

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA A LA QUE SE ENFRENTAN LAS  
MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD AL SER MADRES Y CÓMO SE AFECTA A  
LOS NIÑOS BAJO SU CUSTODIA.**

**MARCO TULIO CHACÓN AREVALO**

**GUATEMALA, MARZO DE 2013**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA A LA QUE SE ENFRENTAN LAS  
MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD AL SER MADRES Y CÓMO SE AFECTA A  
LOS NIÑOS BAJO SU CUSTODIA.**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MARCO TULIO CHACÓN AREVALO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, marzo de 2013.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizaldi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Lic. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**PRIMERA FASE:**

Presidente:	Lic. Jorge Leonel Franco Moran
Vocal:	Lic. María Lesbia Leal Álvarez
Secretario:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez

**SEGUNDA FASE:**

Presidente:	Lic. Eloisa Mazariegos Herrera
Vocal:	Lic. Mirza Eugenia Irungaray López
Secretario:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis López

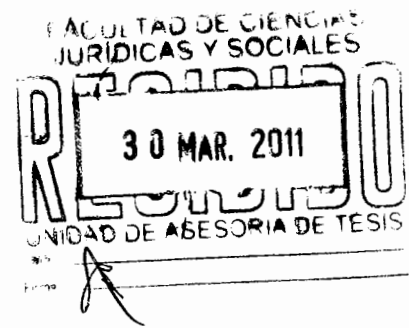
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



**LUZ MARIA ESPINOZA VEGA**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala 18 de marzo de 2011

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente,



Estimado Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted y hago de su conocimiento que asesoré el trabajo de tesis del bachiller **MARCO TULIO CHACÓN AREVALO**, intitulado: "**INFANTES CRIADOS EN PRISIÓN**", a la cual se le surgieron ciertas correcciones por lo que respetuosamente le informo lo siguiente:

- a. La primera corrección que surge en el presente trabajo es relacionada al título del trabajo de tesis, por lo cual luego de revisarlo y analizarlo se llegó a la conclusión de que el nombre más adecuado para el mismo es "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA A LA QUE SE ENFRENTAN LAS MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD AL SER MADRES Y CÓMO SE AFECTA A LOS NIÑOS BAJO SU CUSTODIA**".

**Sva. Avenida 14-41 zona 1 oficina 2-13**  
**Teléfono 22321553**



**LUZ MARIA ESPINOZAYEGA**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

- b. El aporte de la presente investigación consiste en el conocimiento de la situación actual de los niños que se encuentran en prisiones en virtud de la relación maternal, cuando sus madres se encuentran guardando prisión en dichos centros, y de cómo se puede mejorar la calidad de vida y la situación física, mental, educativa, espiritual y en si todo el desarrollo integral de las madres y de dichos infantes.
- c. El estudiante utilizó los métodos de investigación deductivo e inductivo, cumpliendo con los requisitos técnicos y científicos de una investigación de esta naturaleza con los cuales se comprueba que se hizo la recolección de información y bibliografías actualizadas en todo el contenido.
- d. Durante el desarrollo del presente trabajo, se revisó la redacción, la cual es congruente con el contenido de la investigación con lo cual la estructura formal de toda la tesis fue realizada en una secuencia ideal para el buen entendimiento de la misma.
- e. Las conclusiones y recomendaciones, fueron redactadas en forma clara y sencilla siendo congruentes con la investigación, logrando así esclarecer el fondo de la tesis y da el punto de vista a la solución de un problema.
- f. La bibliografía que se utilizó es suficiente y conforme a la investigación que se realizó.

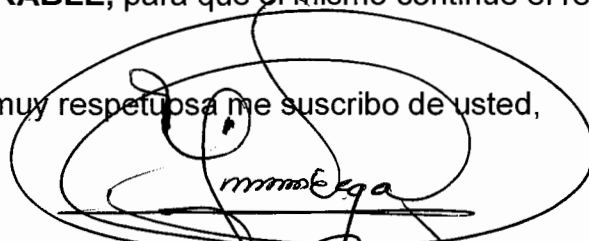


**LUZ MARIA ESPINOZA VEGA**  
**ABOGADA Y NOTARIA**

En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación está apegado a las pretensiones del autor porque se denota que es un tema importante para el conocimiento de la problemática actual de las mujeres privadas de libertad que tienen bajo su custodia a sus hijos menores así como esta problemática afecta también a sus menores hijos, y siendo un problema latente es por ello que debe regularse en la legislación guatemalteca.

Por lo anterior, considero que el trabajo expuesto satisface los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el mismo continúe el respectivo trámite.

De manera muy respetuosa me suscribo de usted,



Licda. Luz María Espinoza Vega  
Abogada y Notaria  
Colegiada 7356

*Licenciada  
Luz María Espinoza Vega  
Abogada y Notaria*

**Sva. Avenida 14-41 zona 1 oficina 2-13**  
**Telefono 22321553**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

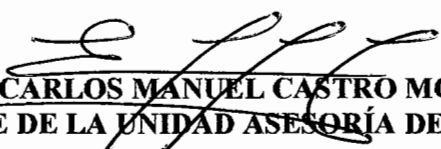
Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta y uno de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RICARDO ALFREDO GRIJALVA RODRÍGUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARCO TULLIO CHACÓN AREVALO, Intitulado: "INFANTES CRIADOS EN PRISIÓN".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc.Unidad de Tesis  
CMCM/cpt.





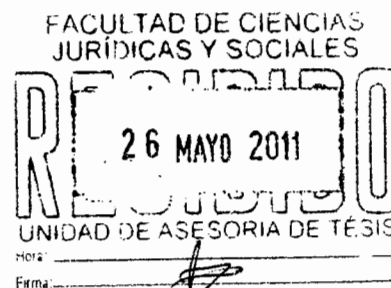
**BUFETE JURIDICO SERLEGAL**  
**RICARDO ALFREDO GRIJALVA**

**RODRIGUEZ.**

*Sva. Avenida 14-41 zona 1  
Oficina 2-14  
Guatemala, Guatemala C. A.*

Guatemala 26 de mayo de 2011

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho.



Respetable Director:

De conformidad con el nombramiento emitido, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller Marco Tulio Chacón Arevalo, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA A LA QUE SE ENFRENTAN LAS MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD AL SER MADRES Y CÓMO SE AFECTA A LOS NIÑOS BAJO SU CUSTODIA."

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias, para la mejor comprensión del tema que se desarrolló.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca la etapa del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico de actualidad, la redacción de información realizada por el Bachiller Marco Tulio Chacón Arevalo, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual. La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, como la utilización de los métodos, deductivo





**BUFETE JURIDICO SERLEGAL**  
**RICARDO ALFREDO GRIJALVA**  
**RODRIGUEZ.**

*8va. Avenida 14-41 zona 1*  
*Oficina 2-14*  
*Guatemala, Guatemala C. A.*

e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografías actualizadas, en todo el contenido de la investigación.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación está apegado a las pretensiones del autor porque se denota que es un tema importante para el conocimiento de la problemática actual de las mujeres privadas de libertad que tienen bajo su custodia a sus hijos menores así como esta problemática afecta también a sus menores hijos, y siendo un problema latente es por ello que debe regularse en la legislación guatemalteca.

En conclusión, el trabajo de investigación de tesis, cumple con los requerimientos científicos y técnicos de conformidad con la normativa respectiva; así como el empleo de la metodología y técnicas de investigación, la redacción de las conclusiones y recomendaciones, bibliografía así como el propio contenido, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que una vez cumplido con los mínimos establecidos en el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico resulta, procedente emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando a su vez el trabajo de tesis revisado por el suscrito.

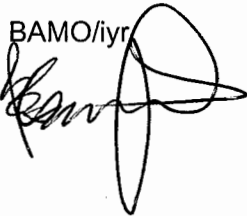
Me suscribo atentamente

RICARDO ALFREDO GRIJALVA RODRIGUEZ  
ABOGADO Y NOTARIO  
COLEGIADO 4132

**LIC. RICARDO A. GRIJALVA R**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

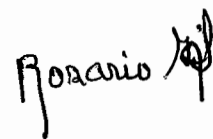
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de febrero de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARCO TULLIO CHACÓN AREVALO, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA A LA QUE SE ENFRENTAN LAS MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD AL SER MADRES Y CÓMO SE AFECTA A LOS NIÑOS BAJO SU CUSTODIA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr  


  
Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



Rosario 

## DEDICATORIA



**A DIOS:** Por el inmenso amor que tiene al permitirme ver terminado este trabajo y darme la paciencia y sabiduría para su realización, así como la fuerza y la voluntad otorgada no sólo para este trabajo sino que todos los días de mi vida.

**A MIS PADRES:** Antonia Edelmira Arevalo, por su amor, paciencia consejos y ayuda, en todos los días de mi vida, gracias por su infinito amor. A mi padre que en paz descansa en su memoria.

**A MIS HERMANOS:** Brenda, Rudy, Jenny, Miriam, Sonia y Jaquelin, por su apoyo, ayuda y agradeciendo su ejemplo en la vida.

**A TODA MI FAMILIA:** Tíos, tías, primos, primas, padrinos, madrinas, sobrinos, sobrinas.

**A SERLEGAL:** Por ser la fuente de conocimientos en mi vida laboral, por el cariño y la amistad que he encontrado en cada una de las personas que forman parte de ella, con especial dedicatoria al Licenciado Ricardo Alfredo Grijalva Rodríguez, por su paciencia, amistad y confianza durante todo este tiempo y por todo el conocimiento transmitido.



## **A MIS AMIGOS Y**

### **COMPAÑEROS:**

A todos aquellos que a través de los años han compartido conmigo en los distintos momentos, de estudio, trabajo, deporte y todos los ámbitos de mi vida por su amistad, apoyo, muy agradecido.

### **A:**

La Universidad de San Carlos De Guatemala, por haberme abierto las puertas y haberme transmitido a través de todos los catedráticos, los conocimientos que en la vida me serán indispensables.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción .....	i
--------------------	---

### CAPÍTULO I

1. Derecho de familia .....	1
1.1 Aspectos importantes y definición de familia .....	2
1.2 Aspectos históricos y definición del derecho de familia .....	8

### CAPÍTULO II

2. Derecho de familia de la niñez.....	15
2.1 Concepto y definición de niñez.....	17
2.2 Desarrollo de la niñez.....	19
2.2.1 Desarrollo físico .....	19
2.2.2 Desarrollo motor .....	20
2.2.3 Desarrollo cognitivo .....	21
2.2.4 Lenguaje.....	22
2.3 Derechos de la niñez.....	23
2.4 La importancia de derecho de familia para el niño.....	28

### CAPÍTULO III

3. Mujeres en prisión.....	33
3.1 La cárcel.....	33
3.2 El sistema penitenciario.....	39



3.3 Principio de legalidad y control judicial de la ejecución penitenciaria .....	48
3.4 La mujer en el sistema penitenciario.....	50

#### CAPÍTULO IV

4. Niños criados en prisión.....	63
4.1 Los hijos de madres encarceladas.....	64
4.2 Los bebés que nacen en la cárcel .....	68
4.3 Problemas de discriminación en madres encarceladas .....	69
4.4 Condenas más severas .....	70
4.5 Detención preventiva .....	71
4.6 Mayor probabilidad entre las mujeres encarceladas de ser las únicas cuidadoras de su hijos .....	72
4.7 Acciones a tomar frente a la separación de los niños de sus madres .....	74
4.7.1 Visitas a los centros de privación de libertad.....	75

#### CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico de la problemática a la que se enfrentan las mujeres Privadas de libertad al ser madres y como se afecta a los niños bajo su custodia.....	77
5.1 Constitución Política de la Republica de la Republica de Guatemala.....	77
5.2 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.....	81
5.3 Ley del Régimen Penitenciario .....	83
5.3.1 Contenido de la ley .....	83
5.3.2 Centros de detención para población femenina.....	86



Pág.

5.4 Reglas mínimas de la Organización de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos .....	89
5.4.1 Principales tratados de la Organización de Naciones Unidas.....	89
5.5 Problemática de los niños bajo custodia de madres privadas de Libertad.....	90
5.6 Recomendaciones en relación a la situación de las mujeres en prisión y los hijos de madres encarceladas.....	94
<b>CONCLUSIONES</b> .....	97
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	99
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	101



## INTRODUCCIÓN

Las penas privativas de libertad se deben cumplir en una prisión, que es una institución penitenciaria en la que tiene lugar el cumplimiento de la sanción impuesta por un juez competente.

Las mujeres que han sido privadas de su libertad como consecuencia de la comisión de un delito, tienen el derecho de ser tratadas de acuerdo a las circunstancias relativas a su género. Este es el caso de las mujeres que al momento de delinquir están embarazadas o tiene hijos pequeños y se ven en la necesidad de criarlos en prisión, ya que el hecho de ser reclusas no les omite la responsabilidad de ser madres.

Ahora bien existe una gama de derechos y obligaciones que deben ser cumplidos en los centros penitenciarios de mujeres con el objeto de brindarles a los niños un entorno en donde puedan crecer, y vivir sin tener recuerdos nefastos que puedan perjudicarles psicológicamente en el futuro.

Por lo cual considero necesario la creación de reclusorios especialmente para madres que guardan prisión, en virtud de garantizar el derecho de familia a los niños no importando la condición de las madres aludiendo a lo que establece el Artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el cual se establece que los niños y adolescentes no importando su género, tienen el derecho a ser criados y educados en el seno de su familia, lo que asegura la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre y sano para su edad y condición.

Y en este caso, fuera de violaciones de derechos infantiles refugiándose y tomando como frívola excusa que por ser hijos de reclusas deben ser expuestos a tratos inhumanos.





El incumplimiento a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como a las demás leyes ordinarias en materia penitenciaria, y la falta de legislación adecuada a la materia, son de las principales causas por las cuales no se cumple con los fines del sistema penitenciario, y lo que provoca que, tanto las madres reclusas como sus hijos menores que conviven con ellas sean víctimas de las fallas del sistema.

Por lo que el principal objetivo de la investigación fue el establecer la importancia de crear centros penitenciarios especiales para mujeres que tienen a sus hijos bajo su cuidado cuando estas cumplen su sentencia en estos.

Las técnicas utilizadas en este trabajo fueron la bibliográfica y documental, que permitieron recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia, así también, se utilizó el método científico, por ser un método de estudio sistemático de la naturaleza que incluye las técnicas de observación, reglas para el razonamiento y la predicción, ideas sobre la experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos; el método analítico para estudiar y analizar la doctrina aplicable al caso y el método sintético ayudó a elegir lo más importante para la redacción final de este trabajo.

La tesis se encuentra comprendida en cinco capítulos, en el primero se describen las generalidades del derecho de familia, su historia y evolución hasta en la actualidad; en el segundo, se hace mención especial del derecho de los niños a una familia; en el tercero se menciona la situación de las mujeres en prisión, en el capítulo cuarto se realiza un análisis de los niños criados en prisión y por ultimo se hace un análisis jurídico de las problemática que enfrentan las mujeres privadas de libertad al ser madres y como se afecta a los niños bajo su custodia.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho de familia

“Cualquiera que sea el concepto que se considere mas aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como centro o núcleo, según criterio generalizado, de toda la sociedad política y jurídicamente organizada.

No cabe duda que la familia juega un papel muy importante, no solo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

La Declaración Universal De Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre de 1948, dispone, en el Artículo 25, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, así como otras condiciones fundamentales para la existencia, que enumera dicho precepto.

