

*El niño en prisión: Una mirada  
multidisciplinaria*

Julia Mercedes Pita Chávez

Abogada y licenciada en Educación. Profesora de Derecho Penal de la Universidad  
Alas Peruanas.

Lex

## MUJER Y NIÑO: PROBLEMÁTICA MARGINAL

La problemática de las mujeres y niños que se encuentran tras los muros de una prisión es un tema que frecuentemente queda en el trato anecdótico cuando se trata para destacar la existencia de una guardería en el establecimiento penal o la celebración del día de la madre, por ejemplo. Pero resulta marginal como tema de estudio y, en general, no se encuentra fundamentación teórica que justifique la permanencia de niños en establecimientos penales de régimen cerrado y detrás de los muros de la prisión se invisibilizan.

Cuando se visita un establecimiento penal, usualmente se puede observar en una pizarra la información estadística correspondiente a los o las internos/as. Estos datos se refieren al número total de la población penal, su condición jurídica sea como procesados o sentenciados y sólo, en algún recuadro pequeño, el número de niños sin ningún subtítulo que pueda explicar racionalmente su presencia en prisión.

### Caracterización del tema en otros países

Judith F. Weintraub, funcionaria de la Organización de Naciones Unidas, recopiló información acerca de la situación de los niños en prisión en todos los países miembros de las Naciones Unidas.

La información fue recogida teniendo en cuenta las siguientes variables:

- . El nombre del país.
- . Si una mujer da a luz cumpliendo una condena. ¿Puede el bebe quedarse con ella?
- . Puede una mujer llevar a sus hijos con ella mientras cumple condena?
- . Cuanto tiempo puede quedarse el bebe/niño?
- . Están las mujeres y los niños alojados por separado?

- . Hay programas especiales para las mujeres y los niños?
- . Qué medidas se toman al finalizar este período?

- En los *Estados Unidos* solamente en el Estado de Nueva York y en San José de California se permite que los niños sean alojados con sus madres en prisión cuando la mujer da a luz cumpliendo su condena. Para que puedan llevar a sus hijos nacidos anteriormente en San José pueden solicitar un permiso especial para alojarlos en el Centro Res. de Mujeres. Sin embargo, aún en estos casos los niños mantienen contacto con los recursos de la comunidad: Servicios de salud pública, servicios sociales, etc. En Nueva York donde se permite la permanencia sólo hasta un año, los niños tienen asegurados la atención médica, ropa y equipo para el cuidado del niño.

El gobierno federal ha establecido un programa que se denomina «Madres y Niños Juntos» por el cual la mujer embarazada es trasladada a una «casa intermedia» de la comunidad, 30 días antes del parto hasta 90 días después de él. Durante este período se busca ubicar al niño con los parientes de la madre. Al término de este plazo la mujer continúa el cumplimiento de la sentencia. Ninguna institución local, estatal o federal permite a la mujer quedarse con el niño.

Se conoce que un número aproximado de 4,000 mujeres embarazadas, dieron a luz en 1989 mientras cumplían condena.

- Entre los países que no permiten la permanencia de niños en con su madre en la cárcel tenemos a *Noruega*. Allí, una mujer embarazada, amamantando o que ha sido detenida antes de seis semanas después del parto no está obligada a cumplir sentencia salvo que ella quiera y el director de la prisión o custodia den su consentimiento.

- En otros países que respondieron que el niño podía quedarse con su madre en la cárcel, *Suecia* informa que estos casos son muy escasos, y que la detenida puede posponer el cumplimiento de la sentencia hasta que se hayan realizado los trámites necesarios para el bienestar del niño. El alojamiento puede ser de un año o más, en unidades especiales para madres con niños.

- En *Irlanda* los niños pueden estar con sus madres hasta los doce meses y sólo en casos excepcionales puede extenderse. Sin embargo, a las mujeres embarazadas se les concede libertad total o temporal. El alojamiento se da en unidades separadas, con centros de atención diurna, se permite las visitas del padre, se habla de nurserías especiales, atención médica, salón de juegos, etc.

- En el *Reino Unido, Inglaterra y Gales*, el bebe nacido durante el período de condena puede quedarse con su madre sujeto a ciertos criterios que no se expresan. Los niños nacidos con anterioridad pueden ser llevados por la madre si la Secretaría de Estado da el permiso

basándose en la disponibilidad de unidades y si se asegura que una vez cumplida la sentencia la madre seguirá haciéndose cargo del niño. Según el establecimiento, puede quedarse entre nueve y dieciocho meses. Existen unidades separadas para madre-hijo. A la madre se le brindan clases prenatales, atención infantil y de desarrollo y todo lo necesario para el mantenimiento y cuidado del niño.

- Es interesante conocer que en *Irlanda del Norte*, para que el niño sea admitido, el bebe debe estar en período de lactancia y debe disponerlo el mismo tribunal que dicta el auto de prisión. Asimismo, en Escocia, es necesario el permiso de la Secretaría de Estado.

- En *Pakistán* el bebé puede quedarse con su madre cuando nace durante el cumplimiento de la condena, pero se evitan los nacimientos en la prisión, puede suspenderse la sentencia.

La mujer puede llevar a sus hijos con ella a prisión oficialmente hasta los tres años, sin embargo «si no se pueden hacer otros arreglos los niños pueden quedarse hasta los diez años y las niñas por tiempo indefinido». Este es el único país que, en la encuesta, admite la permanencia prolongada de los niños en una cárcel, los otros señalan las edades oficiales pero no las que se permiten en la realidad.

Este caso nos permite observar el trato diferente entre niños y niñas. Esto sugiere que si la condena es larga, la niña puede pasar su vida en la cárcel.

- En *España*, en 1995 habían 221 niños viviendo con sus madres en las cárceles y podían permanecer desde los 0 hasta los 6 años. Al año siguiente se aprobó el Real Decreto 190/96 por el que se establece la permanencia de niños en prisión sólo hasta los 3 años en la consideración que en los demás países de la comunidad europea no se permite niños de más edad. El criterio de la Institución del Defensor del Menor es que la cárcel no es para los niños por lo que propone la creación de unidades independientes en lugares fuera del ámbito carcelario.

La Oficina del Defensor del Menor realizó un estudio, durante el segundo trimestre de 1998, en el que se tomaron datos sobre 60 niños de edades comprendidas entre los 0 y los 34 meses. *La vida de un niño en una cárcel* —afirma el estudio— *es muy rutinaria, adaptada a una rígida disciplina que deriva de las limitaciones de los funcionarios: Tras el aseo y el desayuno, los niños son conducidos a la guardería del centro, salvo algunos que acuden a escuelas infantiles externas durante el curso escolar. Después de la comida hay un tiempo obligado de celdas, y el resto de la tarde lo pasan con las madres en la sala de estar o en el patio.*

## - EN AMÉRICA LATINA

En *Bélice*, cuando una mujer da a luz cumpliendo una condena, el bebé puede quedarse con ella durante el período de lactancia. No existen programas especiales de madre e hijos y al cumplirse el límite de tiempo de permanencia se ubica al niño con parientes bajo la supervisión del servicio social.

En *Costa Rica*, se permite al recién nacido quedarse con su madre y también se permite que la mujer pueda llevar con ella a sus hijos aún cuando no hubieran nacido durante el cumplimiento de la condena. La información dice que hay alojamiento especial para niños hasta un año, por lo tanto se deduce que fuera del primer año, los niños conviven con las demás internas.

En *El Salvador*, se permite la permanencia de los niños hasta los 18 años. Se dice que los lactantes se quedan con sus madres en la cárcel de mujeres y que los demás ocupan un establecimiento especial dentro del terreno de la prisión y que cuentan con atención médica, comida y «un» colegio.

En *Guatemala*, se permite la permanencia de los niños hasta los cinco años, alojándolos en una habitación grande destinada para todas las mujeres con hijos. No hay programas especiales.

