



# LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON MADRES PRIVADAS DE SU LIBERTAD

LIC. YADIRA PIEDAD SAAVEDRA LÓPEZ\*

SUMARIO: I. Introducción. II. La prisión. III. El interés superior del niño. IV. Repercusiones de la prisión de la madre en el sano desarrollo de los niños. V. La posibilidad de aplicar penas alternativas a la prisión a las madres privadas de su libertad. VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito penitenciario, pueden darse diversas violaciones a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, pero dentro de este grupo de personas, hay unos que son más vulnerables que otros, es el caso de los niños que son hijos de las mujeres que se encuentran presas en esos lugares, ya sea que hayan nacido en la cárcel o bien hayan tenido que ser separados de su madre al momento de que esta ingresa a prisión.

Como sabemos, la persona presa tiene suspendidos un conjunto de derechos, entre ellos los derechos políticos y los de

\* Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca. Mediadora Certificada. Diplomada en violencia de género y derechos de los niños. Actualmente Jueza de Ejecución de Sanciones del Centro.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

tutela, pero no está privada de sus derechos reproductivos y a formar una familia, por lo que en el caso de las mujeres presas es evidente que mantienen el derecho y la obligación social de tutelar a sus menores hijos, pero son separadas de ellos, aun cuando su presencia sea indispensable para su vida porque dependen vitalmente de ellas para sobrevivir. Por el papel central que tiene la maternidad en la definición de las mujeres, esta cuida de sus hijos aún estando presa, lo que hace a la vida en prisión genéricamente opresiva para ellas y sus vástagos, pues en ninguno de los centros de reclusión de nuestro Estado se cuenta con las condiciones mínimas indispensables para el adecuado desarrollo de un niño, ni siquiera para la convivencia temporal con ellas.

El castigo a la madre es siempre el castigo a los hijos- en particular a los pequeños-; lo es por extensión porque la relación madre-criatura es social y culturalmente un binomio, cuyos límites internos son difusos. Si la criatura permanece con la madre en la cárcel, se encuentra presa como ella, y si no, entonces vive la pérdida de la madre en la vida diaria. Por la intrincada relación entre madres e hijos, por el contenido vital de la maternidad para los hijos, la reclusión de la madre en prisión, a diferencia de los que ocurre con el padre, es un castigo y una pena directa a los hijos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Lagarde Y De Los Rios, Marcela, Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas, UNAM, México 2001, p678.

## JUS SEMPER LOQUITUR

Es importante entonces avocarse a los derechos de esos niñ@, a los que el Estado está obligado a garantizarles un sano desarrollo, y el derecho a no ser separados de su familia, pues vivir el aprisionamiento de sus madre, les acarrea daños psicológicos de difícil reparación. Igualmente los padres tienen la obligación de garantizar esos derechos y el hecho de separarlos de sus hijos implica también el incumplimiento de ese deber.

Trataré también el alcance del interés superior del niño y la importancia de las relaciones parentales con los progenitores privados de su libertad, especialmente en tratándose de la encarcelación de la madre, igualmente en este trabajo se analizarán brevemente las posibilidades de que en tutela al derecho superior del niñ@, pueda otorgarse a las madres una pena alternativa a la prisión, en aras de tutelar el derecho de los niñ@s a un adecuado desarrollo psicosocial y a permanecer con su familia. Posibilidad que se encuentra establecida, sobre todo en tratados internacionales, como son las Reglas de Beijing y también la aplicación que se le está dando en otros países, donde en sus leyes, sobre todo en materia de ejecución ya se encuentra contemplado este beneficio.

## II. LA PRISIÓN

.....