Si bien esa referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, sí pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social, que se da como existente.



La importancia que en Guatemala se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945 y en 1956, así como la de 1965, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e interponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que la protejan.

En la legislación penal se ha previsto el delito de negación de asistencia económica y el delito de incumplimiento de asistencia, en el orden de familia”.<sup>1</sup>

### **1.1 Aspectos importantes y definición de la familia**

“Antes de 1870 no existió una historia de la familia, predominando al influjo de los cinco libros de Moisés, con la forma patriarcal de la familia como la más antigua, con la publicación de la obra de Derecho Moderno, de Bachofen, se marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H Morgan”<sup>2</sup>.

Familia en el sentido más amplio (familia como parentesco): “Es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 117-118.

<sup>2</sup> Engels, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del estado**, pág. 15.

<sup>3</sup> Belluscio, Cesar Augusto. **Manual de derecho de familia**, pág. 1

Familia en sentido restringido: “La familia comprende sólo el núcleo paterno- filial denominado también familia conyugal o pequeña familia, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.

Familia en sentido intermedio: En el concepto intermedio, familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.”<sup>4</sup>

Ahora bien con respecto al origen de la familia, este es abordado especialmente por los sociólogos del siglo XIX y no ha podido ser aclarado y quizá no lo sea nunca, pues las teorías formuladas no han pasado de la categoría de las hipótesis, ya que se ha trabajado sobre la base del estudio de la organización de los pueblos que aun contemporáneamente permanecieron en un estado primitivo de organización, y de precarios datos materiales directos.

Fácil es advertir que ambas bases pueden ser equívocas; la primera debido a que no es posible determinar si los pueblos salvajes contemporáneos pasan por un estado de evolución común a toda la humanidad o no ya sea por haber sido distinta la organización de los diferentes pueblos o por no hallarse en un verdadero estado primitivo, sino en una decadencia posterior a una civilización ya extinguida, y la segunda por la insuficiencia de los referidos datos y su confusión con los emergentes de períodos ya históricos.

---

<sup>4</sup> **Ibid**, pág. 5.

Una primera teoría, la llamada matriarcal, afirma que se produjo una evolución a partir de una época primitiva de promiscuidad sexual, en la cual la paternidad era insegura y sólo era notoria la maternidad; la madre, era el centro y origen de la familia, y el parentesco se consideraba únicamente por línea materna (parentesco uterino).

“Sólo en un período avanzado se habría producido la sustitución de la madre por el padre como cabeza de la organización familiar. Los principales sostenedores de esta tesis fueron Bachofen, Morgan, Mac Lennan y Giraud-Teulon.

Para Morgan, de la promiscuidad total se habría pasado a un estado de promiscuidad en agrupaciones más o menos numerosas; de allí a la familia punalúa, matrimonio entre un grupo de hermanos y otro de hermanas, de distintas familias; luego a la familia sindiásmica, parejas monógamas de relación temporal, y, por último, al matrimonio monogámico estable, como consecuencia del robo y la compraventa de las mujeres, que les dieron calidad de cosa propia de adquisición más o menos difícil.”<sup>5</sup>

En este punto se hallaría el tránsito de la familia matriarcal a la patriarcal, al estabilizarse la familia, determinarse la paternidad, despertarse en el varón el sentimiento paternal y sustituirse el parentesco uterino por el paterno o agnaticio.

---

<sup>5</sup> Reyes Morales Carlos Enrique, **Causas por las cuales fue emitido el reglamento del Decreto 87-2005 Ley de acceso universal y equitativo de servicios de planificación familiar y su integración en el programa nacional de salud sexual y reproductiva**, pág. 6.



“Por su parte, Mac Lennan sostenía que la forma primitiva de convivencia humana se hallaba representada por las hordas salvajes, las que vivían en promiscuidad sexual. El primer atisbo de limitación habría estado dado por la prohibición de tener relaciones sexuales con mujeres de la misma horda (exogamia), y luego se habría pasado paulatinamente a la monogamia, primero por limitación de las relaciones de la mujer con un grupo de hombres asignado, luego con un grupo de hermanos y por fin con un solo hombre.

También Giraud-Teulon afirmaba que el primer aspecto de las sociedades primitivas era el de comunidades consanguíneas, uniones sin derecho exclusivo ni durable en favor de un individuo.”<sup>6</sup>

Las primeras familias habrían sido corporaciones de parientes uterinos, en las cuales el padre desempeñaba un papel secundario, y luego los grupos se habrían escindido paralelamente a la transformación de la propiedad común en propiedad privada. La familia patriarcal se habría presentado en la escena antehistórica como un progreso del espíritu humano sobre antiguas y groseras distinciones, y habría seguido luego un lento desarrollo para acercarse cada vez más a los tipos actuales.

La teoría patriarcal, por el contrario, niega la promiscuidad primitiva y sostiene que, desde los tiempos más remotos, el padre fue el centro de la organización familiar. “Su

---

<sup>6</sup> **Ibid**, pág. 5.



principal expositor fue Sumner Maine, para quien el origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la autoridad y protección del varón de más edad.

Fundaba tal tesis en la identidad sustancial del sistema familiar de los indios, romanos y otros pueblos, y consideraba que el error de la teoría matriarcal proviene de la utilización del método comparativo, de restar valor al derecho romano y poner los hechos concretos al servicio de una conclusión anticipada.”<sup>7</sup>

Objetaba tal teoría que la promiscuidad en las relaciones sexuales humanas no es una práctica necesariamente unida al salvajismo, pues ni aún en los animales es uniforme; que supondría ausentes del hombre primitivo el celo sexual y el sentimiento del amor, lo que no sería explicable en una misma especie, cuyas condiciones naturales en lo fisiológico deben reputarse inmutables pese a la evolución; que es violento para la razón admitir que haya sido congénito y de aplicación universal lo que actualmente sería una situación patológica; y que la promiscuidad y el matriarcado son opuestos a la idea de autoridad y superioridad paterna, manifestación religiosa universal de los primeros períodos de civilización histórica de toda la humanidad.

Sin adherirse de lleno a ninguna de las dos teorías reseñadas, Starcke pensaba que el matriarcado había constituido una fase posterior de la evolución familiar, y no el estado

---

<sup>7</sup> **Ibid**, pág.5.

primitivo, y que no suponía necesariamente la promiscuidad sexual sino sólo la condición superior de la maternidad sobre la paternidad. Las primeras colectividades humanas serían la familia y el grupo de familias; aparecería luego el clan y sólo en ese momento surgiría el matriarcado, como consecuencia de la injerencia de la familia de la mujer en el matrimonio a fin de asegurarle una situación respetable después de casada.

Además, Westermarck admitía la existencia en algunos pueblos de una promiscuidad sexual casi absoluta, mas a su entender ello no prueba que tal estado haya sido general en el desenvolvimiento de la sociedad humana; más bien consideraba que podría haber sido el resultado de la influencia de pueblos más civilizados.

Señalaba que en algunos pueblos salvajes las relaciones sexuales fuera del matrimonio son rarísimas, e igualmente advertía que el predominio de la línea materna en la consideración del parentesco no supone necesariamente la incertidumbre de la paternidad ni la promiscuidad, y que la pasión de los celos como también alguna forma de unión duradera- existe entre los salvajes y en todas las especies de mamíferos.”<sup>8</sup>

“Si se piensa en la familia, como en un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida, o se le relaciona con los vínculos de la sangre, de donde se deriva propiamente el concepto, la familia es una rúbrica que une a los individuos que

---

<sup>8</sup> Belluscio. **Ob. Cit**, págs. 13-15.





llevan la misma sangre, se está en el primero, ante un concepto popular, y en el segundo ante el concepto propio de la familia.”<sup>9</sup>

Entre las características de la familia tenemos:

1. Institución que vive en autonomía, pues sus directrices no pueden ser alteradas por el capricho de la voluntad privada.
2. Está basada en el matrimonio o en la unión de hecho legalizada.
3. La familia une el lazo de autoridad sublimada por el amor y el respeto de los cónyuges, y descendientes que integran su componente personal.
4. La familia se da para la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

## **1.2. Aspectos históricos y definición de derecho de familia**

“Tradicionalmente se ha considerado que el derecho de familia, es una sub-rama del Derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la

---

<sup>9</sup> Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**, pág. 3.



voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del Derecho, con principios propios. Sin embargo, para considerarse autónoma, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

El derecho de familia reviste caracteres peculiares que lo diferencian de las otras ramas del derecho civil. Son ellos en especial:

- a) La influencia de las ideas morales y religiosas en la adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, todo lo cual hace que su regulación sea un problema de política legislativa.
- b) La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, o bien de poderes-funciones.
- c) El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos pecuniarios de dicha organización.
- d) La mayor restricción de la autonomía de la voluntad que en otras ramas del derecho civil, pues casi todas sus normas son imperativas.



Para Spota, ese carácter corresponde a la totalidad de las normas jurídicas familiares, en tanto que Borda, Guastavino, Díaz de Guijarro y Méndez Costa se lo asignan a la casi totalidad o a la mayoría.

Si se atiende a que las leyes imperativas son aquellas que establecen soluciones de aplicación inexorable, o bien que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas, parece indudable que en su casi totalidad las normas jurídicas familiares queden comprendidas entre ellas, ya que no podrían los particulares modificar la regulación que el Estado impone por razones de interés social.

Sólo en supuestos excepcionalísimos nuestro ordenamiento jurídico admite que reglas de este tipo sean supletorias, es decir, que los particulares puedan apartarse convencionalmente a ellas.

La imperatividad de las normas jurídicas del derecho de familia está destinada a satisfacer el interés familiar que según Díaz de Guijarro, consiste en la realización de los fines esenciales del núcleo y en la protección del interés individual dentro del grupo, siempre que armonice con dichos fines esenciales, pues en caso de colisión cede frente a ellos.

e) La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio.”<sup>10</sup>

Después de lo anterior descrito se puede indicar que el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.

Basta ese simple concepto o definición para caracterizarlo sin abrir juicio acerca de su ubicación entre las ramas del derecho ni limitar su contenido.

Sin embargo, existen numerosos intentos de definirlo con mayor exactitud, los cuales a mi juicio no logran cabalmente su propósito, porque en su intento de precisar el concepto deben recurrir a nociones controvertidas.

Para Lafaille, el derecho de familia es "el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia.

Por otra parte, Rébora lo definía como el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia; a las funciones que el mismo agregado llena y debe llenar; del punto de vista

---

<sup>10</sup> Belluscio, **Ob. Cit.** Págs. 32-33



de la formación y protección de los individuos que lo integran; a las relaciones de estos individuos entre sí y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de la una y de la otra, y a las instituciones apropiadas para su preservación y según las circunstancias, para su restauración o reintegración.”<sup>11</sup>

A su vez, Díaz de Guijarro afirmaba que: “Es el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regula el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales. Cabe observar en esta definición:

- a) Que no es la ubicación de las normas en determinados cuerpos legales la que define la rama del derecho a la cual corresponden;
- b) Que el derecho de familia no regula sólo los actos de emplazamiento en el estado de familia sino igualmente las formas de su desplazamiento, y;
- c) Que no todos los efectos patrimoniales del estado de familia están regulados por el derecho de familia, ya que el derecho sucesorio intestado es efecto patrimonial de dicho estado y está regulado por otra de las divisiones del derecho civil.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ramos Pazos, René, **Derecho de familia**, [\\_http://www.iupuebla.com/Maestrias/M\\_DERECHO/material\\_profesor/MA\\_DERECHO%20DE%20FAMILIA\\_2\\_julia.pdf](http://www.iupuebla.com/Maestrias/M_DERECHO/material_profesor/MA_DERECHO%20DE%20FAMILIA_2_julia.pdf), (Guatemala, 2 de octubre de 2010).

<sup>12</sup> Belluscio. **Ob. Cit**, Pág. 23-24



Además de todo lo anterior indicado es de suma importancia establecer la base legal constitucional de la familia en nuestro ordenamiento jurídico:

“Artículo 47, de la Constitución Política de la República de Guatemala. Protección a la familia. El estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.”

“Artículo 56, de la Constitución Política de la República de Guatemala. Acciones contra causas de desintegración familiar. Se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad.”

Ahora bien la base legal ordinaria, de la familia se encuentra establecida en las siguientes normativas:

“Artículo 4 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Deberes del estado. Es deber del estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz,



integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.”

“Artículo 18. Derecho a la familia. Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia.”

“Artículo 19. El estado deberá fomentar, la estabilidad y bienestar de la familia, como base de la sociedad; creando las condiciones para asegurarle al niño, niña y adolescente la convivencia familiar y comunitaria en un ambiente sano y propicio para su desarrollo integral.”

El capítulo que se estudió anteriormente se realizó con el objetivo de comprender de una mejor manera lo que es el derecho de familia, por lo cual se mencionó la legislación tanto constitucional como ordinaria que la regula.

## CAPÍTULO II

### 2. El derecho de familia de la niñez

La familia es referencia de vida de cada persona en la sociedad; son estructuras complejas en donde se vierten las emociones de los individuos, son filosofías de vida en donde se mantienen los vínculos afectivos valorables y en donde se ponen más a prueba los conflictos humanos. En el seno de la familia se producen procesos básicos: la expresión de sentimientos, adecuados o inadecuados, la personalidad del individuo y patrones de conducta; todo esto se aprende en la dinámica familiar y los que así aprendan enseñarán a su vez a sus hijos, más o menos del mismo modo.

La familia igualmente es un centro de expresión espiritual (dentro de la súper estructura del desarrollo). Cuando su integración es positiva, dentro de ella se generan los valores más íntimos del espíritu: amor, bondad, y toda una serie de expresiones éticas y de felicidad personal; pero al mismo tiempo si no sucede así la familia viene siendo el centro de sufrimiento y malestar más grande del hombre. Los miembros de una familia tienden a parecerse, no sólo fenotípicamente sino conductualmente.

Dado que la familia es la génesis en donde el niño aprende la noción de ser humano, de ser persona, en donde se inicia la educación, donde aprende los hábitos esenciales que vamos a cumplir el resto de la vida, como por ejemplo el control de esfínteres, limpieza, alimentarse etc. también aprenden nociones básicas acerca de lo patrones de



afectividad del ser humano, el concepto de madre y padre; sexo, mujer y hombre y todo eso en un momento crucial de su crecimiento y desarrollo (los primeros años de su vida).

Es en el hogar donde aprendemos constantemente, pues la educación es una dinámica incalculable; se podría decir infinita, por ello debemos verlo como el sitio de múltiples influencias educativas que interactúan entre sí.

Dentro de estos elementos educativos en la familia podemos mencionar: padre, madre, abuelos, hermanos, primos, amigos del hogar, servicio doméstico, los medios de comunicación e información, etc.

En el hogar los padres no son siempre dos, a veces es una sola persona, de ordinario la mujer es quién se ve obligada a desempeñar los dos papeles: padre y madre. Los padres representan dos papeles básicos; el padre la autoridad mientras que la madre la afectividad. Un tercer papel, con el cual se va a encontrar posteriormente el niño, es el que representa el maestro, el del saber.

Los padres deberían enseñar el hacer, y el quehacer, para completar estos cinco conceptos básicos de la educación inicial del niño: autoridad, afectividad, saber, hacer y quehacer.

