

Normas A.P.A.

A.A., Delgado Gallego, H., González Espinel, A., Restrepo Prado, L., Guerrero Cristancho S., y Corredor Suárez, L., (2010), La situación de los hijos menores de tres años, que conviven con sus madres en los centros de reclusión. A propósito del art. 153 del código penitenciario y carcelario. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/situacion-de-hijos-menoresdp3.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 3, Pág. 37.

Normas Icontec

A.A., DELGADO GALLEGO, Hannia., GONZÁLEZ ESPINEL, Ana., RESTREPO PRADO, Lina., GUERRERO CRISTANCHO Sandra., y CORREDOR SUÁREZ, Luis. La situación de los hijos menores de tres años, que conviven con sus madres en los centros de reclusión. A propósito del art. 153 del código penitenciario y carcelario. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 3 (2010). [Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/situacion-de-hijos-menoresdp3.pdf

LA SITUACIÓN DE LOS HIJOS MENORES DE TRES AÑOS, QUE CONVIVEN CON SUS MADRES EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN

A PROPÓSITO DEL ART. 153 DEL CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO

HANNIA VANESA DELGADO GALLEGO
ANA MARÍA GONZÁLEZ ESPINEL
LINA MARÍA RESTREPO PRADO
SANDRA MILENA GUERRERO CRISTANCHO
LUIS FERNANDO CORREDOR SUÁREZ*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los Derechos Humanos. 2.1. Qué son los derechos humanos. 2.1.1. Los criterios de proporcionalidad en los derechos fundamentales. 2.2. Los derechos fundamentales y su desarrollo teórico. 2.2.1. El derecho a la dignidad humana. 2.2.2. El derecho a la libertad. 2.3. La problemática carcelaria respecto de los derechos humanos. 2.3.1. Los derechos de las personas privadas de la libertad. 2.3.1. Los derechos de las personas privadas de la libertad. 3. Estudio Teórico-Práctico de la legislación acerca de los menores que viven con sus madres en la prisión. 3.1. El tratamiento del menor en la legislación. 3.1.1. El asunto en la discusión teórica. 3.1.2. El asunto en la encuesta realizada. 3.2. La relación del niño con la familia. 3.3. La moral familiar como derecho y como deber. 3.4. El principio de protección por parte de la familia y el Estado al niño. 3.5. Concepto jurisprudencial sobre la protección por parte de la familia y el Estado al niño. 4. Planteamiento y análisis teórico práctico sobre la situación de la mujer privada de la libertad. 4.1. Los derechos humanos de la mujer. 4.2. Las mujeres en los centros carcelarios. 4.3. Los derechos de la madre privada de la libertad. 4.4. La maternidad en prisión. 4.5. Las madres reclusas con sus hijos en los centros carcelarios. 5. Anexos. 6. Conclusiones.

* Estudiantes adscritos al Semillero de Derechos Humanos y Derecho Penal y egresados de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Este informe es el fruto de una investigación teórico-práctica realizada en la Cárcel de Mujeres “El Buen Pastor” durante cerca de 18 meses entre mediados de 2007 y finales de 2008, con la Coordinación del Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL G. y la Dirección del Profesor FERNANDO VELÁSQUEZ V.

1. INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley 65 de 1993, específicamente con el artículo 153 de la misma, se dispuso que la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario (INPEC) permitiría la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos de las internas hasta la edad de los tres años; por ello, ese organismo debe prestarles atención especial y, además, tiene que dispensar para cada uno el servicio de guardería. Sin embargo, esta norma plantea un problema jurídico en cuya virtud se debe determinar si con su aplicación se desamparan o no los derechos de los menores (que, se supone, son prevalentes y prioritarios para el Estado), al permitirles a las madres que ellos permanezcan a su lado en el centro carcelario. Para establecer la conveniencia o no de la aplicación de esa disposición, esto es, de si es o no favorable esta situación para el menor durante una etapa tan importante como lo es la primera infancia, se hace necesario abordar el asunto desde una perspectiva empírica con miras a precisar cómo ha operado esta figura en la realidad; por ello, con la presente investigación descriptivo-analítica se buscó explorar el asunto no sólo desde una perspectiva teórica sino desde un ángulo empírico, con miras a verificar cuáles eran las condiciones en las que se aplicaba la disposición en un caso concreto. Con tales miras, se tomó como punto de partida para dichas exploraciones la Reclusión de mujeres el “Buen Pastor” de la ciudad de Bogotá, ubicada en la carrera 47 No. 84-25, en el Barrio Entre Ríos, el caño de Rionegro y la Escuela Militar de Cadetes José María Córdoba.

A tal efecto, se eligió como instrumento de recolección de información la encuesta con el cual se pudo recoger de manera más ágil y concreta la opinión de los sectores escogidos para el estudio, mecanismo que fue avalado por el Coordinador del Semillero y por el Área de tratamiento y desarrollo social del INPEC que prestó invaluable apoyo al evaluar y avalar cada una de las preguntas que se formularon a las internas. Así mismo, se debe precisar que la investigación muestra los resultados de las encuestas practicadas a las madres que tienen hijos menores de tres años dentro de la cárcel del “Buen Pastor”, con una universalidad de 24; también, se pueden percibir las consecuencias de aplicar ese instrumento a madres cuyos hijos están por fuera de la institución, con una universalidad de 54. Además, se consultó la opinión del personal administrativo encargado de la educación y cuidado de dichos niños, a cuyo efecto se auscultó una universalidad de 20 personas.

Desde luego, con estas encuestas se buscaba conocer la opinión de estos sectores de la población que interactúan directamente con los actores del problema planteado y, por supuesto, a partir de ellas formular conclusiones con base en las cuales se pueda determinar la pertinencia de la norma en cuestión –recuérdese, el artículo 153 del Código Penitenciario– desde la perspectiva de todo el entramado legal y constitucional, que se ocupa de regular la problemática de los derechos humanos en el ordenamiento patrio.

2. LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Qué son los derechos humanos. Son aquellas prerrogativas inherentes al hombre por el solo hecho de ser persona; no basta, entonces, con saber de su existencia sino que, por el contrario, es necesaria su introducción dentro del marco legal de cada estado. De esta manera, se le da un significado tangible y concreto a ese cúmulo de derechos para lograr así una mayor eficacia tanto en la aplicación como en el respeto de los mismos. En ese sentido, son compartibles las palabras de NORBERTO BOBBIO cuando afirma que “los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales...”¹.

Tal vez por ello, algunas instituciones estatales como la Alcaldía Mayor de Bogotá² entienden los derechos humanos como una larga y siempre inconclusa toma de conciencia de los seres humanos ante situaciones de injusticia, por lo cual se convierten en una propuesta o exigencia de construcción de un nuevo orden, desde realidades históricas concretas. Los derechos humanos, pues, según ese punto de partida, suponen la edificación de principios, valores, exigencias y garantías desarrollados históricamente, adoptados o reconocidos por la conciencia colectiva de nuestra especie más allá del momento histórico en el que fueron concebidos, dado que resultan del aporte de toda la humanidad.

Cuando se habla del concepto de derechos humanos es necesario señalar que el mismo es una construcción humana que consta

¹ Cfr. BOBBIO, NORBERTO: *Igualdad y Libertad*, trad., de P. Aragón. Ed. Paidós, Barcelona 1993, pág. 75.

² Cfr. ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ: *Derechos de las niñas y de los niños. Herramientas pedagógicas. Cátedras de derechos humanos deberes y garantías 02*, Secretaria de Gobierno, Quebecor World Bogotá S.A. Bogotá, 2006, págs. 13 y 14.

de tres dimensiones: la ética, la jurídica y la política; esas facetas adquieren sentido cuando responden a un sistema socio-cultural dado y se refieren a sujetos particulares en uso de los mismos. De un lado, la dimensión ética parte de la base de que toda persona tiene derecho a que se le trate en iguales condiciones que a otras, es decir, se nutre del conjunto de valores humanistas que desarrollamos como seres históricos y se refiere a derechos esenciales en relación con el pleno desarrollo de la dignidad humana. Estos valores deben ser reconocidos y protegidos por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social.

De otro lado, la dimensión jurídica, se expresa mediante la incorporación de los derechos humanos en normas de derecho positivo que buscan otorgar a los sujetos garantías, formas de poder y de acción social a través de las cuales tanto la persona como los grupos sociales, hacen tangible su dignidad como seres humanos. Por ello, justo es recordarlo, los grandes avances de la Constitución colombiana de 1991 se reflejan al dotar de fuerza vinculante la normatividad internacional sobre la materia, lo que significa que ellos deben ser aplicados por los funcionarios estatales y respetados por los particulares; por ello, pues, el llamado bloque de constitucionalidad es la figura instituida jurisprudencialmente que responde, precisamente, a ese valor superior que tiene la normatividad internacional sobre derechos humanos. Finalmente, téngase en cuenta el ámbito político cuya trascendencia es innegable en un mundo cada vez más globalizado e integrado como el actual en cuya virtud se exige que también los Derechos Humanos se extiendan a lo largo y ancho del planeta para asegurar la convivencia en sociedades organizadas, de cara al nuevo milenio.

2.1.1. Los criterios de proporcionalidad en los derechos fundamentales.

Los derechos humanos no son absolutos, puesto que en determinados eventos aquellas personas que tienen la obligación de hacerlos efectivos en la práctica y hacerlos respetar, trátense de particulares o de agentes del Estado mismo, se ven en la obligación de restringirlos cuando en determinados eventos se enfrentan dos o más derechos fundamentales entre sí. A veces, varios derechos fundamentales pueden entrar en colisión, por lo cual la Corte Constitucional en diversas decisiones utiliza el juicio de proporcionalidad como herramienta encaminada a precisar los alcances de la restricción del derecho fundamental correspondiente que, en todo caso, debe ser limitada³.

³ Cfr., por ejemplo, Corte Constitucional, sent. T- 269 de 2002, Mag. Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

2.2. Los derechos fundamentales y su desarrollo teórico. La misión a la cual se comprometió el Estado Colombiano con la puesta en vigencia de la Constitución de 1991, fue la de garantizar un Estado Social de Derecho sólido erigido a partir de una democracia constitucional anclada en un férreo sistema de derechos humanos, a título de principal referente para evaluar la legitimidad del ordenamiento jurídico-político.

Los elementos que hacen importante el estudio de los derechos humanos en el campo jurídico colombiano, son su fuerza vinculante y su valor como presupuestos formales y materiales de la democracia; por ello, como consecuencia de los citados elementos, los jueces están llamados a aplicar los derechos humanos máxime que la fuerza de los mismos se deriva de normas jurídicas vinculantes, amén de que el constitucionalismo contemporáneo reclama el protagonismo de los jueces en orden a garantizar esos derechos. Al respecto, bien expresa el Profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, lo siguiente: "Las constituciones pueden cambiarse, las normas de garantía redactarse de manera equívoca y también violarse flagrante y masivamente. Era, pues, necesario que interviniera, si no la fuerza, al menos si la presión de la opinión internacional. Ello ha sido logrado gracias a la declaración Universal de los derechos humanos, emanada de las Naciones Unidas (1948). Los estados contraen la obligación jurídica, exigible por los otros estados o por la comunidad internacional, y a veces coercible por medio de tribunales internacionales, de reconocer y respetar internamente los derechos fundamentales del hombre como persona digna, libre, responsable y éticamente autónoma, dotada de la racional aspiración a la paz y la justicia, merecedora de un tratamiento igualitario (no discriminatorio ni basado en privilegios) y apta para participar activamente en la configuración del destino histórico, instrumentos con los que puede conferir un sentido respetable a su existencia"⁴.

2.2.1. El derecho a la dignidad humana. Dentro de las prerrogativas que le son inherentes al hombre debe mencionarse la Dignidad Humana, que ha sido materia de tratamiento y aplicación no solo por la legislación interna sino por otras. Por ello, afirma JOSÉ LUIS SINNING O MEARA, que "sin querer constituirse en un crítico acervo de la codificación que nos ocupa, pero por tener un celo permanente

⁴ Véase FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo", en *Revista Nuevo Foro Penal* No. 39, Editorial Temis, Bogotá, 1988, págs. 70 y 71.

por la suerte de los reclusos que padecen no solo al aislamiento total de la sociedad sino también de condiciones ambientales totalmente inadecuadas y terribles, yo creo que el principio que debe prevalecer en todo establecimiento carcelario o penitenciario es el de la libertad que cubre íntegramente el concerniente al respeto por la dignidad humana. Por qué? Es bien conocido por los abogados, jueces, magistrados, periodistas y por la opinión en general que muchas personas son sometidas a prisión o arresto sin que se haya previamente examinado probatoriamente que luego, después de un tiempo considerable, digamos ciento ochenta días sin que se haya calificado el instructivo, son puestos en libertad por falta de pruebas o por una vinculación temeraria debida a una falsa denuncia o una decisión judicial equivocada. No solo se ha de insistir en el principio de libertad como prevalente que es el que origina todos los demás y fundamentales derechos de la persona humana sino que ha de evitarse la detención indefinida en reclusión, que para algunos detenidos se hace a perpetuidad, como ha sucedido con los del frenocomio que por no tener parientes que los reclamen ni lugares donde puedan permanecer pese a tener cumplido el tiempo de la medida de seguridad continúan en reclusión indefinidamente. De modo que a criterio mío ha debido instituirse el principio de la libertad ya que es esta la que está en juego en todo el esquema penitenciario”⁵.