Desde el punto de vista utilitarista, la prisión es una de las principales instituciones de control social utilizadas por el Estado, ante la necesidad de otorgar a los ciudadanos una adecuada seguridad pública que haga efectivo el castigo de los transgresores de la Ley Penal, es una forma de prevenir y reprimir la criminalidad, constituyen el núcleo central de todos los sistemas punitivos del mundo contemporáneo. Desde el punto de vista filosófico, es necesario analizar el por qué de su establecimiento y los beneficios que como parte de la política criminal en general y como política penitenciaria en particular, debe implementarse para salvaguardar los intereses jurídicos tutelados de la sociedad.<sup>2</sup>

Antiguamente la privación de la libertad corporal no era propiamente una pena o sanción, sino un medio para la aplicación de la verdadera sanción, era un medio de castigo. En la actualidad, en la mayoría de los países, tiene como objetivo fundamental la reinserción del delincuente, en el caso del nuestro, el artículo 18 de nuestra Ley cimera establece los medios para lograr esa reinserción, que son: la educación, la salud, el deporte, el trabajo y la capacitación para el mismo, organizados sobre la base del respeto a los derechos humanos de los y las sentenciadas,

.....  
<sup>2</sup> Ojeda Velásquez Jorge, Derecho Penitenciario, Flores editor, y distribuidor S.A. de C. V, México, 2007, pag. 5 y 6.

## JUS SEMPER LOQUITUR

teniendo como objetivo la reinserción del sentenciado a la sociedad procurando que no vuelva a delinquir, esto es, darle herramientas útiles que pueda utilizar en su vida en libertad. Sin embargo uno de los problemas más discutidos en materia de Ejecución de Penas, lo es precisamente el equilibrar el respeto de los derechos fundamentales de los sentenciados con las dificultades por las que atraviesan los sistemas penitenciarios federal y estatal, que pareciera ser un ideal inalcanzable, ya que las cárceles y el sistema penitenciario en sí, no son adecuados para cumplir con la finalidad constitucional, en principio porque la mayoría de los centros penitenciarios no cumplen con las elementales ideas de clasificación jurídica penitenciaria.

El penitenciarista argentino Marco del Pont, en torno a los problemas de la pena de prisión hace las siguientes aseveraciones respecto a la pena de prisión:

1.- No se obtienen los fines de rehabilitación o readaptación, los internos la ven como una institución temida y generadora de odios y rencor; 2.- No disminuye la reincidencia; 3.- Provoca aislamiento social; 4.- Es una institución anormal; 5.- Es un factor criminógeno; 6.- Provoca perturbaciones psicológicas; 7.- Ocasiona enfermedades físicas; 8.- Es una institución muy costosa; 9.- Afecta a la familia, 10.-Es estigmatizante; Es una pena altamente neurotizante, disuelve el núcleo familiar y lo daña

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

seriamente, convirtiéndose en terriblemente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquéllos que quieren al recluso.<sup>3</sup>

Al respecto en El régimen de reclusión de mujeres, Adato (1983:66) considera que la vida de los niños que viven con sus madres en las cárceles, es una violación del artículo 22 constitucional, al hacer trascender la pena de prisión de la madre a los hijos de ésta. Pues es claro que los menores de 6 años requieren necesariamente de la vinculación emocional y física de sus madres para ser en el futuro adultos sanos y equilibrados, pero es obvio que la conducta delictiva de la madre, en cuanto a sus consecuencias, no debe repercutir en los hijos, por tanto no es la solución para satisfacer las exigencias naturales del derecho a ejercer la maternidad y del derecho, por otra parte, de los hijos a la vinculación afectiva y a la atención de su madre, necesaria para el buen desarrollo psíquico” a que tiene derecho, pues tanto de la declaración de los Derechos del niño como de los artículos 9.1 y 18.1 de la Convención de los Derechos del niño se desprende que tienen derecho a vivir en su entorno familiar, y que ambos padres tienen la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Marco del Pont, Luis, “Derecho Penitenciario”, en Ojeda Velásquez Jorge, Derecho Penitenciario, Flores editor, y distribuidor S.A. de C. V, México, 2007, pag. 7.

<sup>4</sup> Adato, Victoria, “Régimen de reclusión de las mujeres en el DF”, en Lagarde y de los Ríos, Marcela, Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas, UNAM, México 2001, p688.

## JUS SEMPER LOQUITUR

En el caso de los niños que viven con madres presas, el padre no es citado como solución para la custodia y atención de los hijos pues no existe ningún caso de hombres reclusos que tengan consigo hijos menores. Aunado a lo anterior, existe la problemática de que de las 226 internas que se encuentran presas en el Reclusorio Femenil de Tanivet, Tlacolula de Matamoros, más del 50% lo están como coparticipes de sus parejas, lo que implica que ambos progenitores se encuentran presos.