Ese hacer y quehacer están asociados a los elementos de organización, disciplina, orden, innovación, descubrimiento, equilibrio; por esto los padres tienen una responsabilidad de ayudar a este nuevo ser a insertarse armoniosamente en el mundo físico y social, a que aprenda a identificar los objetos, los seres, asimismo a acompañarlo a la formación y desarrollo de la conciencia; a enseñarles que somos mortales, a pensar críticamente y con creatividad, a enseñarles que la vida tiene un sentido histórico: nacimiento, matrimonio, divorcio, muerte; que nuestros actos son voluntarios pero responsables, entrenarlo en la toma de decisiones frente a distintas alternativas; que hay decisiones críticas y que otras pueden posponerse.

“Un niño aprende de sus padres los dos modelos de seres humanos, el modelo hombre y el modelo mujer. El problema enorme de los padres que son solo mujer, por ejemplo, deriva del hecho de que sus hijos están expuestos a un solo modelo, el propio, mientras el otro se halla ausente. Esta es la consecuencia más importante en los niños de la disolución de la pareja.”<sup>13</sup>

## 2.1 Concepto y definición de niñez

Con el fin de entender a cabalidad lo relativo al tema de la niñez es necesario especificar lo siguiente:

---

<sup>13</sup> Suarez Odalys. **La familia como eje fundamental en la formación de valores en el niño.** Págs. 2-5



Philippe Aries, medievalista e historiador francés, publicó en 1961 un estudio acerca de pinturas, petroglifos y registros que hacen referencia a la niñez. En este trabajo se concluye que antes del siglo XVII los niños fueron representados como adultos en miniatura. A partir de estos hallazgos los historiadores han aumentado el acervo documental que enriquece la investigación de la niñez en tiempos remotos.

Antes de Aries, George Boas había publicado el libro Culto a la Niñez con el que analiza e interpreta el concepto de niñez y sus implicaciones tanto en el desarrollo personal como social.

Durante el Renacimiento, las representaciones artísticas de los niños se incrementaron dramáticamente en Europa. Sin embargo este hecho artístico no hizo mella en la actitud de abuso de la niñez especialmente al utilizarla como mano de obra barata y objeto de placer sexual.

La era victoriana ha sido descrita como la fuente de la concepción moderna de la niñez, una ironía si se tiene en cuenta que debido a la Revolución industrial la explotación del trabajo infantil proliferó y se incrementó la prostitución infantil.

Esta condición se redujo posteriormente gracias a la labor de los Evangélicos y las denuncias públicas realizadas por autores de reconocido prestigio como Charles Dickens y Karl Marx. El trabajo infantil y la prostitución infantil fueron gradualmente reducidos y prohibidos en Inglaterra a través de las Actas Industriales de 1802-1878. Los Victorianos conjugaron la función de la familia con el de santidad de la niñez y de



forma vaga esta actitud ha permanecido en las sociedades occidentales desde entonces.

## **2.2 Desarrollo de la niñez.**

Con el fin de entender el concepto de la niñez es necesario entender su desarrollo físico, motor y su lingüístico durante dicho periodo, por lo que se hace de la siguiente manera:

### **2.2.1 Desarrollo físico:**

La niñez empieza a los dos años y termina a los once años y medio (a los 12 se alcanza la Pre-adolescencia y a los 13 se alcanza la adolescencia plena). El aumento de peso promedia 2 kilos cada año, de modo que pesa aproximadamente 12 a 15 kilos, unas tres o cuatro veces el peso al nacer.

Aumenta de talla unos 7 a 13 cm cada año, para una talla promedio entre 85 y 95 cm.

Postura erecta, abdomen aún globoso sin que se hayan aún desarrollados sus músculos abdominales, por lo que aparece una lordosis transitoria.

La frecuencia respiratoria es más lenta y regular, aproximadamente entre 20 y 35 respiraciones por minuto.

Temperatura corporal continúa fluctuando con la actividad, su estado emocional y su ambiente.

El cerebro alcanza un 80% de su tamaño en comparación con el cerebro de un adulto.

### **2.2.2 Desarrollo motor.**

En esta etapa surgen las siguientes características motoras:

Puede caminar alrededor de obstáculos y camina en una posición más erecta.

Se acucilla por períodos de tiempo más extensos durante el juego.

Sube escaleras sin ayuda, pero sin alternar los pies.

Se balancea en un pie por unos segundos, salta con relativa facilidad.

A menudo logra controlar sus esfínteres, pero los accidentes urinarios y de defecación pueden ser esperados, puede ser capaz de anunciar sus urgencias.

Lanza una pelota sin perder su equilibrio. Puede sostener una taza en una mano y puede sacar sus botones de la camisa y bajar su cierre.



Abre la puerta girando la manilla.

Toma el lápiz en forma de puñal y hace trozos desordenados, puede imitar trazos circulares.

Se sube a una silla de regular tamaño, se voltea y se sienta.

Trepa a ciertas alturas.

### **2.2.3 Desarrollo cognitivo**

La coordinación de movimientos con la vista y la mano mejora, puede juntar objetos y desarmar otros.

Comienza a usar objetos con propósito, como el empujar un bloque como si fuera un barco.

Logra hacer simples clasificaciones, como el juntar ciertos juguetes por parecidos.



## 2.2.4 Lenguaje

Durante este periodo el niño empieza a hablar entre los 1 y 3 años. Disfruta que le lean cuentos y participa apuntando con el dedo, haciendo sonidos relevantes y volteando las hojas.

“Se entera que el lenguaje es efectivo para captar la atención de otros y satisfacer sus necesidades y deseos.

Puede tener un vocabulario entre 50 y 100 palabras.

Comienza a imitar las palabras de los demás.”<sup>14</sup>

“La niñez es el periodo comprendido entre el momento del nacimiento y los 12 años, aproximadamente.

Esta primera etapa de la vida es fundamental en el desarrollo, pues de ella va a depender la evolución posterior, y sus características primordiales serían las físicas, motrices, capacidades lingüísticas y socioafectivas”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Aries, Philippe. **El niño y la vida familiar en el antiguo régimen**. Pág. 25

<sup>15</sup> **Infancia**. Microsoft® Encarta® 2009. 19 de Abril 2010.



### **2.3 Derechos de la niñez**

Según el decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en el Artículo 2 indica que para los efectos legales se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad.

El Estado deberá respetar los derechos y deberes de los padres en su caso de las personas encargadas del niño, niña u adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña u adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la ley, cuya interpretación no será extensiva.

El decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, fue creado como consecuencia de la necesidad de regulación jurídica en materia de la niñez y la adolescencia, y es necesaria una transformación profunda de la ley para proveer a los distintos órganos del Estado y a la sociedad en su conjunto de un cuerpo jurídico que oriente adecuadamente el comportamiento y acciones a favor de tan importante sector social, conforme los





establece la Constitución de la República de la Republica de Guatemala y los tratados, convenios, pactos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

El derecho infantil, es la legislación destinada a proteger los derechos del menor. En el marco de la ley, los niños están considerados bajo dos aspectos: en cuanto individuos, siempre han gozado de una posición especial, en particular en lo relativo a lo que se les consiente hacer. Dentro de la familia, sin embargo, se ha tenido que esperar hasta el siglo XX para que el derecho interviniera en sus vidas, ya que en otro tiempo eran los padres (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos.

Una parte esencial de las leyes de protección al menor hace referencia a las competencias de que disponen las agencias estatales (por lo común los servicios locales de asuntos sociales o instituciones benéficas) para intervenir cuando se cree que los niños se encuentran en una situación de riesgo.

Estas agencias corren el peligro, por una parte, de ser criticadas por no tomar ninguna medida que hubiera podido evitar daños graves al niño, o incluso su fallecimiento y por otra, de ser acusadas de exceso de celo profesional al apartar a los niños de sus familias.

Este segundo aspecto ha dado como resultado la restricción, en el derecho contemporáneo, de los amplios poderes discrecionales con que cuentan los asistentes



sociales y la participación de los tribunales, en una etapa bastante temprana del problema, para dictar medidas que debían aplicar dichos asistentes.

La ley refuerza asimismo la política de los servicios sociales de intentar resolver los problemas sin romper la familia. Con este fin se utiliza por lo general la cláusula de supervisión, que proporciona una base formal a la labor del asistente social.

Los casos más serios pueden necesitar una cláusula de asistencia, que deja la responsabilidad de los padres en manos de la autoridad local, lo que conllevará que el niño sea apartado de su familia y enviado con otra. Si los problemas se resuelven el niño volverá con su familia, pero si no es así, se pedirá al tribunal que permita que el niño pueda ser dado en adopción, si es pequeño o pueda ser ingresado en alguna institución de auxilio a la infancia hasta que alcance la mayoría de edad.

En los casos urgentes, el tribunal determinará una cláusula de protección de emergencia para posibilitar que el niño sea apartado de un entorno que se considera peligroso. En circunstancias extremas la policía puede ejercer este poder durante un corto periodo de tiempo antes de acudir al dictamen del tribunal.

En 1989 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, que exige que todas las medidas adoptadas por un Estado en relación con los niños debieran tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor.



La Convención proporciona a los niños los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos en la mayoría de los países desarrollados, exige una protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión.

La Convención no es directamente ejecutoria, pero los gobiernos que la firman y ratifican deben presentar informes sobre el progreso efectuado en el cumplimiento de tales objetivos, a un comité de las Naciones Unidas dedicado a velar por los derechos del menor.

“Entre los Derechos del niño tenemos:

1. Los niños tienen derecho al juego.
2. Los niños tienen derecho a la libertad de asociación y a compartir sus puntos de vista con otros.
3. Los niños tienen derecho a dar a conocer sus opiniones.
4. Todos los niños tienen derecho a una familia.
5. Los niños tienen derecho a la protección durante los conflictos armados.



6. Todos los niños tienen derecho a la libertad de conciencia.
7. Los niños tienen derecho a la protección contra el descuido o trato negligente.
8. Los niños tienen derecho a la protección contra el trabajo infantil.
9. Los niños tienen derecho a la información adecuada.
10. Los niños tienen derecho a la libertad de expresión.
11. Los niños tienen derecho a la protección contra la trata y el secuestro.
12. Los niños tienen derecho a conocer y disfrutar de nuestra cultura.
13. Los niños tienen derecho a la protección contra las minas terrestres.
14. Los niños tienen derecho a la protección contra todas las formas de explotación.
15. Los niños tienen derecho a la intimidad
16. Los niños tienen derecho a crecer en una familia que les dé afecto y amor
17. Todos los niños tienen derecho a un nombre y una nacionalidad.



18. Todos los niños tienen derecho a la alimentación y la nutrición.

19. Todos los niños tienen derecho a vivir en armonía.

20. Todos los niños tienen derecho a la diversión.

21. Todos los niños tienen derecho a la igualdad.”<sup>16</sup>

#### **2.4 La importancia del derecho de familia para el niño.**

La familia es considerada como el conjunto de personas unidas por lazos de parentesco, como la unidad básica de organización social, cuyas funciones y roles son proporcionar a sus miembros protección, compañía, seguridad, socialización y principalmente ser fuente de afecto y apoyo emocional especialmente para los hijos, quienes se encuentran en pleno proceso de desarrollo. La familia es el principal agente a partir del cual el niño desarrollará su personalidad, sus conductas, aprendizajes y valores.

El ambiente ideal para el desarrollo adecuado de estos elementos es aquel que brinde armonía y afecto entre los integrantes de la familia.

---

<sup>16</sup> Educared, “**Derechos del niño**”, <http://www.educared.edu.pe/estudiantes/derechos/index.htm>. (12 Octubre 2010).



Hoy en día se sabe que el tipo de relación que existe entre los padres y el niño va a influenciar en el comportamiento y en la personalidad del menor. Por ejemplo, si los padres demuestran actitudes y conductas rígidas, autoritarias y violentas es casi seguro que los hijos se muestren tímidos, retraídos, inseguros o rebeldes y agresivos; en un ambiente donde se perciba violencia y discusiones entre los integrantes estos se convertirán en factores que desencadenen problemas tanto en la conducta, y el rendimiento académico como en el desarrollo emocional y social de los niños.

Por el contrario, las personas seguras, espontáneas son aquellas que se les ha brindado la oportunidad de expresarse, de decidir y desarrollarse en un clima de afecto, confianza y armonía.

Los valores son otros patrones de conducta y actitudes que se forman en el niño desde edades muy tempranas. La solidaridad, el respeto, la tolerancia son valores que surgen en el seno familiar, el niño observa de sus padres y aprende de sus conductas, si percibe que son solidarios, ayudan a los demás o que cumplen con sus responsabilidades, ellos asimilarán estos patrones y hará que formen parte de su actuar diario. En la escuela esto sólo se reforzará puesto que la familia es y siempre ha sido el principal agente educativo en la vida del niño.



En síntesis, la familia cumple diversas funciones:

Brinda la seguridad y los recursos necesarios que el niño necesita para desarrollarse biológicamente, el cuidado y apoyo que le brinden sus padres, como la alimentación y el vestido le permitirán gozar de salud, desarrollarse y aprender habilidades básicas necesarias para su supervivencia.

Brinda la educación, los patrones de conducta y normas que le permitirán desarrollar su inteligencia, autoestima y valores haciéndolo un ser competitivo y capaz de desenvolverse en sociedad.

Proporciona un ambiente que le permitirá al niño formar aspectos de su personalidad y desarrollarse a nivel socioemocional.

“Teniendo en consideración la influencia que tiene la familia en el desarrollo integral del niño, es fundamental propiciar un ambiente libre de tensión y violencia, donde exista un equilibrio y se logre brindar las pautas y modelos adecuados que permitan a los hijos actuar adecuadamente, desarrollar las habilidades personales y sociales que perdurarán a lo largo de su vida y que serán reflejados más claramente en ellos cuando formen sus propios hogares.”<sup>17</sup>

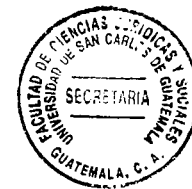
---

<sup>17</sup>Cosas de la infancia, “**Desarrollo integral del niño**”, <http://www.cosasdelainfancia.com/biblioteca-familia-g.htm>. (15 de septiembre 2010).

El derecho de las niñas y niños a tener una familia, un hogar armonioso es vital en el desarrollo integral de la vida de cada uno de ellos. Ya que es de no contarse con el mismo se crean diferentes problemas psicológicos que muchas veces no son tratados ni en la edad adulta, generando desintegración familiar como parte de un círculo vicioso.

Como se analizo anteriormente el Estado tiene la obligación de crear políticas tendientes a evitar la desintegración familiar y en el caso de la investigación que se presenta, pues se deben de analizar mecanismos para que las mujeres que son madres y se encuentran en privación de libertad puedan proporcionar un ambiente familiar a sus hijos, y que el estado brinde esas condiciones.





## CAPÍTULO III

### 3. Mujeres en prisión

“La situación de las cárceles femeninas es dramática, no solo porque las mujeres detenidas sufren el estigma de romper con el rol de esposas sumisas y madres que les asigna la sociedad, sino también por la falta de leyes y políticas adecuadas para abordar problemas como el de las madres lactantes o los hijos de las mujeres encarceladas. Esto se suma a otras cuestiones, como la violencia sexual y el hacinamiento producto del aumento de la población penitenciaria femenina, generalmente por delitos relacionados con el tráfico de drogas. Para resolver estos graves problemas, es necesario incluir un enfoque de género en las políticas penales y penitenciarias.”<sup>18</sup>

#### 3.1. La cárcel.

Es evidente que hay posiciones enfrentadas. Pero la pregunta sobre el origen de la prisión podría responderse rápidamente, a fin de cuentas es común decir que ésta, como pena y como institución, nace recientemente es un concepto moderno. “Para unos como Foucault aunque la forma-cárcel es muy antigua, la pena de prisión y su institucionalización fue formulada por el pensamiento ilustrado y triunfó en el tránsito del Antiguo Régimen al

---

<sup>18</sup> Antony Carmen. **Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina**. Pág. 73.