Tal vez por ello, con gran vehemencia, la Corte Constitucional colombiana se ha interesado en el tema de la dignidad humana al interior de los centros carcelarios como se infiere de afirmaciones como la siguiente: “la dignidad humana no puede ser restringida por estar la persona privada de la libertad, tampoco puede ser limitada a sus familiares cuando los visitan en el establecimiento carcelario, las autoridades deben velar por este derecho siempre”⁶. Incluso, PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA, no duda en afirmar: “la dignidad no sólo se debe considerar como un derecho humano autónomo sino que es la columna sobre la cual descansaron todos los demás atributos fundamentales; vale decir, que todos ellos convergen a la garantía y protección de este principio básico; así se concluye que el respeto por la persona humana es un valor fundamental superior, positivamente protegido, con respecto al cual los restantes derechos se encuentran

⁵ SINNING O MEARA, JOSÉ LUIS: *Derecho penitenciario Colombiano*, Editorial Graficas Sajor, primera Edición. Bogotá, 1998, pág. 129.

⁶ Corte Constitucional, Sent. T-269 de 2002. Mag. Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

subordinados y poseen carácter instrumental; ésta es la razón básica para su incorporación expreso en el ordenamiento penal⁷⁷.

Así las cosas, se puede afirmar que la dignidad humana es el conjunto de condiciones mínimas que le son necesarias al hombre para vivir de un modo adecuado de acuerdo a su naturaleza humana. Este es un tema que no se agota en el normal y corriente vivir de los individuos sino que, por el contrario, se extiende y persigue al hombre en todo momento encuéntrase donde se encuentre; por ello, este derecho también debe ser protegido con mayor razón y énfasis en los recintos carcelarios, atendidas las peculiares situaciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad.

2.2.2. El derecho a la libertad. Es uno de los más complejos de los cuales goza el individuo, pues a pesar de ser un derecho fundamental elevado a rango constitucional no es absoluto al igual que el derecho a la vida. Al respecto, al señalar el concepto y los elementos del mismo, ha dicho MARIO MADRID MALO GARIZÁBAL: “La libertad es el derecho fundamental de toda persona a la autodeterminación física. Este derecho comprende para cada uno de sus titulares el derecho a no ser víctima de desaparición forzada, secuestro o toma de rehenes, el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trata de seres humanos o trabajo forzoso, el derecho a no ser privado de la libertad por las autoridades en forma ilegal o arbitraria, y el derecho a no ser encarcelado por deudas. Para la protección judicial de este bien jurídico, expresamente reconocido por la Constitución, se ha instituido el hábeas corpus”. Es más, de forma precisa señala el autor nacional que “este derecho también se manifiesta como aquella capacidad radical del ser humano para ser dueño de sí mismo y no estar sometido a otro, lo que le permite autodeterminarse y autogobernarse en su actuar”. Por ello, pues, advierte que “la doctrina habla de libertad de ejercicio o libre arbitrio referirse a la capacidad humana de escoger entre obrar y no obrar, y de libertad de especificación referirse a la capacidad humana de optar por una u otra cosa. La libertad es, según el Preámbulo de la Constitución, uno de los valores que con la normativa superior quieren asegurarse a todos los miembros de la comunidad nacional. La ley penal colombiana tipifica delitos contra la libertad individual, la libertad de trabajo, la libertad de asociación, la libertad de reunión, la libertad religiosa y la libertad sexual⁸”.

⁷⁷ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO: *Comentarios al nuevo código penal sustancial*, Editorial Doctrina y ley Ltda., Bogotá, 2006, pág. 6.

⁸ MADRID MALO GARIZÁBAL, MARIO: *Diccionario de la Constitución Política de Colombia*, Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda., Tercera edición, Bogotá, 2005, págs. 120 y 255.

2.3. La problemática carcelaria respecto de los derechos humanos.

La protección y garantía en el cumplimiento de los derechos humanos y fundamentales es una tarea que, en primera instancia, le incumbe al Estado; sin embargo, a través del tiempo, se ha establecido que dichas obligaciones también les competen a todas las personas, máxime cuando se trata de los centros de reclusión o penitenciarios. Y no podía ser de otra manera, si se tiene en cuenta que ellos son vulnerados al interior de las cárceles, lo que genera una alta desconfianza de los internos respecto de las garantías constitucionales relacionadas con los derechos fundamentales, consagrados tanto en la legislación interna como en los tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

Por ello, es plenamente compatible el planteo de PIEDAD ELIJACH GUERRA para quien “la desconfianza de los internos frente al derecho internacional protector es fundada, no sólo porque no han sido beneficiados directamente sino porque bastaría con recorrer la distancia existente entre la realidad y las normas nacionales de derechos humanos para percibir que poco o nada se logra transformar en la vida concreta de los reclusos afectados por violaciones a derechos fundamentales. Si bien la declaración de 1948 significó un avance para la comunidad internacional, hay poco que decir sobre las connotaciones que estos generaron al interior de las cárceles. Los conceptos que fundamentan la doctrina de los derechos humanos han dedicado poco espacio a los asuntos relacionados con la población carcelaria, lo que no quiere decir que tales conceptos sean estáticos”⁹. Esto se evidencia, sobre todo, cuando después de una búsqueda como la realizada por nosotros se verifica que no existe un derecho carcelario como tal que solucione la problemática planteada, pues lo único que se encuentra son simples aproximaciones sobre los derechos humanos que intentan aplicarse a la población carcelaria sin ningún orden y rigor. Esta es la razón por la cual la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cree que para garantizar esa humanidad y ese respeto, la dirección de las cárceles debería entregársele a instituciones independientes; los Estados partes deben, pues, ejercer un seguimiento continuo, imparcial y permanente de las cárceles para garantizar que no habrá tratos crueles e inhumanos para los reclusos.

⁹ ELIJACH GUERRA, PIEDAD: *Políticas, derechos humanos y el proceso de toma de decisiones en las cárceles (1786-1998)*, Editorial Auros Copias, Cartagena, 2000, págs. 16 y 62.

Por ello, en relación con el incumplimiento en la aplicación y garantía de los derechos humanos y fundamentales al interior de los centros de reclusión, las Naciones Unidas estiman que el problema radica en la ausencia de una política criminal garantista: “Un elemento importante que explica la situación carcelaria y la vulneración de derechos humanos en los centros de reclusión radica en la ausencia de una política criminal garantista, diseñada de modo concertado y democrático...”¹⁰. Es más, se afirma: “los reclusos como tienen unas condiciones mínimas dentro de las cárceles y los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad deben concurrir al lugar para que se estén cumpliendo dichas condiciones y así hacer valer el principio de la dignidad humana y de ser necesario por lo que ven en su visita suspender esta medida; es por esto que si el recluso está bajo tratos inhumanos y que van contra su dignidad exige una ponderación de la medida privativa de la libertad”. Por ello se advierte que “es un claro ejemplo el de las reclusas que tienen sus hijos y viven en condiciones de hacinamiento y sin servicio de salud y otros ejemplos más como los afrocolombianos en los túneles de la cárcel de Distrito Judicial de Bogotá La Modelo y los indígenas en Cali que se encuentran en pasillos húmedos. Esto exige una solución inmediata ya que ningún recluso debe vivir en estas condiciones”. En fin, se advierte con toda razón que “el Estado a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y de la dirección general del INPEC tiene responsabilidad por la instrumentación de una política de facto y gestión penitenciaria que no se condice con el respeto de las garantías constitucionales y derechos humanos. La falta de recursos no es una justificación suficiente del mal manejo carcelario pues, según informes de la Contraloría, hay irregularidades administrativas y financieras serias y reiteradas durante años”¹¹.

Esta es la razón, entonces, para que la ya citada Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos clame porque esos derechos sean respetados, la administración sea honesta e íntegra, sin que pueda excusarse en la falta de recursos o en la situación personal del recluso para su trato. Es más, un órgano tan representativo en el campo de la discusión

¹⁰ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Volumen IV. Editorial Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, primera Edición, Bogotá, 2003, pág. 514.

¹¹ *Idem*, pág. 518.

jurídica en estas materias como la Comisión Colombiana de Juristas, al pronunciarse sobre los informes presentados en los últimos años por las Naciones Unidas en las materias indicadas, no duda en aseverar: “en virtud de la facultad que le otorga la ley para crear otros centros de reclusión¹², el INPEC optó por desconocer y dejar sin efecto dos disposiciones legales que hasta ahora eran la única prenda de garantía para ofrecer un trato diferenciado a las personas sindicadas y condenadas. Con la adopción de esa medida, el INPEC parece empeñado en legalizar una situación de hecho, evade el trámite de una reforma legislativa del estatuto penitenciario y reduce a un asunto administrativo la obligación internacional de separar por categorías a las personas privadas de la libertad”¹³. Se trata, desde luego, de una afirmación muy grave que compromete la seriedad del sistema penitenciario colombiano.

No es, entonces, de extrañar que en 2001 durante el 57° período de sesiones de dicho organismo, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas –por primera vez– se haya referido a la problemática carcelaria colombiana como una dimensión de la situación de derechos humanos, que merecía especial atención. En efecto, en primer lugar, manifestó su preocupación “por las pobres condiciones de las cárceles y por los informes sobre abusos contra los derechos humanos de las personas detenidas y pidió a la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos en Colombia que siga esta situación con el objeto de dar asesoramiento y cooperación a las autoridades colombianas”¹⁴. Es más, como se ha señalado, en su informe de 1997, la entonces Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, había tomado nota sobre la posible ocurrencia de torturas durante la aplicación de cualquiera de los procedimientos que operan para hacer efectiva la privación de la libertad, según lo había manifestado la propia Defensoría del Pueblo¹⁵.

¹² Cfr. Artículos 16 y 20 del Código Penitenciario y Carcelario.

¹³ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS: *Colombia: Derechos humanos y Derecho humanitario: 1997 a 2001*, Tomo II, Serie de informes anuales, Editorial Comisión Colombiana de juristas, Bogotá, 2004, pág. 121.

¹⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Declaración del Presidente del 57° periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 57 periodo de sesiones, doc. OHCHR/STM/01/02, abril de 2001, párr. 21.

¹⁵ En opinión de esta institución de control, una de las razones para que no haya un registro estadístico que refleje el volumen real de casos de tortura es que “quienes la han padecido son obligados a declarar por escrito que recibieron buen trato”. Cfr. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia*, 54 período de sesiones, doc. E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998, párr. 48.

Así mismo, resaltó ese alto dignatario internacional que “las mujeres detenidas en los centros carcelarios han formulado [...] repetidas quejas sobre la situación de los niños, hijos de las reclusas, sobre los reiterados abusos que miembros de la guardia penitenciaria cometen contra las internas al someterlas a registros y sobre el incumplimiento de las disposiciones legales en materia de visita conyugal”¹⁶.

También, en su Informe del año 1998, se dijo que con frecuencia la privación de la libertad suponía la violación del derecho a la integridad personal en la medida en que aquella solía comportar tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁷. Además, en esa oportunidad se tomó nota de las denuncias hechas por la Defensoría del Pueblo sobre irregularidades en la reclusión de jóvenes infractores¹⁸.

Incluso, en su Informe de 1999, se puso de presente que el hacinamiento, las malas condiciones de los lugares de detención y la inseguridad son los principales problemas que configuran la crisis carcelaria. Es más, según el informe de la Alta Comisionada se destacó que, no obstante el incremento del presupuesto para el sistema carcelario, el Estado no había respondido a la persistencia de esos problemas con una adecuada y eficaz política penitenciaria¹⁹; todo lo cual llevó, de forma perentoria, a concluir: “Se siguen presentando tratos crueles, inhumanos o degradantes en los establecimientos de reclusión, no sólo como consecuencia del hacinamiento y las pésimas condiciones sanitarias de reclusión”, sino también por los “repetidos abusos y actos de fuerza innecesaria por parte de los servidores públicos a cargo de su custodia”²⁰. Incluso, se dijo que el Estado colombiano estaba incumpliendo sus obligaciones de “proteger la vida, integridad física, dignidad y seguridad jurídica de las personas privadas de libertad y de promover y facilitar su reintegración social, consagradas en la Constitución nacional y en los

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 136.

¹⁷ En efecto: “Los tratos crueles, inhumanos o degradantes afectaron a personas aprehendidas por miembros de las fuerzas militares en zonas donde se cumplían operaciones de contrainsurgencia, a personas privadas de la libertad en instalaciones policiales y a personas reclusas en establecimientos carcelarios. En esta materia, tanto los integrantes de la Fuerza Pública como los del cuerpo de guardia penitenciaria han infringido con frecuencia el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. *Op cit.*, nota 14. párr. 52.

¹⁸ *Op. Cit.*, nota 13, párr. 65.

¹⁹ COMISIÓN DE DERECHO HUMANOS: *Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la oficina en Colombia, 56 periodo de sesiones*, doc. E/CN.4/2000/11, 9 de marzo de 2000, párr. 65.

²⁰ *Ibíd.* Párr. 196, recomendaciones N° 13.

instrumentos de derechos humanos ratificados por el país [todo lo cual] también tiene un impacto crecientemente negativo en relación con la seguridad humana de la población general del país”²¹. En fin, de forma incontrastable y preocupante, se señaló como “Los organismos de protección de los derechos humanos de los sistemas universal y regional han observado la gravedad de la situación carcelaria en Colombia. En general, han expresado su especial preocupación por la persistencia de unas condiciones carcelarias que devienen sujeción a penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, en abierto desconocimiento de los principios que, de acuerdo con la vigencia del Estado social de derecho, deben orientar el funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario”²².