### III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

.....

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de sus derechos humanos. En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener una Convención especial, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan. La Convención establece estos derechos en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos. Define los derechos humanos básicos de que deben disfrutar los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales. Para nuestro país, es vinculante desde el 21 de octubre de 1990, los que significa que estamos comprometidos a proteger y asegurar los derechos de la infancia y hemos aceptado que se nos considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional, obligándonos a llevar a cabo todas las medidas y elaborar las políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.<sup>5</sup>

La formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo. Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce

---

<sup>5</sup> Cillero Bruñol, Miguel, El interés superior del niño en el marco internacional sobre derechos del niño, [www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

## JUS SEMPER LOQUITUR

que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario. Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros. Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos "compiten" por recursos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con prioridad a la infancia.

El principio debe aplicarse con integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño, supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa. La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” como dispone el art. 9.3 de la Convención.<sup>6</sup>

El interés superior del niño y las relaciones parentales: Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la “evolución de sus facultades”. Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración

---

<sup>6</sup> Cillero Bruñol, Miguel, ob cit. Pg. 10

## JUS SEMPER LOQUITUR

de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), también hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres. Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior. El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos que tiene el niño en la Convención. Su cometido principal consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, pero tiene otras importantes funciones como son la interpretación sistemática de los derechos del niño, pues ellos en su conjunto aseguran la debida protección a sus derechos a la vida, la supervivencia y el sano desarrollo. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención. En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención, el principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño, en estos casos el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; en estos casos la Convención toma una decisión

## JUS SEMPER LOQUITUR

-otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta. Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico, en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

### IV. REPERCUSIONES DE LA PRISIÓN DE LA MADRE EN EL SANO DESARROLLO DE LOS NIÑOS

.....

Muy pocas veces pensamos en el impacto psicológico y social que tiene en el desarrollo del niño@ el encarcelamiento su

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

madre, o de ambos progenitores. No los vemos como víctimas colaterales del delito, pues sufren las consecuencias de su comisión siendo inocentes, ya que la pena que trasciende en todos los ámbitos de su desarrollo, pues solo se piensa en ellos como los hijos de personas malas, lo que implica desde luego discriminación. Por más breve que sea un internamiento, éste tendrá efectos en la salud mental de los niños y ocasionará daños irreversibles en el desarrollo del mismo, pues trae consigo dificultades familiares, especialmente cuando se trata de la madre, porque en la mayoría de los casos es ella la única responsable de los niños. Los obstáculos para mantener el contacto emocional entre el nin@ y sus padres son muchísimos: la distancia (agravada actualmente por la adecuación de un solo penal femenino en todo nuestro Estado), el hecho de no contar con un adulto que los lleve a visitarlos, las rencillas familiares, el pensamiento de que la cárcel no es un lugar apropiado para los niños, la falta de recursos, etc.

Por lo tanto no basta con que Nuestra Carta Magna en su artículo 4º., reconozca y desarrolle el principio de que la maternidad y la niñez tienen derecho a cuidados, protección y asistencia especiales, debe este reconocimiento interpretarse de manera amplia, incluyendo el que en todas las acciones donde se involucre a niños y niñas de madres privadas de libertad, el interés superior del niño debe ser una consideración principal. Por lo que hace al artículo 12 de nuestra Constitución Local

## JUS SEMPER LOQUITUR

establece que: "el niño tiene derecho a la vida sana, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la diversión y a llevar una vida digna en el seno de la familia. El Estado deberá procurar su buena formación. Asimismo, expedirá leyes y normas para garantizar los derechos del niño y evitar malos tratos".<sup>7</sup> Por tanto, el Estado debe además asegurar el apoyo y asistencia necesaria a las familias y las madres privadas de libertad en el cumplimiento de sus responsabilidades maternas y de crianza que les permita asegurar la supervivencia del niño, su bienestar y desarrollo, teniendo debida consideración de las circunstancias individuales y familiares, los servicios sociales a disposición, la duración de la pena de prisión, las instalaciones penitenciarias, y otros.

