

Estudios de Derecho

Fundada en 1912

Estudios de Derecho

ISSN: 0120-1867

ISSN: 2145-6151

Universidad de Antioquia

García Patiño, Ethel Maydú; Pérez López, Delia Alejandra
La detención domiciliaria para las madres reclusas en
Colombia en garantía del principio de interés superior del niño*
Estudios de Derecho, vol. 78, núm. 171, e6, 2021, Enero-Junio
Universidad de Antioquia

DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a06>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=647968650006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH 

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Serie Desde la raíz. Fotografía Digital. Silvia Alejandra Cifuentes Manrique

Estudios
de Derecho
Fundada en 1912



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA



La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño*

Ethel Maydú García Patiño**

Delia Alejandra Pérez López***

Resumen

La crisis carcelaria en Colombia vulnera derechos fundamentales de la población reclusa, transgrediendo con ello la dignidad humana. Aunque a través de la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional se ha emitido una serie de órdenes y recomendaciones, como la creación de una política pública criminal coherente y articulada que brinde garantías mínimas, se observa, sin embargo, la tendencia de expedir leyes que agravan las penas, privilegiando la prisión carcelaria e incrementando el hacinamiento, sin consideración hacia las mujeres, lo que conlleva al quebrantamiento del núcleo familiar y afecta específicamente a sus hijos menores, a quienes se les restringe el derecho a permanecer bajo su cuidado en la etapa más importante de su desarrollo, tal como dispone la Ley 1709 de 2014. Por ello, a partir del análisis de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la doctrina jurídico-científica y la jurisprudencia, se propone la extensión de la detención domiciliaria especial concedida por ocho meses, contenida en el artículo 314 del C.P.P., en concordancia con el artículo 461 del mismo, hasta que el menor cumpla tres años de edad en garantía del interés superior del niño, y así, favorecer también, la humanización de la pena y la resocialización.

Palabras clave: Interés superior del niño; prisión; maternidad; sustitución de la pena; sustitución de la medida de aseguramiento.

House arrest for mothers who are prisoners in Colombia to guarantee the principle of superior interest of the child

Abstract

The prison crisis in Colombia violates the fundamental rights of the prison population; thereby it violates human dignity. Although through the declaration of the unconstitutional state of things recommendations such as creating coherent and articulated criminal and public policy providing minimum guarantees have been issued, the tendency to issue laws that aggravate penalties, favor jail prison and increase overcrowding without consideration for women is observed. All of which leads to the breakdown of their family nucleus and especially affects their minor children, whose right to remain in their care, as provided by Law 1709 of 2014, is restricted at the most important stage of their development. For this reason, based on the analysis of international instruments for the protection of human rights, the legal-scientific doctrine, and jurisprudence, an extension of the special house arrest privilege granted for eight months, contained in article 314 of the C.P.P., in accordance with article 461 of the C.P.P. is proposed to be changed up to three years of age of the minor, as a guarantee to the Best Interest of the Child, and thus also to favor the humanization of the sentence and resocialization.

Keywords: best interest of the child; imprisonment; maternity; replacement of the sentence; replacement of the insurance measure.

A prisão domiciliar para as mães detentas na Colômbia em Garantia do Princípio de Interesse Superior da Criança

Resumo

A crise carcerária na Colômbia vulnera os direitos fundamentais da população carcerária, transgredindo assim a dignidade humana. Ainda que através da Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional foram emitidas uma série de ordens e recomendações, como a criação de uma política pública criminal coerente e articulada que ofereça garantias mínimas, se observa porém, a tendência de promulgar leis que agravam as penas, privilegiando a carceragem e aumentando a superlotação, sem consideração com as mulheres, o que representa a quebra do núcleo familiar e afetando especificamente os filhos menores, aos quais se restringe o direito a permanecer sob seus cuidados na etapa mais importante de seu desenvolvimento, de acordo com o que se dispõe na Lei 1709 de 2014. Por este motivo, a partir da análise dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, a doutrina jurídico-científica e a jurisprudência, se propõe a extensão da prisão domiciliar especial concedida por oito meses, contida no Artigo 314 do C.P.P., em concordância com o Artigo 461 do mesmo, até que o menor cumpra três anos de idade em garantia do interesse superior da criança e assim, favorecer também, a humanização da pena e a ressocialização.

Palavras-chave: Interesse Superior da Criança; prisão; maternidade; substituição da pena; substituição da medida de garantia.

- 1 Artículo de reflexión. La sustitución de la medida de detención y de la prisión carcelaria para las madres reclusas en Colombia como garantía al principio de interés superior del niño en un Estado de Cosas Inconstitucional.
- 2 Abogada, Mag. en Derecho, Esp. en Derechos Humanos. Egresada Universidad Mariana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Colombia. Correo electrónico: maydugarcia@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-7708-2356
- 3 Abogada, Mag. en Derecho, Estudiante Esp. en Contratación Estatal. Egresada Universidad Mariana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Colombia. Correo electrónico: alejaperezlopez@gmail.com. ORCID: 0000-0002-3608-802X

Cómo citar este artículo: García Patiño, E. M. y Pérez López, D. A. (2021). La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño, *Estudios de Derecho*, 78 (171), 139-170

DOI: 10.17533/udea.esde.v78n171a06

Fecha de recepción: 21/07/2020 Fecha de aceptación: 23/10/2020



La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño

Introducción

La crisis en el sistema carcelario y penitenciario colombiano aumenta constantemente el hacinamiento, empeora las condiciones de vida de los reclusos, atenta contra la dignidad humana, vulnera derechos fundamentales y evita el cumplimiento del fin primordial de la pena; esta situación fue reconocida en tres oportunidades por la Corte Constitucional (1998, 2013, 2015), quien declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI), el cual caracterizó a la política criminal como incoherente y desarticulada, ya que impide la resocialización y le resta enfoque preventivo, razón por la que ordenó al Estado colombiano plantear una política pública tendiente a cesar o disminuir su efecto.

Con la expedición de la Ley 1709 de 2014, que modifica parcialmente el Código Penitenciario y Carcelario (CPC) (Ley 65 de 1993), se intentó resolver el problema de sobrepoblación carcelaria, mediante una colaboración armónica entre las instituciones encargadas para este fin; sin embargo, se observa que la tendencia de la política pública criminal se enfoca hacia la expedición de leyes que agravan las penas y privilegian la prisión carcelaria, realidad que incrementa el hacinamiento, siendo esto, inversamente proporcional al mejoramiento de las condiciones de vida intramural, por lo tanto, se aumentan los efectos negativos sin solucionar el problema de raíz, el estado de cosas inconstitucional.

En el caso de la población femenina, es drástico el efecto ocasionado y se constata la tendencia al aumento en la cifra de mujeres detenidas, tomando como referencia la variación entre los años 1991 a 2018, es decir, pasó de 1.500 a 7.948, quienes en su mayoría son cabezas de familia y están involucradas, principalmente, en delitos de microtráfico (Sánchez-Mejía, Rodríguez Cely, Fondevila y Morad Acero, 2018) y se encuentran, frente a una política pública con un deficiente enfoque de género que contemple las particularidades y necesidades especiales requeridas, pues las decisiones administrativas se toman para la mayoría, es decir, para la población masculina; su situación se agudiza por ser insustituibles en sus hogares, lo cual implica el quebrantamiento del núcleo familiar (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013 y Sentencia T-267 de 2018).

Como resultado de la detención preventiva o pena de prisión carcelaria de las madres con hijos menores, su separación genera en los niños efectos negativos, que afectan su desarrollo armónico e integral, según las teorías y estudios del psicólogo Bowlby (1973) y del psicólogo y pediatra Winnicott (1963, 1993). Por ello, y en atención al principio de interés superior del niño, que reconoce la prevalencia de sus derechos fundamentales, el artículo 153 del CPC, Ley 65 de 1993, estableció que las madres con menores de tres años pueden permanecer con sus hijos dentro del establecimiento de reclusión.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-15 de 2002, ha afirmado que la regla general es que los hijos deben estar bajo la custodia de sus padres siempre y cuando las condiciones sean adecuadas y el sistema de protección sea efectivo. Sin embargo, encontramos que solamente diez establecimientos de reclusión (ER) en todo el país se encuentran habilitados para prestar el servicio de educación inicial para que los menores de tres años puedan convivir con sus madres (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], 2020). De igual manera, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-267 de 2018, ha manifestado que a partir de las declaratorias de ECI, se evidencia que las fallas estructurales de las cárceles en Colombia son generales e irradian a todo el sistema penitenciario, por lo que ha reiterado que las mujeres y niños, por tratarse de población de especial protección constitucional, requieren la aplicación de un enfoque diferencial con perspectiva de género como un aspecto de especial relevancia y priorización.

Es así como, a partir de un análisis interpretativo y ponderado de derechos, propio de un Estado social de derecho, se analizará si estos ER reúnen las obligatorias y dignas condiciones mínimas para satisfacer las necesidades de un menor de edad que le permitan la convivencia con su madre. Asimismo, se considera que no necesariamente los fines de las medidas de aseguramiento y de la pena, se puedan únicamente cumplir en un establecimiento de reclusión, sino también en el domicilio, al lado de su familia; más aún, si hay niños en etapa de primera infancia, quienes reciben la influencia y estímulos del entorno donde crecen, vitales para su desarrollo integral como sujetos sociales, y por ende, permitir la rehabilitación de la madre, convirtiéndose, además, en alternativa de solución ante la crisis carcelaria, por lo que se hace necesario reformular la política criminal y penitenciaria, y adoptar estrategias tendientes al logro de los objetivos del Estado.