Liberalismo, a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX se sustituye una penalidad suplicial (arte de las sensaciones insoportables sobre el cuerpo), propia del despotismo absoluto, por otra más apropiada a la nueva sociedad contractual, la que extorsiona el tiempo del reo (el castigo pasa a ser una economía de los derechos suspendidos).

Otros, en cambio, como Luigi Ferrajoli, compartiendo básicamente los planteamientos foucaultianos (y post-foucaultianos), matizan su cronología y dicen que nació realmente con los planteamientos liberales reaccionarios de mitad del XIX y sobre todo con el fin de la codificación a finales de la centuria pasada.

Muchos tratadistas del derecho siguen explicaciones formalistas como la de Elías Neuman: hubo un período anterior a la sanción privativa de libertad en el que el encierro sólo era un medio para asegurar la presencia del reo en el acto del juicio, y después, a partir del siglo XVI, con algunos antecedentes, comienzan sucesivas etapas (un período de explotación por parte del estado de la fuerza de trabajo de los presos, un período correccionalista y moralizador desde el siglo XVIII y a lo largo del XIX, y un período final marcado por los objetivos resocializadores sobre la base de la individualización penal y de distintos tratamientos penitenciarios y post-penitenciarios.”<sup>19</sup>

La prisión por lo común es una institución autorizada por el gobierno y denominada además como cárcel. Es el lugar donde son encarcelados los presos y forma parte del

---

<sup>19</sup> Neuman, E. **Prisión abierta**, Pág. 9.



sistema de justicia de un país o nación. Pueden ser instalaciones en las que se encarcela a los prisioneros de guerra. Forman parte del sistema penitenciario, que es el conjunto de prisiones y la organización respectiva que las administra.

El objetivo de las prisiones o cárceles varía según las épocas y, sobre todo, las sociedades. Su principal cometido es:

Proteger a la sociedad de los elementos peligrosos.

Disuadir a quienes pretenden cometer actos contrarios a la ley.

Reeducar al detenido para su inserción en la sociedad.

Acallar a los oponentes políticos. Esta circunstancia se produce, de manera especial, en las dictaduras, aunque también en las democracias pueden existir prisioneros políticos.

Impedir que los acusados puedan huir comprometiendo su próximo proceso, se habla, en este caso, de prisión preventiva.

La finalidad de las prisiones ha ido cambiando a través de la historia. Pasó de ser un simple medio de retención para el que esperaba una condena, a ser una condena en sí misma. En algunos países (principalmente los democráticos), un medio que tenía, como objetivo, el proteger a la sociedad de aquello que pudieran resultar peligroso para ella a la



vez que se intentaba su reinserción, pero también podía ser utilizado como un medio de presión política en momentos difíciles. De hecho, la reinserción, casi nunca se consigue.

Michel Foucault en su obra *Surveiller et punir*, (*Vigilar y castigar*) señala que, su utilización como pena sancionadora de la delincuencia, es un fenómeno reciente que fue instituido durante el siglo XIX. Antes, la cárcel, sólo se utilizaba para retener a los prisioneros que estaban a la espera de ser condenados (o no) de una manera efectiva (castigo, ejecución o desestimación).

Los prisioneros permanecían retenidos en un mismo espacio, sin consideración a su delito y tenían que pagar su manutención. La desorganización era de tal magnitud que los sospechosos de un mismo delito podían, con toda facilidad, cambiar la versión de los hechos antes de su proceso. La aplicación de la justicia de la época era de dominio público. Se mostraban los suplicios a los que eran sometidos los acusados así como sus ejecuciones.

Michel Foucault menciona los grandes recintos o la nave de los locos, como ejemplos particulares de privación de libertad anteriores a la época moderna.

Contrariamente a la condena que establece una pena de prisión relativa a la falta cometida, las prisiones de la época servían como un medio de exclusión para todo tipo de personas marginales (delincuentes, locos, enfermos, huérfanos, vagabundos, prostitutas,

etc.) todos eran encarcelados, sin orden ni concierto, a fin de acallar las conciencias de las honradas personas sin más aspiración que la de hacerlas desaparecer.

La creación de las cárceles surgió ante la necesidad de mantener en secreto el tratamiento de la delincuencia. Las ejecuciones, llevadas a cabo en público, fueron cada vez más discretas hasta desaparecer, por completo, de la vista pública.

Las torturas, consideradas como bárbaras, tenían que ser modificadas por otra cosa. Foucault señala que la elección de la prisión se debió a una elección por defecto, en una época en la que la problemática era, mayoritariamente, la de castigar al delincuente, la privación de libertad se revelaba como la técnica coercitiva más adecuada y menos atroz que la tortura. Foucault afirmó que, desde sus principios, la eficacia de las prisiones fue motivo de importantes debates.

La prisión evolucionó rápidamente, se convirtió en lo que Foucault denominó como una institución disciplinaria. Su organización, consistía en un control total del prisionero que estaba vigilado constantemente por los carceleros. En la filosofía del Panopticon de Jeremy Bentham se encontró la perfecta ilustración de la nueva técnica carcelaria.

Las teorías de Foucault fueron puestas, parcialmente, en duda, pero se vieron mejoradas con los trabajos sobre la Sociología de la experiencia carcelaria, de Gille Chantraine. Según este autor, si bien el castigo corporal dejó de existir, éste fue reemplazado por otra



forma de castigo menos violenta, aunque siguió siendo castigo de acuerdo con los valores de las democracias occidentales.

Los objetivos de la cárcel fueron evolucionando con el transcurso del tiempo. Poco a poco, la idea de que el prisionero tenía que reparar el daño que había causado a la sociedad, fue tomando conciencia en ésta. El encarcelamiento tenía que ir acompañado del trabajo, el delincuente pagaba, con la prisión, una deuda, no directamente a sus víctimas, pero sí al daño que su comportamiento había causado a toda la sociedad.

Tras haber cumplido su condena y pagado su deuda, el delincuente quedaba exento de toda culpa y podía reemprender una nueva vida. Pero la aplicación de esta utopía todavía no se ha hecho realidad. El hecho de considerar la prisión como un lugar de reeducación del delincuente, se contempló tiempo después. La prisión se fijó otros objetivos: el cambiar a los delincuentes y adaptarlos para una vida normal en la sociedad. Su principal idea era la de reeducar y reformar a los delincuentes que habían tomado un camino equivocado.

Las cárceles actuales son las herederas de estos ideales que, realmente, no se cumplen, la cárcel se justifica, más o menos, de acuerdo con los lugares y con los períodos en función de estos ideales con los que fueron creadas.

Los cuatro derechos fundamentales del hombre son tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia contra la opresión, el primero de estos derechos (por su misma naturaleza) queda

suspendido durante el cumplimiento de una condena. Pero el segundo y el tercero (propiedad y seguridad) están garantizados por la ley.

En teoría, el encarcelamiento de una persona debe impedir, únicamente, la libertad para moverse a su antojo. En la práctica, la prisión atenta contra numerosos derechos fundamentales (expresión, vida familiar, derechos cívicos, intimidad, dignidad). Paulatinamente los detenidos van adquiriendo el derecho a protestar contra las decisiones de la administración penitenciaria.

### **3.2 El sistema penitenciario.**

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 19 establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

- a. Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrante s a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos;
- b. Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado y;



c. Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este Artículo da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata.

El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este Artículo.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo diez, numeral 3º establece: El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la readaptación social de los penados.

Ante esto, el Comité de derechos humanos, órgano de Naciones Unidas para conocer de peticiones individuales y para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Observación General número veintiuno ha interpretado que las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato cruel, inhumano y degradante sino tampoco a penurias o restricciones que no sean las que resulten inevitables de la privación de la libertad.

Ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo, esencialmente debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso.

La resocialización, como un derecho individual, en consecuencia se plasma en dos políticas claras que vinculan al legislativo y por extensión al poder judicial:

- a) La duración de las penas privativas de libertad no pueden significar una duración que ponga en peligro el derecho del ciudadano a vivir nuevamente en libertad.
  
- b) En segundo lugar, los poderes públicos, deben de establecer políticas activas para lograr la resocialización del individuo condenado a prisión. Además de los derechos antes indicados se agrega la libertad de practicar la propia religión y observar prácticas culturales propias que están íntimamente ligadas a la dignidad humana. Las mujeres (y hombres) en la cárcel deben poder practicar su religión con libertad, tener acceso a un lugar de oración y textos religiosos y la posibilidad de observar prácticas culturales específicas. Tales prácticas religiosas y culturales pueden incluir: llevar cubierta la cabeza, rituales de lavado o limpieza, evitar ciertos alimentos y practica del ayuno. En los casos en que se proporcione la ropa a los presos, ésta deberá ir de acuerdo a sus dictados religiosos y culturales, por ejemplo, usar velos o vestidos largos hasta el piso.

El Principio de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, titulado “Trato Humano”, observa la “posición

especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Ahora bien entre los modelos de intervención sobre la persona del infractor tenemos:

#### 1. Modelo moralista religioso:

Este modelo se fundamenta en la teoría de la pena como prevención especial y parte de la idea de transformación del individuo en las cárceles desde una perspectiva religiosa, ello para que no vuelva a delinquir, señala que el pecado es la causa de todos los delitos. Por ello considera que el delincuente podía ser reformado moralmente a través del poder de la plegaria, la meditación y la introspección. Establece un método para lograr esta reforma moral: el aislamiento en la celda de castigo y el orden en el trabajo, todo en un régimen de absoluto silencio; estas condiciones preparan la conversión del autor del crimen. Su impulsor fue John Howard a través de las cárceles en el Estado de Pennsylvania.

En la misma época, (finales del siglo XVIII) Jeremy Bentham también elaboró similar doctrina de reforma moral pero bajo un ropaje materialista. Para Bentham la pena tiende a devolver una cantidad igual de dolor que el causado por el delincuente, porque es útil para disciplinar en un sistema de penas y recompensas. Bentham concibió la cárcel panóptica, la cual es una verdadera máquina para disciplinar, donde con el

mínimo esfuerzo, - es decir, con el máximo de economía- se obtiene el máximo de control, esto es el mínimo de privacidad o de evasión a la vigilancia.

El aislamiento celular de Howard y el panóptico de Benthan se inscriben entonces en los primeros intentos científicos por lograr la reforma del delincuente. Si bien su fundamento es absolutamente moral, no cabe duda que su objetivo era eminentemente autoritario, como un procedimiento que aniquilaba la imaginación, la elasticidad y el progreso de la mente. Si bien su propósito era tratar de mejorar a la persona moralmente, en la práctica lo único que conseguía era generar resistencia y una brutal destrucción de la mente de la persona.

## 2. El modelo del tratamiento terapéutico:

El enfoque moral-religioso perdió su legitimidad e ímpetu a mediados del siglo XIX, por lo que se hizo necesario construir un nuevo paradigma legitimador. El paradigma surgió con la llegada del positivismo y la concepción del delincuente como un enfermo mental.

En palabras de Dorado Montero: el delincuente es un incapaz, con voluntad débil, viciosa o pervertida. El delito es síntoma de anormalidad psíquica de quien lo comete, desarreglo moral, perturbación de la voluntad.



### 3. El modelo de la resocialización:

La falta de límites y proporcionalidad del modelo terapéutico y su fundamentación acientífica del delincuente nato pusieron en crisis este modelo.

Tras la segunda guerra mundial el modelo terapéutico quedó totalmente deslegitimado y fue sustituido por un nuevo modelo de pensamiento, que es el modelo resocializador. Dicho modelo parte de la criminología sociológica que tendió a explicar el fenómeno delictivo desde una perspectiva social; específicamente, como un proceso en donde el individuo había sido sometido a una defectuosa socialización.

En este modelo, el delincuente es un producto social: el resultado necesario de un mal proceso de socialización, asume, la naturaleza social del problema criminal.

Sin embargo mantiene una perspectiva etiológica: los malos contactos, la pertenencia a grupos subculturales desviados o el ambiente social son los causantes de este defectuoso proceso de socialización. Dentro de este contexto, lo que procede es someter al sujeto a un nuevo proceso de socialización, para que internalice los valores sociales. La legitimación de la pena radica en los procesos reeducadores y resocializadores.

Este modelo también entró en crisis cuando fue evidente que la cárcel no resocializa por su misma naturaleza de privación de libertad, además de sus efectos



estigmatizantes, la latente posibilidad de manipular la personalidad del delincuente, era contradictorio tratar de socializar a una persona separando de la sociedad, además de ello, en los famosos delitos de cuello blanco los sujetos activos eran personas que habían cumplido su proceso de socialización.

Ahora un comentario indica que dichas cárceles, convertidas con gran frecuencia en verdaderas escuelas del delito, y los sistemas penitenciarios en crisis que las contiene, reflejan y reproducen, como espejos indeseables, prácticas embrutecedoras y resultados que, por un lado ofenden a la dignidad humana, y por otro alimentan y potencian los crecientes grados de inseguridad pública que nos aquejan.

Además los principios inspiradores del tratamiento resocializador son los siguientes:

a) Voluntariedad

Todo tratamiento penitenciario tiene que ser aceptado de forma voluntaria por el interesado. No es posible realizar un tratamiento contrario a la voluntad del sindicado.

La garantía de éxito de los procesos resocializadores estriba en la participación, interés y voluntad del penado en el proceso.

Si el penado no se encuentra convencido de la importancia del proceso, o lo encuentra como un método ajeno a sus intereses o expectativas, lo más seguro es que este proceso de resocialización fracase.

## b) No terapéutico

El tratamiento no es un mecanismo de curación ni pedagógico o psicológico, tampoco es un medio para transformar la personalidad del penado. El condenado por un delito no es un enfermo mental, ni tampoco tiene que ser sometido a procedimientos médicos, psiquiátricos o psicológicos.

## c) Individualizado

El tratamiento debe estar orientado directamente a las necesidades y expectativas del interno. Por ello abarca desde un estudio de la personalidad del recluso en todos los aspectos, hasta una proyección social que tienda a mejorar el entorno ambiental del individuo para su futuro en libertad.

En este sentido, debe recordarse que el tejido social hostil favorece la reincidencia. La sociedad en su conjunto debe acoger mejor al ex recluso, proporcionándole un ambiente favorable de acogida y no de estigmatización.

Por ello, los programas de tratamiento también deben de complementarse con programas de asistencia post-penitenciaria que eviten la reincidencia en el delito cuando la persona regrese en libertad.

#### d) Programado

Lo importante es que el interno tenga participación activa en la definición de su programa o tratamiento. Si bien puede existir un equipo de tratamiento a disposición del penado, la decisión sobre las modalidades de la resocialización tiene que ser realizado por el propio sujeto, para quien es un derecho y no una obligación la resocialización. En este sentido, el tratamiento debe ser continuo y dinámico, de tal manera que se prolongue durante el tiempo para que el interno realmente pueda terminar los programas que desea aprender o en los que quiere participar.

#### e) Mínima afectación

Otro derecho fundamental durante la ejecución penitenciaria es que se afecte lo menos posibles los derechos del condenado. En este aspecto, debe recordarse que la pena simplemente limita el derecho a la libertad ambulatoria, quedando los demás derechos del condenado plenamente vigentes.

La condena no puede ser un medio para llegar afectar otros derechos que no fueron privados mediante la sentencia. En especial, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, son derechos que no pueden ser afectados por la sentencia.