En esta tesitura, por lo que hace al único centro de reclusión femenil del Estado (ubicado en Tanivet, Tlacolula de Matamoros), no cuenta con los servicios necesarios para la digna estancia de un niño. El inmueble está siendo readecuado para la estancia de las mujeres, pues aun cuando fue creado como femenil, por muchos años fue utilizado para albergar hombres en su mayoría. Los niños permanecen en el centro todo el día pues no hay guarderías, lo que implica que se contaminen con las conductas negativas de las demás internas. Son separados bruscamente

---

<sup>7</sup> Constitución política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

de sus madres al cumplir un máximo de 5 años, y entregados a familiares a cuya compañía no están acostumbrados o entregados al sistema DIF, que los coloca en internados, con el daño emocional y psíquico permanente que esto les provoca, transgrediendo su derecho a un sano desarrollo. En el caso de los niños que se quedaron afuera cuando la madre es encarcelada, su situación no es menos grave, pues se enfrentan a la desintegración familiar, la dificultad para obtener los recursos para su subsistencia y visitar a su madre (sobre todo aquellos que viven en otras regiones del Estado, y sus madres fueron trasladadas a Tanivet) incluso para que se les permita la entrada al Centro de Reclusión, y en el caso de tener hermanos menores a la sumisión de roles que aún no le corresponden y a la estigmatización de la sociedad por ser hijo de una persona que cometió un delito.

Esta realidad es poco sabida por la mayoría de la sociedad, por lo que es necesario difundir los derechos de los niños de madres privadas de su libertad, por ejemplo, en Chile, se ha elaborado un cartel donde se difunden estos, y que son, derecho a: 1.- Ser informado de la detención de algunos de sus padres y cautelar su seguridad en ese momento. Se busca desarrollar protocolos de detención que consideren el apoyo y protección de los niños y niñas; 2.- Recibir apoyo para afrontar las consecuencias que tiene la privación de libertad de alguno de sus padres; 3.- A que se les brinde apoyo emocional, terapéutico, consejería y tutorías especializadas a los niños y las niñas; 4.- Ver y hablar

## JUS SEMPER LOQUITUR

con sus hermanos, abuelos, papá y mamá. En tanto visitar a un padre o familiar encarcelado puede ser difícil y confuso para los niños, se sugiere que el contacto entre la persona privada de libertad y los niños sea frecuente, debido a que apoya la reducción de la reincidencia de los padres y propicia un "ajuste emocional y conductual" en los niños y niñas; 5.- A una relación de por vida con su familia. El reforzamiento de los lazos familiares es fundamental para potenciar los vínculos afectivos e impedir la reincidencia en el delito; Ser escuchado cuando se tomen decisiones que le afectan directamente. Se deberá dar espacio a la voz de los niños en los tribunales, en aquellos procesos que afectan o afectarían su vida; 6.- Estar bien cuidado y tratado durante la ausencia de sus padres o familiares. Estableciendo sistemas de cuidado y crianza en ausencia de los padres. Es fundamental considerar el apoyo a los cuidadores y la posibilidad de establecer tutelas para niños con padres condenados a penas largas. 7.- A no ser juzgado, culpado o etiquetado por tener alguno de sus padres privados de libertad. Se deben dar herramientas para enfrentar el estigma junto con los padres o familiares; 8.- generar puentes de relación que les permita comunicarse y apoyarse entre sí; reconocer el problema y generar las instancias para abordar soluciones; evitar que los niños se vean obligados a ocultar la situación de sus padres y que dejen de verse como "contaminados" con esta situación; 9.- Ser considerados cuando se tomen decisiones que afecten a sus padres. Derecho que considera la comunicación

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

efectiva y humana para dar a conocer los procesos penales que viven los adultos de la familia.<sup>8</sup>

V. LA POSIBILIDAD DE APLICAR PENAS  
ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN  
A LAS MADRES PRIVADAS DE SU LIBERTAD

El artículo primero de Nuestra Constitución Federal, dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece". En su segundo párrafo establece la interpretación conforme de los derechos humanos, por lo que se deberá aplicar en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Y en su párrafo tercero impone a todas las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En su artículo 133 establece que la Constitución Federal, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados internacionales celebrados de acuerdo con la misma, serán la Ley Suprema de toda la unión ( los que forman el bloque de

<sup>8</sup> [www.ChileSolidario.gob.cl/abriendocaminos/publicaciones/doc/niños](http://www.ChileSolidario.gob.cl/abriendocaminos/publicaciones/doc/niños)

## JUS SEMPER LOQUITUR

constitucionalidad). Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y Leyes locales.