Para ello, se desarrolla la temática a través de una metodología descriptiva con enfoque cualitativo, que aborda inicialmente, el análisis de los instrumentos internacionales de protección de DDHH, relacionados con los derechos fundamentales de los niños y el principio del interés superior; así como también el estudio de la doctrina científica sobre la importancia de la etapa de primera infancia de

1 Modificado por el artículo 88 de la Ley 1709 de 2014.

los niños junto a su madre, la política criminal, y, por último, la situación actual de los centros de reclusión con base en las decisiones del ECI en materia carcelaria y algunos informes de investigación presentados.

Finalmente, apoyados en la doctrina jurídica y dogmática penal, se realizan consideraciones acerca de dos temas esenciales en la comprensión integral de la situación planteada: de una parte, el sistema penal actual que tiene en cuenta las previsiones sobre alternativas de sustitución de las medidas o prisión intramural de acuerdo al Código de Procedimiento Penal (CPP) (Ley 906 de 2004), y, por otra parte, el rol de la administración de justicia en relación con la privación de libertad de las madres gestantes, lactantes y con hijos menores de edad, que exige una interpretación favorable basados no solo en el derecho interno sino el internacional y en las reglas y principios constitucionales, permitiendo favorecer la concesión de la detención y/o prisión domiciliarias, como también, para adoptar mecanismos prácticos y eficientes como la acción de tutela o acción de cumplimiento, tendientes a beneficiar a los hijos menores de tres años de edad de las reclusas, conforme al principio del interés superior del niño y el deber de garantizar sus derechos fundamentales dentro de las mejores condiciones para salvaguardar su dignidad.

Así, se da la presentación y justificación de una propuesta relacionada con la privación de la libertad de las madres más adecuada y humana, que no solo disminuye la vulnerabilidad de los menores de tres años de edad a su cargo, sino que procure un ambiente acorde y digno a las necesidades de crecimiento y desarrollo del menor de edad, propuesta que consiste en extender la domiciliaria del numeral 3 del artículo 314 del CPP (Ley 906 de 2004), en concordancia con el artículo 461 del mismo estatuto, concedida, inicialmente, por ocho meses, hasta la edad de tres años, para que estos gocen del derecho a su asistencia, a tener una familia y no ser separados de ella, obtengan un adecuado desarrollo integral en un ambiente propicio y se minimice el efecto directo de la sanción penal impuesta a la madre. De otro lado, se integra un enfoque de género y se aporta a la humanización de la pena para cumplir con su fin resocializador, y así, dignificar la vida de ambos e incidir en la disminución del hacinamiento.

Derechos de los menores de edad desde el enfoque de derechos humanos

Según lo afirmó Bobbio (1993) en su obra *Igualdad y libertad*, “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” (p. 75). De conformidad con ello, hablar de derechos humanos (DDHH), es referirse a aquella garantía jurídica universal que le ha sido otorgada a toda la humanidad, en razón de la correlación directa que guardan los derechos y el ser humano. Sin embargo, las necesidades de la sociedad han hecho incidir en algunos grupos vulnerables que requieren que sus derechos sean especialmente

protegidos mediante la Constitución, las Leyes y los mecanismos internacionales, por ejemplo, los derechos de los niños,

Instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños

Históricamente, surgió La Declaración de los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra (Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas, 1924), que reconoció y confirmó la existencia de los derechos de los niños y asignó algunas responsabilidades a los adultos, respecto a esos derechos.

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948), estableció que: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales” (p. 7) y describe la familia como “la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad” (p. 5).

También, la Declaración de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959), incorporó diez principios, dentro de los cuales aparece el “interés superior del niño”. Su importancia, básicamente, radica en que los niños requieren protección y cuidado especial. “Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales², no deberá separarse al niño de corta edad de su madre” (p. 6), por consiguiente, al promulgar leyes para la protección especial del niño y su desarrollo integral en condiciones de libertad y dignidad, se debe considerar fundamentalmente el interés superior del niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1959).

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 19 de la Convención americana sobre Derechos Humanos, el cual dice que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969, p. 8); y el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone lo siguiente: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966a, p. 4).

2 Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-246 de 2016, expresó que: “Se proferirá una medida para separar al menor de su familia cuando esté en riesgo la vida, integridad o la salud del menor; cuando existan antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico ocasionado por el núcleo familiar y cuando se demuestre alguna de las causales consagradas en el artículo 44 constitucional, como que el niño haya sido víctima de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, explotación laboral o económica, abuso sexual y trabajos riesgosos”.

Otro instrumento es el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos³; la familia aquí es reconocida como un elemento natural y esencial de la sociedad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966b). Este tratado multilateral reconoce derechos civiles y políticos y provee mecanismos que permiten acceder a su protección y garantía

Años más tarde, se expide la Convención sobre los Derechos del niño⁴ (ONU, 1989). Este es reconocido como el primer documento de tipo internacional que establece el marco fundamental obligatorio en el cual los gobiernos se deben basar para la creación y aplicación de políticas aplicadas a niños, niñas y adolescentes, considerándolos como sujetos de especial protección.

Por último, y no menos importante, se encuentran las reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, más conocidas como las Reglas de Bangkok (ONU, 2010), las cuales tratan sobre las medidas que los Estados deben implementar para la atención de las necesidades de las mujeres privadas de la libertad, así mismo, estas también propenden por la protección de los niños y niñas que tienen a sus padres y/o madres encarcelados, tal es el caso de la Regla 49, según la cual “toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño” (p. 16); la Regla 52, numeral 1, que expresa que “las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño” (p. 17); la Regla 64, que establece como preferencia la imposición de medidas no privativas de la libertad a las mujeres en estado de embarazo y las que tengan niños a su cargo, y la Regla 65 que manifiesta que “se evitará en la medida de lo posible recluir en instituciones a los niños en conflicto con la ley” (p. 19).

En ese sentido, es claro que la responsabilidad de protegerlos recae en el Estado mediante la Constitución Política, las leyes y los mecanismos internacionales; estos últimos vistos como instrumentos para hacer valer los DDHH cuando el Estado no ha cumplido con su función de protegerlos.

Bloque de constitucionalidad

La noción de Bloque de Constitucionalidad⁵ implica asumir que existen una serie de normas que hacen parte de la Constitución por mandato

3 Aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

4 Aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

5 Ese conjunto de normas que gozan de jerarquía constitucional hacen parte de lo que llamamos “bloque de constitucionalidad”, figura instituida jurisprudencialmente en donde adquieren valor superior los mecanismos supraestatales sobre derechos humanos.

mismo del texto constitucional sin que necesariamente se hallen explicitadas en el mismo. Esas normas son esencialmente estándares internacionales de derechos humanos, debido al tratamiento especial y privilegiado que el constitucionalismo contemporáneo confiere a los tratados de derechos humanos. (Uprimny, 2008, p. 58)

En ese estado de cosas resulta vital reflexionar que, con relación a los derechos de los niños, además de atender las disposiciones constitucionales y legales, en virtud del inciso número uno del artículo 44 de la Constitución Política, ellos “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 10).

Principio de interés superior del niño

De acuerdo con el desarrollo teórico de Ferrajoli (2001), se puede entender al principio de interés superior del niño, como una responsabilidad de la autoridad pública dirigida a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales. Su aplicación implica que las decisiones de las autoridades públicas supongan el deber de adoptar las medidas que más se ajusten a la garantía del bienestar de los niños y que permitan evitar la vulneración de sus derechos fundamentales, brindándoles un trato preferente.

La noción del principio del interés superior del niño, tiene como referente el numeral primero del artículo tercero de la Convención Universal de los Derechos del Niño (1989), que señala: “Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna” (p. 3). En virtud de ello, corresponde al Estado colombiano por mandato constitucional, expresado en el artículo 13, atenderlos y otorgar el amparo a aquellos grupos poblacionales cuya debilidad sea manifiesta, además de resaltar entre estos grupos la exclusiva protección de los niños y niñas, que debe ser prevalente sobre los demás grupos sociales.

El artículo 44 constitucional enumera una serie de derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes, según este artículo, los derechos de los niños “prevalecen sobre los derechos de los demás” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 10). A su vez, el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (2006), en Colombia es incorporado en el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, que expresa: “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus DDHH, que son universales, prevalentes e interdependientes” (p. 2). De ahí, que en el artículo 9 de la citada ley se estableció que, en el evento de encon-

trarse dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se dará aplicación a la norma más favorable donde predomine el interés superior del niño.