### 3.3 Principio de legalidad y control judicial de la ejecución penitenciaria.

“La función esencial del principio de legalidad es dotar de seguridad jurídica a la privación de derechos a que legítimamente fue sometido el condenado, de tal manera de no agravar más su condición de vulnerabilidad jurídica y fáctica que supone la privación de libertad.”<sup>20</sup>

Es importante destacar que la ejecución penitenciaria debe cumplirse observando plenamente la legalidad de la administración pública. En un Estado Democrático de Derecho, la persona no puede quedar sujeta a la arbitrariedad, a la inseguridad jurídica, a la incertidumbre sobre cuales son sus derechos y deberes. La administración penitenciaria, como un órgano del poder público, solo puede efectuar aquellas acciones que se encuentran enmarcadas dentro de la ley. No puede existir facultad legal si no hay una ley previa que la establezca.

El desarrollo de las facultades legales de la administración penitenciaria con relación a la resocialización de los reclusos es un presupuesto obligatorio en un Estado democrático de derecho. Como Alberto Bovino ha señalado se trata de controlar una esfera de actuación estatal que debe ser sometida al control de la legalidad de sus actos como cualquier otros organismo estatal.

---

<sup>20</sup> Ramírez García, Luis Rodolfo, **Manual de derecho penal guatemalteco**, pág. 615

El ámbito penitenciario exige un control incluso más estricto sobre la actuación pública, debido a la especial situación que se pretende regular, el cual se caracteriza:

- a) Por una estrecha y continúa interrelación entre agente penitenciario y preso, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos y un manejo violento de alguno de ellos; y
- b) El peligro constante de afectación de derechos fundamentales, debido al enorme poder de control que tienen los agentes penitenciarios sobre el penado.

Una falta de regulación legal sobre las atribuciones y facultades del personal penitenciario, implicaría en la práctica, dejar sumido en la absoluta indefensión al condenado. Los guardias y personal penitenciario podrían abusar fácilmente de los reclusos.

Pero, una legislación clara y precisa en materia penitenciaria no garantiza la protección de los derechos humanos de los reclusos. Como se ha señalado muchas veces la cárcel es una institución total, en donde se regula plenamente la vida de los reclusos.

Por mucho tiempo se pensó que las relaciones de especial sujeción que regulan las actividades penitenciarias no dejaban espacio para hacer valer los derechos fundamentales del reclusos, los cuales se encontraban prácticamente a merced de los

guardias y demás personal penitenciario. Se concebía la ejecución penitenciaria como algo meramente administrativo, sustraído del control judicial.

Actualmente la doctrina es unánime al exigir un control judicial de la ejecución penitenciaria, pues no se puede dejar a la autoridad penitenciaria que resuelva sobre las más graves y comprometedoras situaciones, sin intervención del poder judicial. El condenado debe tener el derecho de impugnar las decisiones arbitrarias o contrarias a los derechos fundamentales.

El juez de ejecución es una necesidad para garantizar el adecuado sometimiento de la administración penitenciaria, y para salvaguardar los derechos fundamentales de los sujetos. En este sentido, el control judicial es el único mecanismo que garantiza que la administración penitenciaria no actuará arbitrariamente.

### **3.4 La mujer en el sistema penitenciario**

La prisión es para la mujer un espacio discriminador y opresivo. Esto se expresa en el desigual tratamiento recibido y en el significado, muy diferente, que asume el encierro para las mujeres y para los hombres. Sostenemos que la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de «mala» porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil.

Las características reflejadas en todos los establecimientos penitenciarios de América Latina son sospechosamente similares: regímenes duros, largas condenas, alta proporción de detenidas no condenadas, mal estado de las instalaciones, falta de atención y tratamientos médicos especializados, terapias basadas en trastornos calificados como nerviosos, escasa o nula capacitación laboral y pocas actividades educativas y recreativas. Estas características indican que no se está utilizando la perspectiva de género y que, por el contrario, se refuerza la formación o mejor dicho, la asignación de sexo y se consolida la idea androcéntrica de la mujer como un ser subordinado, incapaz de tomar decisiones, sin responsabilidades y sin posibilidad de enfrentar el futuro.

El objetivo de los regímenes penitenciarios es devolverla a la sociedad como una verdadera mujer, para lo cual se recurre a las técnicas tradicionales de socialización. Los trabajos y la supuesta formación profesional impartida en la cárcel están dirigidos a aprender a coser, planchar, cocinar, limpiar, confeccionar pequeñas artesanías y tomar cursos de modistería. Esto traduce una total despreocupación por el mercado laboral que les espera cuando salgan en libertad, pues pocas de estas actividades les permitirán subsistir de manera independiente.

Este modelo social traza una equivalencia entre lo femenino y lo maternal y reproduce vínculos que maternalizan e infantilizan a las mujeres. La condición femenina es definida, entonces, por un modelo social y cultural que se caracteriza por la dependencia, la falta de poder, la inferioridad física, la sumisión y hasta el sacrificio.

En este contexto, uno de los aspectos más traumáticos para las mujeres privadas de su libertad lo constituye la pérdida de sus hijos. La preocupación por ellos está presente en toda su vida carcelaria y en muchas ocasiones se convierte en una verdadera obsesión.

Muchas de estas mujeres han sido abandonadas por sus maridos o sus compañeros o son madres solteras, sin apoyo alguno. En las cárceles de mujeres es usual que las visitantes sean también mujeres, algo impensable en las prisiones masculinas, donde los visitantes no son casi nunca hombres. Aunque muchas parientas suelen llevar a los hijos, especialmente a los menores de edad, a visitar a sus madres, en muchos casos la familia paterna impide el contacto ya que culpabiliza a la mujer por sus trasgresiones

Como ya fue señalado, una de las grandes preocupaciones de las mujeres encarceladas es la presencia (o ausencia) de sus hijos menores de edad. Algunas legislaciones contemplan la posibilidad de que los hijos menores permanezcan con sus madres por un periodo que va desde su nacimiento hasta los cuatro años de edad. En algunos casos, este periodo se ha extendido hasta los 11 años. Esta situación hace que los niños compartan el espacio y las condiciones de detención con el resto de las mujeres.

No hay establecimientos carcelarios que cuenten con espacios suficientes para construir guarderías, ya sea para los hijos que viven con sus madres o para los que las visitan.

Hay diferentes maneras de enfrentar este problema, pero no detectamos la suficiente preocupación por parte de las autoridades penitenciarias ni tampoco una normativa específica al respecto. Por eso, el hecho de que los hijos menores de edad vivan con sus madres depende muchas veces de la capacidad física del establecimiento y del grado de hacinamiento. Cuando la legislación o los reglamentos internos lo permiten, las guarderías se improvisan en piezas o cubículos no preparados, sin atención médica especializada.

Esta situación, además de constituir una clara violación a los derechos humanos, implica un fuerte mecanismo de control social de la mujer, ya que las reclusas se ven obligadas a mantener una conducta sumisa para que las autoridades penitenciarias les permitan conservar a sus hijos.

Por otro lado, aquellas madres que conviven con sus hijos en las cárceles ven restringido su acceso a los programas laborales y educativos, ya que deben ocuparse de su cuidado. Y al mismo tiempo, separar a las mujeres de sus hijos es una forma de tortura, pues éstos sin duda hacen más llevadera la vida en prisión. De todos modos, esto puede significar una socialización negativa para los niños, que pueden verse expuestos a situaciones de violencia.

Sin embargo, existen muy pocos centros que reciban a los hijos menores de edad de las mujeres privadas de su libertad y casi todos están en manos privadas lo que dificulta la solución de este problema. Muchos de estos niños terminan en la calle, acrecentando

los problemas sociales. Todo esto se explica, en definitiva, por la estructura familiar matricentrada que prevalece en la sociedad, caracterizada por la ausencia total o parcial del padre.

Otra situación también dolorosa, es la de las madres lactantes o que acaban de dar a luz. Aunque algunas legislaciones permiten la detención domiciliaria en tanto dure el periodo de embarazo y lactancia, esto no siempre se contempla en la norma jurídica o en los programas penitenciarios, las mujeres que van a dar a luz son conducidas a un hospital público, donde se las trata en forma discriminadora y vejatoria debido a su condición de trasgresoras

Un aspecto del régimen penitenciario claramente discriminatorio para las mujeres es el de la visita íntima. Muy pocas cárceles latinoamericanas de mujeres han reglamentado este derecho que, aunque quizás no esté formalmente negado, no se ha implementado debidamente, y en los pocos establecimientos en donde existe la visita íntima o familiar para las mujeres, éstas son objeto de fiscalizaciones y exigencias que los hombres reclusos no sufren, como el uso forzoso de anticonceptivos o la obligación de estar casada o mantener un vínculo de pareja estable con el visitante.

Del mismo modo, hay que señalar la discriminación de las mujeres reclusas lesbianas, a quienes se les niega el derecho a recibir visitas íntimas de sus compañeras.

Otra grave violación a los derechos sexuales y reproductivos es la falta de atención médica especializada. Una investigación realizada en Centroamérica constató la falta de médicos ginecológicos y de pediatras para los hijos que conviven con sus madres

Pero la situación de los hijos, la falta de atención médica adecuada y las visitas íntimas no son las únicas formas de discriminación que sufren las mujeres en las cárceles. A ellas debemos añadir las situaciones de violencia sexual, un tema denunciado por organizaciones como American Watch y Amnistía Internacional.

Debido a estas denuncias cada vez más frecuentes, se ha conseguido que la custodia de las prisiones femeninas esté a cargo de mujeres. Sin embargo, en algunos países latinoamericanos la vigilancia externa sigue a cargo de policías, que en muchas ocasiones abusan sexualmente de las detenidas, particularmente cuando las acompañan a las audiencias de sus juicios.

Las situaciones descritas atentan contra la igualdad y el principio de no discriminación ante la ley y, en consecuencia, violan los derechos humanos. Recordemos la recomendación emanada de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en 1995 en Beijing en las cuales se establecía entre otros, revisar y enmendar las leyes y los procedimientos penales, según sea necesario, para eliminar toda forma de discriminación contra la mujer, con el objeto de procurar que la legislación y los procedimientos penales garanticen una protección efectiva contra los delitos dirigidos contra la mujer, o que la afecten en forma desproporcionada, así como el enjuiciamiento





por esos delitos, sea cual fuere la relación entre el perpetrador y su víctima, y procurar que las mujeres acusadas, víctimas o testigos no se conviertan otra vez en víctimas ni sufran discriminación alguna en la investigación de los delitos y el juicio correspondiente.

Se debe poner término al tratamiento diferencial aplicado a los hombres y las mujeres encarcelados en lo que concierne a la aplicación de las medidas alternativas a la privación de libertad y a la concesión de beneficios extra penitenciarios.

Ahora bien se debe tomar las siguientes consideraciones:

- a. Es necesario terminar con las situaciones específicas de violencia que sufren las mujeres en prisión, tanto en la privación o limitación de sus derechos sexuales y reproductivos, como en los abusos sexuales a los que son sometidas.
- b. Se debe mejorar la prestación de los servicios médicos y otorgarles una mejor asistencia jurídica.
- c. Hay que establecer un modelo de reinserción social que termine con los conceptos que legitiman los roles asignados por la división sexual del trabajo.
- d. Es necesario llamar la atención sobre la participación de la mujer en los delitos relacionados con drogas y el proceso de criminalización de estas mujeres.

- e. Se deben aplicar las convenciones y los tratados internacionales, especialmente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, para lo cual debe corregirse, si fuera necesario, la legislación nacional.
- f. Los patrones androcéntricos en el tratamiento de las mujeres detenidas son, evidentemente, muy difíciles de romper.
- g. Se requiere generar más conocimiento y fomentar la toma de conciencia sobre la necesidad de que, a través de la investigación y de una equitativa administración de justicia, se le dé prioridad a la formulación de una política criminal que corresponda a la especificidad de la mujer.
- h. Finalmente, hay que recordar que la Convención de los Derechos del Niño contempla los derechos de los menores de edad, por lo que hay que solucionar la situación de los hijos de las mujeres privadas en las cárceles de modo de perjudicarlos lo menos posible.

En la mayoría de las sociedades, la responsabilidad de la familia recae en las mujeres. De tal cuenta las mujeres reclusas tienen más probabilidad que los hombres de ser únicas o principales cuidadoras de los niños y niñas pequeños y otros miembros de la familia, por ejemplo, las personas mayores. Cuando se encarcela a la mujer, esto tiene consecuencias importantes para la familia.



Las visitas son cruciales para que la mujer pueda mantener el contacto con su familia. Debido a que hay pocas cárceles de mujeres, las reclusas tienden a quedar en cárceles totalmente alejadas de sus hogares y familias; más que en el caso de los hombres reclusos. Esto hace que sea más difícil para las personas visitar a las mujeres encarceladas y, en general, las mujeres reclusas reciben menos visitas familiares que los hombres reclusos.

El aislamiento geográfico de las cárceles de mujeres provoca problemas particulares a las mujeres indígenas. Investigadores en Canadá subrayaron que el desarraigo y el aislamiento del encarcelamiento se recrudece por las dificultades que tienen los parientes, que tienen que viajar grandes distancias, desplazarse por lo general desde comunidades remotas, para hacer una visita.

Una dificultad específica de las mujeres que han quedado encarceladas fuera de su propio país, mujeres extranjeras, es la de mantener contacto con sus hijos/as y sus familias en general.

Las mujeres encarceladas en otro país muy rara vez reciben visitas de familiares, si es que las reciben. Según datos del Reino Unido, sólo el 11% de las mujeres extranjeras en la cárcel han recibido una visita de sus hijos/as, en comparación con el 60% de las reclusas británicas. El costo para enviar cartas o hacer llamadas telefónicas de larga distancia es por lo común prohibitivo; los horarios en que se permite hacer llamadas pueden ser inadecuados por la diferencia de horario del país al que se llama. En



algunos países, las mujeres que tratan de estar en contacto con sus parientes (o aún con sus abogados) por correo, encuentran obstáculos como demoras, las cuáles se agravan si las autoridades carcelarias que vigilan la correspondencia retienen las cartas para mandarlas a traducir.

Esto dificulta aún más el mantener los lazos con la familia, aumenta la posibilidad de una ruptura familiar, y causa sufrimiento psicológico y emocional adicional a la reclusa.

Es un dato muy bien documentado que las mujeres encarceladas viven un grado mayor de angustia emocional como consecuencia de la preocupación por sus hijos/as, la cuál se expresa en formas de enojo, ansiedad, tristeza, depresión, vergüenza, culpa, baja autoestima y un sentimiento de pérdida.

Las reclusas mismas con frecuencia citan la preocupación por los hijos e hijas como su problema o preocupación más grande en la cárcel.

Otro problema que debe ser enfocado es en caso de arresto, las niñas detenidas deberán permanecer separadas de los adultos y de los menores de sexo masculino. No obstante, como lo prevé la Convención sobre los Derechos de la Niñez, puede darse una situación donde estar detenida junto a un adulto puede ser en favor del interés superior de la menor –por ejemplo, si la madre de la niña detenida estuviera también en la cárcel, podrían quedar juntas. Las políticas deben dejar abierta la posibilidad de que se tome dicha decisión, aunque está claro que sería una situación excepcional. En

estas circunstancias, la niña debe poder participar en la discusión para determinar cuál es su interés superior.