En el caso la Convención de los Derechos del niño, como ya se dijo, es obligatoria para nosotros desde el 21 de octubre de 1990. Por otro lado, las Reglas de Tokio, que tienen como propósito de impulsar el uso de las medida no privativas de la libertad en general y encontrar medidas sustitutivas de la prisión eficaces para los delincuentes y para permitir a las autoridades ajustar las sanciones penales a las necesidades individuales del delincuente de una manera proporcional al delito cometido. Las ventajas de individualizar la condena de esta forma son evidentes, dado que le permite al delincuente permanecer en libertad y, por consiguiente, también lo habilita para continuar trabajando, estudiando y manteniendo su vida familiar.

Las medidas no privativas de libertad tienen la característica excepcional de hacer posible el ejercicio del control sobre un delincuente al mismo tiempo que le permiten continuar su vida bajo circunstancias normales, su uso también disminuye los costos sociales, dado que la administración de la justicia penal impone una carga financiera muy pesada a los Estados. Toda vez que no sólo el delincuente se beneficia sino también la sociedad

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

en su conjunto, este potencial debería fomentar la participación de la comunidad en su implementación.<sup>9</sup>

La regla 9.1 de las reglas de Tokio dispone que “se pondrá a disposición de la autoridad competente amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su propia reinserción social como son: (9.2) permisos y centros de transición, liberación; distintas formas de libertad condicional; remisión e indulto. Algunas de estas medidas son sustitutas de la prisión. El delincuente se encuentra aún sometido a la autoridad de la prisión pero pasa sus días fuera de la misma, trabajando o adelantando capacitación. La ventaja de tal acuerdo es que la persona puede devengar ingresos que pueden ser usados para colaborar con sus compromisos familiares, pagar la reparación del daño a la víctima o bien, ser ahorrados para ayudar con su reintegración social luego de su liberación. Pueden ser centros de transición.

La regla 13.3 establece que cuando se decida que el tratamiento en prisión..... es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo

---

<sup>9</sup> Los derechos humanos en la administración de Justicia, Un manual sobre derechos humanos para jueces, fiscales y abogados, International Bar Association, Londres 2010, p391 y 392

## JUS SEMPER LOQUITUR

llevaron a la comisión el delito. Esto es, escoger un programa de tratamiento apropiado e individualizado.

Regla 1.2 fomentar una mayor participación en el tratamiento de las reclusas.

Una de las alternativas a la pena de prisión, es la reclusión domiciliaria, que en el caso de las mujeres, se encuentra justificada por el principio de trato humanitario en la ejecución penal, tiene como fundamento el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. En nuestro Estado, únicamente la tenemos contemplada en el artículo 179 del Código Procesal Penal, donde se indica que procede esta, en los casos de prisión preventiva, cuando el indiciado tenga más de setenta años, cuando se trate de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave o terminal. Los casos de aplicación de esta figura en la ejecución de penas de prisión se encuentra establecida en los artículos 97 del Código Penal y 89 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y medidas restrictivas de libertad para el Estado de Oaxaca, mismos que la limitan a aquellos sentenciados que demuestren fehacientemente que la pena de prisión ya no es compatible con su estado de Salud o su Edad.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

No existe disposición en nuestros ordenamientos respecto a la concesión de esta medida a las madres que tengan hijos menores que requieran de sus cuidados.

En el contexto internacional, en la Ciudad de Buenos Aires Argentina, el doce de enero del 2009 se reformó la ley nacional 26472, donde se establece que El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo. Esta misma norma es reproducida por Ley de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires (12256), conforme su artículo 19.