En efecto, los menores de edad, al tratarse de población sujeta de especial protección, tienen la necesidad de la garantía efectiva de sus derechos derivados de la dignidad humana, y gozan de su salvaguarda tanto en el orden público internacional como en nuestro Estado social de derecho, ya que contienen una doble categorización: primero, se trata de normas fundamentales, las que han sido examinadas reiteradamente por la jurisprudencia constitucional otorgándole unas consecuencias propias en materia de protección y goce efectivo de derechos⁶, y segundo, poseen la condición de prevalencia, en caso de que algún derecho de un menor se encuentre en contraposición con otro. Es por ello que se ha pronunciado la Corte Constitucional, mencionando que:

Ningún derecho es absoluto dentro de un Estado social de derecho siendo posible que en ciertos casos este derecho tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos⁷.
(Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002, p. 14)

Así, el interés superior del niño, consagrado en instrumentos internacionales y en el ordenamiento interno, se reafirma como fundamento para cualquier decisión del Estado, con el fin de brindar garantía a su desarrollo armónico e integral.

Preeminencia del núcleo familiar

Nuestra Constitución Política, en su artículo 42, reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, por ello garantiza su preeminencia como un factor de equilibrio en el desarrollo de sí misma -consideración también contenida en la Convención sobre los derechos del niño (ONU, 1989), en su preámbulo-, convirtiéndola en el medio natural para el crecimiento y bienestar de quienes la integran, particularmente, el de los niños, en consecuencia, deben recibir la

6 Con relación a la fundamentalidad de los derechos de las niñas y los niños ver, entre otras, las Sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-043/95 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-557/11 (María Victoria Calle Correa), T-512/16 (Luis Ernesto Vargas Silva), C-262/16 (Jorge Iván Palacio Palacio), y T-468/18 (M.P. Diana Fajardo Rivera).

7 En este caso se decidió que no desconocen los derechos del menor, una norma legal al permitir su permanencia en un centro de reclusión, hasta los tres años, junto a su madre privada de la libertad, siempre que condiciones de vida adecuadas y sistemas de protección efectivos garanticen la prevalencia de los derechos de los niños y protejan el interés superior del menor, el cual puede consistir en algunos casos en que el menor sea separado de la madre por decisión del juez competente. Aclaración especial de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa.

protección y asistencia necesaria para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la sociedad.

De igual manera, la Corte Constitucional, en Sentencia T-408 de 1995, ha manifestado que los padres con sus hijos, mantienen un vínculo permanente y la obligación de conservarlo es recíproca, ello con el fin de conseguir una estructura familiar: “El derecho de no ser separado de su familia, le permite al menor ser criado, educado, formado y cuidado por quienes se presume quieren lo mejor para él” (Delgado, González, Restrepo, Guerrero y Corredor, 2010, p. 57). Así entonces, la protección y cuidado de los menores de edad, es una función que se realiza solidariamente entre la familia, la sociedad y el Estado con el fin de garantizar su desarrollo en las condiciones más favorables, y guardar coherencia con las previsiones realizadas por la normativa internacional. Precepto que se entiende claramente en el artículo 23 del Código de Infancia y 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...” (Ley 1098 de 2006).

En consecuencia, cuando de normas de derecho interno se trata, estas se deben interpretar de manera armónica con los deberes y obligaciones internacionales asumidos por el Estado; en efecto, ante dos interpretaciones derivadas de una sola disposición constitucional que se refiera a los derechos de una persona, se está en el deber de escoger aquella norma que concuerde con los tratados de DDHH ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política. A su vez, cuando las normas internas, constitucionales y legales, sean más favorables y ofrezcan mayor protección a los DDHH, estos deben prevalecer sobre el texto de los tratados y convenios internacionales, y preferir la interpretación menos restrictiva del derecho protegido en atención al principio *pro homine* (Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 2006).

Lo anterior, desde luego, resulta ser de utilidad, pues si la interpretación se realiza, observando los principios y aplicando la doctrina elaborada por las instancias internacionales en materia de Derechos Humanos, el legislador debe, en atención al principio de interés superior del niño, privilegiar y dar un trato favorable a aquellos niños que deban padecer las consecuencias del encarcelamiento de sus madres, lo que origina la vulneración de sus derechos fundamentales a no ser separado de su madre y tener una familia.

Algunos aspectos relevantes de la formación integral de los niños en sus primeros años de vida

Bowlby (1973), autor de la teoría del apego, afirma que el vínculo producido entre una madre y su hijo constituye una matriz insustituible que asegura un encuentro

positivo con las nuevas experiencias que irán aconteciendo en los primeros años de vida del bebé, explica los efectos que conlleva la separación del menor del lado de su madre en razón de una sanción penal intramural, plantea que la ruptura de la solidez del vínculo madre-hijo tiene serias consecuencias psicológicas para el infante:

La experiencia relativa a un niño de corta edad que es separado de su madre nos proporciona un dramático ejemplo de este central problema de la psicopatología: la generación de un conflicto tan grande que fallan los medios normales para su regulación. (Bowlby, 1986, p. 25).

Las teorías más tradicionales sostienen que un niño entabla una relación estrecha con su madre porque esta lo alimenta. Sin embargo, es importante rescatar que la importancia del apego no es por mera satisfacción de necesidades nutricionales, sino que también incluyen toda aquella gama de aprendizajes socioemocionales pues:

El ser humano no nace con la capacidad de regular sus reacciones emocionales, sino que necesita de un sistema regulador diádico, en el que las señales del niño sobre sus estados sean entendidas y respondidas por sus figuras significativas, lo que le permitirá alcanzar así la regulación de esos estados. (Bowlby, 1988). (Citado por Sarmiento, Puhl, Oteyza, Bermudez & Siderakis, 2009, p. 54)

Así mismo, sus experiencias pasadas son incorporadas en sus modelos representacionales, a los cuales denominó “modelos de funcionamiento interno”.

Estudio reforzado por el trabajo clínico y teórico del pediatra y psicoanalista Winnicott (1993), quien afirma que la primera relación del infante con su madre no solo está orientada a la satisfacción de las necesidades biológicas y alimenticias de este, sino que también configura un acceso al mundo a través de una relación incondicional de protección, cariño y afecto (Manríquez Hizaut, 2016).

Por su parte, para Winnicott, el infante y su madre, y los cuidados maternos, conforman una unidad indisoluble, la cual se denomina usualmente como el vínculo madre-hijo. Una de las frases más elocuentes de Winnicott respecto a cómo entiende esta unidad, es la siguiente: “no hay nada que no sea un infante en el sentido de que, por supuesto, siempre que encontramos un infante encontramos también el cuidado materno, y sin cuidado materno no habría infante” (Winnicott, 1993, p. 50). En esta relación primaria que es indisoluble, el infante y el cuidado materno se pertenecen recíprocamente, ya que la madre al servicio del niño, le da poder y estabilidad debido a su estado absoluto de dependencia.

Uno de los aspectos más traumáticos para los niños y niñas que tienen a alguno de sus padres privados de la libertad es la ausencia afectiva de uno de sus

progenitores, más aún si es el caso de su madre, temen por la pérdida de esta como la figura más querida de la familia, Becerra Pineda (2004) afirma que:

(...) el vacío afectivo que desde la infancia es el resultado del desapego familiar por ausencia de la figura paterna y en otros casos también por ausencia de la figura materna, situación que no es ajena a muchas de las personas reclusas, a quienes en ausencia de la figura paterna como modelo para introyectar normas, límites y autoridad han sido más vulnerables a romper las normas, realizar acciones al margen de las mismas y no aceptar los límites y reglamentos del grupo social al cual pertenece. (p.45)

Lo anterior, debió servir de fundamento observado por el legislador al momento de expedir la política criminal y penitenciaria del Estado en donde se relacionen niños, niñas y adolescentes.

Situación actual de las cárceles en Colombia

La Corte Constitucional (1998, 2013, 2015) habló del estado de cosas inconstitucional (ECI) en materia carcelaria, el cual reconoce la constante crisis del sistema penitenciario y carcelario colombiano, que a pesar de tener el fin primordial de la resocialización, establecido en el artículo 4 del Código Penal (CP) (Ley 599 de 2000), se ha convertido en un sistema castigador que genera daño y limita los derechos de las personas, dejando al descubierto la inexistencia de una política criminal idónea que cumpla con los fines de la pena, al tiempo que genera hacinamiento y violación generalizada de DDHH, contrario a la dignidad humana.

El ECI fue declarado a partir de la Sentencia T-153 de 1998, en la que inicialmente se determinó la situación en la que se encontraban los reclusos y que desconocía tanto la dignidad humana y los fines resocializadores de la pena a causa del hacinamiento, como las condiciones de infraestructura carcelaria, en esta providencia la Corte señaló:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. (Sentencia T-153 de 1998)

Posteriormente, mediante Sentencia T-388 de 2013, la Corte nuevamente declaró el ECI, debido a la ausencia de una política criminal y penitenciaria oportuna, adecuada y respetuosa de los DDHH.