Se debe hacer una consulta con las niñas para saber qué instalaciones necesitan. En particular, dado el alto número de niñas detenidas que han sido objeto de agresiones físicas o sexuales, se les debe hacer partícipe en cualquier decisión relacionada con quién puede visitarlas en la cárcel.

No obstante, en la medida de lo permitido, luego de tomar en cuenta la protección que la niña necesita y lo que desea, las niñas detenidas deberían contar con arreglos para tener máximo contacto con su familia y cualquier otra red de apoyo. Se deberá proporcionar a las niñas detenidas instalaciones educativas que sean al menos equivalentes a aquellas disponibles para los menores en libertad.

De trabajar, deben hacerlo por períodos cortos, apropiados a su edad. Las menores que son madres en la cárcel necesitan mucha atención y cuidados ya que pueden tener más riesgos de salud durante el embarazo.

Al estar separadas de otras mujeres en su familia y de otras fuentes tradicionales de guía durante su primer embarazo, las menores que son madres tienden a necesitar especialmente el apoyo y orientación durante el embarazo y para cuidar de su bebé.

Las instalaciones para madres en los centros de detención para menores deberán ser al menos equivalentes a aquellas para madres adultas; por ejemplo, que garanticen que



las jóvenes madres puedan quedarse con sus bebés en la cárcel. Las menores que son madres deberán tener tanto acceso como sea posible a recibir apoyo de sus familias y otros miembros de la comunidad.





## CAPÍTULO IV

### 4. Niños criados en prisión.

La situación de las mujeres en prisión es difícil, pero la situación de los niños hijos de estas féminas que se encuentran con ellas es mucho peor.

“Las mujeres constituyen una pequeña minoría de la población de las cárceles, su número está creciendo a tasas desproporcionadas. Los regímenes penitenciarios, diseñados en su mayor parte para hombres, no cubren las necesidades ni los derechos de estas mujeres.

El encarcelamiento afecta a las mujeres de manera diferente que a los hombres. Las siguientes son algunas áreas claves que nos preocupan:

- a. Problemas de instalaciones.
- b. Personal no apropiado.
- c. Falta de contacto con la familia.
- d. Falta de programas educativos y de trabajo.



- e. Falta de cuidados de la salud apropiados.
  
- f. Una alta proporción de las mujeres encarceladas tienen historias de abuso mental, físico o sexual.
  
- g. El impacto negativo que el encarcelamiento de las madres tiene sobre sus hijos.
  
- h. El número desproporcionado de mujeres indígenas y mujeres extranjeras en la cárcel.

Esta pequeña lista muestra claramente que tanto las instituciones penales como quienes diseñan las políticas de los gobiernos y la comunidad internacional pasan por alto las necesidades de las mujeres encarceladas. Por ello, todos y cada uno de los aspectos de los regímenes de las cárceles de mujeres deben ser considerados, además de revisar por qué hay un aumento de población femenina en las cárceles. Todo esto, con el fin de garantizar que sus derechos, como los define la ley internacional.”<sup>21</sup>

#### **4.1 Los hijos de madres encarceladas**

La mayoría de las mujeres encarceladas son madres. Encarcelar a una mujer que es madre puede implicar no sólo la violación de sus derechos, sino también de los de sus

---

<sup>21</sup> Townhead, Laurel. **Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas**. Pág. 3

hijos. Cuando una madre es encarcelada, su bebé y/o niños pequeños pueden vivir en la prisión con ella o pueden quedarse fuera y vivir separados de ella. Ambas situaciones pueden poner en riesgo a los niños.

La cárcel no es un lugar seguro para mujeres embarazadas, bebés y niños pequeños y no es aconsejable separar a los bebés y niños pequeños de sus madres. No hay soluciones fáciles, pero la complejidad de esta situación no puede tomarse como excusa para dejar de proteger los derechos de los niños que tienen a un padre o una madre en prisión.

La investigación se ha centrado en el impacto del encarcelamiento de mujeres madres. No obstante, debemos señalar que muchas de estas mismas cuestiones y problemas se aplican también a los hijos de padres encarcelados.

“El Programa de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Consultivo Internacional Científico y Profesional de las Naciones Unidas en diciembre de 2005, durante su reunión bienal, el Consejo Consultivo Internacional Científico y Profesional del Programa de Justicia Penal de la ONU (ISPAC) decidió aceptar la propuesta del Comité Mundial de Consulta de los Amigos (cuáqueros) (FWCC) de llevar a cabo un proyecto sobre mujeres en la cárcel y los hijos de madres encarceladas. El ISPAC se creó en 1991 para canalizar la información profesional y científica hacia esta área de trabajo de la ONU y, en parte, como respuesta a la Resolución 45/107 de la Asamblea General en donde se hace un llamado para una mayor participación de las ONGs, “con

el fin de implantar en su totalidad los mandatos derivados del programa de prevención del delito y justicia penal y para proporcionar experiencia técnica y científica y recursos para asuntos de cooperación internacional en este campo.”<sup>22</sup>

En vista de la falta de atención a la mujer encarcelada por parte de la comunidad internacional, merece la pena subrayar el espacio que los órganos de los tratados de derechos de las Naciones Unidas dedican a este tema.

Las investigaciones indican que en particular los niños y niñas cuya madre está en la cárcel sufren efectos adversos inmediatamente y a largo plazo en la relación con sus compañeros, daño irreparable a la relación con sus madres, y pueden tener mayor riesgo de ser encarcelados en el futuro.

La falta de instalaciones para niños visitantes puede dificultar las visitas a niños/as y madres. A los menores se les hace más difícil cumplir con las reglas que les exigen quedarse sentados y quietos en una mesa, conversando. La presencia de oficiales uniformados puede asustarlos.

Las reglas que prohíben el contacto físico son especialmente angustiantes para los niños/as y sus madres. La oportunidad que permite a la madre jugar con sus hijos/as y

---

<sup>22</sup> Organización de Naciones Unidas, **El programa de prevención del delito y justicia penal del consejo consultivo**, [www.ods.un.org](http://www.ods.un.org), (02 de octubre de 2010).



darles consuelo y expresarles su afecto mediante el contacto físico es esencial para el bienestar de los menores y para la relación madre-hijo.

Seguir en contacto con los niños y niñas mediante llamadas telefónicas y cartas puede ser especialmente problemático. Las restricciones de horarios en que pueden hacerse llamadas dificulta el poder hablar con los niños. Una madre con varios/as hijos/as puede verse en dificultades para repartir el tiempo de la llamada entre todos de modo que cada uno/a tenga igual oportunidad de hablar con ella.

También, puede ser que los niños y niñas sean demasiado pequeños para leer o escribir cartas.

Los niños que viven en las cárceles con sus madres, en particular desde la perspectiva de los derechos de los niños y las niñas, son poco atendidos, por ejemplo en cuanto a:

- Qué tanto se toman en cuenta los derechos de los niños al sentenciar a una madre;
- Cómo se toman las decisiones sobre si los bebés y niños pequeños deben acompañar o no a su madre en la prisión (o en detención preventiva);
- El impacto que la prisión tiene en el niño;
- Las instalaciones que deben proporcionarse;

- Cómo se deberá manejar cualquier separación posterior entre el niño y su madre y;
- Alternativas sin privación de la libertad y diferentes formas de prisión que apoyen la maternidad y el desarrollo del niño.

Actualmente y a manera de rutina, el Comité de los Derechos del Niño solicita a los Estados que en su informe incluyan información sobre este tema. En vista de esto y tomando en cuenta los comentarios recibidos sobre las pautas, se mantiene la esperanza de que habrá interés en desarrollar aún más las pautas para que los Estados las apliquen.

#### **4.2 Los bebés que nacen en la cárcel**

Mientras están en la cárcel, las mujeres embarazadas tienen necesidades de salud y nutrición particulares. En algunos países se encadena a las presas mientras dan a luz y/o son custodiadas por guardias hombres.

Los derechos de las madres y de los bebés tienen que ser tomados en cuenta en relación al embarazo, alumbramiento, lactancia y cuidado post-natal en la prisión. A menos que existan razones realmente fuertes para separar a los bebés de sus madres, debe entenderse que éstos deben permanecer con ellas. El vínculo inextricable que existe entre los niveles de ansiedad y estrés en la madre y la mayor o menor salud física y emocional del bebé debe ser reconocido y atendido.



Según las estadísticas del Sistema Penitenciario un promedio de 30 a 50 bebés nacen anualmente en el COF aun cuando existe un reglamento interno que hace la observación y/o recomendación que utilicen protección durante sus visitas conyugales, para evitar enfermedades y embarazos.

A pesar de que esto tiene un impacto profundo y permanente en los niños, es poca la atención que se ha dado a este punto.

Al aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en dichas situaciones nos llevaría a algunas conclusiones claras sobre los derechos de los niños a considerar cuando se toman decisiones con respecto a sus padres: para que se hable con ellos sobre la posibilidad de separarlos de su progenitor(a) y de quedar bajo el cuidado de otras personas; para que mantengan contacto con su progenitor(a) encarcelado(a) incluyendo las visitas; para que el estado les procure protección y asistencia especiales cuando quedan sin el cuidado de sus padres; etc.

#### **4.3 Problemas de discriminación en mujeres encarceladas**

Si bien no todos los aspectos relacionados con el encarcelamiento de mujeres tienen que ver con un fondo de discriminación, son muchos los que sí tienen que ver con ello. Debido al reducido número de cárceles para mujeres y en comparación con los hombres, las mujeres son por lo general llevadas a cárceles mucho más alejadas de



sus hogares y familias; esto hace que les sea más difícil mantener contacto con sus familias.

Por la falta de instalaciones separadas (o el reducido número de éstas), las delincuentes menores son encerradas con mujeres adultas. Casi invariablemente, los regímenes penitenciarios están diseñados para una población mayoritariamente masculina, por lo que la discriminación fluye en el sistema por una falta de programas e instalaciones orientados hacia las mujeres. Por ejemplo, las mujeres que conservan en prisión a sus bebés y niños pequeños por lo general quedan impedidas para participar en los programas educativos, de capacitación y trabajo debido a la falta de guarderías dentro de la prisión.

#### **4.4 Condenas más severas**

Los prejuicios contra las mujeres criminales pueden favorecer que se les impongan sentencias más severas y que incluso sean encarceladas por delitos por los que un hombre no sería encarcelado. Por ir en contra de las convenciones sociales, la sociedad puede condenar a una mujer. Hay grupos de mujeres como el de las extranjeras, indígenas, que pueden sufrir aún más discriminación.

#### 4.5 Detención preventiva

En los casos de detención preventiva, encerrar a las mujeres en las mismas instalaciones que los hombres puede ser una forma de discriminación, especialmente si los guardias son hombres.

Lo mismo en los casos en que se aplican restricciones al contacto con sus familiares, esto incluye niños. Más que tratarse de una discriminación directa o abierta por parte del sistema de justicia, algunos de los aspectos discriminatorios hacia las mujeres por parte del sistema de justicia penal son reflejo de la discriminación o marginación de la mujer en la sociedad. Por ejemplo, una persona acusada de un delito tiene más probabilidades de recibir detención preventiva si no cuenta con un domicilio fijo y/o si sus garantías económicas o de otro tipo son insuficientes. Esto afecta en particular a las mujeres cuando no pueden ser dueñas de una propiedad, o tienen menos posibilidades para adquirirla, pues las mujeres que llegan al sistema de justicia penal pertenecen casi siempre a los sectores más pobres y más marginados de la sociedad. Las personas que son detenidas antes del juicio corren especial riesgo de autolesionarse o suicidarse.

En el 2000, el Instituto Australiano de Criminología reportó que el porcentaje de reclusos en prisión preventiva que murieron encerrados fue de casi el doble de los reclusos que cumplían sentencia.



En el Reino Unido, se identificó que el 21% de las mujeres en detención preventiva sufrían de algún tipo de psicosis, en comparación con un 10% de las mujeres con sentencia. Estas cifras ilustran dramáticamente la vulnerabilidad particular de la población confinada en prisión preventiva.

#### **4.6 Mayor probabilidad entre las mujeres encarceladas de ser las únicas cuidadoras de sus hijos**

Un tiempo en prisión, por corto que éste sea, tiene un efecto particularmente dañino en el caso de las mujeres en el sentido de que provoca una profunda ruptura familiar. La mayoría de las mujeres en prisión son madres y la probabilidad de que sean únicas responsables de los niños es más alta que en el caso de los presos hombres.

Una mujer que vive en un lugar provisional o rentado lo perderá al entrar a la cárcel. Al salir, tendrá dificultades para obtener una vivienda segura.

Por lo general, la madre cuyos hijos quedan al cuidado del Estado o de otra persona no podrá reclamar la custodia de sus hijos si no tiene una vivienda. Por lo anterior, incluso un período corto en prisión puede provocar una ruptura permanente de las familias. Si tiene un trabajo, casi con seguridad lo perderá. Luego, al salir de prisión, tendrá problemas para hallar una vivienda segura. Es común que una madre cuyos hijos han sido colocados en instituciones del gobierno o al cuidado de otra(s) persona(s) no pueda recuperar la custodia de ellos a menos que cuente con una vivienda y medios

para mantener a los/as niños/as. Por tanto, aún un período corto en prisión puede provocar el desmembramiento duradero o permanente de las familias, reducir la capacidad para encontrar trabajo y agravar los problemas económicos.

El mantener contacto con sus familiares puede tener importantes beneficios para los presos en general, pero toma una importancia particular en el caso de aquellas mujeres que son las principales o únicas responsables de los niños; y, como ya se dijo antes, la mayoría de las mujeres en la cárcel son madres.

Las autoridades deben garantizar que las mujeres privadas de libertad, sean respetadas en lo siguiente:

- Las mujeres presas tengan acceso a sus derechos básicos, entre ellos el derecho a que sus familiares las visiten.
- Es importante que el derecho a las visitas de familiares sea reconocido como tal y que se entienda que éste incluye que está prohibido castigarlas negándoles el contacto con su familia, ya que esto puede violar tanto los derechos de las presas como los derechos de sus hijos.

Los efectos de incluso un período relativamente corto en prisión son por lo común devastadores para una mujer que no ha sido todavía juzgada, particularmente si es única cuidadora de sus hijos/as.

Una mujer que habite en una vivienda no segura o rentada, por lo general la perderá al ir a prisión.

#### **4.7 Acciones a tomar frente a la separación de los niños de sus madres**

Cuando la madre debe permanecer en el penal por un tiempo indefinido, y el niño o la niña ya es mayor de tres años, es importante:

- Preparar al niño o a la niña para la futura separación. Con el niño trabajar el tema de la separación a través de juegos, escenas, títeres, cuentos análogos, hasta que vayan asimilando. Los profesionales en el penal prepararán a la madre brindando orientación psicológica y social. De la misma manera se debería solicitar a los profesionales del centro penitenciario orientación a los padres sustitutos.
  
- Hablarle de la situación poco tiempo antes de la separación.
  
- Ubicar previamente el lugar donde el niño o niña permanecerá.
  
- Realizar salidas previas con el fin de que el niño o la niña se aclimate al nuevo hogar.

- Llevarlo con una persona con la que el niño o la niña tenga ya un vínculo afectivo importante.
- Es importante hablarle con la verdad al niño o la niña, a pesar que le cause llanto. Siempre es más saludable la verdad que la mentira. Es la verdad la que genera confianza en los demás.

#### **4.7.1 Visitas a los centros de privación de libertad**

Es importante que los padres sustitutos o quien tenga la tutela mantengan un régimen de visitas regular, de acuerdo al reglamento interno del penal, con el fin de preservar el vínculo entre la madre y el hijo.