Debe entenderse en primer lugar que esta modalidad de prisión domiciliaria no puede considerarse como un cese o

## JUS SEMPER LOQUITUR

suspensión en la ejecución de la pena, sino como una alternativa en dicha ejecución, o una forma atenuada en esta, la cual procede en los casos especiales como los establecidos en la ley; pues se aplica con la finalidad de evitar que la propia ejecución de pena tenga un contenido aflictivo de extrema intensidad, además de que la sentenciada se encuentra sujeta tanto a la supervisión del juez de Ejecución, como de la policía. Tampoco debe confundirse la prisión domiciliaria con el régimen progresivo ni con la resocialización del condenado, ya que no mira cómo ha sido el tránsito por la prisión, ni las diversas etapas por las que debe atravesar, sino que evita provocar un sufrimiento mayor a quien le toca cumplir una pena, teniendo en cuenta diversas circunstancias que de por sí agravarían innecesariamente dicha pena. No es una modificación en el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad ni una sustitución de modo automático por una forma de prisión por el simple hecho de que se presente algún supuesto de los enunciados en el artículo 32, pues al agregar la palabra "podrá" deja el juez competente un margen de apreciación, en el que deben tenerse en consideración las finalidades y necesidades de la privación de la libertad y cuáles son los intereses que aparecen contemplados en la disposición, de acuerdo a las circunstancias del caso.

En el caso concreto de las internas con hijos menores de cinco años, se adicionan las disposiciones contenidas en la

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

Convención de los Derechos del Niño, especialmente en cuanto establece que “En todas las medias concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; además de que la propia Convención establece en su preámbulo que “... en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales... la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunicad... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”. Entonces, a partir de estos principios, y con el fin de evitar que la pena aplicada a los padres, trascienda a los menores es que se permite que el juez otorgue –en principio– a la madre la prisión domiciliaria. Por lo que el Juez de ejecución deberá tener en cuenta siempre ese fin, considerando la existencia de un real y efectivo vínculo entre esa madre que está cumpliendo una pena y su hijo menor de cinco años (o discapacitado), y que al permitirse estar en contacto directo y permanente con ese niño no implique algún riesgo o peligro para el mismo, por ejemplo deberá probar la madre, entre otras cosas, que el niño haya estado y estará a cargo y cuidado de ella, sin que esto implique un riesgo para el

JUS SEMPER LOQUITUR

niño, para lo cual se requiere de un equipo multidisciplinario de especialistas que puedan emitir su opinión. Con esto se busca que no sea necesario un contacto sin interrupciones entre el niño y su madre, sino que para los casos en que no se afecte su bienestar, su madre pueda estar en contacto en su hogar con el menor.<sup>10</sup>

A todo esto, debe agregarse como ya se dijo, que el niño tiene derecho a que se tomen las medidas de protección que su condición requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado (artículo 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos), lo cual es reiterado por el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estaríamos incurriendo en una contradicción notoria, pues al no permitir que sean sus padres la figura familiar que tengan junto a ellos, afectaría manera su desarrollo emocional y psicológico.

La crítica que puede hacerse a esta ley es que, limita el beneficio a la edad de menores de cinco años, sin que se tome en cuenta que independientemente de la edad del niño, la prisión de su madre le causa un severo daño. Por lo que en caso de que se elevara una iniciativa de ley en este sentido en nuestro Estado, sería conveniente su aplicación independientemente de la edad del niño, siempre y cuando esta medida incida positivamente en el bienestar

---

<sup>10</sup> A. Soruco, Sebastián, La prisión domiciliaria. El caso de madres y padres de niños de cinco años. <https://bay171:mail.live.com>

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

psicofísico del menor, si ante la ausencia materna se crea un riesgo en él, y la posibilidad de provocar con este instituto una relación que ayude en el proceso de maduración del menor y en el proceso de resocialización del condenado. Aquí es donde tendrán gran importancia los profesionales que intervengan en este proceso, ya que se deberá analizar detalladamente la realidad de cada niño y la influencia que tiene en él su madre, considerando la influencia positiva con su presencia, y posibles perjuicios que puedan ocasionársele con su ausencia. Esto tiene su principal fundamento en los derechos garantizados especialmente a los niños, que sirven como base de la aplicación de la norma, pues existe un compromiso del Estado en asegurar la protección y el cuidado necesario a los niños, por su sola calidad de tal, y la activa presencia de sus progenitores implicará un aspecto que los influirá en forma positiva, pues estamos haciendo referencia a normativas que poseen jerarquía constitucional. Debiendo ponderar entre el interés del Estado en aplicar una pena, con un fin resocializador, cuyo fin no se encuentra garantizado en el sistema penitenciario que actualmente tenemos en nuestra entidad y el interés superior del niño.