De esta manera, la política criminal como respuesta estatal al fenómeno de la criminalidad, no ha priorizado la salida a la crisis penitenciaria, sino que, por el contrario, ha promovido el aumento de penas, la creación de más delitos y la reducción de acceso a los beneficios de carácter penitenciario. Sobre este particular, la Corte Constitucional (2013), en la Sentencia T-388 de 2013, reconoce la crisis de la política criminal en Colombia, y afirma es:

[1] reactiva, [2] tendiente al endurecimiento punitivo (populismo punitivo); debido a que, si bien el Congreso cumple su papel de legislar, lo hace bajo este precepto que parte de las exigencias que la sociedad hace al Estado para fortalecer su sistema represor, lo que permite que la crisis penitenciaria y carcelaria empeore, [3] poco reflexiva frente a las especificidades del contexto nacional, [4] subordinada a la política de seguridad y, [5] aunque hay esfuerzos recientes de darle mayor estabilidad y consistencia a la política criminal, [6] sigue siendo volátil, débil e incoherente, en gran medida, debido a la debilidad institucional de la cual depende. (p. 125)

Así mismo, la Corte, en la Sentencia T-762 de 2015, reiteró el ECI y manifestó el aumento de tipos penales que ha conllevado al incremento de las penas, por lo que se ha acrecentado el número de personas reclusas en los establecimientos carcelarios; además, estableció los fundamentos mínimos que debe acatar la política criminal del Estado, para que guarde coherencia con la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad en respeto a los DDHH, entre los que se encuentran: i) la fundamentación empírica que debe guiar cualquier intervención legislativa, administrativa o judicial en materia penal; ii) la coherencia entre las fases de la política criminal y las distintas medidas que se tomen; iii) el uso del derecho penal como última medida del Estado para hacer frente a los conflictos entre las personas; iv) la racionalidad del uso de la prisión y el incentivo de medidas distintas a la misma; v) el fin primordial de la política criminal de buscar la resocialización de los condenados, y, vi) el deber de la política criminal de proteger los DDHH de las personas privadas de la libertad.

Es así como la Corte, en la Sentencia T-267 de 2018, afirma que para aclarar el objeto del seguimiento -siendo este, en últimas, el respeto por la dignidad de los internos- y de acuerdo a los elementos probatorios obrantes en los procesos analizados, se debe tener, como punto de partida, conforme la jurisprudencia en la materia que:

En el sistema penitenciario y carcelario vigente se violan, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad personal (física y psíquica), a la dignidad humana, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la seguridad personal, a la igualdad, a la no discri-

minación, a la intimidad, a la familia, a la libertad (en general y en especial la libertad sexual y reproductiva y la libertad de oficio), a la salud, a la reinserción social, a la especial protección de sujetos de especial protección constitucional (niñas, niños, minorías étnicas y culturales, personas con discapacidad, mujeres, personas de edad avanzada, jóvenes, personas en situación de desplazamiento, personas de orientación o identidad sexual diversa o en relaciones de sujeción, por mencionar los principales sujetos), a la educación, al trabajo, a la recreación y al deporte, a la expresión, a la información, al derecho de petición, al debido proceso y al acceso a la justicia -se reitera-, sólo por mencionar los principales derechos constitucionales violados o amenazados. (Sentencia T-388 de 2013, p 146)

Hasta el momento y según el seguimiento que realiza la Corte Constitucional al ECI, la situación no se ha superado; de hecho, en el último año, en lo que se refiere al hacinamiento, el índice se encontraba en uno de los más altos en 2019, con 54,3 %. Para el mes de julio de 2020, este índice bajó al 28,9 %, aunque hay ER que alcanzan el 252 % de hacinamiento; sin embargo, se pudo obtener un descenso en las cifras debido a las órdenes emitidas por la Corte Constitucional en aras de combatir el hacinamiento carcelario y prevenir la situación resultante de la pandemia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Aunque, estas medidas fueron tomadas por un espacio temporal de seis meses, lapso final durante el cual, los internos a quienes les fue otorgada la prisión y/o detención domiciliaria, deberán regresar al ER al que pertenecen, por lo que es muy probable que el índice de hacinamiento retome su curvatura ascendente.

Situación de las mujeres reclusas en Colombia

La prisión carcelaria (encierro intramural), en palabras de la Corte, constituye para la mujer un espacio discriminador y opresivo, doblemente doloroso y estigmatizador. Dentro de los ER no se aplican unos parámetros mínimos que tengan en cuenta las necesidades y características propias de la población femenina, pues las decisiones abarcan mayoritariamente a la masculina. Es así como, entre los aspectos más traumáticos, encontramos la pérdida del vínculo con sus hijos producto de una medida intramural privativa de la libertad. Así las cosas, estas mujeres padecen de unas condiciones indignas, que además de tener impacto en sus relaciones familiares, limitan sus posibilidades de reinserción una vez puestas en libertad, por ello, la Corte recomienda la necesidad de acoger políticas públicas con enfoque de género (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013).

En un posterior pronunciamiento, Sentencia T-267 de 2018, la Corte (2018) realiza la observación sobre el tratamiento especial que requieren algunos grupos poblacionales que se encuentran dentro de los sujetos de especial protección constitucional, como lo son las mujeres. Para ello destaca que los mínimos constitucionalmente asegurables que deben ser garantizados para la población reclusa, configuran derechos fundamentales *prima facie* que deben ser categorizados específicamente al tratarse de población carcelaria femenina, observando así, una “concreta perspectiva de género” (p. 29).

Ahora, es necesario enfatizar que uno de los campos en los que las mujeres privadas de la libertad en centros carcelarios están en mayor nivel de vulnerabilidad es, precisamente, el que concierne a la insatisfacción de necesidades básicas radicales que, por su condición de mujeres, ellas y solo ellas están expuestas a sufrir.

Sin duda alguna, condiciones precarias en temas tan vitales como las necesidades fisiológicas y biológicas, más aún, en situaciones como el embarazo, la lactancia y la crianza de niños, supone una violación intensa y particular de su dignidad humana. Así lo ha entendido, también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como *Castro Castro vs. Perú*, en donde este tipo de violaciones llegó a ser enmarcada como tortura física y psicológica, con violación de los artículos 5.2 de la Convención Americana, y 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁸.

Así mismo, alertó sobre los riesgos iusfundamentales afrontados por una persona al ingresar a un centro de reclusión en Colombia, en el marco de estado de cosas inconstitucional, particularmente, en materia de violencia física, psicológica o sexual, multiplicándose, en su intensidad e impacto, cuando se trata, de población femenina, especialmente, compuesta por personas de bajos recursos e incursas en otras categorías de vulnerabilidad, quienes en su vida cotidiana, han afrontado contextos de violencia y discriminación por razón del género.

Concluye, la Corte Constitucional, que es necesario que sus derechos fundamentales sean cualificados y cuenten con una protección reforzada, especialmente, durante el embarazo, la lactancia y la custodia de los niños, en un entorno sano y adecuado y unos mínimos constitucionalmente asegurables que se resumen en i) el aseguramiento de condiciones sanitarias adecuadas para que puedan mantener su higiene y su salud, permitiéndoles acceso regular a baterías sanitarias y posibilitar su aseo personal y limpieza de ropa regularmente; ii) a recintos

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, fundamentos 331 y ss.

destinados al alojamiento con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación; y, por último, iii) condiciones apropiadas para las detenidas que se encuentren en estado de embarazo, o acompañadas por sus hijos, que aseguren su subsistencia en condiciones dignas (pp. 35-36).

De otra parte, según la información reportada en el informe de investigación *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*, realizado por Sánchez-Mejía *et al.* (2018), la cifra de mujeres privadas de la libertad para el año 1991 era de 1.500 y para junio del año 2018 alcanzó 7.944; el incremento correspondió al 429 %, a diferencia del número de hombres internos que fue del 300 %; es decir, entre los años 1991 y 2018 el porcentaje femenino en prisión por cada 100.000 habitantes mujeres en Colombia, se incrementó más de tres veces. Además, según el informe, la mayoría de ellas, se encuentran en edad productiva y reproductiva, antes de ingresar a la reclusión, y también tienen la responsabilidad económica y social del hogar.

La mencionada investigación constituye una efectiva verificación de la problemática que viven la población femenina privada de la libertad en el país. Dicho informe muestra la realidad con datos porcentuales de las mujeres infractoras de siete centros penitenciarios del país (1.123 mujeres). Inicia explorando el perfil demográfico y socioeconómico de las mujeres privadas de la libertad, obteniendo como resultado que la gran mayoría de estas mujeres antes de entrar a prisión han asumido la responsabilidad económica y social del sostenimiento de su hogar:

Se encuentran en edad productiva y reproductiva, se identifican como heterosexuales, son solteras y pertenecen a estratos socioeconómicos bajos. Antes de su detención, los ingresos mensuales del hogar de un alto porcentaje de estas mujeres eran inferiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (s.m.m.l.v.). La mayoría de estas mujeres eran cabeza de familia (75%), es decir, tenía la responsabilidad económica exclusiva del hogar. Debido a su bajo nivel de escolaridad, estas mujeres se encuentran en condición de acceder a trabajos precarios. (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, p. 11)

En cuanto al perfil delictivo, la investigación arrojó, que la mayoría de mujeres manifestó ser su primera vez en prisión y cometer el delito motivadas por sus condiciones socioeconómicas y familiares. Adicional a ello, se obtuvo que frente al tipo de delito “muchas de las mujeres infractoras no han cometido delitos violentos y no representan un riesgo grave para la seguridad ciudadana. Una gran proporción de mujeres se encontraba privada de la libertad por delitos relacionados con estupefacientes” (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, p. 13), situación que

permitió que fueran condenadas con penas de prisión cortas; sin embargo, cabe resaltar que pese a que la privación de la libertad fuera relativamente corta, esta genera afectaciones tanto para ellas, sus hijos y familiares, pues las consecuencias de estas condenas conllevan a desestructurar el núcleo familiar y afectar el desarrollo de sus hijos menores, ya que ellas son su principal fuente de ingresos económicos para su manutención, cuando son cabeza de hogar, además de ser la única encargada de su protección y cuidado.