- Es mejor que el niño o la niña sea llevado siempre por el mismo familiar que lo cuida, para que pueda tener confianza en expresar sus temores y dudas.
- Es probable que durante las primeras visitas, el niño o la niña lllore al separarse de su padre o madre. Por eso, es importante la presencia del padre o madre sustitutos que le sirvan de consuelo y apoyo. Con el tiempo, el niño se acostumbrará a las despedidas.
- Los padres sustitutos deben anunciarle a la niña o al niño, con anticipación, cuánto durará la visita a su padre o madre y una vez dentro del penal anunciarle, con diez a

quince minutos de anticipación, que tendrá que irse a casa y así darle tiempo para prepararse para la despedida.

- Cuando el niño, niña o adolescente no alimenta el vínculo con su madre o su padre, se sentirá abandonado y no querrán asistir al penal los días de visita.
- Es importante que los padres sustitutos estimulen en las visitas a la madre o al padre. Si los niños o niñas se negaran a asistir, hablar con ellos y transmitirles sobre la importancia de un vínculo con su madre o padre.
- Hay que tener claro que una visita al mes no es suficiente para mantener un vínculo adecuado entre madre y niño.
- Durante el día de visita, es importante que la persona que lleva al niño o niña a ver a su madre o padre pueda dejarlos a solas, para promover un momento de intimidad entre ellos según los ambientes del centro penitenciario.
- La madre o el padre debe intentar un acercamiento a su hijo o hija sin presionarlo ni obligarlo a aceptar sus alimentos o cuidados. Dejarlos que cuenten las cosas que pasan en su vida. Si es pequeño, pueden jugar con ellos.
- La madre o el padre en el penal, deben tratar de ser intermediarios entre el hijo y los padres sustitutos.



## CAPÍTULO V

### **5. Análisis jurídico de la problemática a la que se enfrentan las mujeres privadas de libertad al ser madres y cómo se afecta a los niños bajo su custodia**

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco existen distintas leyes que tienen por objeto la protección de los derechos no solo de las mujeres sino también de los niños. De igual manera la Constitución Política de la República de Guatemala y otras leyes ordinarias regulan lo relativo a los fines que se persigue el derecho penal que a la vez se traducen en los fines que persigue el sistema penitenciario y los cuales básicamente son la readaptación social y la reeducación de los reclusos de conformidad con el Artículo diecinueve de la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

En el presente capítulo se analizarán las distintas leyes que dentro del ordenamiento jurídico y en pequeñas proporciones protegen a la familia, las mujeres, niños así como las leyes que regulan el funcionamiento del sistema penitenciario y como se aplica a la familia, mujeres y niños que son el objeto de la presente tesis.

#### **5.1 Constitución Política de la República de Guatemala**

La Constitución Política de la República de Guatemala, hace referencia a los centros de detención legal en el Artículo 10 de dicho cuerpo legal en donde establece: “Centros de detención legal. Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas



a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas.”

El Artículo 19 del mismo cuerpo legal hace referencia al Sistema Penitenciario: “El Sistema Penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones ni ser sometidos a experimentos científicos; b) Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; c) Tienen derecho de comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad. La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este Artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará la protección inmediata. El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este Artículo.

“En el primer párrafo se define el fin del Sistema Penitenciario, el cual es la readaptación social y la reeducación de los reclusos. La readaptación social se refiere a

la eliminación de la conducta no tolerada por la sociedad y la reeducación se refiere al aprendizaje de conocimientos escolares, técnicos y culturales elementales que son necesarios para la vida. En el último párrafo del Artículo 19 se establece claramente que la materia penitenciaria es responsabilidad del Estado, ya que este es el único ente al que le corresponde proporcionar las condiciones para el cumplimiento del presente Artículo. En consecuencia, es el deber del Estado proporcionar una infraestructura carcelaria suficiente con personal capacitado y especializado, como lo requiere la literal (b) del primer párrafo.

Por lo demás se establecen los tratos y derechos mínimos de los reclusos, así como la responsabilidad del Estado en caso que no se garantizan estos derechos mínimos.”<sup>23</sup>

El Artículo 47 determina: “Protección a la familia. El estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los conyugues, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el numero y espaciamento de sus hijos.”

El Artículo 51 indica: “Protección a menores y ancianos. El estado protegerá la salud física mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud y seguridad y previsión social.”

---

<sup>23</sup> Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. **El Sistema penitenciario guatemalteco –un diagnóstico-**, pág. 13.





El Artículo 52 establece: “Maternidad. La maternidad tiene protección del Estado, el que velara en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.”

En los Artículos que anteceden se puede observar que la Constitución Política de la Republica de Guatemala establece una serie de derechos que no solo son protegidos por el ordenamiento jurídico interno de cada país sino también por los tratados y convenios internacionales en dicha materia, con lo cual las distintas instituciones que velan por el cumplimiento de estos derechos deben de actuar en concordancia con aquellas que por mandato legal están encargadas de los centros de cumplimiento de penas privativas de libertad, con el objeto de que se vele por el irrestricto cumplimiento de los mismo.

En el Título II de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, se agrupan los derechos humanos quedando en el capítulo segundo resguardados todos los derechos sociales y específicamente en la sección cuarta establece la educación como una obligación del estado la cual deberá prestar de forma gratuita y sin discriminación alguna con lo cual es también obligación del estado a través del sistema penitenciario y el Ministerio de Educación, crear centros de estudio adecuados en cada centro de cumplimiento de condenas para mujeres, los cuales deberán brindar educación no solo a las reclusas sino también a los niños que por estar con sus madres también se encuentran por así decirlo reclusos en dichos centros. Sin embargo en ese sentido existe una laguna legal que deja sin la protección de esos derechos a este sector de la

población, que al salir de dichos centros se encuentra con una realidad en la cual la educación es esencial para el mejoramiento de sus condiciones de vida.

## **5.2 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia**

De conformidad a lo establecido en el Artículo uno de la presente ley, el objeto de la misma es perseguir y lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco legal democrático de irrestricto respeto a los derechos humanos.

En ese orden de ideas la mencionada ley en su Artículo segundo define la niñez como aquella etapa en el ser humano que surge desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, siendo esta una etapa crítica en la formación y evolución de todo ser humano, la que formara y definirá su futuro. El Artículo tres del mismo cuerpo legal indica que el estado deberá de respetar los derechos y deberes de los padres de impartir en consonancia con sus facultades la dirección y orientación adecuadas para el ejercicio de los derechos fundamentales que todo el ordenamiento jurídico les brinda.

De tal cuenta es importante que el estado por medio de las instituciones que correspondan brinden toda ayuda para que la madre que se encuentra guardando prisión pueda efectivamente brindar la dirección y orientación adecuadas a los hijos que se encuentran privados de libertad por el hecho de estar bajo su cuidado.



De tal cuenta dicha ley establece como una garantía de protección a la niñez en toda decisión que se adopte al respecto el interés superior del niño, para lo cual aplicándolo a este tema en particular, siempre se debe entender como superior el beneficio de todos los niños que por circunstancias ajenas a su destino se encuentran en una prisión con sus madres, para lo cual se deben de velar , respetar y proveer todos los derechos que esta ley y las demás leyes les otorgan, con lo cual el estado debe de velar por la correcta aplicación de esta ley en concordancia con las leyes penitenciarias.

La presente ley establece como derechos individuales mínimos de los niños y los adolescentes los siguientes: tutelaridad, la vida, igualdad, integridad personal, libertad identidad, respeto, dignidad, petición, derecho a la familia. Así mismo establece como derechos sociales los siguientes: derecho a un nivel de vida adecuado, la lactancia materna, la salud, educación, cultura deportes.

Todos los derechos antes mencionados de igual manera se encuentran contenidos y distribuidos en las distintas secciones en que está compuesta la Constitución Política de la Republica de Guatemala los cuales son considerados inherentes a la persona y en especial a los niños, y deben ser aplicados también a niños que en su condición de hijos de madres condenadas al cumplimiento de penas en centros de reclusión, por lo cual en tal condición no puede entenderse que no pueden gozar de dichos derechos.

El espíritu de dicha ley no está dirigido a proteger únicamente los derechos de niños que en el mejor de los casos se encuentra disfrutando de su infancia lejos de muros que

les impiden ver el exterior, por lo anterior se debe de velar por su correcta aplicación a toda la niñez no importando su condición, social, económica.

### **5.3 Ley de Régimen Penitenciario.**

“El Sistema Penitenciario se rige actualmente bajo la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto numero 33-2006, que entró en vigencia el 7 de abril de 2007. Esta es la primera ley en Guatemala que regula el tema penitenciario, ya que anteriormente únicamente se contaba con algunos instrumentos legales que regularon aspectos muy puntuales en esta materia (p. ej. Ley de Redención de Penas y Acuerdo para la creación de las granjas penales). Aunque se habían creado comisiones para transformar el Sistema Penitenciario en varias ocasiones, fue hasta en el año 2006 que se aprobó la ley actual.”<sup>24</sup>

#### **5.3.1 Contenido de la ley**

Los rasgos más importantes de la Ley del Régimen Penitenciario son:

- La ley le atribuye dos fines al Sistema Penitenciario: 1. Mantener la custodia de las personas reclusas y velar por su seguridad, y 2. Garantizar la readaptación social y la reeducación de los reclusos, así como el respeto de sus derechos humanos.

---

<sup>24</sup> **Ibid**, pág. 13.

- La ley contempla cuatro órganos del Sistema Penitenciario: a. la Dirección General del Sistema Penitenciario; b. la Comisión Nacional del Sistema Penitenciario; c. la Comisión Nacional de Salud Integral, Educación y Trabajo; y d. la Escuela de Estudios Penitenciarios.
  
- Se estipula la organización de la Dirección General y la creación de la carrera penitenciaria a través de la Escuela de Estudios Penitenciarios.
  
- De acuerdo a la ley, los centros de detención deben ser clasificados en centros de detención preventiva con sectores de mínima, mediana y máxima seguridad y centros de detención de cumplimiento de penas con diferentes niveles de seguridad.
  
- El Estado debe adecuar la infraestructura y reducir la sobrepoblación en los centros de detención.
  
- Se implementa el régimen progresivo, el cual contempla cuatro fases: diagnóstico y ubicación, tratamiento, pre-libertad y libertad controlada, las últimas dos pueden ser unidos con un puesto de trabajo fuera del centro de detención. Se deben conformar equipos multidisciplinarios que están a cargo de hacer los diagnósticos y evaluaciones de los reclusos para este propósito. Este sistema pretende reforzar la readaptación social de los reclusos.

Aparte de lo anterior mencionado, la Ley del Régimen Penitenciario misma muestra distintas deficiencias que requieren una revisión y cambios legales, tendientes a mejorar la aplicación de la misma y que sea más acorde a la realidad, y que logre la consecución de los fines de la misma.

En el caso específico que nos atañe el Artículo 52 de la Ley del Sistema Penitenciario establece que los Centros de detención para mujeres deben contar con dependencias o sectores para reclusas embarazadas.

Además, debe contar con condiciones que permitan a las reclusas vivir con sus hijos hasta que estos cumplan cuatro años, el Estado está obligado a dotar de locales adecuados en el centro, destinados para guardería infantil que deben ser atendidos por personal especializado.

La normativa establece que la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (SOSEP) creará los Centros de Abrigo y velará por la educación de los hijos, de madres reclusas, hasta los 4 años, cuyos parientes dentro de los grados de consanguinidad no puedan hacerse cargo de ellos y deberá tener las condiciones que garanticen su desarrollo y educación integral.

El protocolo interno que data desde el dos mil seis, establece la separación de los hijos y sus progenitoras, este proceso psicopedagógico inicia desde los 3 años y medio de edad de los niños.

El Centro de Atención y Desarrollo Integral (CADI) funciona como guardería dentro del Centro de Orientación Femenino, donde los menores son atendidos, desde los 6 meses hasta los 4 años, de 8 de la mañana a dieciséis horas, por una maestra, una trabajadora social y dos madres cuidadoras que velan por los pequeños mientras sus madres laboran en diversas actividades dentro del panel.

### **5.3.2 Centros de detención para la población femenina**

La Ley del Régimen Penitenciario se refiere en el Artículo 52 Centros de detención para mujeres. Dichos centros deben ser adecuados a las necesidades de la población femenina y contar con espacios y atención para mujeres embarazadas, así como facilidades para hijos menores de cuatro años de edad que viven con sus mamás internados. Para tal efecto el centro debe contar con una guardería infantil que es atendido por personal calificado.

Se puede ver que únicamente hay dos centros destinadas exclusivamente a la reclusión femenina, lo que es una cantidad pequeña. Esto se debe a que (1) el total de reclusas femeninas es mucho menor que el de los hombres, y (2) porque es más común recluirlas en recintos mixtos, es decir en sectores o áreas destinadas a mujeres que están ubicados en un centro masculino. Sin embargo, esto no es ideal, ya que dichos centros frecuentemente no cuentan con atenciones especiales para las mujeres (ginecólogo, instalaciones y atención para niños pequeños), ya que ellas constituyen una minoría dentro de la población reclusa.

Los dos centros de detención exclusivos para mujeres son el Preventivo Santa Teresa en la zona 18 y el Centro de Orientación Femenino – COF- para el cumplimiento de pena. El COF es el centro de detención en mejor estado a lo que se refiere a la infraestructura y atención a las reclusas. El porcentaje de hacinamiento está relativamente bajo (35%), las instalaciones son buenas y el ambiente tranquilo. Las reclusas están ocupadas con distintos trabajos y programas educativos y cuentan con atenciones por parte de personal médico. Asimismo hay un área de guardería para los niños que viven con sus mamás, que está muy bonito y con atención profesional. El centro cuenta supuestamente con un sector de alta seguridad, sin embargo no hay mayores medidas de seguridad que en los otros sectores. El Preventivo Santa Teresa no cuenta con instalaciones y atenciones tan buenas. Siempre se cuenta con la atención médica necesaria, pero las actividades laborales y educativas son menos frecuentes. Las instalaciones son regulares, pero el centro sufre un hacinamiento de 177%. Hay sectores de alta seguridad con mayores medidas de protección y como tienen reclusas a pandilleras de distintas pandillas, se requiere una separación rigurosa. Hay un área para niños pequeños que está en buen estado, sin embargo la guardería estaba cerrada por ausencia de la persona encargada.

“Existe anarquía en la organización de los centros de detención y cumplimiento de pena, se carece de normas que ordenen la observación, diagnóstico y clasificación para ubicar a las reclusas y los reclusos y enviándolos/as a los diferentes centros dependiendo del lugar de origen o vecindad de la persona reclusa. Cuando la persona que cumple condena es mujer, el problema para ella es mayor porque será reclusa en





el único centro que existe en el país para este fin, el Centro de Orientación Femenina -COF- situado a 20km. de la capital. El reglamento para los centros de detención de la Republica fue emitido el 14 de noviembre de 1984. Según Acuerdo Gubernativo número 975-84, se aplica en todos los centros de detención y también en los de cumplimiento de pena porque no existe reglamento específico para éstos últimos.”<sup>25</sup>

Sobre la vigencia de los reglamentos de la Penitenciaria Central -Reglamento para el Centro de Orientación Femenina -COF- y el Reglamento para la Prisión de Mujeres Santa Teresa- existe discrepancia, porque teniendo tantas contradicciones o lagunas con respecto a la Constitución y los Códigos Penal y Procesal Penal, generalmente se recurre al Reglamento para los Centros de Detención de la República, al igual que lo hacen los otros centros de cumplimiento de pena.