En *Honduras*, los niños pueden quedarse con su madre hasta los dos años, se prevé un parvulario para niños y al cumplir la edad límite se ubica al niño con parientes o en una agencia social.

En *Bahamas*, no se permite la permanencia de niños en la cárcel.

En *Cuba*, no se permite a ninguna mujer llevar con ella a sus hijos, pero si alguna da a luz cumpliendo una condena, el bebé puede quedarse con ella hasta que cumple un año. Existe un área en la prisión especialmente equipada para madres con niños. Después se ubica al niño con parientes o en un pensionado.

En *Jamaica* sólo se permite la permanencia de los niños nacidos durante el cumplimiento de la condena de la madre, hasta los cinco meses, se proporciona alojamiento en dormitorios y hay atención pre y post natal. El niño sólo permanece en la prisión cuando no hay quién se haga cargo de él fuera de la prisión mediante compromiso escrito entre su madre y la persona que se responsabiliza del niño.

En *México* se informa que sí es posible que una mujer lleve consigo a su hijo a prisión y también que puede dar a luz mientras cumple condena pero no se brinda ninguna otra información.

En *Bolivia*, sí es posible que la mujer embarazada dé a luz en la cárcel, y según la información «es habitual que ‘las familias’ residan con la madre encarcelada y puede quedarse con ella hasta que salga de libertad». No se explica qué pasa cuando la condena es de larga duración. Por otro lado, el Art. 57° del Código Penal Boliviano dispone que la mujer embarazada o con hijo menor de seis meses puede ser detenida en su propia casa.

En *Brasil*, los niños pueden permanecer hasta los siete años con su madre en prisión y son alojados en ambientes separados de las madres.

En *Colombia*, los niños recién nacidos y aun los que la mujer desea llevar con ella mientras cumple condena pueden permanecer en la prisión hasta la edad de cinco años. El niño asiste a un centro de atención diurno de 7 de la mañana a 6 de la tarde donde personal especializado le ofrece asistencia psicológica, recreacional y social. Se entiende que los niños pernoctan con sus madres en ambientes comunes y no se sabe si la información se refiere sólo a la cárcel de mujeres de la capital o si también se refiere a las del interior del país.

En *Guayana* sólo pueden permanecer con su madre en prisión los niños nacidos durante el cumplimiento de la condena de ésta hasta la edad de un año, lo hace en ambientes comunes. Se expresa que al cumplirse el término se ubica al niño con un familiar, pero que también se puede aplazar el cumplimiento de la sentencia de la madre.

En *Venezuela* la legislación suspende la ejecución de la pena privativa de libertad respecto de la mujer encinta hasta transcurridas seis semanas después del parto, cuando los lugares de detención no cuentan con locales convenientemente acondicionados (Art. 45, Ley 12,000) según información brindada por Carmen Antony.

En *Ecuador*, uno de los problemas lacerantes para Grimaneza Narváez es la presencia de niñas, niños y adolescentes en los Centros de Rehabilitación Social femeninos y mixtos motivada. Según ella, las causas son: la desestructuración familiar, el abandono en que quedan, la sobreprotección de algunas reclusas y la utilización de los niños en actividades no lícitas, como el tráfico de drogas, alcohol u otras sustancias» (1). Sólo en el Centro de Rehabilitación de Mujeres de Guayaquil había un número aproximado de 67 niños desde recién nacidos hasta los 12 años y en la Cárcel de Varones vivían 19 niños junto a sus padres.

En *Chile* las autoridades consideran que no es razonable que los niños permanezcan en prisión y si lo están es sólo por razones de naturaleza biológica porque las cárceles chilenas no están preparadas para recibirlos ni hay salud mental que resista prisión sin delito. Por ello los niños deben separarse de sus madres al cumplir los dos años, entonces se plantea el problema

de buscar quién debe hacerse cargo del niño fuera del penal. En la actualidad existen proyectos como el denominado Paternitas (2) o el Conozca a su Hijo que buscan mejorar el desarrollo físico, psíquico y social de todo el grupo familiar afectado por la prisión de la madre o del padre. En el caso del segundo proyecto se propicia la reunión de madre e hijos una vez por semana en un entorno distinto de la cárcel. El proyecto Paternitas cuenta con una Casa de Acogida Santa Rosa de la Esperanza donde se guarda a los niños hasta que logran reubicarlos dentro de su misma familia cuidando de mantener los lazos familiares.

De acuerdo también a la misma fuente de información, si la mujer da a luz cuando está cumpliendo una condena, el bebé puede quedarse con ella y también pueden hacerlo los hijos ya nacidos que la madre desee llevar. Hasta 1987, el niño podía permanecer en la prisión hasta los cinco años.

#### **NORMATIVIDAD QUE PERMITE LA PERMANENCIA DE NIÑOS EN LOS PENALES EN EL PERÚ**

Hasta hace relativamente poco tiempo en las cárceles del país se permitía la permanencia de niños de diferentes edades e incluso, adolescentes sobre todo mujeres. Diversas situaciones de abuso y desprotección hicieron que se legislara al respecto.

##### **Resolución No. 412-89-INPC-DTP.**

Mediante la Resolución Directoral No. 412-89-INPC-DTP del 20 de septiembre de 1989, se aprueba la Directiva No. 001-89-INPE-DGRR-DAS que reglamenta la permanencia de los menores en los establecimientos penales de la República. Entre sus objetivos se señala:

- Establecer una edad límite para la permanencia de menores en el penal.
- Proteger el desarrollo evolutivo psico-social del menor dentro del penal.

Entre sus disposiciones se establece que la permanencia de los niños será de recién nacidos a tres años (5.1), y que al cumplirse la edad reglamentaria, el personal de asistencia social efectuará las coordinaciones y trámites necesarios para que los familiares directos de la interna asuman la tenencia del niño (5.2). Asimismo establece la obligación del servicio social de realizar el seguimiento y en el caso de encontrar que el menor se encuentra en abandono bio-psico-social informará al Juzgado de Menores (5.3). Por lo tanto, prohíbe la permanencia de niños mayores de 03 años (5.9).

En el numeral 5.7 se establece que el niño impedido será «remitido» a centros especiales para su rehabilitación. También se norma la actuación de los servicios médico y educativo y las gestiones para la adopción.

Un aspecto de suma importancia es el establecido en el numeral 5.4 donde se señala que los hijos recién nacidos de las internas permanecerán *hasta los tres meses al cuidado de la madre pero en un pabellón adecuado dentro del penal. Transcurrido ese plazo, deberán permanecer en la cuna o sector más apropiado del establecimiento penal a cargo de personal especializado* (5.5).

En las disposiciones específicas se reafirma esto señalando que «cuando un niño nace durante el período de reclusión de la madre, éste permanecerá a su lado durante el periodo de lactancia establecido por las normas de salud (los tres primeros meses) pasados los cuales pasará a la cuna». Asimismo, para «mantener el vínculo afectivo y para los cuidados del niño» se establece un horario de permanencia de las madres en la cuna, quienes deben preparar los alimentos de acuerdo a un rol pre-establecido.

En el numeral 6.12 *se prohíbe que los niños pernecten en los pabellones* después del periodo de lactancia antes señalado. Es decir, que de acuerdo a la norma debería existir un lugar especial de alojamiento para los niños entre lo tres meses y los tres años.

El 13 de febrero de 1990 se aprueba el *Manual de Organización y Funciones de la Cuna de los Establecimientos Penales* mediante la Resolución Directoral No. 023-90-INPE-DTP donde se establece la obligatoriedad de las direcciones de establecimientos penales de brindar atención integral al niño, hijo de las internas, hasta los tres años de edad.