Finalmente, el informe presenta algunas recomendaciones frente al diseño e implementación de la política criminal que agrega una perspectiva de género que amplíe y potencialice las alternativas a la prisión carcelaria para las mujeres infractoras que tienen personas a su cargo.

Por ello, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) (2003), dio como ejemplo: “el caso de las madres con niños pequeños en condiciones de hacinamiento y falta de atención médica...” (p. 517), circunstancia que se ha convertido en una de las principales dificultades que agudizan la crisis carcelaria, de donde se desprenden los tratos crueles e inhumanos o degradantes dentro de los ER, configurándose en una falla por parte del Estado al incumplir con la obligación de brindar condiciones de dignidad y seguridad jurídica a las personas privadas de la libertad, así como también, la de facilitar su reintegración social establecidas en el derecho interno y en los instrumentos internacionales de DDHH ratificados por Colombia, en un evidente desconocimiento de los principios dentro de un Estado social de derecho que oriente la política y funcionamiento del sistema carcelario y penitenciario.

Sistema de guarderías

Como se ha expuesto, una de las más grandes preocupaciones de las madres reclusas es la presencia o ausencia de sus hijos menores de edad dentro del establecimiento de reclusión (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013). El artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 153 del Código Nacional Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), en colaboración con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁹ (ICBF), determinó que la dirección del Instituto Nacional Penitenciario permitiría que los hijos de las internas, de hasta tres años de edad, puedan permanecer en el establecimiento de reclusión, proporcionándoles la debida atención y, por lo tanto, facilitar el sistema de guarderías para garantizar un ambiente propicio a la madre lactante, y así promover el correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres años de edad, y el derecho al

9 Reglamentado por el Decreto 2553 de 2014.

desarrollo integral de la primera infancia, por lo cual se deberán establecer las condiciones de seguridad, bienestar y demás aspectos que garanticen el ejercicio concreto de sus derechos fundamentales.

Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional (2002) en la Sentencia C-157, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, que la regla general es que los hijos deben estar bajo la custodia de sus padres siendo la excepción de la separación, si ello es lo que más se adecúa al principio de interés superior del niño, y declarar la constitucionalidad, siempre y cuando las condiciones sean adecuadas y el sistema de protección sea efectivo. Además, la Corte Constitucional alude a que la Convención Interamericana de Derechos Humanos no incluye disposición alguna que impida al legislador, optar por una regulación interna tendiente a establecer que, “si la madre es condenada a prisión, el menor, por lo menos durante sus primeros años de vida, pueda permanecer con ella”. Por ello, para tomar su decisión, la Corte Constitucional tuvo en cuenta el informe sobre el estado mundial de la infancia elaborado por Unicef (2001), que señaló lo siguiente:

En los primeros años de infancia las experiencias e interacciones de los niños con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos científicos recientes confirman que los contactos físicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niños les demuestran apoyo y les transmiten seguridad tienen consecuencias tan importantes como la buena salud (...) La manera en que se desarrolla el cerebro en esta etapa de sus vidas fija las pautas del posterior éxito del niño en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta (...). (p. 2)

También resaltó del mencionado informe, la importante referencia acerca del desarrollo cerebral necesario de un niño, el cual le permite socializar con otros niños de la misma edad y que inicia a partir de los 3 años. Estudio que razonadamente pudo ser el fundamento advertido por el legislador en su momento. De esta forma se pondera la necesidad de que el menor permanezca en compañía de su madre por un periodo adecuado, que posibilite establecer una conexión con ella, pero tampoco tan extenso que conlleve someter al menor indefinidamente a las precariedades dentro de la cárcel.

Ahora, si se trata de ponderar la permanencia de un menor de edad en un espacio no apto para su desarrollo como lo es un establecimiento de reclusión, debido a las precariedades existentes en estos, la Corte Constitucional concluyó que impedir que los niños crezcan al lado de sus madres representa una violación mayor de sus derechos constitucionales:

Si bien es cierto que permitir la estadía del menor durante sus primeros años de vida en la cárcel puede afectar su desarrollo armónico e

integral, el no hacerlo significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa de su vida en la que la relación materno-filial es determinante. Además, cuando a un menor se le impide estar durante la primera etapa de la vida con su madre en razón a que está interna en un centro de reclusión, se le limita su derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, como expresamente lo manda la Constitución. También se le limita la posibilidad de ser amamantado, que, si bien no es necesario que ocurra, si es valioso, pues reporta beneficios en el desarrollo del menor y sirve para garantizarle una alimentación equilibrada, como es su derecho. En no pocos casos privar a un menor de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que mayor afecto y atención le puede brindar, con lo que se estaría afectando gravemente el derecho constitucional de todo niño y toda niña a recibir cuidado y amor. (Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002, p. 22)

Sin embargo, al ser una sentencia de declaratoria de constitucionalidad, no entra la Corte a realizar consideraciones acerca de posibilidad de otorgar la sustitución de la medida o pena de prisión domiciliarias como una solución frente a los riesgos que puede enfrentar un menor dentro del ER, sino a analizar si la norma se ajusta a la Constitución, dejando al Estado tomar las medidas necesarias en caso de que estos lugares no reúnan las condiciones necesarias para la permanencia del menor.

La propia norma demandada en su segundo inciso, refiere a la especial protección al menor que debe prestar el servicio social penitenciario y carcelario, lo cual se suma a los mandatos constitucionales de salvaguardar los derechos de los niños, y a los mandatos internacionales que obligan al Estado a tomar las medidas necesarias para que la madre pueda estar con sus hijos y brindarles el cuidado que requieren. Si estar con la madre en la cárcel es inadecuado debido a las condiciones de dichos establecimientos, el Estado tiene el deber de generar unas condiciones que no expongan los derechos de los menores ni pongan en peligro al menor. Tiene la obligación de tomar las medidas administrativas, logísticas y presupuestales que se requieran para garantizar los derechos a los que se ha hecho alusión en este fallo. (Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002, p. 25)

De allí se sigue, que no basta la permanencia del menor de edad con su madre, sino que se debe velar por la adecuada instalación de un ambiente facilitador de cuidado materno, pues este es correlativo con el estado de dependencia absoluta del infante, que, cuando se satisface, el resultado son relaciones interpersonales sanas. En su defecto, la provisión de un ambiente facilitador que no favorece los procesos de formación, tiene como consecuencia un grave deterioro en la salud y en el desarrollo de la personalidad (Winnicott, 1963). Siendo así, el estado de privación del niño de las provisiones maternas no solamente se produce por la au-

sencia de esta (que sería la situación directa provocada por la separación del bebé y su madre), sino también, por la deficitaria instalación del dispositivo materno orientado al cuidado del bebé. En ese sentido, no basta con la mera presencia de la madre y mantener reunidos al niño con esta, sino que la institucionalidad debe propender por tutelar la calidad de dicho vínculo, con el fin de cumplirse el objetivo esencial de la política de permanencia de la madre con su hijo/a, aunque esta sea dentro del establecimiento de reclusión, siempre que reúna las condiciones dignas y favorables para el desarrollo del menor de edad.

Con este propósito se creó, en el año 2016, la Mesa de Fortalecimiento de atención a mujeres gestantes, lactantes y niños en centros de reclusión, para articular la atención integral a los hijos menores de edad de las internas¹⁰, sin embargo, no ha sido posible extender esta asistencia a toda la población infantil que la requiere. Según el séptimo informe estadístico presentado por el INPEC (2020) hay 7.033 mujeres reclusas intramuros, la mayoría se concentran en tres grupos dentro del rango de edad abarcado entre los 25 y 39 años de edad (p. 36), sin embargo, el informe no establece cuántas mujeres tienen hijos menores de tres años de edad, aunque sí declara que a dicha fecha hay 49 madres gestantes, 11 madres lactantes, y solamente 50 niños ubicados bajo el sistema de guarderías, distribuidos en tan solo 10 centros de reclusión donde se presta el servicio de educación inicial del ICBF (p. 47).

La Corte Constitucional (2018) ha afirmado:

La evidente falta de articulación y de cumplimiento de los deberes legales por parte de estas instituciones es especialmente preocupante, si se tiene en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del Decreto 2553 de 2014, el reporte de necesidades y la atención en materia de infraestructura deben surtir de manera prioritaria cuando se trata de centros de reclusión de mujeres, por lo menos en lo que respecta a los espacios para madres embarazadas, lactantes o con infantes. (Sentencia T-267 de 2018)

Sistema penal y la privación de la libertad de la mujer madre

Luego de haber analizado la situación de los establecimientos carcelarios así como el sistema penitenciario y carcelario que originó la declaración del ECI, es pertinente realizar el siguiente interrogante ¿Cuál sería el mecanismo idóneo que logre la consecución de los fines del Estado en la creación de la política criminal y penitenciaria, que permitiría el desarrollo integral adecuado de un menor de tres

10 En atención a la Sentencia 762 de 2015 de la Corte Constitucional, mediante la cual se ordena la integración de varias entidades facultadas en el tema.

años de edad al lado de su madre, garantizando sus derechos fundamentales en condiciones dignas, en atención al principio del interés superior del niño?