#### **5.4 Reglas mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos**

Desde que se aprobaron las reglas mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos en 1955, han pasado más de 50 años.

---

<sup>25</sup> Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD, **Programa Salud y Justicia, Monografía las Mujeres Privadas de Libertad en Guatemala**, Pág. 10.

Desde entonces, las nociones de género han evolucionado considerablemente. Con esto en mente, la ONU, en Ginebra, está preparando un comentario sobre las reglas mínimas desde una perspectiva de género.

#### **5.4.1 Principales tratados de la Organización de las Naciones Unidas**

Los principales tratados de las Naciones Unidas que se encuentran en vigor en relación a los derechos de los privados de libertad son los que a continuación enumeramos:

- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Convención sobre los Derechos del Niño.

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Un comité de expertos independientes supervisa que cada tratado se cumpla en la práctica. Los siete comités se conocen como órganos de los tratados de derechos humanos. Sus funciones varían en algunos puntos, pero todos los órganos de los tratados reciben y revisan informes periódicos enviados por los Estados Partes. Además, todos los Comités tienen la capacidad para emitir declaraciones sobre la interpretación del tratado, conocidas como comentarios generales o recomendaciones generales.

### **5.5 Problemática de los niños bajo custodia de madres privadas de libertad:**

A partir de la perspectiva de los derechos humanos el encarcelamiento de niños se torna una violación del valor central del respeto hacia la persona que la misma ley, en un Estado de Derecho, debería proteger. Tenemos, por lo tanto, una contradicción entre los derechos de los niños y la realidad del encarcelamiento de hijos de madres condenadas en régimen cerrado.

En general las leyes y las convenciones tienden a mejorar el ambiente de las prisiones, exigiendo espacios reservados a guarderías para los bebés, tendiendo a la humanización de la permanencia de los niños dentro de la prisión. No es contestado el hecho de que un niño esté preso detrás de las rejas, esto es visto como algo natural y



no como una violación de los derechos fundamentales y de la ciudadanía del niño y contrario al concepto del Estado de Derecho.

El encarcelamiento del niño hiere profundamente el concepto del Estado de Derecho. Este tiene como esencia y prioridad la defensa de los derechos de la persona y el deber de garantía de los derechos fundamentales. En el Estado de Derecho hay una inversión en la relación entre Estado y ciudadanos: de la prioridad de los deberes de los súbditos en relación a la autoridad política y religiosa se pasa a la prioridad de los derechos del ciudadano y al deber de la autoridad pública de reconocerlos, tutelarlos y promoverlos.

El Estado de derecho atribuye al ordenamiento jurídico la función primaria de tutelar los derechos civiles y políticos, contrastando, con esa finalidad, la inclinación del poder al arbitrio y a la prevaricación. “En ese contexto el niño, debe ser visto como un sujeto de derechos y se le debe asegurar el derecho fundamental a la libertad y a la salud. La protección de los derechos subjetivos es vista por muchos autores como una conditio sine qua non de todo régimen democrático”.<sup>26</sup>

De este modo, los derechos fundamentales pasan a constituirse en materias sobre los que los poderes del Estado no pueden disponer, ya que se establecen como el fundamento de legitimidad del propio Estado y expresión firme de las democracias modernas. La garantía de los derechos fundamentales de libertad y la implementación

---

<sup>26</sup> Peixoto Rosângela Santa Rita, **Madres y niños detrás de las rejas: en tela de juicio el principio de la dignidad de la persona humana**, pág. 20.



de los derechos fundamentales positivos es el primer deber del Estado, condición de legitimidad de los poderes constituidos.

La aceptación del encarcelamiento de niños como algo natural suscita la necesidad de reflexionar críticamente sobre los fenómenos del sistema punitivo. Aceptando como un dato de hecho la estructura y la racionalidad de las prácticas penales existentes se elimina la necesidad de reflexionar críticamente sobre los fundamentos del sistema punitivo. Una vez aceptada la dualidad delito-castigo como algo natural, no resta nada sino garantizar que el castigo no viole el sentido de humanidad, y no sea inhumano.

En este caso el castigo permanece, y permanece para niños como seres humanos inocentes. El hecho de encontrar natural que el niño permanezca preso debido a la condenación de la madre, dando la sensación de inevitabilidad de encarcelamiento de bebés recién nacidos, conduce a reflexionar únicamente en la solución de problemas prácticos (existencia de cunas, lugar para amamantar, guardería) como si las instituciones penales fuesen algo natural, y su legitimidad no fuese fundamentada en convenciones sociales.

Pero lo mencionado anteriormente es una perspectiva, contra la otra que también de no darse en contraproducente para los niños y es que los niños tienen derecho a estar con sus padres y el crecer lejos de la madre también le ocasionaría un problema psicológico al infante; ya que el nexo que existe entre un hijo y su madre es insustituible entonces existe controversia en esta situación.



Una de las mayores angustias que sufren las niñas y los niños de padres y madres privados de libertad, es la amenaza de perder a su madre o a su padre, que son sus figuras más queridas y más cercanas. Los niños y las niñas sienten y creen que no son importantes para esa persona que ellos quieren.

Algunos niños reaccionan fuertemente a la separación y al encontrarse con la madre la buscan o abrazan; otros pueden mostrar rabia, no se calman y lloran con facilidad, y otros pueden mostrar indiferencia, pero es sólo una apariencia.

#### **5.6 Recomendaciones en relación a la situación de las mujeres en prisión y los hijos de madres encarceladas:**

- El Estado debe garantizar que las mujeres reclusas estén protegidas adecuadamente de la violencia y la agresión sexual, en particular, prohibiendo el uso inapropiado de personal masculino de guardia y prohibiendo también que los géneros estén mezclados en las instalaciones penitenciarias.
- Revisar el uso que hacen de la detención preventiva.
- Garantizar que las políticas y prácticas del personal de las prisiones cumplan con el requisito de que las mujeres presas deben ser supervisadas por guardias mujeres.
- Garantizar que las presas estén detenidas en instalaciones separadas de los presos.



- Establecer un procedimiento para atender quejas de mujeres por violencia sexual y física sufrida en la cárcel.
  
- Garantizar que el interés superior del niño sea considerado al detener o encarcelar a su madre y pensar seriamente en el costo social del uso cada vez más difundido de aplicar penas de encierro a mujeres por delitos no violentos, y considerar sentencias alternativas sin privación de la libertad para infractoras por delitos no violentos.
  
- Garantizar que los niños que viven en la cárcel están protegidos de la violencia y que gozan por completo de sus derechos.
  
- Garantizar que los niños despojados del cuidado materno porque su progenitora ha sido encarcelada puedan gozar de todos sus derechos, incluyendo el de mantener contacto con su madre encarcelada.

Al considerar cualquier función 'protectora' de la detención preventiva, los tribunales deben estar informados y tomar en cuenta los riesgos que particularmente en la mujer tiene imponer la detención preventiva: altos índices de autolesión, la probabilidad de perder su vivienda, ruptura familiar y una mayor exclusión social y vulnerabilidad. Los tribunales deben contar con una serie de opciones sin privación de la libertad y utilizarlas, por ejemplo: canalizar a una mujer a los servicios psiquiátricos o a instalaciones comunitarias bajo fianza, además de otros servicios que puedan ayudarles a atender los problemas subyacentes de drogodependencia y endeudamiento.



Los criterios para decidir si encarcelar o no a una persona mientras espera juicio no deben ser directa o indirectamente discriminatorios contra la mujer. El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias han observado el potencial de discriminación que existe por el hecho de basar dichas decisiones en evaluaciones de estabilidad y lazos con la comunidad.

Las mujeres que delinquen provienen típicamente de segmentos de la sociedad en desventaja económica y social. Por lo común, son mujeres jóvenes, sin empleo, con poca educación y con niños/as que dependen de ellas. Muchas de ellas tienen historias de alcoholismo o abuso en el consumo de sustancias. Una gran fracción de estas mujeres han vivido violencia o abuso sexual. Hay mucha probabilidad de que tengan problemas psicológicos. Por lo tanto, la mayoría de las mujeres evaluadas para detención preventiva presentarán una o más características que afectan negativamente la evaluación de su estabilidad.

Si una mujer es madre de un menor de dieciocho años, igual que en la decisión de dictar sentencia cuando se ha hallado culpable a la persona debe exigirse que toda decisión relacionada con su encarcelamiento antes del juicio tome en cuenta como punto principal a considerar el interés superior de la niñez. Por ejemplo, se podría exigir al tribunal que tome en cuenta el informe de servicios sociales en donde se evalúa cómo la detención de la madre impactará a sus hijos/as.



Si en un caso extraordinario, una madre va a prisión preventiva, se debe contar con programas en funcionamiento que garanticen que la detención preventiva no va a provocar una ruptura de la unidad familiar. Esto es importante tanto para proteger el derecho de la mujer a tener una vida familiar como para evitar la institucionalización de los menores. Debe haber apoyo y servicios disponibles para garantizar que cualquier menor será cuidado apropiadamente y que la vivienda familiar será segura. Mientras que el derecho de una mujer en prisión preventiva de mantener contacto con su familia está sujeto a restricciones necesarias en la administración de justicia, el derecho de un niño o niña a mantener contacto con su madre o padre sólo podrá limitarse si la restricción se impone atendiendo al interés superior del niño o niña. Este derecho está protegido por la Convención sobre los Derechos de la Niñez:

Los Estados partes respetarán el derecho del niño o niña que esté separado/a de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño o niña.

Aplicar lo que se estipula en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato a los reclusos con respecto de las personas detenidas o en prisión preventiva deberá implementarse como corresponde en las mujeres que guardan prisión.

El régimen no deberá ser más estricto de lo necesario y en particular, se deberá garantizar que las mujeres en detención preventiva son capaces de mantener buen contacto con sus familias, en los casos en que se permita el contacto.

## CONCLUSIONES

1. Las mujeres que se encuentran privadas de libertad, muchas veces sufren de violencia sexual o física por las autoridades encargadas de los centros carcelarios y los delitos de los cuales son víctimas en la mayoría de las ocasiones, se quedan en la impunidad.
2. Las mujeres cuando son aprehendidas, en muchas ocasiones son puestas en custodia juntamente con hombres o el personal que las atiende en su mayoría son de género masculino, lo que vulnera sus derechos fundamentales.
3. El interés superior del niño es vulnerado al encarcelar a su madre y querer la misma retomar su vida, pero el costo social cada vez hace más difícil esta situación debido a que la mayoría de mujeres encarceladas pertenecen a la clase pobre, lo que les dificulta recuperar a sus hijos.
4. Los niños que se encuentran con sus madres en prisión, son una parte de la población a la que no se le ha brindado la atención debida y con ello se ha vulnerado su interés superior.
5. Los niños que han sido despojados de su madre por estar encarcelada, son violentados en sus derechos al no permitírseles que puedan mantener contacto con ella durante el tiempo que se encuentre privada de libertad.



## RECOMENDACIONES

1. El Ministerio de Gobernación, tiene la obligación de establecer un procedimiento para atender las quejas de las mujeres que han sufrido violencia sexual y física cuando se encuentran privadas de libertad, porque se vulneran los derechos de estas mujeres y hasta se comenten ilícitos penales en contra de ellas.
2. El Estado por medio del Ministerio de Gobernación y del Sistema Penitenciario, debe garantizar que las mujeres reclusas estén protegidas adecuadamente de la violencia y la agresión sexual, prohibiendo el uso inapropiado de personal masculino de guardia y prohibiendo también que los géneros estén mezclados en las instalaciones penitenciarias y así evitar agresiones físicas y psíquicas.
3. Que el Estado de Guatemala a través del Organismo Judicial, vele que el interés superior del niño no sea vulnerado al detener o encarcelar a su madre, haciéndose los estudios pertinentes a cada caso y aplicar sanciones alternativas a la privación de la libertad para infractoras por delitos no violentos.
4. Es necesario que las diferentes instituciones estatales encargadas de proteger los derechos de los niños, supervisen que los infantes que viven en la cárcel se encuentren resguardados de la violencia, que gocen por completo de sus derechos y se les brinde una adecuada atención.



5. Le corresponde a los tres Organismos del Estado, procurar el interés superior de los niños despojados del cuidado materno debido a que su progenitora ha sido encarcelada, para que no se conviertan en víctimas del sistema, creando los mecanismos necesarios tendientes para que puedan mantener contacto con su madre privada de libertad y creando leyes que contengan la norma legal para lograr tal fin.



## BIBLIOGRAFÍA

- ANTONY, Carmen. **Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina**, (s.e.); Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2000.
- ARIES, Philippe. **El niño y la vida familiar en el antiguo régimen**. Madrid, Ed. Taurus; 1987.
- BELLUSCIO, Cesar Augusto. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires. 2004.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Fénix, 2008.
- CABANELLAS, G. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1, 979.
- Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. **El sistema Penitenciario Guatemalteco –un diagnóstico-**. Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2011.
- Educared, **Derechos del niño**. <http://www.educared.edu.pe/estudiantes/derechos/index.htm>. (12 Octubre 2010).
- ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado**. 3ª. ed. San Salvador : Ed. Jurídica Salvadoreña, 2006.
- <http://www.cosasdelainfancia.com/biblioteca-familia-g.htm>. **Cosas de la infancia, “Desarrollo integral del niño”**. (15 de septiembre 2010).
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Directrices para visitas a centros penitenciarios**. San José, Costa Rica: (s.e.), 1998
- Microsoft® Encarta® 2009. **Infancia**. 19 de Abril 2010.
- NEUMAN, E. **Prisión abierta**. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984.
- Organización de Naciones Unidas, **El programa de prevención del delito y justicia penal del consejo consultivo**. [www.ods.un.org](http://www.ods.un.org), (02 de octubre de 2010).
- PEIXOTO ROSÂNGELA Santa Rita, **Madres y niños detrás de las rejas: en tela de juicio el principio de la dignidad de la persona humana**. Brasilia, Universidad de Brasilia, 2006.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Pirámide S.A, 1976.



RAMOS PAZOS, René. **Derecho de familia.** [http://www.iupuebla.com/Maestrias/M\\_DERECHO/material\\_profesor/MA\\_DERECHO%20DE%20FAMILIA\\_2\\_julia.pdf](http://www.iupuebla.com/Maestrias/M_DERECHO/material_profesor/MA_DERECHO%20DE%20FAMILIA_2_julia.pdf), ( Guatemala, 2 de octubre de 2010).

REYES MORALES, Carlos Enrique. **Causas por las cuales fue emitido el reglamento del decreto 87 2005 Ley de acceso universal y equitativo de servicios de planificación familiar y su integración en el programa nacional de salud sexual y reproductiva.** Tesis de grado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2011.

SUAREZ, Odalys. **La familia como eje fundamental en la formación de valores en el niño.** (s.e.) Venezuela: (s.e); 2001.

TOWNHEAD, Laurel. **Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas.** (s.e.); Estados Unidos: (s.e.), 2006.

VASQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto. **Derecho civil I.** (s.e.), Guatemala: Ed. Rockmen, (s.f.).

ZAFFARONI, R.E. **Criminología.** Ed. Temis, Bogotá, 1993.

#### **Legislación:**

**Constitución Política de la República.** Asamblea Nacional Constituyente, 1,986.

**Declaración Universal de Derechos Humanos.** Organización de las Naciones Unidas, 1948.

**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

**Código Civil.** Decreto ley número 106.

**Ley del Régimen Penitenciario.** Decreto Número 33-2006 del Congreso de la República.

**Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.** Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala.