (OSPDH 2006, pág. 137-138)

Según algunos estudios a nivel mundial, el porcentaje de mujeres encarceladas ha aumentado en las últimas décadas, superando el crecimiento experimentado por los hombres (Beey, 2009). Los más afectados debido a esto son los niños, tanto quienes quedan desamparados ante el encarcelamiento de las madres, como los que nacen dentro de las cárceles.

Teniendo en cuenta esto, en los últimos años y especialmente tras la inclusión al sistema de Naciones Unidas de la Convención de los derechos del niño, se han hecho algunos estudios, tratando de analizar el tema desde la perspectiva de los derechos que se le reconocen y simultáneamente se le vulneran a los niños que nacen en las cárceles.

Los primeros análisis se enfocan en las cifras, dichos estudios han intentado cuantificar el problema en algunos países. En Australia, se calculó que unos 145,000 niños menores de 16 años (casi el 5% del total de niños en Australia) habían tenido un padre o

madre en la cárcel, en tanto que en las comunidades aborígenes –que son una minoría– el porcentaje se elevó hasta un 20%. Los niños de unas 20,000 mujeres brasileñas son hijos de madres encarceladas (si contáramos también a quienes tienen al padre en la cárcel, las cifras probablemente se elevarían mucho más). En 1999, se calculó que aproximadamente 1.498.800 niños en Estados Unidos tenían un padre o madre en prisión, lo que significa un incremento de más de 500,000 desde 1991. (Robertson, 2007 , p. 7).

Colombia no es ajena a estas dinámicas, para el caso particular de nuestro país como lo muestra el siguiente cuadro, hay un total de 140 niños en las reclusiones en Colombia, dentro de esta cifra Bogotá es la ciudad con mayor cantidad de niños hijos de progenitoras presas tras las rejas. Aunque no hay un estudio sobre la procedencia y los crímenes por los cuales se encuentran estas mujeres privadas de la libertad, lo cierto es que teniendo en cuenta las condiciones penitenciarias del país, es una cifra bastante elevada.

Según un informe de El Tiempo, de esos 45 niños en Bogotá, 33 pequeños de 0 a 3 años están en la cárcel El Buen Pastor de Bogotá. (El Tiempo, 2013). Pero pese a que la cifra en términos comparativos con otros lugares parece insignificante. El problema para el caso es mucho más dramático y complejo si se tienen en cuenta los siguientes datos.

Según el periódico, El Espectador en la institución penitenciaria El Buen Pastor, la cárcel femenina de que opera en Bogotá, el índice de hacinamiento, que supera la cifra nacional, asciende al 69.60%. Teniendo capacidad para 1275 internas albergaba a 2162. (El Espectador, 2013).

En un informe publicado por la Vanguardia, se afirma que según el INPEC, la segunda cárcel para mujeres con mayor aglomeración es la de Bucaramanga, la cual tiene una capacidad para 224 personas y a la fecha hay unas 492, lo que quiere decir que viven 268 reclusas más. Le sigue el centro penitenciario de Popayán con 118 reclusas de más, (cupos para 100, total de internas 218); Armenia con 111 más (cupos para 130, total de reclusas 241); Manizales tiene 90 mujeres más (cupos 122, total de internas 212). A estas seis cárceles femeninas, se le unen cuatro más que fueron inauguradas en el año 2010: Complejo Pedregal de Medellín, Complejo Ibagué-Picaleña, Complejo Metropolitano de Cúcuta y el Complejo carcelario y penitenciario de Jamundí. Pese a su corta vida ya dos ya tienen problemas de hacinamiento; la de Picalaña con 230 reclusas más y el complejo de

Cúcuta con 55 mujeres más. (Vanguardia, 2013).

En la práctica esto significa que los niños que viven con sus madres en la cárcel, viven en condiciones de hacinamiento, los niños tampoco reciben control adecuado durante su crecimiento, además de tener que enfrentarse a fenómenos propios de la cárcel como son: las riñas, lenguaje inapropiado, violencia entre otros. Es precisamente este contexto el que lleva a plantearnos sí al dejar a los niños con las madres, teniendo en cuenta las secuelas que ambos escenarios bosquejan para el desarrollo del niño, se está velando por el interés superior del menor.

Es evidente entonces que hay un problema a nivel mundial y local en cuanto al tema de los niños que nacen en las cárceles, pues si bien se ha pensado en la protección del derecho del niño al desarrollo, no se han tenido en cuenta como algunos de los elementos a los que están expuestos en la cárceles serían igualmente una justificación para impedir que se permanezcan ahí. Otro argumento es que el tener que separarlos después de sus madres también estaría afectando este derecho.

En el sistema universal las implicaciones sociales que tiene este tema, no han sido muy debatidas, pues se ha propendido por un manejo interno y discrecional de cada Estado, para que sea este quien en últimas decida cuál debe ser la medida que se debe tomar en cada caso, con el fin de velar por el interés superior del niño.

II. Legislación Internacional frente al tema de los niños que nacen en la cárcel

Los derechos de los niños entran de manera específica dentro de la agenda internacional desde finales de los 80 y principios de los 90, en 1989 se crea la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) vigilado por el Comité de los Derechos del Niño (CRC), con la cual se positivizan los derechos de los menores. Fue así como la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, reconoció al menor, como un sujeto de pleno derecho y la CDN se convirtió en el primer instrumento jurídico con carácter vinculante para los Estados, quienes entonces se comprometieron a proteger y garantizar los derechos ahí contenidos. (Lopez, 1998)

Sin embargo, frente al tema específico de los niños que nacen en las cárceles existe poca legislación a nivel internacional, aunque el tema si ha sido abordado, especialmente, desde la óptica de quienes justifican la permanencia de los niños en la cárcel con sus madres. De acuerdo con un informe sobre la infancia elaborado por la UNICEF en el año 2001

“[...] En los primeros años de la infancia, las experiencias e interacciones de los niños con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos científicos recientes confirman que los contactos físicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niños les demuestran apoyo y les transmiten seguridad tienen consecuencias tan importantes como la buena salud [...] La manera en que se desarrolla el cerebro en esta etapa de sus vidas fija las pautas del posterior éxito del niño en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta. [...]” . (UNICEF, 2001)

De lo anterior se ha deducido que el Estado examine la práctica vigente en cuanto a que los niños vivan con sus padres en la cárcel; con miras a que estas estadías se limiten a los casos en que se atienda al interés superior del niño, entendido desde la Convención de los derechos del niños que: todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo, y que vele porque las condiciones de vida sean propicias al desarrollo armonioso de su personalidad. (UNICEF, 2008).

Ese interés superior del niño está incluido en la Convención sobre Derechos del Niño en los (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. (Varela, 2009)

Es por esta razón, por la cual los Estados deben ser quienes acogidos al carácter vinculante de los tratados, deben decidir si el interés superior del niño se protege al dejarlo

crecer con su madre en la cárcel hasta la edad que cada legislación interna lo considere necesario, o por el contrario debe entregar el menor a un familiar cercano.

En este sentido es de especial interés las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. En la que se establece que el sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso. Además agrega que: sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo. (Naciones Unidas, 1990)

Siguiendo estas disposiciones en el caso europeo en el artículo 8.15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño el que establece que los niños cuyos padres se encuentren encarcelados deberán poder mantener con los mismos los contactos adecuados, los niños de corta edad que convivan con sus madres en las cárceles deberán poder contar con las infraestructuras y cuidados oportunos. Los Estados miembros deberán garantizar a estos niños su escolarización fuera del ámbito carcelario. Se trata de un derecho de las reclusas el estar con sus hijos, pero dicha situación va en contra de los beneficios del niño. Javier Urra, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid en 1999, pedía que saliesen los niños de la cárcel, porque ellos no han cometido ningún delito y no deben estar allí: el criterio de la Institución del Defensor del Menor es que el niño, cuando nace, debe estar con los padres. La situación de los niños en las cárceles es buena, pero vivir en la cárcel es muy duro. Si un niño vive en una cárcel, no puede mirar a lo lejos, siempre hay una pared al fondo; en la cárcel no hay sonrisas, y para que un niño se desarrolle es fundamental que se ría; la cárcel tiene barrotes y tiene puertas metálicas que cierran de repente haciendo mucho ruido. La cárcel no es para los niños (Melero, 2011)

De esta manera por ejemplo en el caso español la Oficina del Defensor del Menor propone la creación de las Unidades Dependientes, que se constituyen como lugares fuera de la cárcel, en la ciudad, si es posible, donde hay un conjunto de casitas, en las que vive la madre con el niño. Mientras el niño está en la Escuela Infantil, de 9 a 5 de la tarde, la madre está en la cárcel. Cuando vuelve el niño, la madre va a su hogar con el niño, merienda con él, está toda la tarde con él y duerme con él. Al día siguiente el niño vuelve al colegio, y su madre, a la cárcel. No se trata de que la madre no cumpla la sanción. Es el niño el que jamás tiene que entrar en la cárcel, porque jamás ha cometido un delito. En el caso de que la madre infrinja las normas, ese día vuelve a la cárcel y está allí con el niño hasta que éste cumpla tres años. (Arquidiócesis, 2010)

En el caso de los países latinoamericanos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha dicho a este respecto a través de la Opinión Consultiva OC 17/2002 que:

“La familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y 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. 3. En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. (Corte IDH, 28/8/2002).

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en otra opinión consultiva reafirmado que: “la familia -entendida en sentido amplio como abarcativa de las personas vinculadas por parentesco cercano- constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, por lo que el Estado debe apoyarla y fortalecerla a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo...». Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicada en LL 2003-F, 10.

Es por ello que en aras de proteger el núcleo familiar y los derechos de los niños muchos Estados han propendido por permitir al niño permanecer con las madres, las edades

de permanencia varían de los 0 a los 5 años. Sin embargo el debate continúa, pues se abre también la puerta a que puedan estar con otros miembros de la familia.

No obstante, ha establecido también que en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. (Corte IDH, 28/8/2002).

La práctica generalizada a nivel internacional ha sido permitir que los niños permanezcan con sus madres, sin embargo, lo que se ha podido observar es que las unidades Madres-Bebes dependen en su funcionamiento del mismo sistema penitenciario o de organizaciones externas, como ONG. En algunos países, estas unidades constan de piezas grupales donde las madres comparten con sus hijos (Chile, Bolivia), mientras que en otros países tienen una sección con habitaciones privadas para cada familia (Dinamarca, Israel, Indiana y California en Estados Unidos). (UDP, 2015).