Entonces, buscaremos la solución en el derecho penal que es el resultado de la política criminal del Estado, mismo que ostenta esta facultad a través del legislador para expedir normas y reformar códigos, en uso de un amplio margen legislativo que le permite regularlo, observando su naturaleza subsidiaria, fragmentaria y de última *ratio*, y así determinar los tipos penales, el monto de las penas y las circunstancias de atenuación o agravación, reconocer o negar beneficios procesales, entre otras (Corte Constitucional, Sentencia C-248 de 2004).

Ahora bien, resulta importante recordar que el derecho penal permite imponer a las personas el sufrimiento de la sanción punitiva, y encuentra su legitimación en la función o fin que esta cumple. En ese sentido, el artículo 9 del CPC (Ley 65 de 1993), prescribe que la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Según los artículos 3º y 4º del CP (Ley 599 de 2000), la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado al establecer los principios en los que se fundamenta; y el 5º expone que las medidas de seguridad persiguen funciones de curación, tutela, protección y rehabilitación.

Adicionalmente, en varias oportunidades, la Corte Constitucional¹¹ ha analizado el tema de los fines de la pena, y ha concluido que la resocialización es un fin constitucionalmente válido y destacado como una preferencia; de hecho, planteó que la resocialización guarda una estrecha relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, en el entendido que la reeducación y reinserción social del condenado son el objetivo del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-261 de 1996).

Por ello, la Corte Constitucional ha señalado los graves problemas que presentan las políticas de resocialización y de reintegración de las personas condenadas, que se incrementan profusamente y que vulneran de manera sistemática y reiterada los derechos de la población reclusa, situación que originó la declaración del ECI (Sentencia T-388 de 2013 y Sentencia T-762 de 2015).

La jurisprudencia constitucional y la doctrina penal han expresado que el derecho penal debe regirse por el principio de subsidiariedad, por lo cual, el uso de las penas y las medidas de aseguramiento es legítimo cuando no se encuentre otra forma de satisfacer sus fines; de allí que, se debe buscar la protección del bien jurídico a través de medios menos lesivos para los derechos fundamentales, pues su restricción o limitación debe ser la última *ratio*. En consecuencia, surge

11 Al respecto, se puede consultar las sentencias de la Corte Constitucional: C-144 de 1997, C-806 de 2002, C-061 de 2008, T-267 de 2015, T-718 de 2015.

la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad como criterio y requisito imprescindible de análisis tanto en el cumplimiento de parámetros legales como de las circunstancias que se presenten en el caso concreto, pues se debe argumentar suficientemente y realizar juicios de valor jurídico y fáctico para motivar las decisiones a la luz del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, determinar si vulneran o no la Constitución Política y los DDHH¹².

Esta imposición penal es personal, por lo que no debe trascender más allá del individuo responsable o al procesado penalmente (Zaffaroni, 1998). No obstante, en los casos en que se aplica la privación de la libertad de mujeres embarazadas o con hijos menores de edad dentro del establecimiento de reclusión, la pena o la medida preventiva se extiende a las personas ajenas al debate penal. Lo anterior, tiene relación con los principios limitadores a que debe someterse la construcción del derecho penal.

Ahora, respecto a la medida de detención, la cual tiene un carácter preventivo, es decir, provisional, ya no se trata de una decisión concluyente que declare la responsabilidad. Esta restricción de la libertad del imputado, solamente se justifica bajo la necesidad de proteger garantías de valor constitucional superior, consagradas en el artículo 250 de la Constitución Política, atendiendo así a su carácter excepcional.

La Corte Constitucional (2013), en la Sentencia C-695, afirma que dentro de un proceso penal, es posible restringir excepcionalmente tanto la presunción de inocencia como el derecho a la libertad, siguiendo estrictamente los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y dentro de los principios constitucionales de necesidad y razonabilidad, siempre que haya justa proporción entre lo sacrificado en el nivel de disfrute de derechos fundamentales y lo obtenido en la preservación de los deberes sociales del Estado, según el artículo 2º de la Constitución Política. De allí que, para viabilizar la imposición de una medida de aseguramiento, se debe partir del estudio de a) necesidad de imponerla para que cumpla con su finalidad a la luz de la Constitución, esto es, que sea decretada por el juez competente y que se encuentren previamente establecidos los motivos en la ley; b) idoneidad, que se concreta en el estudio de los efectos previsibles resultado de la aplicación de la norma; c) proporcionalidad en estricto sentido, pues al no existir derechos que tienen carácter de absolutos, su restricción debe obedecer al imperativo de garantizar la efectividad del proceso penal (Sentencia C-695 de 2013).

En la misma sentencia, la Corte (2013) finaliza con la afirmación en tanto que

12 Respecto de la detención preventiva se puede consultar las sentencias de la Corte Constitucional: C-425 de 2008, C-1198 de 2008.

Las medidas de aseguramiento implican la restricción de derechos o libertades fundamentales, resulta necesario reiterar¹³ que en un Estado social de derecho, principalmente cuando de la libertad individual se trate, no pueden convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático, sino estrictamente excepcional, habida cuenta que la Constitución Política promueve la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantiza la vigencia de los principios constitucionales y asegura el respeto a la dignidad humana. (p. 31)

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la privación de la libertad de una madre junto a su hijo debe ser una medida excepcional cuando no haya otra opción, no es válida su justificación en aras de proteger el derecho a la familia y a no ser separado de su madre; por lo tanto, se podría optar por otras medidas menos lesivas que conlleven al logro de los mismos fines, especialmente si se considera el estado actual de los ER y se aplique en razón al principio del interés superior del niño.

Como se señaló, la pena de prisión y la detención carcelarias se convierten en la sanción y medida, respectivamente, más significativas en materia de restricción y suspensión de derechos constitucionales. En tal sentido, el fin resocializador de la pena y los fines constitucionales de la medida, se desvirtúan debido a la gran afectación de sus derechos fundamentales dentro del ECI, lo cual da como resultado que la privación de la libertad intramural no es apta para garantizarlos y, por tanto, se requieren mecanismos alternativos como la prisión domiciliaria, o sustitutivos que hagan efectiva y proporcional la precitada finalidad constitucional.

Mecanismos alternativos y sustitutivos de la prisión o detención carcelarias

En el caso de la pena de prisión, la Corte (2003), en la Sentencia C-184, ha considerado que la permanencia en un centro de reclusión puede generar efectos contrarios en términos de resocialización, por lo que el cumplimiento de la condena o medida en un ambiente familiar como el domicilio, favorece su proceso de reintegración al pacto social.

Dentro de la propuesta que se formulará más adelante, se hará énfasis en el mecanismo alterno de la prisión y detención carcelarias, es decir, en la prisión y detención domiciliarias con justificada viabilidad para concederlas en el caso de mujeres madres de hijos menores de tres años.

13 Esta corporación puntualizó que una medida de aseguramiento, principalmente cuando de restricción del derecho a la libertad se trate, no puede convertirse en una regla general que se aplique indiscriminadamente. Se pueden consultar las sentencias: C-774 de 2001, C-1198 de 2008.

Prisión y detención domiciliarias.

La prisión domiciliaria sustitutiva de la prisión carcelaria, está consagrada en el art. 38 del CP (Ley 599 de 2000), en el cual se establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima. Para su concesión se deberá cumplir con unos requisitos que hoy por hoy, desde la reforma de la Ley 1709 de 2014, resultan ser todos objetivos.

La prisión domiciliaria, además de lo anotado, es una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad, consecuencia de la sanción penal, que igualmente puede llevarse a cabo dentro del desarrollo del proceso penal, llamándose detención domiciliaria. No se trata de un beneficio que se concede al arbitrio del juez, sino que es un derecho que se debe otorgar cuando se verifican los requisitos para su procedencia.

No obstante, desde las normas procesales (Ley 906 de 2004), en su artículo 314 se consagran otro tipo de detenciones domiciliarias concedidas también como prisiones domiciliarias, llamadas especiales, las cuales se otorgan por otros motivos específicos; a saber: a) **por edad**, la que se concede por razón de ser mayor de 65 años de edad, siempre que la naturaleza y antecedentes del sentenciado así lo aconsejen; b) **por embarazo y posparto**, atendiendo los derechos de las mujeres embarazadas y con hijos lactantes, así como también “el interés superior del niño”, la que se concede a la mujer en estado de embarazo o posparto, dos meses antes del parto y seis después, para un total de 8 meses; c) **por enfermedad**, aquella, en razón de estado grave por enfermedad previo dictamen médico legal; y d) **condición cabeza de familia**, en concordancia con el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, que contempla de manera especial para la mujer cabeza de familia la *prisión domiciliaria*, sin importar el monto de la pena impuesta y que fue introducida en la legislación penal en principio, para la madre, luego se hizo extensiva al padre y hoy por vía jurisprudencial, a quien ostente o tenga la condición cabeza de familia; esto es, que alguien tenga bajo su cuidado a un menor de edad o una persona que sufre incapacidad permanente bajo su dependencia económica y afectiva y, que sea menor o incapacitado, sin la persona que ostente esta condición, quede dentro del núcleo familiar en total desprotección.