En fin, después de este panorama del asunto, no cabe otra cosa que concluir que la problemática de los derechos humanos en los ámbitos carcelario y penitenciario en Colombia es desastrosa y se trata de un asunto que amerita un tratamiento más profundo, por las graves repercusiones que representa en el contexto internacional.

2.3.1. Los derechos de las personas privadas de la libertad. Desde luego, la calidad de persona privada de la libertad no hace que, automáticamente, se pierdan las garantías y derechos plasmados en la Carta Fundamental y en los Pactos mundiales de Derechos Humanos. Como bien lo ha dicho la Procuraduría General de la Nación²³, “las personas privadas de libertad tienen los mismos derechos que las personas libres. Sus derechos pueden ser objeto de algunas limitaciones expresamente previstas en la ley, de acuerdo con el régimen constitucional y los tratados internacionales”. Es más, téngase en cuenta como la Defensoría del Pueblo trata de intervenir para poner coto a esta aguda problemática de cara a hacer efectivas la protección y garantía de los derechos humanos; esta institución, recuérdese, es dependiente de la Procuraduría y fue creada por la Constitución de 1991²⁴, entre otras, con esas miras.

²¹ Op. Cit., Nota 3, párr. 15.

²² COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS: *Colombia: Derechos humanos y Derecho humanitario: 1997 a 2001*, Tomo II, Serie de informes anuales, Editorial Comisión Colombiana de juristas, Bogotá, 2004, pág. 352.

²³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, UNIÓN EUROPEA: *Protocolos de Actuación institucional de la Procuraduría General de la Nación. Derechos de las personas privadas de la libertad*, Editorial Procuraduría General de la Nación, Primera edición, Bogotá, 2006, pág. 13.

²⁴ Ver artículo 282 de la Constitución Política de Colombia.

Por ello, la Defensoría del Pueblo afirma sobre esta problemática lo siguiente: “en materia de derechos humanos de personas privadas de la libertad, las autoridades se hallan sometidas no sólo a las obligaciones generales derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. Están sometidas también a una serie de deberes específicos que derivan, por una parte, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y por la Convención Americana sobre derechos humanos, y, por otra, de la Constitución política. Trato digno: De un lado, ordena que en los establecimientos de reclusión prevalezca el respeto a la condición digna de la persona, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Trato humano: Prohíbe toda forma de violencia psíquica, física o moral contra las personas privadas de la libertad”²⁵. Es más, se añade: “...la jurisprudencia constitucional, al interpretar el alcance de esos deberes, ha reiterado en múltiples oportunidades que el ámbito penitenciario y carcelario no está dispensado de acoger y dar vida al valor de la justicia como a los principios y disposiciones de la Carta política y que, por ende, las autoridades encargadas de administrar centros de reclusión tienen deberes respecto a los derechos de las personas sometidas a su cuidado”²⁶. De la misma manera, se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que a la persona reclusa en un centro carcelario, no se le deben violar sus derechos ni ser discriminada.

Por ello, de la mano de lo dicho por la Defensoría del Pueblo, se debe recordar que “...al imponer una pena privativa de la libertad el poder punitivo del Estado separa temporalmente al reo de la sociedad, lo despoja de su albedrío para determinarse en el tiempo, y le restringe el ejercicio de otros derechos primarios, como el de la autodeterminación personal y el de la intimidad. Sin embargo, ninguna de estas pérdidas y reducciones disminuye en el penado su radical condición de persona humana, titular de derechos inalienables que las autoridades deben reconocer y garantizar las gravísimas fallas del régimen carcelario colombiano se materializan dentro de las prisiones en hechos injustos que contrarían abiertamente la Carta política y afrontan la conciencia social”²⁷. Incluso, como expresa el mismo documento, “... la persona que ingresa a un establecimiento de reclusión, bien sea en calidad de imputado, sindicado o de condenado, debe contar con la

²⁵ Cfr. *Derechos de las personas privadas de la libertad. Manual para su vigilancia y protección*. Defensoría del pueblo, Editorial Defensoría del pueblo, Bogotá, 2006, pág. 32.

²⁶ *Idem*, pág. 33.

²⁷ CORDOBA TRIVIÑO, JAIME: “Los derechos de los reclusos”, en *su Defensor*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, N° 24, julio de 1995.

certeza de que sus derechos humanos serán estrictamente respetados y protegidos. Los internos se encuentran vinculados con el Estado por una especial relación de sujeción²⁸. De tal suerte que este último puede exigirles el sometimiento a un conjunto de condiciones y reglas de conducta encaminadas a mantener el orden y la seguridad en los establecimientos carcelarios del país, y cuando estas medidas se ajusten a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Correlativamente, el Estado debe garantizarle a los internos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que no han sido suspendidos, y parcialmente el disfrute de aquellos que les han sido restringidos²⁹. Incluso, como recuerda ese organismo, "...la Defensoría del Pueblo en algunos de sus pronunciamientos ha sostenido que dentro de los grupos vulnerables, tal vez sobre el que con mayor intensidad gravita la vulnerabilidad con cierta aversión y estigmatización social es el conformado por la población reclusa. Entre las misiones fundamentales que le corresponden al sistema penitenciario y carcelario colombiano está la de poner a disposición del condenado oportunidades o soluciones que le ayuden a superar las deficiencias personales y ambientales que lo hayan incitado al crimen u originado su inadaptabilidad social"³⁰.

También, la Procuraduría General de la Nación como ente encargado por la Constitución Política de la vigilancia, eficacia y correcta aplicación de los derechos humanos, se ha preocupado por garantizar la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, en especial en las cárceles y en los centros de reclusión. Por ello, no ha dudado en afirmar que "la prisión supone manifestaciones constantes de violencia y dominación. Estas dinámicas profundizan la reserva y el secreto en relación con los asuntos internos de la prisión. La prisión concentra altos niveles de conflictividad social y múltiples agentes generadores de violencia. El contexto de la prisión exacerba algunas expresiones de violencia que pueden tener su origen en causas externas a la prisión. Las personas privadas de libertad disfrutarán en

²⁸ Al respecto, el documento que se transcribe cita las siguientes decisiones de la Corte Constitucional que deben ser tenidas en cuenta para precisar el concepto de "estado de sujeción especial de los reclusos frente al Estado": Sentencias T-596 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón; C-318 de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; T-705 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-714 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Decimocuarto informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. 2007. Año de los derechos de las personas desplazadas. Derechos Humanos para vivir en Paz*, Editorial Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2007, pág. 89.

³⁰ *Idem*, págs. 90 y 95.

condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades. Ciertas personas privadas de libertad, como las madres con hijos pequeños, los miembros de pueblos indígenas, las personas con discapacidades, las personas en edad avanzada, las personas con enfermedades terminales, tendrán derecho a la protección y la atención requerida por su condición y sus necesidades especiales serán satisfechas”³¹.

En fin, con base en el anterior marco teórico como punto de partida es procedente, ahora, ocuparse de los resultados de la investigación desde una perspectiva teórico- práctica.

3. ESTUDIO TEÓRICO PRÁCTICO DE LA LEGISLACIÓN ACERCA DE LOS MENORES QUE VIVEN CON SUS MADRES EN LA PRISIÓN

3.1. El tratamiento del menor en la legislación. Las provisiones legales sobre la materia no se limitan sólo a las disposiciones plasmadas en la Constitución, a las atinentes a la creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o la que expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, pues hay muchas leyes encargadas de garantizar los derechos de los niños, tanto en el plano nacional como internacional. Los niños son una prioridad para el Estado, quien debe velar por ellos mediante la creación de una legislación precisa y efectiva que los proteja como seres que merecen prevalencia sobre los demás por su particular estado de indefensión.

Por eso, una voz tan autorizada como la del Profesor IBÁÑEZ NAJAR, señala que el derecho de los niños se debe auscultar en las normas constitucionales que determinan sus principios, garantías, derechos y deberes; en las normas y principios consignados en los tratados, declaraciones y convenios internacionales referentes a los menores; y, desde luego, en las leyes y en los principios y reglas de la jurisprudencia constitucional. Incluso, señala que el derecho de los niños está conformado por principios desarrollados por la jurisprudencia, que surgen de la revisión de constitucionalidad de las normatividades correspondientes y/o aplicabilidad de las normas anteriores o al estudiar la violación de los derechos fundamentales de los niños. En fin, las normas jurídicas como las reglas jurisprudenciales han

³¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, UNIÓN EUROPEA: *Protocolos de Actuación institucional de la Procuraduría General de la Nación. Derechos de las personas privadas de la libertad*, Editorial Procuraduría General de la Nación, Primera edición, Bogotá, 2006, págs. 17 y 20.

ayudado a analizar el contenido de los principios, derechos, deberes y garantías de los niños, lo mismo que los deberes y obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado en relación con aquellos³².

Incluso, del análisis normativo y jurisprudencial sobre la materia se puede afirmar también que hay temas en los cuales no hay unidad de criterio legal ni jurisprudencial y, por lo tanto, es necesario encontrar una posición definitiva para unificar las decisiones en la aplicación de la ley³³. Esto también sucede con los mecanismos de protección, herramientas que otorga el Estado para cuando se esté efectuando alguna violación a un derecho de los menores, esta transgresión pueda ser puesta en conocimiento por cualquier persona ante las autoridades competentes, para que de manera inmediata pongan fin a la situación contraria a derecho. Dentro de los mecanismos judiciales, señala el reputado Profesor, están: “la acción de tutela, mediante la cual se solicita de un juez en procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales de la persona vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o por un particular en determinados casos, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa; la acción de cumplimiento, con la que toda persona puede acudir ante un juez para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo (mecanismo de protección de los aludidos en tanto el mencionado incumplimiento tenga efectos vulneradores en los derechos de los niños)”³⁴.

Esto es importante tenerlo en cuenta, dado que no es suficiente solo con proteger de manera escrita los derechos fundamentales de los niños sino que se hace indispensable crear mecanismos prácticos y eficientes para que cuando estos se transgredan, cualquier persona que tenga conocimiento de dicha violación la ponga en conocimiento de las autoridades para que estas actúen rápidamente y tomen los correctivos y las sanciones aplicables a cada caso en concreto. Los niños, pues, son responsabilidad de todos, máxime que la gran mayoría de ellos no se pueden defender por sí mismos y necesitan la protección de su familia, de los ciudadanos y del Estado, de tal manera que se posibilite que sus derechos no se queden en escritos

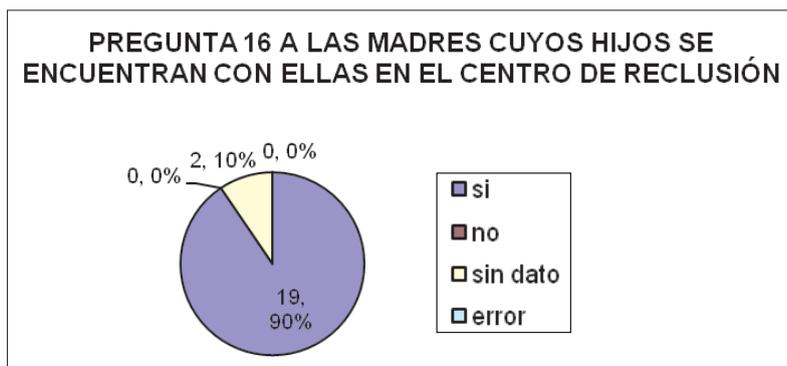
³² IBÁÑEZ NAJAR, JORGE: *El derecho de los niños*, Editorial Javegraf, Primera edición, Bogotá, 1998, págs. 9 a 12.

³³ Para mayor información sobre la normatividad acerca del menor –aunque sin incluir el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia–, véase el libro del Profesor IBÁÑEZ NAJAR, op. cit., págs. 12 y 13.

³⁴ Idem, pág. 81.

como adorno de la Carta Política de la Nación, sino que se traduzcan en realidades que se viven diariamente en el acontecer cotidiano de las cosas y de los sucesos.

Todos, y en especial la madre del menor, deben conocer las reglamentaciones existentes sobre los niños. Por ejemplo, en el caso de las madres recluidas con sus hijos en el centro carcelario del Buen Pastor, un 90% tiene noticia del procedimiento señalado en la ley cuando el menor cumple la edad de tres años y debe ser separado de su lado, así lo demuestra la gráfica que se presenta a continuación:



La protección del menor, como se dijo, no solo le concierne al derecho interno sino que el asunto ha sido desarrollado por parte de organizaciones internacionales a través de tratados, convenios y declaraciones, con los cuales se pretende salvaguardar y poner en un lugar prioritario los derechos de los niños. A tal efecto, debe citarse la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del niño y la Declaración de los derechos del niño adoptada por las Naciones Unidas en 1959, que constituyen el origen de la legislación internacional que protege a la niñez de la humanidad. En estos instrumentos internacionales, téngase muy en cuenta, se reconoció a los menores el derecho a tener todos los cuidados y asistencias especiales que ellos merecen, en consideración a que de manera especial deben recibir la protección necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Por tal razón, la legislación colombiana, a través del antiguo artículo 19 del Código del Menor³⁵, permitió que todos aquellos convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados por Colombia, que

³⁵ Decreto 2737 de 1989, derogado por el artículo 217 de la ley 1098 de 2006.

tenían relación con el menor, pudieran ayudar a explicar y aplicar las normas que integran toda esta materia³⁶.

Desde luego, además de su función interpretativa, las normas y principios de los tratados y convenios suscritos por el país, tienen aplicación directa cuando han sido integrados a la legislación nacional. Sin embargo, es preciso aclarar que las disposiciones contenidas en dichos tratados internacionales no se convierten automáticamente en un mecanismo para el desarrollo de las medidas de protección que internamente puedan otorgarse a los derechos de los niños, es decir, sus normas constituyen parámetros mínimos de sujeción para los Estados Partes, a partir de las cuales el Estado puede establecer una protección jurídica más amplia.

3.1.1. El asunto en la discusión teórica. Ahora bien, de cara al examen de la norma abordada –recuérdese: el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario– debe decirse que limitarse sólo a la aplicación de esa disposición resulta altamente contraproducente para el niño, pues el legislador en ningún caso ha pensado en las consecuencias que –no sólo convivir con su madre en un sitio de reclusión sino, lo que es aún más grave, su desprendimiento del seno materno cuando se arriba a los tres años de edad– ello puede producir en el desarrollo de su personalidad. La primera infancia, como se sabe, es una de las etapas más importantes en el crecimiento del hombre, ella comienza a definir la personalidad y el carácter que tendrá el futuro adulto. Obvio es decirlo, el niño no se debe encontrar solo en esta etapa y es fundamental que esté a cargo de personas aptas para su cuidado y educación, que le brinden un ambiente sano, no solo para él sino para todos aquellos que lo rodean; por ello, la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y la United Nations Internacional Children’s Emergency Fund., han afirmado de forma insistente que el hecho de garantizar una vida saludable al menor es indispensable para su desarrollo como persona y poder, así, mostrar sus capacidades y aptitudes indispensables para una vida en comunidad³⁷.

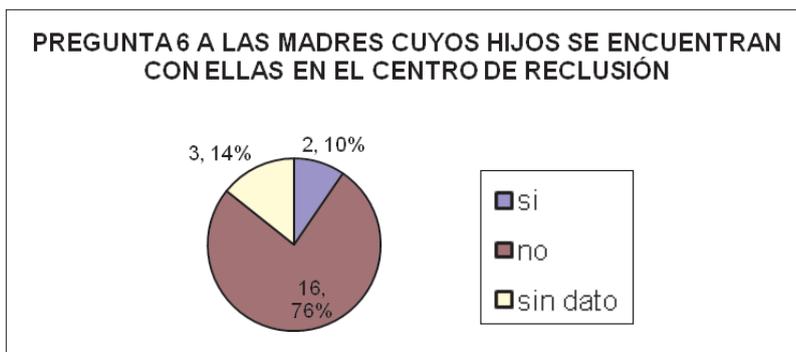
En efecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, División de Protección Preventiva, realizó una investigación sobre el crecimiento

³⁶ Sobre ello, cfr. IBÁÑEZ NAJAR, ob. Cit., pág. 33.

³⁷ fr. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ICBF, UNICEF: *Municipios y Departamentos por la infancia y la adolescencia. Orientaciones para la acción territorial*, Editorial Gente Nueva. Segunda edición, Bogotá, 2006, pág. 40.

del niño como un ser social, mediante la cual se determinó que el desarrollo de este depende en gran medida de la calidad de las relaciones que le brindan las personas mayores comprometidas en su formación y enseñanza, de donde se concluyó: “Es por esto que la conceptualización sobre el desarrollo parte de reconocer al niño como un ser social cuyo desenvolvimiento depende de la calidad de las relaciones que le ofrecen los adultos responsables de su crianza y educación. De ahí que para mejorar la situación de los niños se requiera generar un verdadero ambiente de bienestar no sólo hacia los pequeños sino también entre los adultos, de manera que sean posibles formas de relación y comunicación basadas en el respeto y en reconocimiento de los otros como personas”³⁸.

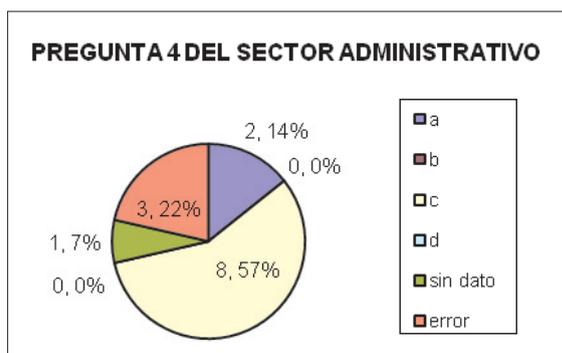
3.1.2. El asunto en la encuesta realizada. La universalidad de las madres reclusas que se encuentran con sus hijos dentro de la Cárcel el Buen Pastor, respondió frente a la pregunta en torno a si creía que su hijo podría estar influenciado en su formación por el ambiente de la cárcel, y en un 76% opinó que la cárcel no es un ambiente negativo que pueda afectar a sus hijos; naturalmente, en relación con ello se puede afirmar que –a pesar de las circunstancias en que se encuentran–, estas no son determinantes en el desarrollo y crecimiento del menor pues lo que prima es que se encuentren al lado de su madre. Así lo muestra la siguiente gráfica:



No obstante, contrario a la opinión expresada por las madres reclusas, el sector administrativo encargado de la conducción de ese centro penitenciario –que también fue encuestado– señaló, en un 58% de

³⁸ Cfr. MINISTERIO DE SALUD-ICBF: *El desarrollo infantil. Una concepción desde el ICBF*, Editorial Gente Nueva, Bogotá, 1990, pág. 8.

los casos, que la razón fundamental para que el niño no esté en la institución es el ambiente carcelario pues este es perjudicial para el desarrollo del menor; incluso, un 14% de los encuestados considera que el niño no debe crecer en el centro de reclusión porque se le está privando de la libertad y del derecho a crecer en igualdad de condiciones frente a los demás niños, aunque ninguno respondió que la razón primordial por la cual el niño no debe crecer en este ambiente es que éste pueda ser criado de manera más apta por fuera de la reclusión. Así lo enseña la siguiente gráfica:



3.2. La relación del niño con la familia. Como se sabe –ya lo dijo de forma luminosa Aristóteles–, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; así lo reconoce la Carta Política al consignar un precepto que tiene prevalencia en nuestro ordenamiento³⁹. El Estado, pues,

³⁹ Constitución Política Colombiana, Artículo 42: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva

acorde con ese punto de partida, garantiza la preeminencia del núcleo familiar como foco de crecimiento y desarrollo de la familia tal y como sucede en las sociedades modernas.

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su Preámbulo, afirma de modo fehaciente que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y, en particular, el de los niños, a cuyo efecto debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad⁴⁰. También, la ley reconoce que para el menor el estar cerca de su familia es prioritario y es un derecho que debe ser respetado y salvaguardado, salvo la excepción en que el menor sufriera al estar junto a su familia; naturalmente, para que esa premisa se cumpla, debe probarse el daño que sufre el menor al convivir junto a su núcleo familiar, de lo contrario el niño no podrá ser separado de su familia, por ninguna circunstancia. Así se infiere con toda claridad del artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia: “*Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales*”.

A su vez, la Corte Constitucional advierte que los padres con los hijos, tienen un vínculo permanente, y es obligación de ambas partes mantenerlo, para así lograr la unión familiar. Es derecho de toda persona tener una familia y no ser separado de la misma, salvo que el menor este siendo perjudicado al estar con ella. Para que la excepción se cumpla, debe ser probada⁴¹. El derecho de no ser separado de su familia, pues, le permite al menor ser criado, formado, educado, por quienes se supone quieren lo mejor para él. Respecto de este tema, la doctrina concluye, al igual que la jurisprudencia, lo siguiente: “...por encima de las desavenencias existentes entre los padres, éstos tienen el deber primordial de promover y proteger el derecho fundamental

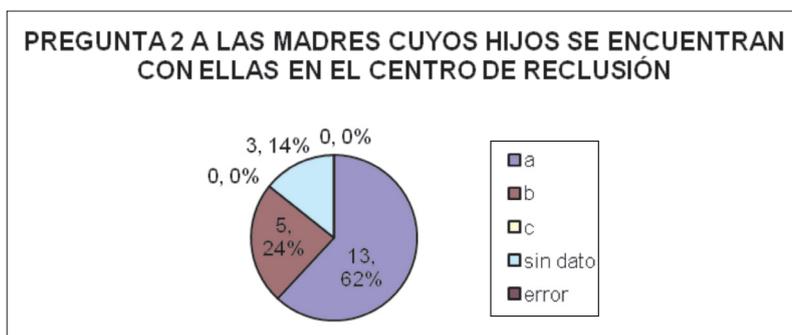
religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

⁴⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LAS NACIONES UNIDAS: *Convención sobre los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25*, de 20 de noviembre de 1989.

⁴¹ Cfr. Corte Constitucional, Sent. T-408 de 1995, Mag. Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

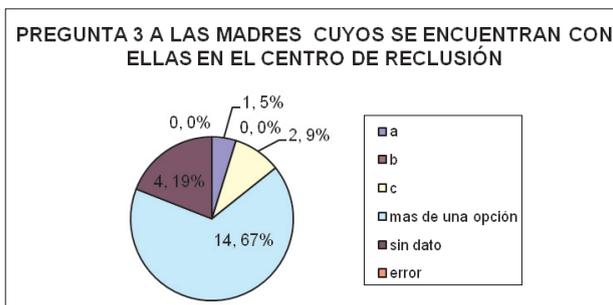
del menor a tener una familia y a no ser separado de ella. La única excepción al derecho de padres e hijos a mantener relaciones consiste en la protección del interés superior del menor. A la familia corresponde entonces, la responsabilidad de asistir, educar y proteger a los infantes; labor, ésta, que se deberá realizar mancomunadamente con el Estado, el cual cumple una función supletoria en el evento de que los padres no se encuentren, o en su defecto, no puedan proporcionar a los menores aquello que les es indispensable para llevar y desarrollar una vida plena⁴².

Así las cosas, de conformidad con las prescripciones contenidas en el Código Penitenciario, el derecho del niño a permanecer con su madre hasta los tres años, se aplica cuando la reclusa opta por tener a su hijo con ella dentro de la reclusión; ella, téngase en cuenta, es su familia mediata, la que lo cuidará en sus tres primeros años de vida sin que esto signifique que el resto de los miembros del núcleo familiar se olvide del niño ni sea separado de él, pues los demás parientes pueden ir a visitar al menor y a la madre y, así, mantener la unidad familiar. Pueden, pues, seguir al tanto del progreso y crecimiento del menor pero dándole la posibilidad a la madre de compartir con su hijo, diariamente. Este aserto quedó demostrado a plenitud en la parte práctica de la investigación, cuando las madres con sus hijos dentro de la reclusión del Buen Pastor, al responder a la pregunta en virtud de la cual se quería establecer cuánto tiempo del día pasaba la reclusa con su hijo, un 62% de la población contestó que compartía de 8 a 12 horas con él, un 24% contestó que de 8 a 4 horas; y, téngase en cuenta, ninguna de las encuestadas, afirmó que permanecía menos de 4 horas con el menor. Así lo muestra la siguiente gráfica:



⁴² Véase, ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. SECRETARÍA DE GOBIERNO: *Derechos de las niñas y de los niños. Herramientas pedagógicas. Cátedras de derechos humanos deberes y garantías 02*, Editorial Quebecor World Bogotá S.A., Bogotá, 2006, pág. 50.

El análisis anterior, entonces, permite concluir que las madres utilizan todo su tiempo libre para permanecer con sus hijos, es decir, cumplen con el derecho del menor a estar acompañados de su familia, en este caso de la madre. Al respecto debe precisarse, sin embargo, que las madres no pueden pasar todo el día con el niño dado que el INPEC les ofrece el servicio de guardería, en el cual los menores pasan la mayor parte del día y, cuando termina la jornada, vuelven con sus progenitoras quienes les dedican todo el tiempo restante. Así mismo, también se estableció que en el tiempo que las madres reclusas comparten con el menor lo dedican a educarlo, formarlo y a jugar con él; esta afirmación se deduce del resultado obtenido en las encuestas, pues el 66% de las madres encuestadas afirmó realizar, conjuntamente, este tipo de actividades con su hijo. Obsérvese, al respecto, la siguiente gráfica:

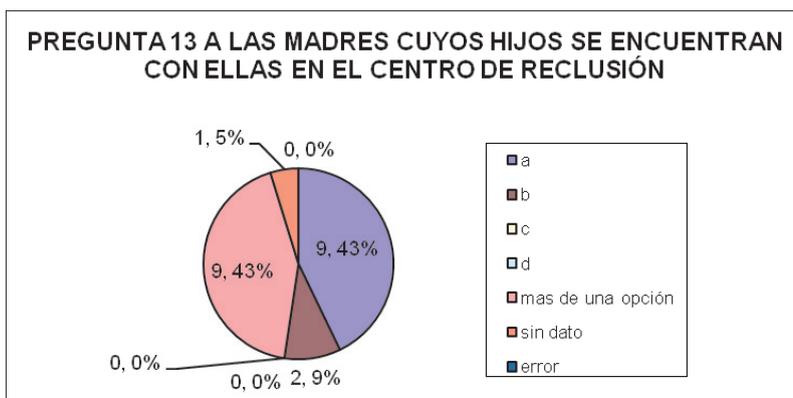


De igual manera, la formación del menor también ocupa un lugar primordial, pues el 19% de las madres respondió que la mayor parte del tiempo se dedican a educar al niño, labor que le es encomendada a los padres, en primer lugar, y –en caso de faltar estos–, el Estado se hace responsable de tan primordial labor. Por ello, afirma el Profesor IBÁÑEZ NAJAR: “...son los padres quienes deben ser los primeros educadores en la moral de sus hijos, hasta tal punto que el incumplir esta obligación amerita, en determinados casos, la privación de la patria potestad caso en el cual se tendrá en cuenta la gravedad de la violencia moral. Por ende se afirma con certeza que la labor educativa de los padres no se circunscribe a una mera instrucción, debe por lo tanto constar, también, en una formación de valores. Para transmitir la formación moral a los hijos el mejor medio con que cuentan los padres es el ejemplo de su propia vida, puesto que “la moral antes que predicarla hay que vivirla”⁴³.

⁴³ Op. Cit., págs. 104 y 105.

Según el citado académico, son varios los fundamentos que soportan la labor educativa-moral de los padres con respecto de sus hijos: de un lado, por el propio fin de la paternidad y de la maternidad que procuran el bien del hijo; pues los hijos, particularmente los menores, poseen una tendencia a imitar la conducta de sus padres. Y, del otro, la moral familiar es también un asunto de interés general dado que las relaciones familiares se basan en el respeto recíproco de sus integrantes, en consecuencia cualquier forma de violencia dentro del núcleo familiar se encuentra destructiva de la armonía y unidad que debe reinar en su interior razón por la cual este tipo de conductas serán sancionadas por la ley.

En el caso práctico objeto de estudio, se pudo constatar que la función de corregir al menor la ejercen las madres recluidas con sus hijos en el centro carcelario del Buen Pastor y la realizan con amor, esta es la palabra más usada cuando emiten sus respuestas y se refieren a sus hijos. De los datos obtenidos mediante el instrumento de recolección de la información utilizado, se deduce que ellas ejercen la autoridad sobre los menores en un 42% corrigiéndolo y enseñándole la manera correcta de actuar; un 43%, a su vez, señaló dos opciones como son: llamarle la atención verbalmente y enseñarle la manera correcta de comportarse. Así mismo, ninguna de las encuestadas expresó que reprimía físicamente a los niños, es decir, ellas cumplen las obligaciones que los padres tienen para con los hijos, tanto al momento de corregirlos y enseñarles cuál es la manera indicada de proceder en una situación determinada como cuando evitan el maltrato físico, pues es claro que esa no es la manera de reprenderlos. Véase la siguiente gráfica:



Naturalmente, a pesar de que la madre es la que convive físicamente con el niño, estas obligaciones están en cabeza de ambos padres así estos estén separados, divorciados o –como en el caso a analizar– no se encuentren juntos por circunstancias legales; ambos, pues, deben estar al tanto –conjuntamente– de la educación y crianza de sus hijos y no solo de la académica, sino de la moral que conduzca a una formación en valores y principios que lo preparen para un futuro. Así las cosas, a pesar de que la custodia del niño en sus primeros tres años la tenga la madre recluida, esto no significa que ella no le pueda enseñar una moral correcta basada en su experiencia y en las consecuencias que su actuar equivocado le pueda producir; además, deberá estar apoyada por los demás miembros de la familia en quienes también recae dicha obligación.

Al respecto, es bueno señalar que la Corte Constitucional ha señalado como la obligación de protección al menor es un deber de la familia, la sociedad y el Estado; y ello, no solo para lograr que el niño se desarrolle en las condiciones más favorables sino para garantizarle todos sus derechos. Cualquier persona, pues, está avalada para salvaguardarlos cuando estos sean vulnerados y debe poner en conocimiento de las autoridades competentes la situación, para que éstas le pongan fin a estos hechos⁴⁴.

3.3. La moral familiar como derecho y como deber. También, como lo enseñan elementales nociones de psicología infantil y de pedagogía, desde la primera infancia del menor los padres son determinantes para la formación moral y ética de estos, pues se hace necesario que los progenitores a través de un buen ejemplo y por medio de una buena comunicación inculquen principios y valores fundamentales a sus hijos. Al respecto, la Corte Constitucional señala que la conducta de los padres con respecto a la integridad moral de los hijos, implica obligaciones tanto de hacer como de no hacer: en cuanto a las primeras, se encuentra la de encauzar al hijo mediante la palabra y el ejemplo hacia la práctica de la virtud, la estimación de los valores y la aprehensión de los principios fundamentales, así como la conservación de la estructura moral del hijo mediante actos de estímulo, cuidado y prevención. Desde la perspectiva de las obligaciones de no hacer, encontramos que cualquier forma de violencia moral debe proscribirse del entorno familiar (Cfr. Arts.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

42 y 44 C. P.). Por violencia moral se entiende la violación de la estructura moral de una persona por actos de mal ejemplo, inducción a la perversidad, vulneración de la inocencia, abuso o sometimiento sexual, entre otros. Estas acciones no son conformes al derecho, por cuanto implican un mal para el menor, en contra del bienestar debido a éste. Aunque puedan ir acompañados de algún placer contingente y transitorio, no por ello tienen estas acciones razón de bien, por cuanto no realizan al hombre como persona, sino que lo someten a las contingencias de un eventual estímulo que es medio y no fin⁴⁵.

Así mismo, es necesario que dentro del proceso de formación de los menores, los padres no utilicen ningún tipo de violencia moral o física que pueda generar traumas graves a la estructura psicológica del menor y que impliquen un mal futuro para este. La función educativa de los padres debe concretarse, específicamente, en un buen ejemplo, pues los menores tienen una tendencia a imitar la conducta de sus padres. Además, la moral dentro del hogar es un interés primordial para el Estado, puesto que cualquier tipo de violencia que se genere dentro de la familia puede ocasionar una gran descomposición social. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia resaltan que el derecho del menor a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social y ante la falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia, es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado mediante la adopción a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional⁴⁶.

3.4. El principio de protección por parte de la familia y el estado, al niño. La protección superior del niño por parte del Estado y de la familia, tiene como fin último la guarda y la defensa de los derechos de este; el amparo del menor tiene que existir en la práctica, pues es necesario que el resultado de su aplicación represente un beneficio para él y las circunstancias que puedan llegar a afectar la plena garantía del desarrollo de este principio, tienen que ser evaluadas. El principio de protección especial al niño por parte del Estado, la familia y la sociedad, fue reconocido en razón de su condición de debilidad manifiesta y de la incapacidad física y mental para llevar adelante

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional, sent. T-503 del 4 de noviembre de 1994, Mag. Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁶ Cfr. MINISTERIO DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO: *La vida de los derechos de la niñez. Compilación normativa*, tomo I, Editorial Ministerio de la justicia y el derecho. Dirección General de Prevención y Conciliación, Bogotá, 1997, pág. 149.

una vida totalmente independiente⁴⁷, máxime que en principio todos tenemos el compromiso de proteger al niño para alcanzar su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos⁴⁸. Por eso, justamente, la Constitución Política, reconoce al menor una posición jurídica especial, en cuya virtud él se torna en un sujeto merecedor de especial protección por parte de la sociedad (cfr. artículos 44 y 45); esa es la razón, recuérdese, por la cual la Corte Constitucional afirma que el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia protege los derechos de los menores y les otorga el carácter de fundamentales, lo cual los torna prevalentes sobre los derechos de los demás⁴⁹.

A su turno, a los padres les corresponde la protección del menor pues ellos tienen el deber de brindarle al niño un ambiente moral sano donde se le inculquen principios y valores fundamentales que hagan de él un hombre útil para la comunidad; naturalmente, cuando no se pueda garantizar por parte de los padres un amparo real a los derechos del menor, es el Estado quien tiene el deber inexcusable de protegerlos. Así las cosas, cabe concluir, la asistencia y protección del menor depende, en primer lugar, de la familia porque ella es el núcleo esencial de la sociedad; pero esto, adviértase, no exime a la sociedad en general y al Estado en particular de prestar apoyo para poder garantizar la defensa de los derechos del menor. De ahí que si el niño no tiene una familia que lo cuide y proteja, por cualquier razón, la asistencia y protección incumbe directamente a la sociedad y a nombre de ésta al Estado, a través de los organismos competentes para ello. Se dispone, entonces, la intervención subsidiaria del Estado a falta de una familia que no pueda cumplir con las obligaciones que señala la ley⁵⁰. En esta misma línea de análisis, la Corte Constitucional considera que es deber primordial del Estado garantizar a los niños sus derechos, haciéndolos prevalentes sobre los de los demás y no puede excusarse en otras obligaciones para no cumplir este precepto fundamental⁵¹.

⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional, sent. T-402 de 1992. Mag. Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

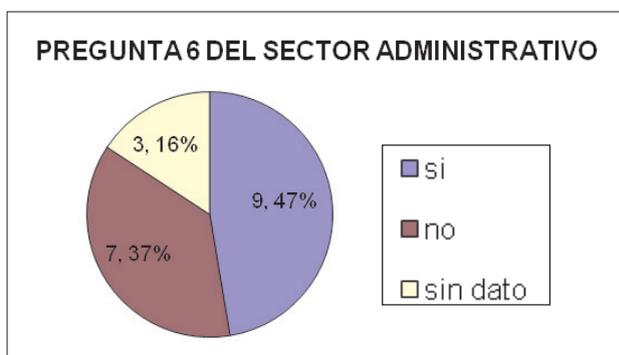
⁴⁸ MINISTERIO DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO: *La vida de los derechos de la niñez. Compilación normativa*, tomo I, Editorial Ministerio de la justicia y el derecho. Dirección General de Prevención y Conciliación, Bogotá, 1997, pág. 31.

⁴⁹ Corte Constitucional, sent. C-157 de 2002, Mag. Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁰ Cfr. IBÁÑEZ NAJAR, Op. cit., pág. 23.

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, Sent. T-020 de 1994, Mag. Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

No obstante, a pesar de este marco teórico conceptual que anima al ordenamiento colombiano cuando se ocupa de estas materias, en las encuestas realizadas al sector administrativo de la Cárcel “El Buen Pastor”, el personal consideró –frente a la pregunta en torno a si creían que la obligación impuesta por la ley, de mantener al menor durante sus tres primeros años de vida junto a la madre, era solo para proteger los derechos de la progenitora aún si con ello se vulneraban ciertos derechos del menor–, en un 47%, que esta normatividad solo protege los derechos de la madre. Así lo muestra el gráfico inserto en seguida:



Así mismo, adviértase, el 37 % consideró que esta protección no solo salvaguarda los derechos de la madre sino también los del niño; y, finalmente, un 16% no respondió la pregunta. Por supuesto, ello evidencia el desfase notable entre los diseños legales y constitucionales, avalados y desarrollados por la jurisprudencia, y los mecanismos empleados por los servidores públicos para hacer efectivos no sólo los derechos sino su protección.

3.5. Concepto jurisprudencial sobre el principio de protección por parte de la familia y el estado al niño. Al respecto, debe decirse que la Corte Constitucional insiste de forma reiterada que para garantizar una protección real y efectiva del menor, el Estado debe destinar una parte de su presupuesto para invertirlo en los niños⁵². Es más, advierte que la protección dispensada al menor por la Constitución se basa en la naturaleza de la indefensión del mismo, en que su crecimiento

⁵² Corte Constitucional, Sent. C-041 de 1994, Mag. Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

avanza poco a poco, y en que los niños son el futuro de la sociedad por lo cual es de vital importancia garantizarles todos sus derechos⁵³. Por eso, dicho organismo entiende que a pesar de los perjuicios que le pueda causar al niño la estadía en un centro carcelario, sería peor el daño que se le causaría al separarlo de su madre en una etapa tan fundamental. Además, cree que esta prohibición le estaría vulnerando su derecho a tener una familia y, por supuesto, a privarlo del amor que le puede brindar su progenitora⁵⁴.

4. PLANTEAMIENTO Y ANÁLISIS TEÓRICO PRÁCTICO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA MUJER PRIVADA DE LA LIBERTAD

4.1. Los derechos humanos de la mujer. Las damas juegan un papel primordial en la vida en sociedad como lo reconoce el propio derecho internacional al ocuparse del asunto; desafortunadamente, en la práctica, estas normas no se aplican en la forma debida. Ese, por lo demás, ha sido el clamor de la doctrina cuando, por boca de REBECCA J. COOK, expresa: “las normas internacionales sobre derechos humanos aún no han sido aplicadas en forma efectiva para reparar las desventajas e injusticias que experimentan las mujeres únicamente por el hecho de ser mujeres. En este sentido, el respeto por los derechos humanos dista de ser «universal». Las razones que explican este fracaso generalizado en el cumplimiento de los derechos humanos de la mujer son complejas y varían de país en país. Incluyen la falta de comprensión del carácter sistémico que tiene la subordinación de la mujer, la incapacidad de reconocer la necesidad de caracterizar la subordinación de la mujer como una violación de los derechos humanos y la ausencia de prácticas estatales que condenen la discriminación contra la mujer. Por otra parte, ha habido falta de voluntad de los grupos tradicionales de derechos humanos para enfocar las violaciones a los derechos de la mujer y falta de comprensión de los grupos de mujeres del potencial que tiene el derecho internacional de los derechos humanos para reivindicar los derechos de la mujer”⁵⁵.

Es más, debe decirse que los grupos encargados de defender y proteger los derechos de la mujer muchas veces no tienen el apoyo necesario por

⁵³ Corte Constitucional, Sent.C-170 de 2004, Mag. Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sent. C-157 de 2002, Mag. Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁵ COOK, REBECCA J.: *Los derechos humanos de la mujer*, Editorial Profamilia, Primera edición, Bogotá, 1997, pág. 3.

parte de la comunidad y del Estado, lo cual les dificulta el desarrollo de su labor. Por ello, las convenciones internacionales sobre la mujer deberían respaldar el trabajo de estos grupos ayudándolos a disponer de mecanismos efectivos para el cumplimiento de su misión; así mismo, esas regulaciones deberían disponer mecanismos en virtud de los cuales se pueda defender a las mujeres de cualquier tipo de injusticia, agresión y desventaja del que puedan ser objeto. Por ello, son compartibles al respecto las apreciaciones de la autora acabada de citar, cuando afirma que “la Convención sobre la Mujer avanza con respecto a las anteriores convenciones de derechos humanos al tratar el carácter generalizado y sistémico de la discriminación contra la mujer e identifica la necesidad de afrontar las causas sociales de la injusticia contra la mujer al incluir “todas las formas” de la discriminación que sufren las mujeres. Por lo tanto, esta Convención es capaz de tratar el carácter específico de las desventajas de la mujer. Un enfoque para aclarar qué constituye discriminación contra la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos es mediante la elaboración de Comentarios Generales o Recomendaciones Generales por parte de los comités establecidos por las diferentes convenciones de derechos humanos”⁵⁶. Así las cosas, de lo dicho se puede concluir que una vez detectada una violación a los derechos humanos de la mujer por el derecho interno, ya sea trasgrediendo una disposición de las convenciones o alguno de sus comentarios o recomendaciones generales, se deberá aplicar la normatividad internacional pues ésta al estar ratificada por Colombia prima sobre la legislación nacional, tal y como sucede con la materia que es objeto de nuestro análisis.

4.2. Las mujeres en los centros carcelarios. Sin duda, en Colombia los derechos humanos de la mujer son más vulnerados en los centros carcelarios y penitenciarios que en otros ámbitos; esto se evidencia, por ejemplo, en el hacinamiento existente en las celdas que sólo deberían ser ocupadas por una sola persona, aunque en casos muy excepcionales se podría admitir hasta dos encarceladas pero garantizándoles suficientes comodidades de higiene y ventilación. Adicional a lo anterior, la mujer reclusa no es objeto de atención en relación con las dificultades que vive en su entorno social y, una vez privada de su libertad, se manifiesta en forma directa. Es más, debe señalarse que una vez reclusa en un centro carcelario depende en gran parte del manejo que sus directivas le den en relación con su salud⁵⁷.

⁵⁶ Ídem, pág. 10.

⁵⁷ Cfr. ECHEVERRI OSSA, BERNARDO: *Temas Penitenciarios*, Editorial Escuela de penitenciaria Nacional. Bogotá, 1971, pág. 64.

Por ello, estudiosos como ORREGO expresan que “el hecho de ser mujer y estar en una cárcel, implica recibir un trato peor y tener unas condiciones de vida más denigrantes que las de los hombres. Aunque las cárceles, tanto de hombres como de mujeres, son instituciones en donde existen las condiciones para una estadía digna; sin embargo, es en las cárceles de mujeres, en ciertos aspectos, donde se presenta una situación más dramática”. En las reclusiones⁵⁸, aunque se presenta menor índice de hacinamiento, las carencias y las necesidades insatisfechas son mayores; además, advierte el autor, existen menos oportunidades educativas y laborales, hay escaso personal de funcionarios profesionales, es deficiente la estructura locativa y son escasas las instituciones de apoyo social⁵⁹.

4.3. Los derechos de la madre privada de la libertad. Por supuesto, como se ha dicho, la mujer tiene derechos fundamentales que le deben ser respetados como ser humano, mujer y a la vez madre, máxime cuando está privada de la libertad; por ello, con la creación de las guarderías dentro de los centros carcelarios, el legislador buscó no solo proporcionar al menor un mejor desarrollo, tanto físico como psicológico, sino beneficiar a la madre al conservar a su hijo a su lado. En la Cárcel “El Buen Pastor” cuando empezaron a operar las guarderías para niños menores de tres años, las más beneficiadas han sido las reclusas y sus niños cuya calidad de vida ha mejorado en relación con la nutrición y la atención integral que se dispensa a ambos. Por eso, tanto para los niños que nacen dentro de la cárcel como para los que están por ingresar, se suelen tener en cuenta dos clases de requisitos para su estadía allí: que no exista un riesgo para el menor dentro del centro y que se demuestre, debidamente, el lazo filial. Así las cosas, las madres que deseen que sus hijos estén con ellas en sus primeros tres años de vida, deben pedir un permiso especial a las entidades encargadas⁶⁰.

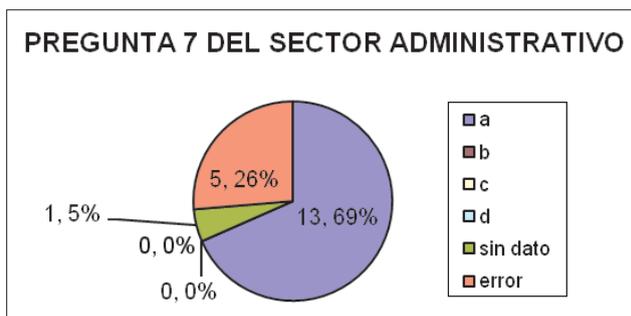
Con tales directrices y en plan de verificar empíricamente las condiciones al respecto en la Cárcel tomada como objeto de estudio,

⁵⁸ En Colombia, señala este expositor se le llama RECLUSIÓN a la cárcel de mujeres. También, es importante anotar que en algunos lugares, especialmente en pequeños municipios, las mujeres y los hombres son encarcelados en la misma prisión, aunque en patios o sitios diferentes. Estas son llamadas cárceles mixtas.

⁵⁹ ORREGO, JOHN JAIRO: *El drama humano en las cárceles. La realidad del sistema carcelario y penitenciario Colombiano*, Cap. 3, Ilustraciones Edgar Ossa, Medellín, 2001, pág. 69.

⁶⁰ RENGIFO LÓPEZ, ALMA BEATRIZ: *Memoria al Congreso Nacional*, República de Colombia. Ministerio de Justicia 1997-1998, Editorial Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 218.

le preguntamos al sector administrativo –para el caso los funcionarios de quienes dependía que el menor en reclusión tuviera o no contacto con su madre– de la misma sobre los beneficios recibidos por parte de las reclusas al compartir con sus hijos. Al respecto se estableció que el 69% de los encuestados consideró que la madre es la persona encargada de determinar si quiere o no tener contacto con su hijo, pues es ella directamente a la que más le interesa tener esa relación directa con el menor; así lo muestra la siguiente gráfica:

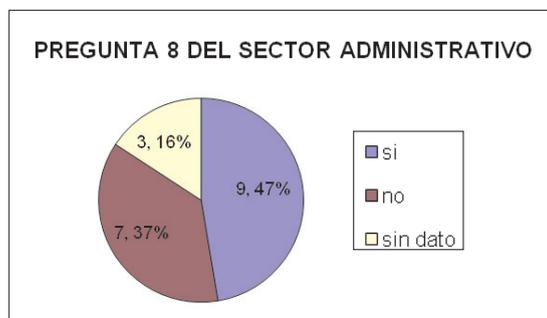


61

Así mismo, establecimos como El INPEC –para ayudar a preservar esa relación– dispuso de un pabellón especial destinado solamente para las madres reclusas cuyos hijos se encuentran con ellas en el centro carcelario; además, se verificó que cuentan con el apoyo del ICBF para las guarderías y se ha llegado a acuerdos con otras instituciones para que colaboren con las necesidades básicas del menor y se les haga más digna su permanencia. Naturalmente, otro de los derechos de las madres reclusas es tener contacto con su familia, por esta razón deberían ser ubicadas en centros carcelarios cercanos al lugar de residencia de las mismas, para que ellos puedan visitarlas. Desde luego, como el beneficio otorgado por la ley solo les permite conservar a el niño hasta los tres años de edad, cuando ellas son separadas de sus hijos se produce una situación en extremo difícil, porque las madres dependen de la visita que les haga el menor –por supuesto, acompañados de un adulto–; por ello, se le preguntó al personal administrativo de la cárcel El Buen Pastor, de Bogotá, sobre el asunto, al que se encuestó con la siguiente pregunta: “¿Qué carácter se le da a la visita entre el menor y la madre?”. El 84% de los encuestados consideró que a esta visita se le da un carácter muy importante, pues

⁶¹ Encuesta Realizada en la cárcel de mujeres el Buen Pastor, Bogotá, 19 de agosto de 2008. Universalidad encuestada: 24 reclusas madres con sus hijos dentro de la reclusión.

es un estímulo muy grande para estas personas poder ver a sus seres queridos cada semana, en especial cuando son sus hijos quienes las vienen a ver; esta entrevista, pues, es fundamental para reafirmar los lazos materno-filiales y le permite a la madre compartir con su hijo y estar al tanto de su desarrollo. Así lo enseña la siguiente gráfica:



62

Al respecto, es bueno tener en cuenta que la Procuraduría General de la Nación, en una práctica realizada en noviembre de 2006 a las mujeres presas en Colombia, logró establecer unos datos que a este respecto generan honda preocupación: “habían 3.484 mujeres reclusas colombianas, el 72.16% de ellas detenidas en 12 prisiones de mujeres y un 27.84% (cerca de 1000 mujeres) en 50 pabellones femeninos preparados en establecimientos de hombres en todo el país. Precisamente el 62% de las mujeres reclusas duermen en una sola habitación con 5 o más reclusas, los servicios sanitarios tienen que compartirlo entre varias internas y a la vez tienen poco espacio para que tomen sus alimentos y reciban sus visitas. Con relación a los niños de las reclusas solo el 15% de los centros carcelarios tienen guardería, siendo este un porcentaje muy bajo con relación al número de madres que hay en prisión”⁶³.

Desde luego, existen mecanismos que pueden ayudar a solucionar tan dramática situación. Por ejemplo, una alternativa es la concesión del beneficio de la detención domiciliaria (o la prisión domiciliaria cuando se trate de condenadas), pues sería conveniente para los padres de familia estar con sus hijos en su casa y, a la vez, cumplir

⁶² Encuesta Realizada en la cárcel de mujeres el Buen Pastor. Bogotá, 19 de agosto de 2008. Universalidad encuestada: 24 reclusas madres con sus hijos dentro de la reclusión.

⁶³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN: “Mujeres privadas de la libertad: urgen medidas para proteger y garantizar sus derechos humanos”, Bogotá, 2007, en: www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2007/noticias_033.htm.

su detención o condena sin necesidad de abandonarlos, máxime que es muy común que las reclusas sean madres cabeza de familia y, por esto, son las encargadas de responder por sus hijos. Como es natural, hay una limitante: esta medida tiene como requisito que el hijo sea menor de 18 años.

Según el Sacerdote ANDRÉS FERNÁNDEZ, en el artículo titulado “Más padres podrían salir de la cárcel”, la Corte Constitucional, al fallar una demanda contra apartes del artículo 314 de la Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal) –articulado que regula los casos en que la detención preventiva en cárceles podrá sustituirse por la del lugar de residencia–, abrió las puertas para las mujeres en esa situación puedan disfrutar de esos beneficios. El tribunal, sin embargo, aclaró que no quiere decir que con el fallo “el beneficio de detención domiciliaria debe concederse de manera automática”, sino que la decisión final recae sobre el juez. Así mismo, señala que ocho de cada 10 reclusas en el país viven con esta situación; es decir, que de las 3.397 mujeres que están recluidas, 2.718 son madres solteras y tienen un promedio de entre dos y tres hijos menores de 18 años, según el INPEC. A su turno, la señora ISABEL CUADROS, directora de la Asociación Afecto, afirma que lo ideal es que los padres estén con sus hijos, pero “depende del delito y la peligrosidad del adulto que vuelve a la casa”⁶⁴.

A su turno, bien valdría la pena atenerse a las directrices señaladas por la Corte Constitucional cuando señala que “los criterios para negar la detención domiciliaria de la madre cabeza de familia no son sus condiciones personales, sino la edad del menor hijo. Ante el caso de dos madres cabeza de familia –o padre en similares condiciones–, una con un hijo menor de 12 años y otra con uno mayor de esa edad, el juez de garantías podrá conceder la protección a la primera, y deberá negarla a la segunda. De hecho, la aplicación estricta de la disposición impondría que la madre cabeza de familia que ha recibido el beneficio de la detención domiciliaria lo perdería el día en que su hijo cumpla los 12 años. Así pues, respecto de las madres cabeza de familia con hijos mayores de 12 años que no han cumplido los 18, el sacrificio es palpable: el niño pierde la oportunidad de vivir en su misma casa con la madre o el padre del que deriva el cuidado necesario. A pesar de que ciertos de los argumentos esbozados en la demanda sugieren que

⁶⁴ FERNÁNDEZ, ANDRÉS: “Más padres podrían salir de la cárcel”, Periódico *El Tiempo*. Sección Nación. 2007, en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2417621#>

la necesidad de la presencia de la madre no es la misma en la temprana edad que a partir de los 12 años, esta Corte considera que la imposibilidad de que la madre asista al cuidado y crianza de un hijo mayor de 12 años trae serias repercusiones para su proceso de formación. La expresión “de doce (12) años”, contenida en el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 es inexecutable, no porque llanamente establezca una diferencia de trato entre los menores de 12 años y los mayores de esa edad, pues dicha diferencia de trato no es prohibida por los textos constitucionales y, en cambio, algunas normas legales avaladas por la Corte lo permiten, sino porque esa diferencia de trato en el caso de la norma sub iudice reduce injustificada y desproporcionadamente el esquema de protección prevalente del menor de 18 años. No obstante, el juez deberá verificar en cada caso concreto que efectivamente se cumplan las condiciones de desprotección del menor para conceder el beneficio de la detención preventiva domiciliaria, es decir, debe tener en cuenta, siempre que analice su procedencia, el interés superior del menor”⁶⁵.

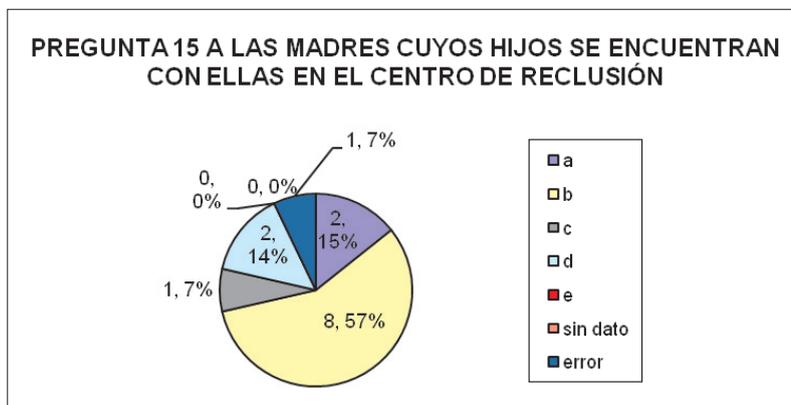
4.4. La maternidad en prisión. Uno de los momentos más importantes en la vida de una mujer es, sin duda, la maternidad que –sin importar donde se encuentre– debe ser respetada y protegida por toda la sociedad. Por ello, es primordial que las instalaciones del centro carcelario sean apropiadas, tanto para mujeres gestantes como para aquellas que ingresan con sus hijos. La institución debe contar con los medios apropiados para que la madre desempeñe su papel preponderante frente a la responsabilidad de criar a su hijo; esta es una etapa donde se le debe dar protección y tranquilidad para que el desarrollo del menor se haga en las mejores condiciones. Por ello, con precisión, ha dicho la Defensoría del Pueblo que la maternidad “por sus condiciones biopsicosociales genera una situación de especial vulnerabilidad, frente a la cual, el consenso social considera la necesidad de brindar protección. Su ejercicio por otra parte, implica una serie de tareas y funciones que confieren a la mujer un papel preponderante, pero que también la hacen más sensible a situaciones críticas, por la carga social y cultural de la crianza y cuidado de la prole dejada cotidianamente bajo su responsabilidad”⁶⁶. Desde luego, es preocupante que las madres no cuenten con los medios adecuados para poder llevar su embarazo a término con las mínimas condiciones

⁶⁵ Corte Constitucional, Sent. C –154 de 2007. Mag. Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Situación de derechos humanos en centros de reclusión para mujeres*. Editorial Defensoría del Pueblo, Primera edición, Bogotá, 1995, pág. 8.

de seguridad, sin hacinamiento, donde tengan un ambiente más sano y una equilibrada alimentación.

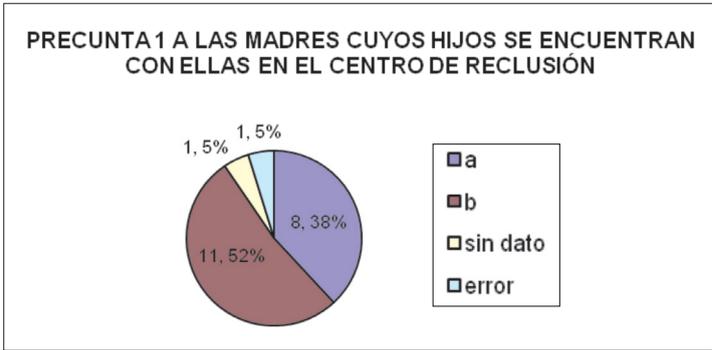
Al respecto, se indagó entre las reclusas en torno a sí quedaron embarazadas estando reclusas y cómo vivieron el embarazo: un 14% de las encuestadas respondió que su embarazo –pese a estar reclusas– fue excelente, mientras que un 58 % consideró que fue bueno; finalmente, un 14% estimó que fue malo. Así lo muestra el gráfico:



Esto muestra, sin duda, que la gran mayoría de la universalidad encuestada vivió a satisfacción su etapa prenatal. Ello es crucial, pues la protección al menor debe empezar desde el momento de la concepción y continuar a lo largo de su crecimiento. Por ello, como señala ORREGO, “el hecho de estar encerrada en una prisión no debería implicar que una mujer no pueda decidir si quiere tener hijos o planificar. A las autoridades penitenciarias se les olvida que la sexualidad no tiene como finalidad última y única la procreación, sino que es una manifestación vital y esencial de todo ser humano”⁶⁷.

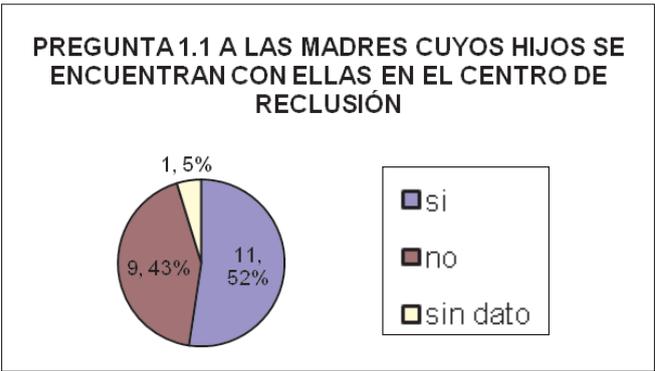
Al respecto, también se le preguntó a las reclusas madres cuyos hijos conviven con ellas en el centro carcelario, si quedaron embarazadas antes o después de quedar detenidas, con lo cual se buscaba establecer su motivación al momento de procrear. La gráfica muestra los resultados:

⁶⁷ ORREGO, JOHN JAIRO: *El drama humano en las cárceles. La realidad del sistema carcelario y penitenciario Colombiano*, Cap. 3, Ilustraciones Edgar Ossa, Medellín, 2001, pág. 69.



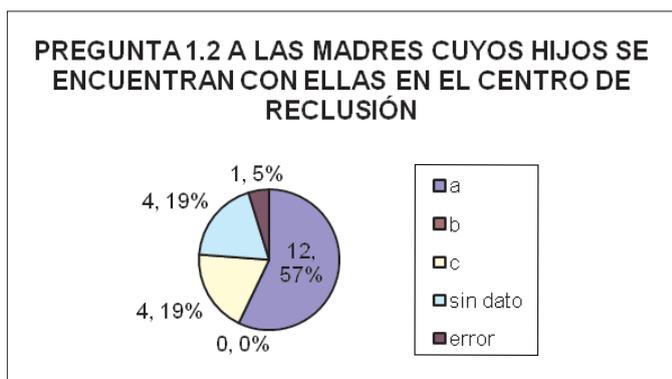
68

Como puede verse, el 38% afirmó que fueron detenidas ya siendo madres, pero se evidencia como un 52% de ellas quedó embarazadas después de estar detenidas; los motivos por los cuales lo hacen son inciertos: alguna lo puede hacer para beneficiarse legalmente, otra con la intención de tener una compañía en un momento de soledad en su vida; lo que sí se puede afirmar es que el estar detenida no es un impedimento para poder concebir a un hijo. Así mismo, como la decisión final acerca de concebir o no un hijo yace en el fuero interno de cada reclusa, decidimos encuestar a las madres cuyos hijos se encuentran con ellas en el centro carcelario “El Buen Pastor”, en torno a si tuvieron o no un embarazo planeado. La gráfica muestra los resultados:



⁶⁸ Encuesta realizada en la cárcel de mujeres El Buen Pastor. Bogotá 19 de agosto de 2008. Universalidad encuestada 24 reclusas madres con sus hijos dentro de la reclusión.

Como puede apreciarse, el 52 % de las encuestadas respondió que planeó su embarazo, es decir, más de la mitad de las madres detenidas querían quedar embarazadas, lo cual demuestra que la mujer privada de la libertad no se halla limitada al tomar la decisión de ser o no madre, sin importar que lo hicieran con la intención de conseguir beneficios o querer pasar ese momento tan difícil en compañía de sus hijos. Ahora bien, en relación con el interrogante encaminado a precisar los motivos que las llevaron a tener un hijo, la encuesta arrojó las siguientes cifras:

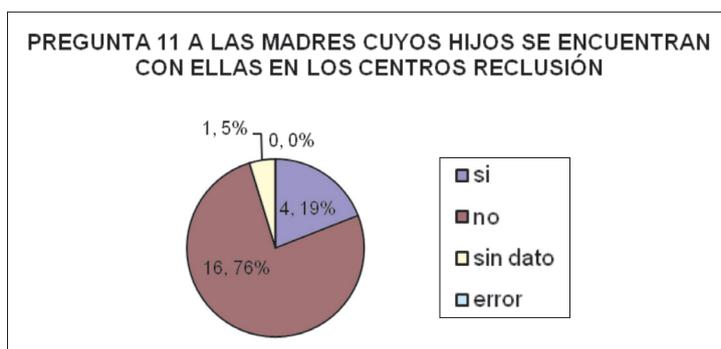


Del gráfico se desprende que el 57% de las madres reclusas con sus hijos en la institución, respondió que su motivación al quedar embarazada era el de ser madre, aspecto que contrasta con un 5% que lo hicieron para conseguir algún beneficio carcelario; y un 19%, que lo llevó a cabo por razones diferentes a las determinadas en la encuesta. Desde luego, estos resultados revelan que las madres detenidas pretendían con sus embarazos desarrollarse como madres, aspecto que se ve un poco truncado por las limitaciones que se tienen en las cárceles a pesar de que allí encontramos guarderías.

4.4.1. La importancia del apoyo familiar para la madre privada de la libertad. Como ya se dijo, el núcleo familiar es el pilar de toda sociedad, por esta razón debe preservarse y conservarse; el apoyo del Estado es básico para que la familia sea la columna de una sociedad integra. Éste deberá proporcionar todas las herramientas necesarias para hacer que se cumpla esta directriz. Por ello, son compartibles las apreciaciones de DURÁN GIL, al respecto: “Después de haber transcurrido muchos siglos de constante transformación y evolución en que del hombre primitivo hemos llegado a tener una sociedad

más o menos estable y un núcleo primordial denominado la familia, debemos luchar por la preservación de esta institución. Es por lo tanto indispensable que el derecho penal no esté ajeno a esta lucha. En estos días de liberación en todo aspecto en que algunas normas de carácter moral no son respetadas, debemos todos procurar colaborar en esta loable labor”⁶⁹.

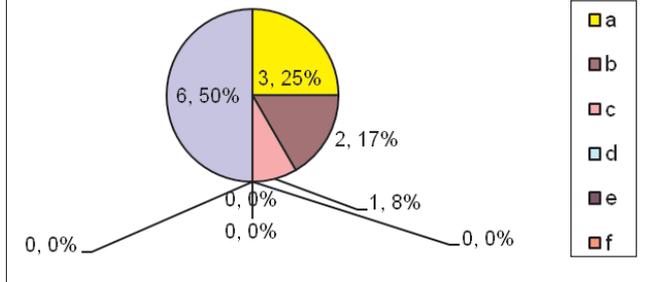
Por ello, en la encuesta practicada se les preguntó a las madres cuyos hijos se encuentran con ellas en el centro penitenciario, si creían que otra persona podía cumplir la función de madre que ellas ejercían; y los resultados fueron los siguientes:



Como se ve, el 19% de las encuestadas opinó que otras personas sí podrían cuidar y desempeñar la tarea de madre en relación con sus hijos. El 76 %, a su turno, consideró que nadie puede cumplir esta función, dato fundamental en la investigación pues ello evidencia, sin duda, que según las reclusas solo ellas son las indicadas al momento de desempeñar la función de madre, pues ellas son las personas más aptas para su educar y cuidar a sus hijos en esta primera etapa de su formación, máxime que la ley las autoriza para ello. En relación con esto, debe tenerse en cuenta la pregunta en cuya virtud se trató de precisar a qué otra persona elegirían las reclusas –cuyos hijos se encuentran con ellas en el centro de reclusión El Buen Pastor– para poder cumplir la función de madre que ellas desarrollan. Los resultados se muestran en este gráfico:

⁶⁹ Véase DURÁN GIL, OMAR: *La pérdida de la libertad como fuente de destrucción en el núcleo familiar.*, Monografía, Editorial Universidad Santo Tomas, Bogotá, 1980, págs. 44 y 45.

PREGUNTA 12 A LAS MADRES CUYOS HIJOS SE ENCUENTRAN CON ELLAS EN EL CENTRO DE RECLUSIÓN



Puede verse, con claridad, como las mujeres con hijos en el centro de reclusión estudiado considera, en un 25% de los casos, que podrían dejar a sus hijos –en primer lugar– con el padre, que es la persona más cercana al menor; también, un 17% estima que es viable hacerlo con los abuelos maternos, pues la madre confía en que sus padres podrían brindarle al menor el apoyo y la educación que éstos necesitan. En último lugar, están los padres paternos y demás familiares a los cuales la madre dejaría el cuidado y la crianza de sus hijos. Pero lo que sí dejan muy en claro las respuestas a la pregunta, es que las madres no confiarían a su hijo a un tercero, como podría ser una institución encargada como el ICBF.

Además, la investigación permite establecer que para las madres reclusas que no tienen los hijos con ellas en el centro carcelario, las visitas de los menores son fundamentales para fomentar los lazos filiales, pues, como señala la Corte Constitucional “la presencia de los niños en nada compromete la seguridad del penal; todo lo contrario, de conformidad con las mismas pruebas aportadas por el INPEC está demostrado, por diversos estudios psicológicos, que el contacto frecuente de los internos con sus familias, y en especial con sus hijos, constituye un enorme aliciente, baja los niveles de ansiedad y disminuye los riesgos de suicidio y de agresiones entre internos en los penales”⁷⁰.

⁷⁰ Corte Constitucional, sent. T-1030 de 2003, Mag. Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

4.5. Las madres recluidas con sus hijos en los centros carcelarios. Si bien es cierto que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, también lo es que las madres lo son en relación con la familia. Por eso, cuando están presas es evidente que se presenta una desintegración familiar: el hecho que la madre se encuentre encerrada en una cárcel, genera que los hijos queden sin un soporte y guía esencial para su desarrollo y se pierda el cuidado que requieren; es, pues, muy duro para las madres estar separadas de sus hijos, peor que la condena muchas veces, ese dolor también lo sienten y sufren los padres como han dicho los estudiosos⁷¹. Por ello, el Estado expide leyes con el fin de proteger al menor que se encuentra con su madre dentro de la cárcel para garantizarle sus derechos fundamentales, pero siempre teniendo en cuenta que estos prevalecen sobre los demás.

Sobre el asunto, bien vale la pena transcribir algunas consideraciones realizadas por la Acción Andina Boliviana que son enteramente procedentes: "...la imagen materna en el hijo es fundamental en el desarrollo como ser humano, decisiva con relación al afecto que una madre de a sus hijos...el Código del Niño, Niña y Adolescente, tienen que estar en contacto con la mamá pero deben tener programas de acogida que puedan garantizarles un espacio seguro en las noches". El asunto es tan trascendental, que se han contado como ejemplo casos de menores que viven dentro del centro carcelario con sus madres que no tienen un familiar que vele por ellos y ellos, debido al entorno en que crecen, adquieren madurez rápidamente; y así, otros casos de menores que también se encuentran allí pero porque sus madres así lo decidieron, para obtener los beneficios que se les proporcionan pues se hace más suave la condena. Desde luego, estos beneficios también son utilizados en determinado momento por aquellas presas que no tienen hijos dentro del centro o en su vida, a cuyo efecto se hacen embarazar. Es más, señala el texto que "La mayoría de estos niños se encuentran en edades entre los 4 y 10 años, etapa del menor donde absorbe todo lo que ve en su entorno y en la cual es importante inculcarle el sentido de los valores, por esto es triste ver como estos niños viven allí y a la vez cumplen junto con su madre una condena que no tiene nada que ver con ellos"⁷².

Al respecto, finalmente, debe decirse que El INPEC dispone de recursos para que en los centros carcelarios se desarrollan programas

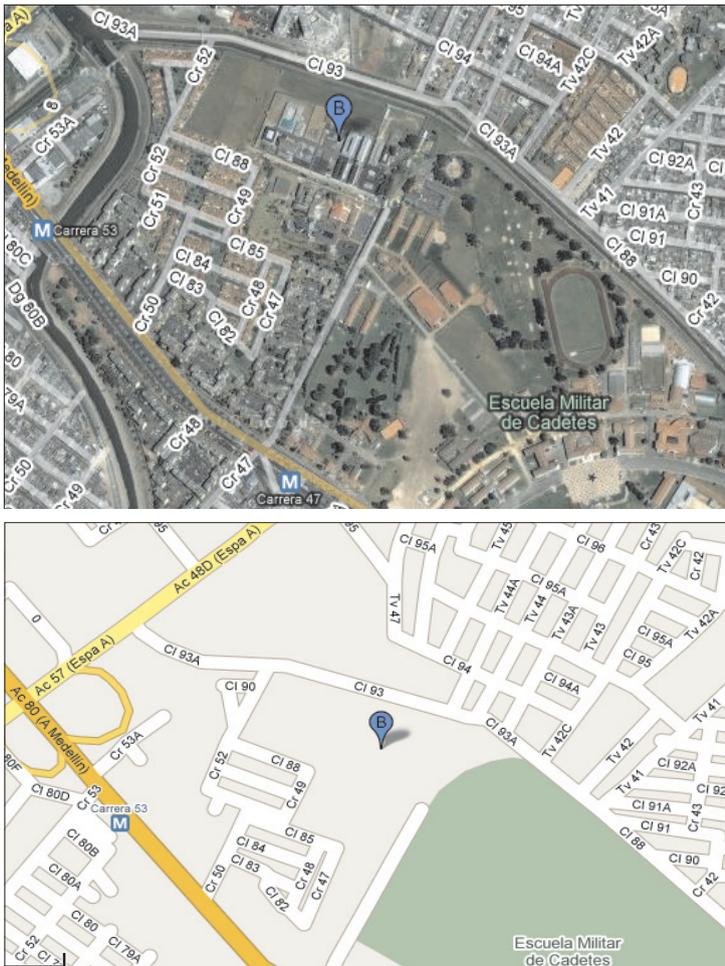
⁷¹ Cfr. ORREGO, Op. cit., pág. 74.

⁷² Acción Andina Bolivia: Niños y niñas en la cárcel de mujeres, Bolivia, 2003. http://accionandina.org/analisis/ninos_y_ninas_en_la_carcel_de_mujeres.html

para la mujer en embarazo y para el menor según la etapa en la que se encuentre; además, se destinan recursos económicos dedicados al sostenimiento de las guarderías, con el fin de progresar y brindar una vida digna dentro del centro carcelario tanto a madres como a hijos, con apoyo del ICBF, tanto en alimentación como en actividades para unir los lazos materno-filiales.

5. ANEXOS

Mapa de la ubicación geográfica de la reclusión de mujeres El Buen Pastor.



6. CONCLUSIONES

De todo lo señalado, una vez llevada a cabo la correspondiente investigación teórico-empírica, se puede colegir lo siguiente:

1. A pesar de que en la Constitución Política no hay una norma que señale los derechos de aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad y, particularmente, de las mujeres con sus hijos, no puede pensarse que dicha omisión sea la voluntad tácita del legislador encaminada a desconocer los derechos de la citada universalidad de individuos. Sin embargo, atendiendo al principio de conexidad, se deben resaltar los contenidos de los artículos 1, 2, 5, 12, 13, 15, 16 y 42 de la Carta Magna, los cuales consagran los siguientes derechos: respeto a la dignidad humana; la efectividad de los derechos y deberes; el principio de no discriminación por razón del sexo; la prohibición de tratos inhumanos o degradantes; el principio de igualdad real y efectiva; el derecho a la intimidad personal; y la inviolabilidad de la honra, la dignidad y la intimidad. Así mismo, téngase en cuenta, respecto de la igualdad entre hombres y mujeres la Constitución dispone –en su artículo 43– que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación antes y durante el embarazo y, desde luego, después del parto goza de la especial asistencia y protección del Estado. Hay, pues, en conclusión, todo un entramado constitucional del cual se desprenden esos derechos.

2. Los Derechos del Niño tienen un carácter supralegal en la legislación nacional, lo cual implica que no solo la normatividad nacional se encarga de regularlos y salvaguardarlos, sino que todos los tratados internacionales, convenciones y declaraciones sobre los mismos, están adheridos al sistema legal, gracias al bloque de constitucionalidad que fue una novedad implementada por la Constitución de 1991. Esto garantiza y brinda el imperio de la seguridad jurídica en este ámbito, de tal manera que se garantiza la existencia de mecanismos nacionales e internacionales enderezados a erradicar y evitar la violación de los derechos del niño.

3. La legislación que reglamenta el tema de los menores de tres años reclusos con sus madres en un centro penitenciario posee un amplio vacío legal, puesto que solo se limita a indicar que es el INPEC el organismo que tiene la responsabilidad y la obligación de dar cumplimiento a la norma en compañía con el ICBF, mas no impone obligaciones específicas, ni reglamenta la estadía de los menores en

los centros de reclusión. Ello es de suma importancia, pues no se trata sólo de permitir que la madre interna en un centro carcelario esté con su hijo hasta la edad de tres años, sino de dar unos lineamientos en torno a cómo debe ser esa permanencia, amén de que se debe delimitar la responsabilidad de los entes estatales involucrados en esta problemática de suyo muy particular y delicada. Naturalmente, a pesar de que las relaciones entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el INPEC están reguladas por el Acuerdo N° 11 de 1995, es evidente que esa normatividad es insuficiente y el asunto—de suyo muy importante, por todas las implicaciones que tiene según se mostró—, debería estar previsto tanto en el reglamento interno del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (sea que en sus establecimientos se encuentren niños menores de tres años o no) como en el del ICBF, como ente primordialmente encargado de todo lo relacionado con el menor, de tal manera que se disponga de herramientas legales que garanticen tanto la existencia de los derechos de los menores como su prevalencia.

4. El sistema carcelario existente para mujeres hoy en Colombia evidencia graves dificultades, dentro de los cuales se pueden destacar los siguientes: primero, hay un alto nivel de hacinamiento; segundo, es evidente la falta de condiciones mínimas de seguridad para evitar la criminalidad dentro de los propios establecimientos carcelarios; y, tercero se encuentra en incapacidad absoluta de separar procesados de condenados, amén de que no se han diseñado y ejecutado programas efectivos de resocialización para las reclusas. Esta situación se agudiza más si se tiene en cuenta la rigidez de la legislación penal, la lentitud judicial y la falta de utilización de medidas preventivas diferentes a la prisión y del empleo de alternativas diferentes para el cumplimiento de las sentencias.

Desde luego, estas graves dificultades pueden afectar al menor interno en el establecimiento carcelario incidiendo, de manera grave y preocupante, en su personalidad, con la consecutiva producción de daños irreparables que impidan su inserción normal en la sociedad. El Estado, pues, está obligado a diseñar herramientas idóneas para prevenir estas dificultades y debe buscar los correctivos y las soluciones que urgen, no sólo desde el ámbito legislativo sino también desde el plano real.

5. Previo el estudio de la bibliografía y de la jurisprudencia recopilada, amén de la investigación empírica que comprendió la realización de

encuestas entre las reclusas y el sector administrativo de la cárcel El Buen Pastor, definitivamente, el artículo 153 de la ley 65 de 1993 es favorable para el desarrollo del niño y no vulnera sus derechos. Sin duda, desde un plano jurídico, ella busca proteger el interés superior del menor y garantizarle que tenga durante su primera infancia la protección de sus derechos, al encargarle a la madre la guarda y el cuidado del niño como la persona más indicada para encargarse de él en sus primeros años. Por supuesto, en contraste con el plano normativo, se observa una realidad preocupante que, como se dijo, requiere de correctivos urgentes para que la norma no se quede en el papel.

6. Sin duda, la investigación corrobora el aserto según el cual la importancia del desarrollo del menor en compañía de su madre es fundamental para su formación como adulto, pues esta fase es la que marca el carácter y la personalidad del infante. Así mismo, para la madre el poder compartir estos primeros años de vida con su hijo puede ayudarla a tener un mejor proceso de resocialización, así como brindarle la motivación suficiente para superar sus errores pasados y poder, así, ofrecerle al menor bases sólidas para su formación. Esta conclusión se ve sustentada en la encuesta realizada, en cuya virtud se determinó que el 62% de las madres reclusas que tienen sus hijos menores de tres años dentro de la cárcel, si tuvieran la opción de tenerlo por fuera del centro carcelario no lo harían, prefiriendo que el menor este junto a ellas dentro del sitio de reclusión. Hay que tener en cuenta, además, que un 33% de las encuestadas si tuvieran esa misma alternativa la escogerían. Así mismo, obsérvese, como mediante otra pregunta formulada a las internas se logró establecer como el 95% de ellas cree que es fundamental que el menor crezca con ellas dentro del centro carcelario, y solo el 5% de ellas estima que es mejor que lo haga en una institución.

7. A pesar de que la familia, padre, abuelos y hermanos, juegan un papel fundamental en el desarrollo del menor, la presencia de la madre en su vida es primordial, pues el pequeño tendrá siempre un vínculo filial y, por lo tanto, jurídico muy fuerte con su progenitora. Esta conclusión se fundamenta por medio de la encuesta practicada a las reclusas que conviven con sus hijos menores de tres años dentro de la cárcel, que arrojó los siguientes resultados: primero, sólo el 19 % de las encuestadas consideró que otra persona puede cumplir su función de madre; segundo, el 76 % de ellas estima que nadie puede cumplir su función de madre; y, tercero, el 5 % no respondió la pregunta. Esto

indica, sin duda, que a pesar de que la familia se encuentre presente apoyando a la madre reclusa, ella aprovechará el beneficio otorgado por la ley de mantener a su hijo a su lado en el centro carcelario.

8. Así mismo, existen instituciones encargadas del cuidado de los menores hijos de mujeres privadas de la libertad que buscan satisfacer las necesidades básicas de los menores hasta que la madre salga de la reclusión o, en algunos casos, hasta que los menores cumplan con la edad requerida para permanecer allí. No obstante, la investigación demuestra como las reclusas tienen percepciones negativas acerca de algunas instituciones, pues creen que perderán a sus hijos y los menores serán adoptados por otra familia, por lo que recurrir a dichas instituciones se convierte en el último recurso al que acuden para el cuidado de sus hijos. Por ello, justamente, el 76% de las madres privadas de la libertad con sus hijos dentro de la reclusión, consideró que el ICBF en ningún caso es la institución indicada para el cuidado de sus hijos, porque –según ellas– este organismo no inspira la confiabilidad y la protección necesaria para otorgarles la guarda de los menores. Por eso, pues, en primera instancia, cuando el menor cumple la edad de tres años, recurren a familiares que puedan sostenerlos económica y emocionalmente; en otros casos, recurren a las instituciones privadas que ayudan a las mujeres reclusas; y, en última instancia, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.