Una de las primeras ocasiones en las que el tema de los niños y niñas de progenitores presos fue discutido en el marco de las Naciones Unidas, fue en el año 2011, en el debate organizado por el Comité de las Naciones Unidas por los Derechos de la Niñez que reunió en Ginebra, ahí, Oliver Robertson (2012), habló sobre los “Niños y niñas de progenitores presos”, de este evento da cuenta el autor en su texto *Convictos Colaterales: niños y niñas de progenitores presos*. En el marco de este debate se discutió, entre muchos otros asuntos, la conveniencia de proponer un límite de edad uniforme para la permanencia de los hijos e hijas con sus madres en prisión, idea que fue rechazada en aras de que cada país tomara sus decisiones (Robertson, 2007)

Se sugirieron una serie de principios y recomendaciones que pueden orientar las decisiones del Estado frente a este tema, teniendo siempre en cuenta los derechos y del interés superior del niño:

- “a) la no afectación de los derechos de los niños por la condición de sus padres y ni por decisiones tomadas en relación con ellos;
- b) el interés superior del niño como consideración primordial en todas las acciones y decisiones que pudieran afectar al niño o niña de progenitor preso;

- c) las decisiones que los afecten deberán tomarse caso por caso;
- d) las necesidades del niño se ven afectadas por su situación personal, edad, etapa de desarrollo, u otra necesidad especial;
- e) la información deberá ser apropiada para su edad, idioma y discapacidad;
- f) el derecho de los niños a mantener una relación cercana con sus padres no debe quedar subordinada a preocupaciones de seguridad del Estado;
- g) el derecho del niño(a) a recibir cuidados y protección específica, independientemente de si sus padres están o no en prisión;
- h) las instituciones carcelarias deberán seguir las directrices de las Naciones Unidas sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños;
- i) la participación activa de los niños y familiares en las decisiones que les afecten;
- j) la prioridad del niño en las medidas de privación de la libertad, incluso en detención preventiva, para evitar en lo posible el impacto negativo del encarcelamiento de los padres a los que no es permitido humillar delante del hijo y
- k) el apoyo, siempre de acuerdo con su interés superior, a la decisión del niño de asistir al juicio de su progenitor(a)” (Robertson, 2007 , pág. 4)

Una de las condiciones que hay que tener en cuenta y en las que insiste el autor, es que el niño que está en la cárcel, no cometió ningún delito y por tanto no puede perder sus derechos ni ser víctima del sistema carcelario que pone la seguridad por encima de su bienestar; por el contrario, agrega, “las necesidades de alta seguridad deben hacerse compatibles con el derecho del menor a mantener comunicación con su padre/madre encarcelado/a” (Robertson, 2007 , pág. 4)

En otras palabras los derechos de los niños no pueden ser vulnerados por la condición en la que se encuentran sus padres, pues en muchas ocasiones la situación en la cárcel, lo que hace es vulnerarles otros derechos.

Como se mencionó en párrafos anteriores, uno de los documentos internacionalmente reconocidos en el cual están contenidos los derechos de los menores de 18 años, es la Convención sobre los Derechos del Niño, en el caso específico de los niños cuyos progenitores se encuentra en las cárceles, en el artículo 9(4) La Convención afirma que:

“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.” (UNICEF, 2015).

Lo anterior confirma lo que se ha dicho hasta el momento, que aunque hay una legislación existente a nivel internacional, es bastante ambigua al respecto en tanto deja espacio para la dos posibilidades, tanto para que el niño permanezca con su madre, como para que sea entregado a algún pariente. Tampoco existen apartes sobre las condiciones en las que deben permanecer los niños con sus madres. Por lo tanto el tema se deja a discrecionalidad de cada Estado, aunque se han establecido algunos referentes y principios que deben direccionar esta decisión, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada caso.

No obstante, en algunos casos teniendo en cuenta la situación y condiciones carcelarias, se genera un debate acerca del camino a seguir, puesto que hay quienes sostienen que es peor para el niño vivir en estas condiciones que van contra la dignidad humana y vulneran el derecho a la libertad y al desarrollo del infante, en lugar de protegerlo y por lo tanto van en contravía del interés superior.

La UNICEF ha señalado que el encarcelamiento de los padres, en especial de la madre, es un factor que trae una serie de problemas para niños y niñas de corta edad. Ello porque esta privación de libertad implica tanto un castigo al padre como al niño. Por ello se sostiene que la privación de libertad de niños pequeños implica consecuencias que son especialmente nocivas para el niño y económicamente muy costosas para el Estado (tanto a corto plazo, porque debe hacerse cargo del niño, como a largo plazo, por los problemas sociales que se derivan de una separación prematura). (UDP, 2015).

En este sentido la afirmación es que no se consideran las consecuencias que trae para el niño convivir en un sitio de reclusión, sino y lo que es aún más grave el desprenderse de su madre cuando cumplen la edad en la que deben salir, pues este proceso puede tener graves repercusiones para el desarrollo de su personalidad.

Al respecto se afirma que los mejor es mantener el vínculo madre hijo, en tanto la separación precoz debido a la reclusión materna corta el vínculo de apego y puede tener

efectos dañinos en el niño. Esta separación en la primera infancia tiene potencialmente un impacto nocivo en un niño que está en pleno desarrollo, el que ha sido descrito por algunos expertos como un “trauma perdurable”. Este trauma puede ser producto de los efectos combinados y acumulados de la separación de la madre, la pobreza, el abandono, el desconsuelo, la violencia en la comunidad y el cambio de cuidadores. (UDP, 2015).

Teniendo en cuenta que los primeros años del niño determinan algunos rasgos particulares de su personalidad, forjando el adulto en que se convertirán, La Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la United Nations International Children’s Emergency Found, han dicho que el hecho de garantizar una vida saludable para el menor es indispensable para su desarrollo como persona y poder así demostrar sus capacidades y aptitudes indispensables para una vida en comunidad. (UNICEF, 2006).

Es probable entonces que al nacer el bebé, o posteriormente, se concluya que vivir en detención preventiva va en contra el interés superior del niño o niña; cuando esto sucede, las condiciones deben cambiarse para atender a su interés superior. Esto puede significar que el bebé salga de la cárcel, con su madre o sin ella. (Robertson, 2007)

El problema entonces esta, en el tipo de comunidad y entorno que rodea a estos niños en su etapa de crecimiento, el cual en algunos casos es bastante precario, por la situación carcelaria que enfrenta cada país y en estos casos en pro de defender el interés superior del niño, lo recomendable es que sea separado de su madre.

Además, también hay quienes afirman desde otra perspectiva que además de estos argumentos existe otro problema adicional y es que desde la perspectiva de los derechos humanos el encarcelamiento de niños es una violación central a un derecho que se debe proteger y es el derecho a la libertad. Pues hay una contradicción entre los derechos de los niños y la realidad del encarcelamiento de hijos de madres condenadas. Y aunque en general las leyes y las convenciones tienden a mejorar el ambiente en las prisiones, exigiendo espacios reservados a guarderías para los bebés, tendiendo a la humanización de la permanencia de los niños dentro de la prisión, sigue estando tras las rejas. (Taparelli, 2008)Y que el encarcelamiento del niño es contrario a cualquier derecho.

III. El caso colombiano: “creciendo tras las rejas”

En concordancia con la legislación internacional, a partir de la década de los 90 y como resultado de la constitución de 1991, los derechos de los niños se consagran dentro de la normatividad interna, se empiezan entonces a incluir disposiciones y mecanismos legales, para armonizar la norma interna con los parámetros internacionales ya descritos, por un lado en el artículo 44 de la constitución política de Colombia se establece que:

“derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Constitución Política Colombiana, 1991, pág.161).

En los siguientes artículos, el 45 y el 46, se incluyen algunos elementos para ampliar dicha protección. Posteriormente se estableció la Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006 con la que se expide el Código de Infancia y Adolescencia, el objetivo fundamental de esta ley como su nombre lo indica es “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes y garantizarles el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en la leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección se hará obligación de la familia, la sociedad y el Estado” (Ley 1098 de 2006 artículo 8).

En cuanto a los derechos de los niños que nacen en las cárceles, la legislación colombiana en concordancia a las disposiciones aquí descritas y en busca del interés superior del niño, ha decidido que la mejor forma de salvaguardar este derecho es que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel.

La principal justificación para ello se basa en primera instancia en no ser separados de su familia y a recibir cuidado y amor, esto se da en armonía con distintos textos internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo artículo 25 numeral 2º prescribe que :

“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”; con la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en su preámbulo establece 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”, por lo cual gozará de una “protección especial y dispondrán 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” también dispone dicha Declaración que “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” (ONU, 2003).

De esta manera y según Estatuto Carcelario y Penitenciario (la ley 65 de 1993) que es la encargada de la regulación de los Establecimientos carcelarios en Colombia y INPEC Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario) deben garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, en su Artículo 153 estableció que “la dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario permitirá la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos de las internas, hasta la edad de tres años”. El servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a los menores que se encuentren en los centros de reclusión. Las reclusiones de mujeres tendrán guardería (Ley 165 de 1993 art. 153)

Posteriormente, esta ley fue cambiada por el

“Artículo 18. Modifícase el artículo 26 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 26. Establecimientos de reclusión de mujeres. Las cárceles de mujeres procesadas. Su construcción se hará conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993. Las penitenciarias de mujeres son los establecimientos destinados para el cumplimiento de la pena impuesta a mujeres condenadas. Estos establecimientos deberán contar con una infraestructura que garantice a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas, un adecuado desarrollo del embarazo. Igualmente deberán contar con un ambiente propicio para madres que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) establecerán las condiciones que deben cumplir los establecimientos de reclusión de mujeres con el fin de resguardar los derechos de los niños y las niñas que conviven con sus madres. El ICBF visitará por lo menos una vez al mes estos establecimientos con el fin de constatar el cumplimiento de las condiciones de atención de los niños y niñas que conviven con sus madres de acuerdo con los lineamientos establecidos para tal fin, y realizará las recomendaciones a que haya lugar. (Ley 1709 del 20 de enero de 2014)

Colombia ha decidido entonces permitir que las madres permanezcan con sus hijos, salvo en aquellos casos donde exprese lo contrario o cuando el padre se opone a ello, es un juez el que decide, teniendo en cuenta el interés del niño.

“un juez de familia puede impedir el ingreso del niño a la cárcel teniendo en cuenta "el interés superior del menor", según la sentencia C-157 de marzo del 2005 de la Corte Constitucional, que consideró exequible el artículo 153 del Código. El juez también decide en caso de que los padres no se pongan de acuerdo sobre la suerte del menor. (El Tiempo, 2006)

Son todos estos los argumentos jurídicos que han hecho que ley colombiana permita que las presas vivan con sus hijos hasta la edad de tres años, pero algunos se quedan hasta que cumplen los cuatro.

No obstante es necesario describir algunos aspectos de la situación carcelaria en nuestro país, con el fin de entender cuáles son las implicaciones que tiene para los niños la permanencia con sus madres en la cárcel. El porcentaje de mujeres reclusas en Colombia ha crecido sustancialmente, se cree que la cantidad de mujeres presas aumento el 329% en Colombia durante 23 años. Pasaron de cerca de 2.000 a 8.500 entre 1990 y 2013; el índice de hacinamiento en las cárceles femeninas para la fecha del estudio era del 86%.

En la mayoría de los casos está contemplado para las mujeres que llevan a sus hijos a vivir a la cárcel, a las presas embarazadas y lactando una serie de condiciones y un trato especiales. Las cuales van desde, adecuación de las instalaciones, cuidados médicos y suplementos alimenticios adicionales, o exenciones de algunas de las tareas normales de la penitenciaría como puede ser trabajar. No obstante, no siempre se les proporciona dicho apoyo, bien sea por falta de recursos, negligencia o casos de corrupción, esta situación tiene consecuencias negativas para los derechos y bienestar de la madre y del infante.

Las cifras para el año 2012, mostraban las siguientes cifras de niños viviendo con sus madres en la cárcel. Antioquia: Quince niños en celdas, Bogotá: Cuarenta y cinco niños en celdas, Cauca: Quince niños en celdas, Norte de Santander: Cinco niños en celdas. Risaralda: Quince niños en celdas. Santander: Quince niños en celdas. Valle del Cauca: Treinta niños en celdas. Total: Ciento cuarenta niños en la reclusión. (El Tiempo, 2013)

CARCEL DE MUJERES CON NIÑOS - COLOMBIA	
ANTIOQUIA	15
BOGOTA	45
CAUCA	15
NORTE DE SANTANDER	5
RISARALDA	15
SANTANDER	15
VALLE DEL CAUCA	30
*TOTAL: 140 NIÑOS EN LA RECLUSION.	

Fuente: El Tiempo 2013

Para tratar de bríndales mejores condiciones y en pro de garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales establecidas tanto a nivel local como internacional, se han dispuesto algunas medidas, el ICBF expone que de acuerdo al art. 153 de la ley 165 de 1993, se ordena al INPEC que las mujeres internas pueden estar con sus hijas/os hasta los 3

años de edad, celebrando un convenio con ICBF para la atención a estas/os niñas/os, desde el año 1994- 1995, finalmente hacia el año 2000 se formalizó la atención con unas normas especiales, a partir del año 2002 con una modalidad formal de atención a niñas y niños hasta los 3 años en establecimientos de reclusión, donde se establecen 150 cupos de atención para niñas y niños en 8 regionales del país, distribuidos así: Bogotá 45, Medellín 15, Jamundí 30, Popayán 15, Pereira 15, Bucaramanga 15, Cúcuta 15 y Ibagué 15, Montería 3. (Antes de la ley 1709 de 2014) (UNICEF, 2006)

Estas disposiciones hicieron que se abrieran jardines infantiles en algunas reclusiones, en Bogotá fue fundado el jardín infantil El Esplendor el 12 de abril de 1996 dentro de la Cárcel El Buen Pastor, allí los hijos de las reclusas tienen una educación y atención diaria. Hay niños de los 0 hasta los 3 años y cuando el menor supera esta edad, pasa a manos de los padres o hermanos de las reclusas y si no cuentan con el apoyo familiar pasan a manos de las autoridades penitenciarias. En la Cárcel, El Buen Pastor son seleccionadas las reclusas para que cumplan diferentes labores en el jardín como cuidadoras de los niños, lo cual se les tiene en cuenta como trabajo para reducción de la pena. (El Tiempo, 2013)

La cotidianidad de los niños con sus madres en la cárcel, esta descrita en un informe publicado por El Tiempo en el año 2006.

“El patio cuatro es el de las mamás. Parece una vecindad pobre de pequeñas celdas alrededor de una plazoleta, con un tendedero de ropa siempre ocupado. Son las únicas que tienen beneficios como un DVD para todas y la posibilidad de mantener un televisor en cada una de las celdas. Entre semana, todos los mayores de 6 meses van al jardín, de 7 a.m. a 5 p.m., ubicado en el mismo penal. Es coordinado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y les garantiza las tres comidas del día, durante toda la semana, y actividades lúdicas y recreativas” (El Tiempo, 2006).

En otras partes del país como Bucaramanga, según un informe del 2012 del periódico La Vanguardia, viven 12 niños con sus madres, la mayoría de las mujeres

recluidas ahí, cumplen condenas que van desde los 2 hasta los 6 años (Vanguardia, 2012) por lo tanto algunas de estas mujeres podrán irse con sus hijos. En el mismo informe se expresa como Jardín infantil de la Cárcel de Mujeres que se llama Mis Huellitas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ubicado en el primer piso de la cárcel, una agente educativa del hogar infantil del ICBF, recibe a los hijos de las reclusas para iniciar el plan de desarrollo sicomotriz y de lenguaje en un espacio reducido apto para trabajar máximo con ocho niños. El ICBF pide a las mamás que sus hijos tengan un acudiente que pueda sacarlos una vez al mes, con la posibilidad de permanecer con ellos hasta ocho días, para que se familiaricen con el mundo exterior.