Para el objetivo que nos convoca en este artículo, nos enfocaremos en el estudio de la domiciliaria especial por embarazo y posparto.

De acuerdo al numeral 3 del artículo 314 del CPP (Ley 906 de 2004), en concordancia con el artículo 461, que se refiere al derecho de la imputada, acusada o condenada, a que le sea permitido obtener la detención domiciliaria en atención a los derechos de las mujeres en estado de embarazo y posparto, así como también

al “interés superior del niño”, se concede a la mujer dos meses antes del parto y seis después (en total 8 meses) sin que requiera condición especial distinta a la de ser madre y en ello radica la diferencia con la sustitución otorgada cuando es madre cabeza de familia.

Como la domiciliaria, por esta razón, concluiría a los seis meses de edad del menor, la legislación colombiana, como lo hemos dicho, considera a partir de allí, fundamentalmente, el derecho a la lactancia y a un pretendido desarrollo psicosocial hasta los tres años, bajo un sistema instituido de guarderías, lo cual implica que el niño tenga que ser recluido en los centros carcelarios para dicho fin; situación que está establecida en el CPC (Ley 65 de 1993), reformado por la Ley 1709 de 2014, en su artículo 88, con mayor claridad, al permitir que los niños, hasta la edad de tres años, puedan permanecer con sus madres en el establecimiento de reclusión en apoyo del ICBF.

Así mismo, es preciso aclarar que, en relación con las prisiones domiciliarias especiales, luego de importantes desarrollos jurisprudenciales y legales, se entiende que no existen prohibiciones, por cuanto las razones por las que se conceden no pueden jamás entenderse limitadas en razón de la supuesta o real consideración de gravedad del delito.

No obstante, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-246 de 2016, ha señalado algunas circunstancias excepciones que se fundan, precisamente, en la regla; es decir, que el principio del interés superior del niño permita la separación de la madre. Se encuadrarían dentro de esta prohibición del beneficio de la detención o prisión domiciliaria en aquellos delitos, que, por sus características, la madre con su actuar haya ocasionado un daño físico o moral o puesto en peligro al menor; por ende, su autorización pondría en riesgo su integridad, generándole una eventual condición de víctima directa o indirecta por parte de su progenitora. En efecto, eventos en los cuales la vida, integridad o la salud del menor esté en riesgo, cuando existan antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico ocasionado por el núcleo familiar y cuando se demuestre alguna de las causales consagradas en el artículo 44 constitucional, como que el niño haya sido víctima de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, explotación laboral o económica, abuso sexual y trabajos riesgosos. Sumadas a lo anterior, aquellas situaciones que evidencien fuertemente la ineptitud de la familia, analizadas en cada caso en concreto, como, por ejemplo, haber dado al menor en adopción o delegado su cuidado diario a personas distintas de sus padres.

Lo anterior es lo analizado a lo largo de este artículo, conforme a la idea de que la permanencia en el establecimiento de reclusión constituye una privación injusta de su libertad y atentatoria de su dignidad, si tenemos en cuenta el ECI que se encuentra declarado, lo que transgrede y viola en sí, el principio de mínima trascendencia de la pena, por extender sus efectos a una tercera persona, en este caso, al menor de edad hijo de la procesada o condenada.

Ahora, en relación con la madre y los fines de la medida o de la pena impuesta, podemos colegir que estos se cumplirían en el domicilio porque simplemente se cambia el lugar de su cumplimiento dentro de unas condiciones que permiten alcanzar sus objetivos, pues también es posible que se suscite una readaptación voluntaria, con mayor razón, si la madre aprecia la sensibilidad del Estado en favor de su menor, por el cuidado dedicado de su hijo, por la permanencia y la estructuración del amor, reinserción que no ha tenido cumplimiento en las cárceles, y de ese modo tendría mayores posibilidades de ocurrir, como cumplir la condena dentro de su hogar y familia, en un ambiente propicio para reintegrar a la persona condenada al seno de la sociedad.

Adicional a ello, el CPC (Ley 65 de 1993), permite que en el marco de la ejecución de las domiciliarias, se pueden adoptar medidas para su vigilancia como las visitas de inspección, uso de medios de comunicación, testimonio de vecinos y allegados y labores de inteligencia, así como también el mecanismo de vigilancia electrónica de acuerdo al artículo 38D del CP (Ley 599 de 2000).

De manera especial, dentro de la aplicación de un derecho penal, hoy concebido como constitucional, se debe tener en cuenta el principio *pro homine*¹⁴, como parámetro para las decisiones judiciales que versen sobre derechos fundamentales. Así mismo, es deber del Estado, establecer procedimientos, directrices o políticas dirigidos a atenuar la afectación a los derechos de los niños, y permitir, decisiones menos dañinas para los derechos de los menores, y es su obligación tomar medidas que los garanticen y generar unas condiciones adecuadas que no expongan sus derechos ni someta a riesgos al menor.

En ese sentido corresponde a los jueces, como un deber constitucional que al ponderar la aplicación de una medida de detención o prisión carcelaria respecto de mujeres madres de menores de tres años de edad, consideren los efectos que la decisión puede tener sobre sus hijos, máxime cuando el sistema de guarderías se encuentra instituido en tan solo 10 de los ER del país, y esta restricción acrecienta la limitación del goce y disfrute de este derecho a todos los menores que se encuentren dentro de tal rango de edad y que, también, por su lugar de domicilio no pueden acceder a ello.

Además, cabe advertir que un ER no es el lugar adecuado para la permanencia de un menor. Por ello, los jueces deben decidir una medida menos lesiva, en este caso, podrían aplicar a través de un examen de ponderación de principios, la concesión de la prisión o detención domiciliarias, a través de una interpretación más favorable de los derechos de los niños sobre los demás, que no solo sea competencia del derecho interno sino que ha sido desarrollada por organismos

14 "El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional" (Sentencia 438 de 2013).

internacionales, que en atención a unos parámetros mínimos vaya enfocada a respetar la dignidad humana y garantice el pleno goce de sus derechos humanos y fundamentales, en aras a salvaguardar y priorizar los derechos de los niños dada su condición de vulnerabilidad; solo así se hace prevalecer el interés superior del niño y se garantiza su protección dentro de un adecuado desarrollo integral.

Teniendo en cuenta que no se está dando cabal cumplimiento a la previsión que se encuentra contenida en el artículo 153 del CPC (Ley 65 de 1993) sobre el derecho del menor de tres años a permanecer con su madre dentro de los ER en condiciones adecuadas y dignas y, que esta disposición atiende a los mismos criterios y fines constitucionales que permiten la concesión de la detención o prisión domiciliaria especial por embarazo y lactancia contenido en artículo 314 del CPP (Ley 906 de 2004) numeral 3, esto es, en garantía del principio del interés superior del niño; se propone que este derecho se extienda hasta que el menor cumpla tres años de edad, esto en protección y garantía de satisfacer las necesidades básicas de formación en su primera infancia, conservando el vínculo madre-hijo y la importancia de la seguridad, confianza y desarrollo emocional que esta le brinda para su crecimiento integral adecuado, así como el reconocimiento del derecho a la lactancia y la posibilidad de que este se extienda más allá de los seis meses limitados en la norma, dentro de un ambiente propicio a la madre gestante o lactante.

De allí, que para aplicar este mecanismo, tendríamos que acudir a la discrecionalidad del legislador para que a través de una reforma legal del numeral 3 del artículo 318 del CPP (Ley 906 de 2004), se atienda el principio de interés superior del menor y se garantice el goce efectivo de sus derechos, ya que existen dos situaciones incompatibles con la Constitución. Por una parte, se limita el derecho de los hijos menores de las mujeres reclusas a permanecer con su madre dentro de los ER donde no existen pabellones especiales para la permanencia y atención del menor. Por otra parte, no se puede aceptar la privación de la libertad de un menor sometiéndolo a la vulneración de su dignidad, so pretexto de garantizar su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Mientras tanto, se hace necesario y urgente tomar una medida provisional inmediata que disminuya el efecto negativo que ocasiona su desconocimiento, la que puede efectivizarse a través de una acción de tutela; sin perjuicio de acudir a la acción de cumplimiento.

Conclusiones

Las normas de derecho interno se deben interpretar armónicamente con los deberes y obligaciones internacionales asumidas por el Estado. A su vez, cuando las normas internas, sean más favorables y ofrezcan mayor protección a los derechos de los niños, estas prevalecerán sobre los tratados y convenios, prefiriendo la interpretación menos restrictiva del derecho protegido, de manera que en las ac-

tuaciones de las autoridades públicas donde estén implicados niños, se orientarán bajo criterios instituidos por el principio del interés superior del niño y con ello se tomarán las decisiones que mejor protejan y garanticen sus derechos y libertades.