Finalmente debemos tener en cuenta que la existencia de un hijo no sería causal suficiente para otorgar la prisión domiciliaria, sino que resultaría necesario ponderar entre los beneficios y perjuicios que encontraría ese niño con la figura de esa madre en su hogar, y que esta medida le acarree un beneficio real al mismo. Concluyendo que la aplicación del instituto de la prisión

## JUS SEMPER LOQUITUR

domiciliaria, debe aplicarse bajo el prisma de los derechos del niño y no solamente de derechos otorgables a una interna en un proceso de resocialización.

## VI. CONCLUSIONES

.....

En nuestro Estado, se encuentran recluidas en el centro de reclusión femenil de Tanivet alrededor de 226 mujeres, entre procesadas y sentenciadas, con ellas 6 niños y 6 niñas, entre los 3 meses y los 4 años y dos mujeres gestantes, que viven en lugares que no cumplen con las mínimas condiciones para el adecuado desarrollo de los menores, pues su alimentación está sujeta a la comida que se les da a sus madres, máxime si se trata de una mujer de escasos recursos, que no pueda allegarle los alimentos con los nutrientes necesarios en esta etapa de su desarrollo, no hay espacio para el desarrollo de juegos, ni guarderías que los protejan de la contaminación de ese ambiente y les brinde instrucción académica, que si no es apto para la reinserción de sus progenitoras, menos lo es para el sano desarrollo de un niño, que no cometió ningún delito para estar encarcelado. Por lo que en tutela de los Derechos humanos de estos menores, sería conveniente elevar una propuesta de reforma a la Cámara de Diputados de Nuestro Estado, a la Ley de Ejecución de Sanciones y medidas restrictivas de libertad para nuestro Estado, que es la ley especial aplicable, para que retomando las obligaciones internacionales que nuestro Estado Mexicano ha contraído, prevea la sustitución de la pena de

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE OAXACA

prisión, por formas alternativas como son la reclusión domiciliaria, para aquellas sentenciadas que prueben tener un vínculo afectivo sano con sus menores hijos. Igualmente deberá promoverse en todos los sectores de la sociedad el conocimiento de los derechos que tiene un niño, cuando uno o ambos progenitores son privados de su libertad, pues requiere de apoyo para afrontar los problemas que esa situación conlleva.

BIBLIOGRAFÍA.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas, UNAM, México 2001, p678.

OJEDA VELÁSQUEZ Jorge, Derecho Penitenciario, Flores editor, y distribuidor S.A. de C. V, México, 2007, pag. 5 y 6.

MARCO DEL PONT, Luis, "Derecho Penitenciario", en Ojeda Velásquez Jorge, Derecho Penitenciario, Flores editor, y distribuidor S.A. de C. V, México, 2007, pag. 7.

ADATO, Victoria, "Régimen de reclusión de las mujeres en el DF", en Lagarde y de los Ríos, Marcela, Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas, UNAM, México 2001, p688.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, El interés superior del niño en el marco internacional sobre derechos del niño, [www.iin.oea.org/ cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

A. SORUCO, Sebastián, La prisión domiciliaria. El caso de madres y padres de niños de cinco años. <https://bay171:mail.live.com>

Los derechos humanos en la administración de Justicia, Un manual sobre derechos humanos para jueces, fiscales y abogados, International Bar Association, Londres 2010, p391 y 392.

[http://www.ChileSolidario.gob.cl/abriendocaminos/publicaciones/doc/niños.](http://www.ChileSolidario.gob.cl/abriendocaminos/publicaciones/doc/niños)