#### **Resolución Suprema No. 047-92-JUS.**

No obstante la norma antes mencionada, los niños mayores de tres años continuaban conviviendo con la población penal tanto en el establecimiento penal de Chorrillos como en otros penales. Por tal razón y teniendo en cuenta «que el ambiente de los establecimientos penitenciarios resulta perjudicial al normal desarrollo psíquico, social y corporal de los indicados menores, los que se encuentran expuestos a diversos peligros contra su integridad física y moral», la Resolución Suprema No.047-92-JUS del 09 de marzo de 1992 resuelve que los menores que se encuentren en establecimientos penales a nivel nacional y cuya edad sea mayor a tres años deberán ser retirados por los familiares de las internas en un plazo máximo de treinta días. Transcurrido ese plazo los menores deberán pasar a los hogares transitorios, albergues de menores o puericultorios, previa identificación palmatoscópica y con autorización del Juzgado de Menores correspondiente el que debe iniciar investigación tutelar a favor de cada menor.

Con este documento se reconoce la naturaleza lesiva de la permanencia de los niños en la cárcel, pero en la realidad el plazo perentorio de un mes no se llegó a cumplir con la perentoriedad con que manda la norma porque en 1997 cuando se recogió información con el Ministerio Público, sobre todo en provincias, la edad de algunos niños sobrepasaba el límite permitido por la razón de que no se podía encontrar una persona o institución que pudiera hacerse cargo de ellos fuera de la cárcel.

La norma comentada también establece que en algunas instituciones, los niños estén separados y que se cuente con personal especializado y programas para lactantes. Esta información es veraz relativamente, pues sólo en el penal de mujeres de Chorrillos se ha procedido a la separación de las mujeres con hijos en un pabellón dormitorio. Es en este penal dónde existe una cuna o guardería con espacios bien delimitados y áreas verdes. Pero, los niños permanecen en ella sólo pocas horas a cargo de una profesora y de las internas auxiliares, la mayor parte del tiempo acompañan a sus madres en sus quehaceres y pernoctan con ellas en sus celdas.

### **Código de Ejecución Penal**

El 02 de agosto de 1991, se promulgó el Código de Ejecución Penal mediante el Decreto Legislativo N° 654. El Artículo IX del título preliminar se refiere a la madre gestante interna estableciendo que:

«La interna gestante o madre y los hijos menores de ésta que conviven con ella gozan de amplia protección del Sistema Penitenciario».

El **Artículo 11°** establece los criterios de separación de los internos en primer lugar los varones de las mujeres.

El **Artículo 30°** establece que no se aplica la sanción de aislamiento a la mujer gestante, a la mujer que tuviera hijos consigo; y al interno mayor de sesenta años.

El **Artículo 81°** dispone que en los establecimientos penitenciarios para mujeres o en los sectores destinados a ellas, exista un ambiente dotado de material de obstetricia y ginecología y, además, establece que en los Establecimientos Especiales para madres con hijos, existe un ambiente y materiales necesarios para la atención infantil. En la actualidad no se han puesto en funcionamiento aún esos establecimientos pero en Chorrillos, que es el penal con mayor número de internas con niños, se ha dispuesto el pabellón 1 A para ellas y existe el ambiente de la guardería.

El **Artículo 102°** establece que los Establecimientos de Mujeres están a cargo, exclusivamente, de personal femenino. Sin embargo, la asistencia legal, médica y religiosa podrá estar a cargo de varones.

El **Artículo 103°** dispone la edad límite del niño para convivir con madre interna. Así, los hijos menores llevados al Establecimiento Penitenciario por la interna, podrán permanecer hasta los tres años de edad, previa investigación de la asistencia social, y deben ser atendidos en una

guardería infantil. Provisionalmente, pueden permanecer en el Establecimiento Penitenciario, en ambientes separados. Cuando el menor sobrepasa la edad referida, su permanencia futura en el exterior es determinada por quien ejerce la patria potestad o la tutela. En caso de peligro moral, la asistencia social coordina con el Juez de Menores.

El **Artículo 104º** se refiere a los Establecimientos Especiales señalando que en ellos prevalece el carácter asistencial. La norma comprende como tales a los siguientes:

- 1.- Centros hospitalarios.
  - 2.- Centros psiquiátricos.
  - 3.- Centros geriátricos.
  - 4.- Centros para madres con hijos, los mismos que cuentan con un local para guardería infantil.
  - 5.- Centros para la ejecución de las medidas de seguridad determinadas por el Código Penal.
- Como ha quedado dicho no existen inmuebles especiales separados de las demás internas para madre con hijos.

#### **Decreto Supremo N° 015-2003-Jus. Reglamento del CEP.**

Mediante este DS se aprueba el Reglamento del Código de Ejecución Penal que en su título I contiene las Disposiciones Generales, especificándose en el **Artículo 8º** que «La protección de las internas gestantes –incluyendo el alumbramiento– e hijos menores que convivan con ellas, conlleva una atención médica en establecimientos públicos de salud o ambientes adecuados del establecimiento penitenciario. Asimismo se promoverá programas de salida para los niños».

El **Artículo 12º** especifica que las mujeres privadas de libertad tienen derecho a permanecer en el Establecimiento Penitenciario con sus hijos hasta que éstos cumplan tres años de edad, oportunidad en la cual serán entregados a la persona que corresponda de conformidad con la normatividad de la materia, o en su defecto se procederá por la vía legal correspondiente a la colocación familiar u otra institución tutelar conforme a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes.

Un aspecto a resaltar es el reconocimiento de la permanencia del niño o niña como un derecho de la interna pero no se alude al derecho de éste o ésta a gozar de la protección de su progenitora.

El **Artículo 46º** reitera los criterios de clasificación de los internos entre ellos: el 46.1. Los varones de las mujeres y el 46.6. Las madres con hijos menores de tres años y las gestantes entre otros.

El **Artículo 80°** establece que no se aplicará la sanción de aislamiento a las mujeres gestantes, a las madres hasta seis meses después del parto, a las que tuvieren consigo a sus hijos y a las personas mayores de sesenta años. En estos casos el Consejo Técnico Penitenciario deberá optar por otra sanción.

Y es que el niño en el penal está al cuidado exclusivo de su madre y si se dispusiera para la madre el aislamiento ésta tendría que llevar consigo a su hijo porque difícilmente otra interna aceptaría cuidarlo. Tampoco existe el personal que pudiera cuidarlo mientras que la madre estuviera aislada.

El **Art. 136°** establece que se proporcionará ración alimenticia especial al interno que se encuentre ubicado en los ambientes de salud del establecimiento penitenciario, al mayor de sesenta y cinco años, a la madre gestante, madre lactante y al niño menor de tres años que vive con su madre en el establecimiento penitenciario, así como a los que a juicio del médico tratante lo requieran. Sin embargo, la alimentación aún con estas disposiciones no tiene mucho de especial porque el Estado dispone de escaso presupuesto para ello y por tratarse de personas carenciadas se da el caso de mujeres que lavan ropa para las otras internas por precios irrisorios para conseguir leche para sus hijos.

El **Art. 138°** establece las funciones del trabajador social:

138.1 Promover la restitución, mantenimiento y refuerzo del vínculo del interno con su familia a través de procesos individuales, grupales o familiares.

138.3 Brindar atención asistencial a los hijos menores de tres años de las internas, a fin de garantizar su normal desarrollo de su personalidad.

Al respecto se ha podido verificar el esfuerzo de estas profesionales para atenuar el efecto del encierro del niño o niña pero, sin duda, ellas no pueden garantizar el normal desarrollo de la personalidad del niño o niña en un medio de socialización tan anormal.

En el TÍTULO IX referido a los Establecimientos Penitenciarios la SECCIÓN I se ocupa de los Establecimientos de Mujeres señalando en su Artículo 214° que al interior de los establecimientos penitenciarios de mujeres no podrán ingresar varones, con excepción de los profesionales de tratamiento y de seguridad y las visitas autorizadas por la dirección del establecimiento penitenciario, acompañadas por personal femenino de la administración penitenciaria.

El **Art. 215°** establece que los establecimientos penitenciarios de mujeres contarán con una guardería infantil o área destinada para la madre con hijos hasta los tres años de edad. La madre tendrá una participación activa y directa en el cuidado de sus hijos, salvo cuando las circunstancias no hagan aconsejable dicha participación. Aquí se corrobora lo afirmado al referirnos a la

no aplicación de la sanción de aislamiento: Es la interna quien se encarga directamente del cuidado de sus hijos y aunque la puede recibir la solidaridad de las otras internas, el personal penitenciario deja bien en claro que nadie sino la madre se responsabiliza por el niño.

En el **Art. 216°** se abre la posibilidad de acondicionar ambientes exclusivos para la madre y el niño cuando en el establecimiento penitenciario no sea posible contar con una guardería infantil. En los establecimientos penales de provincias por lo general no hay guarderías.

En la **SECCIÓN II** que se refiere a los Establecimientos Especiales se considera hasta hoy como posibilidad la existencia de centros para internas que se encuentran en estado de gestación o período de lactancia (217.4)

En suma, hemos revisado de manera muy resumida las principales normas que permiten la permanencia de mujeres con niños en los establecimientos penales del país y viene al caso lo que Yadira Calvo señala al respecto: «En los Códigos, siempre se ha esperado que los padres paguen los platos rotos que sus hijos rompen, cosa que hasta cierto punto se puede entender; pero, que paguen los hijos, los platos que rompen sus madres, ya no pareciera tan justo. No obstante, esto es lo que han establecido los sistemas de justicia de América Latina. Los niños cuyas madres delinquen, en tanto no se traten de actos terroristas, van a la cárcel con ellas...Las cárceles de mujeres lo son también de niños, y se diseñan con esa finalidad» (3).

#### **EL ASUNTO VISTO COMO UN TEMA DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN).**

En el largo proceso de reconocimiento de los derechos humanos, en el siglo XX se consiguió el reconocimiento de que los derechos consagrados para los seres humanos alcanzan por igual a todas las personas incluidos los niños. Esta protección igualitaria, que es deber de los Estados democráticos promover y garantizar, quedó plasmada en los diversos instrumentos de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, la existencia de grupos, entre ellos los niños, que requieren una protección específica además de la que brindan los instrumentos generales, han planteado la necesidad de nuevos pactos como la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1989, que constituye la expresión más importante del reconocimiento del niño como titular de todos los derechos fundamentales como persona pero, además, como sujeto de goce de protección específica. Es decir, la especificación de los derechos humanos para el segmento de la población que tiene entre 0 y 18 años.

En ese contexto, la incorporación de estos principios a los sistemas nacionales tiene como objetivo reafirmar que las niñas y los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de la infancia; establecer derechos propios de la niñez (como los derivados de la relación paterno/filial o el derecho al esparcimiento); regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades.

El caso que nos ocupa precisamente plantea una colisión entre el derecho de la madre a tener a su hijo o hija consigo en un establecimiento penal y el derecho fundamental del niño a la libertad. La protección materna versus la imposibilidad del niño de interactuar libremente en su grupo social porque se lo ha arrancado de su entorno habitual para colocarlo en el entorno de la sub cultura carcelaria.

Sin embargo, la CDN establece los derechos del niño/a a la sobrevivencia, el desarrollo, la protección y la participación no pueden verse en forma aislada. Por el contrario, estos derechos son interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo bio-psico-social del niño. Esta interdependencia, exige una protección integral de los derechos del niño, debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos (4). Este es el espíritu de los códigos de los niños y adolescentes que se han promulgado en el marco de la CDN.

### **El niño sujeto de derecho.**

Del enfoque de los derechos humanos nace una nueva concepción del niño en su relación con el grupo social y el Estado. A partir de la CDN no se define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad. La CDN, entonces, deja de lado la corriente jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana (5).

Cillero Bruñol sostiene que ser niño no es ser «menos adulto», la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Por lo tanto, la infancia no debe ser «conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y pro-

gresivo de la autonomía, personal, social y jurídica»(6). Si esto es así, resulta difícil justificar la permanencia de niños en un ambiente donde la madre pierde además de su libertad, su autonomía para desenvolverse en aspectos elementales de la vida cotidiana y, por lo tanto, el niño también.

El niño como sujeto de derecho debe gozar de todos los derechos que se reconocen en la Constitución de los Estados, los tratados internacionales y las leyes internas. Asimismo, deberá adquirir progresivamente, de acuerdo a la evolución de sus facultades, la autonomía en el ejercicio de sus derechos.

### **Necesidades o derechos**

Por otro lado, la concepción del niño como sujeto de derechos permite pasar de la definición del problema como necesidad a la concepción del derecho. Así lo sostiene Alessandro Baratta cuando plantea «una lectura de las necesidades en términos de derechos ... que permitan al portador de necesidades, percibirse y organizarse como un sujeto de derechos»(7).

Por lo tanto, frente a las necesidades de los niños y niñas, o se las transforma en derechos como es la orientación de la CDN, y entonces el Estado y los adultos reconocerán su derecho a ser protegidos en su desarrollo en forma integral y se los considerará como portadores de demandas sociales; o, se los ve sólo como receptores o beneficiarios de la asistencia social a través de la oferta pública o privada de servicios y por ende, sólo como objetos de protección.

Entonces, no es difícil verificar cuál es la concepción que prevalece cuando se plantea como una necesidad de las cárceles de mujeres la existencia de cunas o guarderías y no se cuestiona la presencia misma de los niños en la prisión.

### **El bien superior del niño**

Los principios son proposiciones que describen derechos...cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia (8). Uno de los principios que es invocado en las resoluciones judiciales que resuelven cuestiones referentes a menores como tenencia, por ejemplo, es el Interés Superior del Niño que está contenido en el Artículo 3.1 de la CDN.

De acuerdo a este principio en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al interés superior del niño como una consideración primordial. Así, en la medida que los derechos de los niños y niñas no se ejercen en forma

aislada sino en el marco de la convivencia social, no está planteado de manera absoluta, pero sin duda sólo puede referirse a la satisfacción de sus derechos fundamentales, es decir, a la vigencia efectiva de sus derechos (9).

Por lo tanto, en el espíritu de la CDN, el interés del Estado ni el de los padres pueden prevalecer sobre el interés superior del niño y así debe ser considerado, como una prioridad al momento de diseñar políticas, asignar recursos y, especialmente, cuando el legislador, los órganos jurisdiccionales y administrativos tienen que resolver conflictos en los que se involucre a niños y niñas. El principio del interés superior del niño debe servir de regla de interpretación de la realidad del menor. Así, por ejemplo, en los casos de maltrato, cuando entran en conflicto el derecho del niño a la vida familiar y su integridad o su vida, el órgano judicial puede ordenar la separación del niño de la tenencia del padre o la madre o de ambos para salvaguardar derechos considerados como prevalentes.

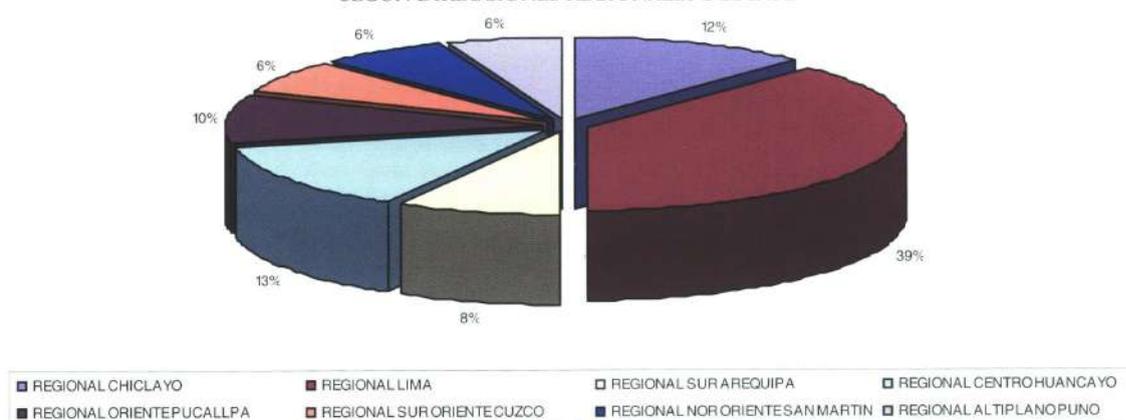
### MATERNIDAD ENTRE REJAS

Aún cuando, la problemática de las mujeres en prisión es un tema que venimos estudiando en otros aspectos, no podemos dejar de referirnos a la mujer madre porque ella y su derecho a convivir con sus hijos menores es el otro lado de la moneda frente a los derechos del niño.

Hay que tener en cuenta que el número de mujeres con hijos en prisión ha ido variando como suelen variar las cifras de las internas en total que, por lo general, han ido en aumento complicando la situación de hacinamiento de los establecimientos penales. Pero, se puede observar que este aumento es mínimo si se tiene en cuenta que, en julio de 1997 (10) la cifra total era de 149 internas y el número de niños y niñas era de 164. En cambio, en junio del 2006, existían a nivel nacional 156 mujeres que vivían en los establecimientos penitenciarios del país pero el número de niños ascendía sólo a 162.

En el establecimiento de Mujeres de Chorrillos, ex Santa Mónica en Lima, se concentra la mayor cantidad de madres con hijos en prisión cuyo número asciende a 48 madres y 48 niños. Mientras que en el Penal de Máxima Seguridad también de Chorrillos se contabilizó sólo a dos madres y dos niñas. Los siguientes lugares son Ayacucho con 13 madres y 13 niños, Ica con 10 madres y 12 hijos lo que significa que algunas de ellas tiene más de un hijo con ella. Igualmente en Puno hay 9 madres con 9 niños, mientras que en Ucayali y Cusco hay 7 madres con 8 niños y 6 madres con 7 niños respectivamente.

COMPOSICIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN PENAL DE MUJERES CON HIJOS SEGÚN DIRECCIONES REGIONALES DEL INPE

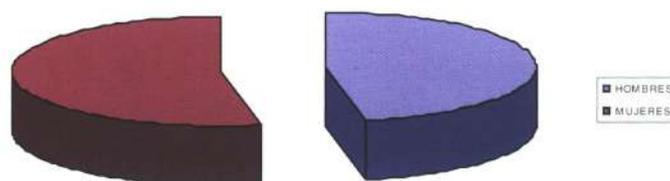


FUENTE: Establecimientos Penitenciarios Direcciones Regionales. Elaboración Oficina de Estadística INPE. Junio 2006

Si bien el número se refiere exclusivamente a mujeres con hijos en prisión esto no significa que la mayoría de las demás mujeres no sean madres sino que sus hijos exceden la edad permitida para vivir con ellas o tienen el apoyo de familiares para su cuidado y crianza. En todo caso la maternidad es un tema común que afecta por igual a las mujeres y la preocupación por los hijos ya sea porque están con ellas en prisión o porque se encuentran abandonados a su suerte es el discurso que más unifica a las mujeres.

El número total de niños en los establecimientos penales de todo el país en junio del 2006 era 162, de los cuales el 46.9%, esto es 76 son varones y el 53.1% son niñas. Por lo tanto, en provincias hay mujeres que están en prisión con más de un niño/a.

PORCENTAJE DE HIJOS DE INTERNAS POR SEXO EN CÁRCELES PERUANAS



En la medida en que no se puede hablar de la mujer sin dejar de lado su heterogeneidad relacionada con las diferentes condiciones socioeconómicas y culturales, debemos señalar que para las mujeres privadas de libertad, la experiencia de la maternidad tiene matices que si bien son comunes a todas las mujeres porque corresponden a la representación social que se refuerza en la sociedad peruana, a la vez está impregnada de un gran sentimiento de culpa, de miedos y privaciones.

La representación social de la maternidad está estrechamente ligada a la representación del cuerpo femenino y del ejercicio de su sexualidad. Por un lado está el cuerpo, muchas veces convertido en instrumento de supervivencia y, por otro, está la idealización de la maternidad, como ámbito de creación en que las mujeres se sienten valorizadas.

La representación de la maternidad como elemento de expiación tiene en la mujer de los estratos que constituyen la clientela de las cárceles, características especiales que las llevan a aceptar el traer consigo a sus hijos pequeños cuando son privadas de libertad. Así el ideal femenino de mujer-solo-madre y madre ante todo que prevalece en nuestra cultura alcanzan dimensiones de monstruosidad cuando, bajo esa visión, se otorga a las reclusas el dudoso privilegio de conservar y tutelar a sus hijos menores con ellas e, igualmente, el mismo argumento sirve para privarlas de la sexualidad (11).

Si, fuera de la prisión, su libertad estaba limitada por las condiciones deficientes de salud, alimentación, escasa o nula participación de la pareja, cuando se produce la privación efectiva de su libertad ambulatoria, la idealización del amor maternal, muy unido a la esencia de ser mujer, es asimilada por la reclusa con culpa por los hijos que ha dejado abandonados a su suerte fuera de la prisión. Pero, también por aquel/aquella que comparte con ella las privaciones y limitaciones que el encierro supone.

El origen de la culpa no sería la maternidad en sí sino la idealización que de ella se hace, que permite recargar en la madre la obligación de sostener el mundo de lo doméstico a solas, sin reconocimiento, sin descanso y sin salida (12). Mientras tanto, el padre – Estado permite el ingreso de los niños en prisión en nombre del amor ideal de madre y de la representación del *instinto maternal* y de la supuesta incapacidad del hombre de experimentar sentimientos de ternura y cuidado para sus hijos, soslayando olímpicamente su corresponsabilidad como padre.

Aún existen casos en que la mujer adolece de serios problemas psicológicos y psiquiátricos y, sin embargo, se le permite tener a su hijo o hija en su celda en la suposición de que su instinto va a impedir que le haga daño al niño. Todo es preferible antes que el padre asuma sus obligaciones. Y al hablar de padre hacemos extensivo el concepto al Estado encargado de la protección de la niñez.

También hay que tener en cuenta que, en el reparto de roles, la maternidad es una representación social por la que el cuidado de los hijos está ligado a la razón misma de ser de la mujer.

Pero, qué ocurre cuando la mujer va a la cárcel como procesada o sentenciada. Si ella está embarazada o con hijo pequeño, lo lleva consigo y, aunque dentro del eufemismo se considera que es la madre la que está privada de libertad y el niño no, en la realidad, el niño entra en el régimen cerrado de la cárcel y aún cuando se haya rebajado la edad de permanencia hasta los tres años, su estadía en la cárcel tendrá innegables efectos o repercusiones en su vida futura.

Pero, lo más delicado es que el ingreso del niño en prisión es decidido por personal administrativo y para ello no interviene el órgano jurisdiccional que debe pronunciarse sobre el interés superior del niño.

Entonces, por un lado, vemos cierta rigurosidad para determinar lo más beneficioso para el niño en otros casos civiles, sin embargo cuando se trata de recluir al niño en la cárcel, no existe un procedimiento para establecer, por ejemplo, la obligación del padre de asumir el cuidado del menor y recién, en última instancia, autorizar el ingreso del niño con su madre o disponer de las alternativas que la ley provee antes de ordenar la pena privativa de libertad.

Si bien existe la corriente de opinión (13) que sostiene que mientras no se realice un estudio que posibilite la mejor forma de beneficiar a estos niños y, por lo tanto, a estas madres, debe respetarse el derecho de las internas de tener a sus hijos con ellas, señalando que, además, no debería ejercerse ninguna forma de coacción para que abandonen este derecho, lo que se hace es privilegiar a la madre interna teniendo en cuenta la situación general de discriminación en que vive.

Pero, el mantener a los hijos en la cárcel verdaderamente ¿se trata del ejercicio de un derecho o significa más un castigo adicional que un beneficio? Porque si bien el tener a sus hijos cerca puede servir de soporte psicológico para la interna, el no poder satisfacer las necesidades del niño o niña acentúa la percepción disminuida de sí misma. A pesar que el tenerlos al interior de un establecimiento penitenciario puede proveer a la interna de ciertos privilegios como el no ser castigada con aislamiento, también restringe su acceso a los beneficios penitenciarios porque debe cargar con el niño a donde quiera que vaya.

Por otro lado el no saber dónde colocarlo cuando el niño cumple la edad reglamentaria y cuando no hay familiares que puedan hacerse cargo de él constituye una angustia adicional para estas mujeres.

Existe una opinión dominante en casi todas las legislaciones modernas en las que se considera que el niño no sólo tiene derecho a vivir con sus padres sino a que las políticas sociales respecto a la familia hagan posible esto.

En las cárceles peruanas y posiblemente en muchas otras partes del mundo cuando se hace referencia a «*padres*» se piensa en la madre solamente. Se sabe que en Tailandia se permite la permanencia de niños con los padres en cárceles de varones. El caso de Bolivia donde es toda la familia que comparte la prisión del padre es muy especial.

En un estudio realizado por la *Alliance for NGOs Survey on Mothers and children in prison*, en el año 1984, se informaba que en la mayoría de los países investigados, los niños estaban con sus madres, en algún caso podrían estar con el padre, o con alguna hermana mayor, pero se consideraba que para la seguridad del niño no es aconsejable estar con el padre en prisión (14).

Vemos pues que el rol de madre que la sociedad reafirma exime por completo al padre de responsabilidad en el cuidado y crianza del hijo o hija, recargándola exclusivamente en la mujer. Al hombre en cárcel se le exime del cuidado de los niños y de la angustia de verlos sufrir las mismas penalidades que sufre él.

Neuman (15) afirma que quienes abordan este tema tan abrumador suelen señalar que no existe una respuesta unívoca. Pero que sí existe un común acuerdo: La madre debe permanecer en prisión, pero el niño no.

En eso debemos coincidir pues ningún niño debe vivir en una cárcel, y, asimismo, la madre debe permanecer en prisión *sólo* cuando no exista otra alternativa a la pena privativa de libertad aplicable a su caso y definitivamente debe pensarse en la prisión preventiva *sólo* en casos extremos.

## CONDENA O PRIVILEGIO

Cómo se puede conceptualizar la posibilidad de que los niños pequeños puedan permanecer en prisión con sus madres: *Condena o privilegio* (16).

Con esta inquietud, en 1998, realizamos una encuesta entre las mujeres con niños en los establecimientos penales del país, para saber cuál era su percepción del asunto y qué consideraban mejor ante la disyuntiva que el niño esté en prisión con su madre o sin ella en libertad.

La mayoría de las encuestadas (62.4%) respondió que era preferible que el niño no estuviera en prisión y entre las razones que expusieron están las siguientes:

- «Los niños no estarían expuestos a tanta miseria».
- «La cárcel no es un buen ambiente».
- «En la cárcel están como animalitos, necesitan todo».
- «Si nosotras sufrimos, qué será ellos».
- «El niño escucha y aprende cosas malas».
- «Deben estar con su madre pero sufren mucho».

Miseria, mal ambiente, sufrimiento es los que estas mujeres percibían como el lugar común de la permanencia de sus hijos en la cárcel. Paradójica situación en que se castiga a una mujer privándola de su libertad pero se le reconoce calidad para seguir siendo madre.

Aún el 37.6%, que entonces aseguraba que los niños están mejor con ellas en la cárcel se referían a la imposibilidad de poder dejarlos afuera:

- «Es muy pequeño para poder dejarlo afuera»
- «Está lactando»
- «Mi familia es muy pobre para hacerse cargo del niño».
- «Cómo madre lo atiendo mejor».
- «Nadie puede cuidarlo como su madre»,

En ese entonces, se vivía a tal extremo la condición de madre que se permitía en cárceles del interior la permanencia de niños que sufrían de epilepsia y hasta una niña con parálisis cerebral en Piura.

## PRINCIPIOS EDUCATIVOS ANTAGÓNICOS

Si damos una mirada a un aspecto fundamental para el desarrollo de los niños y niñas en prisión como es la educación, debemos tener en consideración dos principios educativos antagónicos:

1. El principio de la no separación de los niños de sus padres con el objeto de que no se rompan los vínculos afectivos fundamentales en la primera etapa de vida.
2. El otro es la búsqueda del Bien del Niño, su interés, sus derechos.

Pero, qué es lo mejor para el niño: ¿Separarlo de su madre o dejarlo en prisión?

Frente a la verdad del primer principio está la negativa influencia de la prisión en la evolución psíquica, física y social del niño.

Aunque existen algunos estudios que afirman que es posible desarrollar una relación positiva entre madre y niño, sin duda esta afirmación se refiere a prisiones con determinadas condiciones de alojamiento de madres e hijos que ni remotamente se parecen a las condiciones de las cárceles de países subdesarrollados, ni a la inexistencia de personal que pudiera dedicarse a desarrollar esta relación. Más aún significa, hacer una abstracción de madre-niño sin tener en cuenta que ambos interactúan con las demás reclusas en un medio completamente antinatural.

### OPINIONES A FAVOR Y EN CONTRA

Existen opiniones a favor y en contra. Unas afirman que:

- *«No debe separarse al niño de su madre para entregarlo a una institución».*

En el caso peruano, en la aproximación al problema que se hiciera en 1997, se pudo observar que el mayor número de mujeres eran madres solteras, cuyo hijo o hijos nacieron de relaciones muy esporádicas, muchas veces de padres diferentes y, por lo tanto, en su mayoría no reciben del padre ningún apoyo para la manutención del niño, sea porque el padre tiene un trabajo eventual o simplemente no lo tiene o porque también él está en cárcel. Al no tener este apoyo, ningún familiar tampoco quiere asumir el cuidado del/a niño/a, por lo que es necesario buscar una institución que reciba al niño/a por una módica mensualidad que debe ser asumida por la interna como si pudiera trabajar libremente. Las trabajadoras sociales de los penales desarrollan un importante trabajo tratando de ubicar convenientemente a los niños que por haber alcanzado la edad reglamentaria deben abandonar el establecimiento penal. Sin embargo las instituciones son escasas y cuentan con presupuestos exiguos que sólo les permite la atención de un escaso número de niños.

A veces, estas profesionales encuentran que cuando una interna es detenida sus hijos quedan abandonados a su suerte, encargados en los vecinos, una semana con uno, otra semana con otro. Esto significa maltrato, miseria, que los coloca en situaciones de alto riesgo como el de convertirse en niños de la calle, o ser víctimas de abuso sexual, embarazos precoces, etc.

Esta realidad hace que se crea que es preferible que el niño pequeño esté con su madre en el penal porque allí está más seguro. Es indudable que con ello se elige el mal menor pero se reafirma una situación injusta, a veces para las madres, y en todos los casos para los niños.

Plantear que no existan niños en estas características implicaría una situación económica diferente, con políticas sociales diferentes que al hablar de bien superior del niño, signifiquen que dentro de las prioridades se encuentre su protección con más y mejores oportunidades de desarrollo para sus madres, con la exigencia de un rol verdaderamente responsable del hombre como padre.

- *«Con la madre la asistencia cotidiana está asegurada».*

Una madre en prisión difícilmente puede asegurar lo indispensable para la subsistencia de ella y de su hijo si no cuenta con apoyo externo. En 1997, se pudo observar que entre las internas de Lima no había ninguna madre que perteneciera a estratos más o menos medios para no decir acomodados, primero que esté en prisión y menos aún que tenga a sus hijos con ella.

- *«Mientras dura la pena de prisión puede trabajarse la relación madre-hijo».*

Si esto fuera así, las cárceles estarían plagadas de mujeres que necesitan mejorar su relación con sus hijos.

Es decir que los aspectos a favor se focalizan sólo en «no romper las relaciones madre-hijo». Eso sería verdadero si esa relación tuviera un entorno favorable y si esa situación se mantuviera en la cárcel. O si para mejorar tal relación fuera indispensable encerrar a madre e hijo. Lo cual es completamente falso.

Muñoz Conde sostiene que «cuando la pena privativa de libertad aparece en el catálogo de sanciones aplicables a los que habían cometido un delito, nadie pensaba que la cárcel sirviera para otra cosa que para castigar, y del modo más duro posible (17). Entonces, no se puede pretender aspectos favorables que tengan como presupuesto el estar en la cárcel.

Cuestionados profundamente los propósitos resocializadores y de reinserción asociados a la pena privativa de libertad, hoy como ayer el propósito es el mismo, con la agravante de que es sufrimiento inútil no sólo para la madre sino también para el niño. De hecho, lo que ya sabemos es que, cuando la madre paga una condena también sus hijos lo hacen (18).

**En cuanto a los argumentos en contra de la permanencia de niños y niñas en los penales:**

- *«El niño comparte y convive con su madre su «no independencia» y su ausencia de poder»*

Esto es evidente porque la interna dentro del establecimiento penal adquiere un estatus de

minoría de edad, todo está reglado y no toma decisiones sobre muchos aspectos que en libertad constituyen la cotidianeidad de las mujeres y de los niños y niñas.

· *«El ambiente de la prisión no ayuda a los niños. Los centros cerrados dificultan la libertad de movimiento y la espontaneidad de los niños».*

El ambiente carcelario no puede ayudar a los niños porque no es el natural donde interactúan personas en libertad. Por el contrario, en un régimen cerrado ordinario la vida se rige por puertas que se cierran y abren en horas fijas que no tienen que ver con la voluntad de las internas y si ellas no pueden actuar con espontaneidad menos se puede pensar que los niños dependientes de ellas lo puedan hacer.

· *«Compartir la vida en un establecimiento cerrado, con un numeroso grupo de madres e hijos, puede significar un estrés muy importante para todos».*

No es necesario explicar que el hacinamiento produce estrés y sólo hay que imaginar lo que ocurre cuando en medio de la noche un niño se despierta y llora en el ambiente reducido de una celda, sin posibilidades de sacarlo a pasear o calmarlo, sin que se despierten los demás niños o sin que las demás internas reclamen silencio a veces con las expresiones más duras. En esos momentos las beneficiarias del derecho de tener consigo a sus hijos confrontan la realidad. La propia realidad de la madre, hace que muchas veces su impotencia y frustración la descargue en el niño. Los altos niveles de tensión dan como resultado niños extremadamente agresivos.

Cabe destacar que en los penales donde no existe una guardería la situación de las madres y los niños es más difícil pero, para hacer más coherente el discurso, no puede plantearse como necesarias las guarderías sin cuestionarlas por su carácter más antinatural que la cárcel misma.

· *«La relación con el mundo exterior en la que se incluyen las relaciones con otros miembros de su familia, se convierte en una relación difícil».*

Se sabe que con la mujer en cárcel la familia se desintegra porque difícilmente el padre se hace cargo de los hijos y menos aún lo harán otros familiares. El ámbito familiar como primer escalón de socialización se pierde. Si, además, el niño se socializa en la sub cultura carcelaria su relación con otro mundo que no sea ésta supondrá un aprendizaje difícil. Al salir en libertad necesariamente requerirá re-educarse para asimilar valores que están ausentes en la vida de la cárcel.

Consideraciones sobre el desarrollo bio-psico-social aplicables al niño o niña en cárcel.

El desarrollo del ser humano es estudiado por las diferentes ciencias, entre ellas la Psicología que establece etapas de desarrollo que dependen de las diferencias de cada individuo, que corresponden a su específica dimensión bio-psico-social y al proceso de socialización en el que vive.

De estas etapas la que tiene relación directa con el tema que tratamos es la llamada Primera Infancia. Esta es la primera etapa que abarca desde el nacimiento hasta los cinco o seis años. En esta etapa el ser humano tiene necesidades básicas que de no ser atendidas ponen en peligro su existencia misma y/o su desarrollo psico-social.

La dependencia está en relación inversa a su edad, a menos edad más dependencia:

- El niño de 0 a 1 año es incapaz de valerse por sí mismo en todos los aspectos, requiere de alimentación especial principalmente basada en leche materna, por lo que su dependencia es total.
- De 1 a los 5 años el grado de dependencia va disminuyendo en relación inversa a su edad, a más edad menos dependencia.

Se coincide al señalar que esta etapa constituye un período crítico dentro del desarrollo humano, se la reconoce como de **alto riesgo** no sólo para la vida sino para el **desarrollo integral del niño**. Por lo tanto, el niño requiere de especial protección y atención tanto familiar como social para sobrevivir y para desarrollar integralmente. A esta etapa se la denomina **edad vulnerable** (19).

Por otro lado se considera de *alto riesgo* las circunstancias que apartan al niño de su familia y de su comunidad y un ejemplo, doloroso de estas circunstancias lo constituye la situación de los niños que son apartados de su familia y comunidad para mantenerlos prisioneros en cárcel. No existe fundamento alguno que justifique la permanencia de un niño en un establecimiento carcelario.

Si comparamos su situación con lo que se conceptúa acerca de la situación del menor institucionalizado que se refiere a la situación de internamiento de un niño por decisión de terceros para *protegerlo* y atender sus necesidades en un medio cerrado, llegaremos a la conclusión comprobada de que este internamiento altera el desarrollo psico-social de tal manera, que si es prolongado puede llegar a definir irreversiblemente su personalidad. En este caso estaremos frente a lo que los psicólogos denominan como, *síndrome de institucionalización*.

Asimismo, el desarrollo depende de las condiciones que le brinda el ambiente para lograr una adecuada preparación física, psicológica y social, que asegure su futura participación en la

vida adulta como ser independiente, maduro y productivo. ¿Es el ambiente de una cárcel el que puede brindar esas condiciones?. Evidentemente, no.

### Condiciones para la permanencia de niños y niñas en la cárcel en el Derecho comparado

La casi totalidad de países que permiten la estancia de niños pequeños con sus madres en cárcel tienen en cuenta, teóricamente, tres condiciones:

- a) Que el niño no tenga la edad escolar obligatoria, aproximadamente a los seis años.
- b) Las condiciones de la prisión deben ser adecuadas para el bienestar del niño.
- c) La oficina de bienestar social correspondiente, garantizará que el niño reciba todos los cuidados y atenciones necesarias.

En general, se tiene en cuenta algunas recomendaciones como:

a. *Evitar la pena privativa de libertad*, es decir, buscar otras alternativas y dejar como último recurso la prisión. Entre estas alternativas se menciona a la probation, el trabajo para la comunidad, etc.

b. La ubicación de casas especiales que pueden ser *residencias comunitarias* donde se podría albergar a las madres integrándolas en la comunidad, para lograr disminuir los efectos estigmatizantes para los niños.

c. Si la gravedad del delito de la madre *supone un importante problema de seguridad para la sociedad* la recomendación es aplicar variantes, como por ejemplo, módulos para los niños con libre acceso al exterior y a la vez comunicados con el interior o módulos para madres y niños, anexos al edificio principal de la prisión para mantenerlos lo más separados posible del resto de reclusas. Cabe reflexionar en este caso si la conducta de la madre constituye un grave problema de seguridad para la sociedad, entonces, cómo es que puede ocuparse del cuidado de un niño?.

d. Por último, se acepta que la vida del niño en prisión es muy especial y por lo tanto requiere de particular protección por parte de Organismos de Bienestar social o de Protección de Menores. Se apela a ellos para que en la prisión se respeten todos sus derechos y se atiendan debidamente sus necesidades. De lo contrario, se acepta como ocurre en la realidad, que el niño sufre también una condena. Creo que, aún la cárcel más cómoda del mundo no deja de ser una prisión.

En 1987 se desarrolló un Seminario Internacional sobre niños con adultos en prisión, organizado por CEAS en Lima y en él se llegó a la conclusión de que *la solución ideal para mujeres embarazadas, o con niños pequeños, sería la de no aplicar la pena de prisión y buscar medidas alternativas*. Es decir, no puede existir argumento valedero, los niños no deben ser encarcelados porque ello atenta contra sus derechos humanos. Y si la dependencia de sus madres los hace inseparables es preferible que ella lo acompañe en libertad y no al revés.

Neuman nos señalaba que la madre debía permanecer en prisión, pero el niño no, agregando que más que separar a la criatura de su madre a la que, es obvio, necesita, y es grave el trauma que generalmente se le causa, cabría sacar a la madre y al niño de la prisión y hacer cumplir la penalidad mediante alguna sanción alternativa o sustitutiva, menos cruenta y severa, pero más humana (20).

En el caso concreto de las mujeres embarazadas, recogemos las palabras de Carmen Antony: «En nuestra opinión debería suspenderse la sentencia mientras la madre da a luz y durante el período de lactancia pudiendo asegurar la presencia en juicio o a la investigación por otras medidas, como arresto domiciliario por ejemplo. Igual medida debería aplicarse a aquellas mujeres que ya han sido sentenciadas» (21).

Si bien existe la crítica fundada de que las mujeres sólo son valoradas en su rol reproductor, la realidad no demuestra que ni siquiera este papel que se les asigna permite a las mujeres de la cárcel gozar de verdaderos privilegios. Por el contrario contribuye a victimizarlas más.

## CONCLUSIÓN:

a) La permanencia de los niños y niñas con su madre en prisión sí constituye un grave riesgo para su desarrollo bio-psico-social y, por lo tanto, puede verse como una afectación de sus derechos humanos.

b) Al permitir el ingreso de un niño o niña a un establecimiento penal entran en colisión el derecho de la madre a tener a su hijo consigo y el derecho fundamental del niño a la libertad y al libre desarrollo integral y en esta confrontación prevalece el dudoso privilegio de la madre por encima de del derecho del niño/a en su condición de sujeto de derecho como lo establece la Convención de Derechos del Niño.

c) Aún cuando existe cierta rigurosidad para determinar lo más beneficioso para el niño en otros casos civiles como, por ejemplo, para determinar la tenencia de un niño o niña, cuando se trata de recluir al niño en la cárcel no existe un procedimiento para establecer verdaderamente que el ingreso del niño/a a la cárcel con su madre obedezca al bien superior del niño.

d) La decisión de la entrada y permanencia de los niños y niñas en un establecimiento penal es tomada por instancias administrativas con el eufemismo de que es la madre la que está privada de libertad pero el niño/a no. Sin embargo, cuando se trata de aplicar una medida de coerción de carácter personal como la detención para los adultos existe la exigencia de una decisión motivada de un órgano jurisdiccional.

g) Por otro lado, la legislación vigente permite la utilización de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, pero los jueces no se detienen en el análisis de las circunstancias personales de las mujeres que trasgreden las normas, sobre su condición de madres con hijos dependientes y, en aquellos casos en los que deben necesariamente cumplir pena privativa de libertad, los jueces y fiscales de familia no emiten pronunciamiento sobre la necesidad de que un niño vaya a prisión con su madre. Es decir, no se agotan las posibilidades antes de permitir un niño en cárcel: ubicación del padre, determinación de una tenencia alternativa, etc. Y lo más importante se deja esta decisión en manos de instancias administrativas.

### SUGERENCIAS:

En esta orientación pueden señalarse algunas acciones concretas:

a) Postergación de la aplicación de la pena por períodos específicos para gestantes o en período de lactancia, teniendo en cuenta la gravedad del delito, su condición de primarias o reincidentes. Von Liszt, en 1916, hablaba de las penas cortas de privación de libertad diciendo: «ni corrigen, ni inocuizan, pero arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen».

b) Aplicación de medidas alternativas previstas en la legislación vigente, buscando medidas como la prestación de servicios a la comunidad en clubes de madres, comedores populares, instituciones educativas o de salud, con la supervisión de instituciones profesionales especialmente aquéllas comprometidas con la problemática de género.

c) Publicidad de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad vigentes, para que sean asimiladas por la población en general y como una manera de impulsar su aplicación.

e) Adecuación de las preguntas habituales en la instructiva para recoger la información necesaria sobre la situación real de la interna: sus carencias, sus limitaciones sobre todo de índole educativo, su estado civil real, especificando cuando dice que es soltera si es madre soltera, etc. dejando de lado las preguntas de rutina que no permiten la comprensión de sus circunstancias al momento de determinar la pena.

f) Obligatoriedad del mismo tribunal que dicta el auto de prisión, de pronunciarse sobre el ingreso de un hijo de la interna en el penal, en estrecha coordinación con los juzgados de familia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) NARVÁEZ SILVA, Grimaneza. *Situación actual de la mujer reclusa ecuatoriana*. Documento de trabajo. CEAS. 1998.
- (2) PATERNITAS
- (3) CALVO, Yadira. *Las líneas torcidas del Derecho*. ILANUD. Programa MUJER, JUSTICIA Y GÉNERO. 1993.
- (4) VER GARCÍA MÉNDEZ, E. *Derecho de la Infancia/adolescencia en América Latina*. De la situación irregular a la protección integral, Ed. Forum-Pacis, Bogotá, 1994.
- (5) O'DONNELL, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, IIDH, 1989, pp. 313.
- (6) CILLERO BRUÑOL, Miguel [www.iin.oea.org](http://www.iin.oea.org) / Cursos\_a\_distancia / Infancia\_autonomia\_derechos.pdf - Universidad Diego Portales. Santiago de Chile
- (7) BARATTA, A. *La situación de la protección de los niños en América Latina*. Ver en: La Convención sobre los derechos del niño en Argentina. Varios autores, E. La Ley, Buenos Aires, 1993.
- (8) DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, 1989, pp.72 y 158.
- (9) CILLERO, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Seminario «Las nuevas doctrinas y la justicia para menores en Colombia». Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.
- (10) Información recogida directamente en los establecimientos penales del país a través del Ministerio Público.
- (11) CALVO, YADIRA ... Ibid. p.85.
- (12) RODÓ, Andrea con la colaboración de Paulina Saball. El cuerpo ausente. Artículo publicado en *Proposiciones* 13, vol. 13, año 7, Ediciones SUR, Santiago, Chile, enero-abril 1987 reproducido en *Debate Feminista*, año 5, vol.10, septiembre 1994.

- (13) En *Las mujeres olvidadas*, Elena Azaola y Cristina José Yacamán.
- (14) GIMÉNEZ SALINAS, Esther. *Condena o privilegio. Libro Homenaje a Berinstain*. p. 756
- (15) NEUMAN, Elías. *Las víctimas del Sistema Penal: Victimología y Control Penal*. Ed. UNIVERSIDAD. Bs.As. 1994.
- (16) GIMÉNEZ SALINAS, Esther Op. Cit. p.1155.
- (17) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Tirant le Blanch. Derecho. 2ª Ed. Valencia, 1989.
- (18) AZAOLA, Elena y CRISTINA JOSÉ Yacamán . Op. Cit. p.61.
- (19) MANSILLA, María Eugenia, «*Los niños de la calle. Siembra hoy, cosecha de mañana*». Lima 1989
- (20) NEUMAN, Elías. Op. Cit.
- (21) ANTONY, Carmen. *El rol genérico de la ejecución de la pena*. Santiago. Chile-1997. p.8.



*La Santa Inquisición*