No obstante, hay que tener en cuenta que no todos los centros penitenciarios cuentan con jardines, y que las condiciones de estos jardines infantiles no siempre son las más adecuadas, por más de 10 años en los jardines infantiles de las penitenciarías de Colombia no hubo pedagogos, psicólogos ni médicos para atender a los pequeños. Entre las internas se elegían algunas que se encargaban de cuidar y alimentarlos durante el día. Y aunque esta situación sigue siendo similar en otros ocho centros penitenciarios, ahora, El Buen Pastor cuenta con una planta de profesionales especializados en la atención de estos bebés. Fue solo hasta el año 2013 cuando el ICBF, estudió esta condiciones e inicio los cambios necesarios. (El espectador, 2013)

Así mismo “estas mujeres tienen la posibilidad de exigirle a la justicia colombiana que les suspenda la pena durante seis meses, mientras tienen a sus hijos, en la libertad, pero bajo estricta vigilancia. Luego, deben regresar. Las visitas de sus hijos solo se permiten una vez al mes”. (El Tiempo, 2013)

En el marco de la Estrategia “De Cero a Siempre”, el ICBF incrementó el presupuesto y designaba al talento humano para atención directa a los niños/as permitiendo la contratación de un profesional en nutrición, salud, trabajador social o psicólogo (hacen seguimiento y valoraciones unos días al mes, no tiempo completo ni diario), un docente tiempo completo por 8 horas diarias por cada 15 niños, conformando un equipo interdisciplinario, en cuanto a la alimentación sigue siendo responsabilidad de las internas como acción indirecta, vinculándolas en el proceso y sensibilizándolas frente a pautas de crianza y la relación con niñas y niños en esta situación (El Tiempo, 2013).

Como puede verse hay una inconsistencia entre las disposiciones jurídicas y la realidad de la situación de los niños en las cárceles, al parecer la norma avanza mucho más rápido que la práctica y la mejora en las condiciones para la permanencia de los niños con su madre en la cárcel, ha sido bastante lenta y no tiene una cobertura nacional.

Por otro lado tenemos que no se ha podido zanjar de manera definitiva el dilema de cuál es la mejor opción para el niño, si la permanencia en la cárcel o ser entregado a familiares cercanos, esta cuestión sigue siendo un aspecto que debe ser estudiado caso por caso. Pues no existe consenso entre los expertos. Por un lado existe un grupo de argumentos que apuntan hacia la inconveniencia de que esto ocurra, independientemente de las condiciones en que los niños y las niñas se encuentren.

Desde esta perspectiva se considera, por ejemplo, que el sólo hecho de que el menor crezca en una cárcel puede familiarizarlo con el ambiente delincencial de forma tal que en un futuro la institución carcelaria no cumpla su función disuasiva. Por otro lado, existen argumentos que se centran en la necesidad que tiene el menor de generar vínculos afectivos fuertes en su primera infancia, como requisito de un adecuado desarrollo. Este debate se refleja en las legislaciones de diversos países que en ocasiones optan por permitir la permanencia de los menores en los centros de reclusión y en otras, no.

A este respecto se ha establecido:

“Si estar con la madre en la cárcel es inadecuado debido a las condiciones de dichos establecimientos, el Estado tiene el deber de generar unas condiciones que no expongan los derechos de los menores ni pongan en peligro al menor. Tiene la obligación de tomar las medidas administrativas, logísticas y presupuestales que se requieran para garantizar los derechos a los que se ha hecho alusión en este fallo.” (Corte Constitucional, C 157, 2002).

Así mismo se afirma que:

“Teniendo en cuenta la situación propia de los menores en la etapa de su primera infancia, tiene razón el demandante al señalar que una cárcel no es el espacio ideal para el desarrollo de un menor. Los centros carcelarios suelen ser lugares hostiles incluso para adultos bien formados, en especial en el caso colombiano.” (Corte Constitucional, C 157, 2002.)

Lo anterior se da teniendo en cuenta que la situación de los niños y las niñas que

están en las cárceles no es la mejor. Según la intervención remitida por el ICBF, los menores permanecen durante el día en las guarderías, cuando las hay, y a las cuatro de la tarde regresan a la celda de su madre, con quien pasan la noche. De igual forma, los sábados, domingos y días festivos también permanecen con ellas todo el día en su celda y en los patios en que se encuentren recluidas, puesto que no existe una sección especial para madres. (El Tiempo, 2013)

Si bien es cierto que permitir la estadía del menor durante sus primeros años de vida en la cárcel puede afectar su desarrollo armónico e integral, el no hacerlo significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa de su vida en la que la relación materna - filial es determinante. Además, cuando a un menor se le impide estar durante la primera etapa de la vida con su madre en razón a que está interna en un centro de reclusión, se le limita su derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, como expresamente lo manda la Constitución. También se le limita la posibilidad de ser amamantado, que si bien no es necesario que ocurra, si es valioso, pues reporta beneficios en el desarrollo del menor y sirve para garantizarle una alimentación equilibrada, como es su derecho. En no pocos casos privar a un menor de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que mayor afecto y atención le puede brindar, con lo que se estaría afectando gravemente el derecho constitucional de todo niño y toda niña a recibir cuidado y amor. (Corte Constitucional, C 184, 2003).

De lo anterior se puede inferir que pese a los argumentos a favor y en contra es evidente que la permanencia del niño con su madre es fundamental en los primeros años de vida, sin embargo dicha permanencia debe cumplir con ciertos estándares que son necesarios para el desarrollo del niño, por lo tanto el debate se debe enfocar en mejorar las condiciones de las cárceles, que como se ha expuesto se han dado algunos avances en este sentido, aún hacen faltan muchos aspectos por solucionar, no solo en el tema de los jardines infantiles, sino también en cuanto a los espacios físicos asignados a las reclusas por los problemas de hacinamiento.

Vemos entonces como frente al tema legal se ha avanzado mucho, pero en la práctica aún falta un largo camino por recorrer, si el Estado colombiano quiere cumplir con los compromisos adquiridos a través de los tratados internacionales y los impuestos por la

constitución nacional.

IV. Conclusiones

Como bien es sabido los derechos humanos no son absolutos, pues en determinados eventos aquellas personas que tiene la obligación de hacerlos efectivos, tienen que restringirlos, cuando en determinados eventos se enfrentan dos o más derechos entre sí, en el caso aquí expuesto se puede evidenciar que hay dos derechos del niño enfrentados, por un lado esta, el derecho a la libertad y el otro es el derecho a estar con la madre; las garantías de ambos derechos son necesarias para que cómo se explicó anteriormente se pueda garantizar el interés superior de los menores y así su óptimo desarrollo físico, psíquico y espiritual.

Teniendo en cuenta que uno de los preceptos fundamentales de cualquier Estado de Derecho es la protección de los derechos fundamentales, de cara a la constitución política que rija el país y acorde con los parámetros establecidos en los Convenios y Tratados ratificados por el país. Para el caso de los derechos del niño la situación es la misma. La función del Estado es entonces proteger y garantizar esos derechos, en el caso del Estado Colombiano, al ser parte de la Convención de los derechos del niño en cumplimiento de la misma debe garantizar el interés superior del niño.

Sin embargo, como se ha visto a lo largo de este trabajo a pesar de que existen mecanismos tanto a nivel nacional como internacional que buscan la garantía y cumplimiento de los derechos de los niños en general, existe todavía un vacío en cuanto a los derechos de los niños que viven en las cárceles con sus madres, en tanto si bien se les permite la permanencia al lado de sus madres, las condiciones de dicha permanencia no son en muchos casos las más adecuadas.

En el caso de Colombia se ha expuesto que el interés superior del niño se defiende al permitir que el niño permanezca con la madre por varias razones tanto jurídicas como psicológicas. El ámbito constitucional, la CDN es el documento que fundamentalmente ha

plasmado los derechos que asisten a los niños. Expresamente enuncia sus derechos a la preservación de sus relaciones familiares, a crecer y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Sin embargo, el debate se centra en dos opciones que se oponen, pero llevan a un mismo resultado, por un lado permitir la estancia del niño en la cárcel con su madre durante sus primeros años de vida, puede afectar su desarrollo armónico e integral y por otro el no hacerlo, significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa temprana de su vida en la que la relación materno filial es determinante, y en últimas produciría el mismo resultado, en tanto se vería afectado su desarrollo.

Con base en ello se ha decidido en el contexto nacional que se permita la permanencia de los niños con su madre en la cárcel, pero como se ha expuesto a lo largo de este escrito, en la mayoría de las ocasiones las cárceles no brindan las condiciones adecuadas, para solventar este problema en algunos casos se ha tenido en cuenta lo establecido en la Sentencia C-154 de 2007, para otorgarle a las mujeres a punto de tener sus hijos la prisión domiciliaria. Sin embargo en otros casos no se ha intentado su aplicación lo cual daría solución a dos problemas simultáneos, la protección del menor y el hacinamiento en las cárceles.

En cuanto a las condiciones que se le deben garantizar al menor para que no sea visto como un recluso en estos centros es posible afirmar que aunque se han intentado algunas mejoras como el establecimiento de guarderías, y la inclusión de trabajadoras sociales y psicólogos para el tratamiento de estos niños, aún queda un largo camino por recorrer, pues en ocasiones las condiciones dentro las reclusiones no son las mejores, ya que los niños desarrollan algunos miedos y fobias al salir ser separados de sus madres, situación que se refleja en una frase escarchada que reposa en una de las paredes de El Buen Pastor en la que se lee: “y si me voy, y te quedas tú, mamita prometo no olvidarte”...

Una de las medidas que se podría adoptar para brindar un espacio de desarrollo saludable al menor sería adoptar el modelo español, cuando no proceda la casa por cárcel, crear Unidades Independientes, fuera de la cárcel donde la madre viva con el niño y a la vez cumpla su condena, sin que el niño tenga que ver su derecho a la libertad vulnerado.

Todas estas medidas deben ser implementadas sin olvidar que el Estado debe estudiar cada caso de manera particular, sin embargo, siempre debe buscar la manera de dar una solución en pro de la protección del interés superior del niño.

En últimas pese a los vacíos que existen a nivel de la práctica, a nivel jurídico se ha propendido por buscar el cumplimiento de las disposiciones ya expuestas, muestra de ello es que las sentencias de la Corte han sido claras en que se deben proveer las condiciones necesarias para que el niño, aun en la cárcel para que reciba la protección y garantía de sus derechos.

No obstante para coadyuvar a esta situación, también se pueden implementar algunas medidas, por ejemplo el Estado colombiano debería contemplar la posibilidad de realizar algunas reformas legales para permitir que las mujeres embarazadas puedan posponer el cumplimiento de la condena impuesta o, generar cambios que permitan la aplicación de penas alternativas, y aunque ya está contemplada la casa por cárcel en algunos casos, podrían ampliarse las condiciones para las mujeres embarazadas. Sin embargo, el mayor reto está en mejorar las condiciones de las cárceles en aras de mejorar las condiciones de los niños, para así cumplir con el interés superior del niño.

V. Referencias

- Ariza Libardo José, Ángel Botero Carolina. (2015). En el corazón del Buen Pastor. La apropiación del discurso de los derechos humanos en el contexto penitenciario colombiano. *Antropología y Arqueología* .No. 23, Bogotá, septiembre-diciembre pp. 45-64
- Ariza, Libardo José. 2005. “La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia”. En *Hacia un Nuevo Derecho Constitucional*. Editado por Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, 283-328. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Beey, M. J. (2009). Wives and mothers at risk: the role of maternal status in criminal activity and incarceration. *families in Society, 90 (3)* , 293-300.
- González Espinel. Ana María, Prado Restrepo Lina María.(2010). Situación de los hijos menores que conviven con sus madres en los centros de reclusión. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda-.
- Lopez, C. T. (1998). *Teoria General de la Niñez y Adolencia. Catedra por la Niñez de Colombia*. Bogotá: Fundación Restrepo Barco.
- Melero, M. L. (2011). *Los Derechos Fundamentales de los Presos y su reinserción social*. Alcalá: Universidad de Alcalá.
- Murray, J. y Farrington, D. 2009. The effects of parental imprisonment on children. *Crime and Justice, 37 (1)*, 133-206.
- Pinto, Gimol & Freedman Diego (2009). Hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables. *Mujeres Privadas de la Libertad: Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*. Unicef (pág.21-29).

Leyes

- Constitución Política de Colombia (1991)
- Código Carcelario y Penitenciario. Ley 65 (1993)
- Código de la infancia y la Adolescencia. Ley 1098 (2006)
- Nuevo Código Penitenciario y Carcelario. Ley 1709 (2014)

Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicada en LL 2003-F, 10

Páginas Web

Amnistía Internacional. (15 de Septiembre de 2015). <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs>. Obtenido de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-conv-ninos-resum.html> .Citado en 5 de septiembre de 2014]

Arquidiócesis. (20 de febrero de 2010). <http://archimadrid.org/>. Obtenido de <http://archimadrid.org/>: <http://archimadrid.org/>

El Espectador.com. Hacinamiento cercano al 70% en las cárceles La Modelo, Buen Pastor y La Picota. 2014. [en línea] <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/hacinamiento---cercano---al---70---carceles---modelo---buen---pastor---articulo---472771>. [Citado en 5 de septiembre 2015]

El Espectador.com. Nacer, crecer y aprender en Prisión. <http://www.elespectador.com/noticias/educacion/nacer-crecer-y-aprender-prision-articulo-436398> [Citado en 10 de septiembre 2015]

Instituto de políticas públicas udp. (20 de Septiembre de 2015). www.politicaspUBLICAS.udp.cl. Obtenido de www.politicaspUBLICAS.udp.cl: www.politicaspUBLICAS.udp.cl/.../Que_pasa_con_los_hijos_de_madres_encarceladas

Galvis, R. (2013). LaVanguardia.com. <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/227681-son-reclusas-y-tienen-derechos> [Citado en 5 de septiembre 2015]

La Vanguardia.com. Los Niños que viven en la cárcel de Bucaramanga. <http://www.vanguardia.com/santander/region/186951-los-ninos-que-viven-en-la-carcel-de-bucaramanga>. [Citado en 5 de septiembre 2015]

OSPDH – Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans. *La cárcel en el entorno familiar* – Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y necesidades. Barcelona, Ajuntament de Barcelona, Quaderns de Barcelona, 2006

Procuraduría General de La Nación, ICBF, UNICEF. (2006). *Municipios y Departamentos por la infancia y la adolescencia. Orientaciones para la acción territorial*. Bogotá: Editorial Gente Nueva.

Publicación eltiempo.com. Los niños que crecen tras las rejas. 2013. [en línea]. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS---12951122>
[Citado en 25 de septiembre 2015]

Robertson, O. (2007). El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos. Informe Quaker United Nations Office, Disponible en archivo http://www.quono.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_The%20impact%20of%20parental%20imprisonment%20on%20children.pdf.

Salazar Castellanos. Daniel. El peligro de estar tras las rejas en Colombia, 2014 [en línea]. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS---13434595>

Unicef.org. The State of the World's Children 2001. www.unicef.org/spanish/sowc01/short_version/page1.htm [Citado en 25 de septiembre 2015]

____ Convención de los Derechos del Niño. (15 de Septiembre de 2015). www.unicef.org. Obtenido de www.unicef.org: www.unicef.org/mexico/spanish/mx_Convencion_Derechos_es_final.pdf

____ (2008). Mujeres Presas. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad. Limitaciones al encarcelamiento. Argentina.

Jurisprudencia.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28/8/2002

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena del 5 de marzo de 2002. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número C-157), pág. 10. Copia tomada directamente de la Corporación. [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-157-02.htm>]

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena Sentencia del 4 de marzo de 2003. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número C-184), pág. 8. Copia tomada directamente de la Corporación. [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-184-03.htm>]

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena del de marzo 7 de 2007. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. (Sentencia Número C-154), pág. 10. Copia tomada de [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28329>]

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. 2003. Relatoría/2003/C-273-3 Copia tomada directamente de la Corporación <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-273-03.htm>

Informes

Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Nepal, CRC/C/15/Add.261, 21/ 09/2005, párr. 52