El Estado colombiano ha considerado que, el legislador con la expedición de normas, fijaría directrices que plantearían el alcance de los fines de la pena en el sentido de prevenir y resocializar. Sin embargo, bajo el cúmulo de la normatividad expedida se permitió el quebrantamiento de las claras directrices de política criminal, tal es el caso que, con la cantidad de disposiciones dictadas y reformas y modificaciones al sistema penal, en la actualidad no se ha logrado contrarrestar las manifestaciones de la criminalidad, dejando como resultado impunidad, endurecimiento de penas, aumento de tipos penales, restricciones a la libertad.

La violación prolongada y masiva de los derechos fundamentales de los reclusos no ha permitido la superación del estado de cosas inconstitucional, a pesar de las órdenes y recomendaciones impartidas por la Corte tendientes a la satisfacción de derechos sociales fundamentales de población vulnerable, como el saneamiento básico, el acceso a agua potable y la adecuación de espacios penitenciarios con una perspectiva de género, lo que ocasiona consecuencias adversas a la población reclusa y su núcleo familiar, especialmente, a las mujeres madres de hijos menores a quienes no se ha podido garantizar el derecho a permanecer con ellas y de recibir el cuidado y la atención integral que requieren por parte del Estado, al ser sujetos de especial protección constitucional.

Del análisis del comportamiento delictivo femenino, se observa que la mayoría de mujeres manifestó ser su primera vez en prisión, mencionaron también, cometer el delito motivadas por sus condiciones socioeconómicas y familiares, adicional a ello, se observa que los delitos por los cuales se encuentran comprometidas son los relacionados con estupefacientes, es decir, muchas de las mujeres infractoras no han cometido delitos violentos y no representan un riesgo grave para la seguridad ciudadana.

Conforme al CPC (Ley 65 de 1993), el derecho de los menores a permanecer y recibir el cuidado de su madre se debe brindar en apoyo del ICBF bajo el sistema de las llamadas “guarderías”, sin embargo, no se encuentran instituidas en todos los ER donde hay población femenina; así mismo, es claro que la residencia de estos menores en un entorno de hacinamiento, violación sistemática de derechos fundamentales y de la dignidad humana, no es el más adecuado para su desarrollo. De hecho, el acompañar a su madre en su instancia de prisión, trae derivaciones negativas para su desarrollo emocional, a causa de los vacíos respecto a las necesidades básicas insatisfechas. En ese orden, importa resaltar que, si no existiera un ECI en las cárceles, las afectaciones psicosociales generadas en los niños tanto dentro como fuera de un centro de reclusión, en la etapa más importante, donde se forman las vivencias afectivas significativas para el desarrollo de su personalidad, repercuten en su estabilidad física y psicosocial, vulnerando con ello sus derechos y el principio del interés superior del niño.

Por ello, la Corte Constitucional y algunos organismos de protección de Derechos Humanos en nuestro país, han coincidido en la necesidad de implementar y usar mecanismos que alternativos a la privación de la libertad intramuros, permitan alcanzar más eficientemente el fin constitucional propuesto con la utilización de medidas que humanicen la sanción penal y permitan la integración familiar. Sustitutos para los cuales se pueden usar distintos mecanismos de vigilancia electrónica, convirtiéndose en un método idóneo para fortalecer el sistema penitenciario y carcelario colombiano, realzando los estándares de vida digna de los condenados o detenidos y, a su vez, permitan la reunificación familiar.

A través de una interpretación amplia y favorable para la concesión del beneficio de la medida de detención y/o prisión domiciliaria para las madres, se propone su extensión hasta los tres años de edad del menor, como garantía que respete la preeminencia del principio del interés superior del niño, principalmente, para que ambos puedan gozar de su asistencia, tener una familia y obtener un desarrollo integral adecuado; a su vez, se respeta el principio de no trascendencia de la pena, se humaniza y cumple con el fin resocializador, se disminuye el hacinamiento y se crean unas condiciones de vida dignas para ambos.

Referencias bibliográficas

- Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas. (1924). *Declaración de los Derechos del Niño o declaración de Ginebra*. Recuperado de <http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los derechos del niño*. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966a). *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966b). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia 1991*. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>
- Becerra Pineda, L. (2004). *La visita de niños y niñas en contexto penitenciario y carcelario, un espacio para prevenir el maltrato infantil y fortalecer el vínculo familiar*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad* (Trad. Aragón, P.). Barcelona: Paidós.
- Bowlby, J. (1973). *La separación afectiva*. Buenos Aires: Paidós.
- Bowlby, J. (1986). *Vínculos Afectivos: formación, desarrollo y pérdida*. Madrid: Editorial Morata.
- Colombia. Congreso de Colombia. (20 de agosto de 1993). Ley 65. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial* n.º 40.999.
- Colombia. Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial* n.º 44.097.
- Colombia. Congreso de Colombia. (19 de julio de 2002). Ley 750. Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario. *Diario Oficial* n.º 44.872.
- Colombia. Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004). Ley 906. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* n.º 45.657.
- Colombia. Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. *Diario Oficial* n.º 46.446.
- Colombia. Congreso de Colombia. (20 de enero de 2014). Ley 1709. Por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 49.039.
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de junio de 1992). Sentencia T-402/92. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (9 de febrero de 1995). Sentencia SU-043/95. [MP Fabio Moron Díaz].
- Colombia. Corte Constitucional. (12 de septiembre de 1995). Sentencia T-408/95. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997). Sentencia C-144/97. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de junio de 1996). Sentencia C-261/96. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia T-153/98. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (25 de julio de 2001). Sentencia C-774/2001. [MP Rodrigo Escobar Gi].
- Colombia. Corte Constitucional. (5 de marzo de 2002). Sentencia C-157/02. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de octubre de 2002). Sentencia C-806/02. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Colombia. Corte Constitucional. (4 de marzo de 2003). Sentencia C-184/03. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

- Colombia. Corte Constitucional. (16 de marzo de 2004). Sentencia C-248/04. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Colombia. Corte Constitucional. (15 de marzo de 2006). Sentencia C-187/06. [MP Clara Inés Vargas].
- Colombia. Corte Constitucional. (30 de abril de 2008). Sentencia C-425/2008. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Colombia. Corte Constitucional. (4 de diciembre de 2008). Sentencia C-1198/2008. [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- Colombia. Corte Constitucional. (12 de julio de 2011). Sentencia T-557/11. [MP María Victoria Calle Correa].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). Sentencia T-388/2013. [MP María Victoria Calle Correa].
- Colombia. Corte Constitucional. (9 de octubre de 2013). Sentencia C-695/13. [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-762. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Colombia. Corte Constitucional. (17 de mayo de 2016). Sentencia T-246/16. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Colombia. Corte Constitucional. (18 de mayo de 2016). Sentencia C-262/16. [Jorge Iván Palacio Palacio].
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de septiembre de 2016). Sentencia T-512/16. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de julio de 2018). Sentencia T-267/18. [MP Carlos Bernal Pulido].
- Colombia. Corte Constitucional. (7 de diciembre de 2018). Sentencia C-468/18. [Diana Fajardo Rivera].
- Delgado, H.V., González, A.M., Restrepo, L.M., Guerrero, S. M. y Corredor, L.F. (2010). La situación de los hijos menores de tres años, que conviven con sus madres en los centros de reclusión. *Cuadernos de Derecho Penal*, 3, 37-82.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (2). (2020). *Población Privada de la Libertad INPEC*. Informe Estadístico No. 7. Bogotá.
- Korstanje, M. (2007). *Antropología del turismo*. Edición electrónica gratuita. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/119/2008/07/ANTROPOLOGIA-DEL-TURISMO.-SIMBOLO-APEGO-E-IDENTIDAD.pdf>
- Manríquez Hizaut, M. (2016). *Revisión sobre desarrollo emocional y apego seguro de hijos e hijas de madres privadas de libertad en contexto de programas de residencias transitorias en recintos penitenciarios, una mirada desde la salud pública* (tesis de doc-

- torado). Universidad de Chile, Santiago, Chile. Recuperado de http://bibliodigital.saludpublica.uchile.cl:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/510/Tesis_Monica%20Manr%C3%ADquez.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2010). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes*. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). (2003). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional* (vol. IV). Bogotá: Naciones Unidas Derechos Humanos.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Sánchez-Mejía, A. L., Rodríguez Cely, L., Fondevila, G., Morad Acero, J. (2018). *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Recuperado de <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>
- Sarmiento, A. J., Puhl, S.M., Oteiza, G., Bermudez, F., Siderakis, M. (2009). *Las conductas transgresoras de los adolescentes en conflicto con la ley penal; su relación con las perturbaciones en el vínculo primario*. Anuario de Investigaciones, vol. XVI. Universidad de Buenos Aires (ISSN: 0329-5885)
- Unicef. (2001). *Beneficios para toda la vida*. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/sowc01/short_version/page1.htm
- Uprimny, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a16/1.pdf>
- Winnicott, D. (1963). *El enfermo mental entre los casos del asistente social. Los procesos de maduración y el ambiente facilitador*. Barcelona: Paidós.
- Winnicott, D. (1993). *Los procesos de maduración y el ambiente facilitador: estudios para una teoría del desarrollo emocional*. Barcelona: Paidós.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A. (1998). *Manual de derecho penal* (Parte General. 2ª ed.) Argentina: Ediar. Ediciones Jurídicas.