



Quaker United Nations Office

*Publicaciones  
Sobre los  
Refugiados y  
los Derechos  
Humanos*



## Huérfanos de la justicia

Buscando el interés superior del menor  
cuando se encarcela a su progenitor(a):

un análisis legal

*Jean Tomkin*

*Prólogo por Rachel Brett*





*Publicaciones Sobre los Refugiados y los  
Derechos Humanos*

**Huérfanos de la justicia**  
**Buscando el interés superior del menor**  
**cuando se encarcela a su progenitor(a):**  
**un análisis legal**

Jean Tomkin

Prólogo por Rachel Brett

## La Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas

La Representación Cuáquera ante la ONU (QUNO), con sedes en Ginebra y Nueva York, representa al Comité Mundial de Consulta de los Amigos (cuáqueros) (FWCC), organización internacional no gubernamental con Estatus Consultivo General en las Naciones Unidas. QUNO lucha por promover en las Naciones Unidas y en otras instituciones internacionales la paz y la justicia, preocupaciones de los Amigos (cuáqueros) de todo el mundo. QUNO cuenta con el apoyo de: *American Friends Service Committee*, *Britain Yearly Meeting* y la comunidad mundial de Amigos, así como de otros grupos e individuos.

El trabajo de QUNO sobre mujeres encarceladas y niños y niñas en la cárcel es patrocinado por *Irish Aid*.

## Otras publicaciones de esta serie\*

- Jennifer Rosenberg (2009) *La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados*  
Megan Bastick y Laurel Townhead (2008) *Mujeres en la cárcel: comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*  
Oliver Robertson (2008) *Niños y niñas presos de las circunstancias*  
Oliver Robertson (2007) *El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*  
Laurel Townhead (2007) *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*  
Laurel Townhead (2006) *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*  
Marlene Alejos (2005) *Bebés y niños/las pequeñas que residen en prisiones*  
Rachel Taylor (2004) *Women in Prison and Children of Imprisoned Mothers: Preliminary Research Paper*

\* (N. de la T.: los títulos de la serie que aparecen en español son versiones traducidas del original en inglés [ambas versiones están disponibles]; los que aparecen en inglés, no están aún disponibles en español.)



Todos los trabajos de QUNO se publican bajo licencia de Creative Commons. Pueden ser copiados, distribuidos y modificados para propósitos no comerciales, siempre que se dé crédito al autor original y cualquier obra modificada se publique bajo una licencia idéntica a ésta. Para más información y todos los detalles de la licencia, consúltese: <http://creativecommons.org>.

Foto de portada: Jonathan Tomkin

Traducción al español: Gabriela Lozano

Todas las publicaciones de QUNO pueden ser descargadas sin costo desde nuestra página web: [www.quno.org](http://www.quno.org). También es posible solicitar copias impresas.

Quaker United Nations Office  
Avenue du Mervelet, 13  
1209 Ginebra  
Suiza

Tel: +41 22 748 48 00

Fax: +41 22 748 48 19

Correo electrónico: [quno@quno.ch](mailto:quno@quno.ch)

# Contenido

---

<i>Prólogo</i>	1
<i>Agradecimientos</i>	3
<i>Resumen general</i>	5
<i>Metodología</i>	7
<i>Introducción</i>	9
<i>1 Los derechos legales de la niñez</i>	11
1.1 El desarrollo de los derechos de los niños y las niñas	11
1.2 El marco jurídico internacional	12
1.3 El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo	13
1.3.1 El derecho a desarrollarse	15
1.4 El derecho a estar acompañado/a de sus progenitores, su familia y la sociedad	16
1.4.1 El derecho de la familia a tener privacidad y a vivir sin interferencias gubernamentales	17
1.4.2 El derecho a ser cuidado y estar acompañado por su progenitor(a)	17
1.5 No discriminación	18
1.6 El punto de vista de la niñez	19
<i>2 El principio del interés superior</i>	21
2.1 Introducción	21
2.2 El principio del interés superior en los instrumentos de derechos humanos	21
2.3 El principio del interés superior en la Convención sobre los Derechos de la Niñez	21
2.3.1 El Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez	22
2.4 Definir el interés superior del niño y la niña	24
2.4.1 El niño y la niña en el centro de sus derechos: equilibrio entre los intereses de autonomía y los derechos de autodeterminación con los intereses básicos y del desarrollo	25
2.5 El papel del poder judicial como evaluador del principio del interés superior	26
2.6 Aplicar evidencias científicas para evaluar el principio del interés superior	28

2.7	Los derechos de la niñez y los intereses de la sociedad en la balanza	29
2.8	Conclusiones	32
3	<i>Prisionización secundaria</i>	33
3.1	Introducción	33
3.2	Los efectos del encarcelamiento sobre el derecho del niño y la niña a desarrollarse	33
3.2.1	Las consecuencias directas de separar a un menor de su progenitor(a) por encarcelamiento	34
3.2.2	Los efectos indirectos – consecuencias indirectas del encarcelamiento de un(a) progenitor(a) sobre los derechos del niño y la niña	35
3.3	Las consecuencias del encarcelamiento sobre el derecho del niño y la niña a estar con su familia	35
3.4	Conclusiones sobre la prisionización secundaria – el interés superior de la niñez	36
3.5	Cómo mitigar los efectos negativos sobre el menor	36
4	<i>Prisionización primaria</i>	39
4.1	Introducción	39
4.2	Perspectivas europeas – un breve resumen	39
4.3	Las ventajas de la prisionización primaria	41
4.4	El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo	41
4.5	El derecho a estar acompañado/a de su familia	43
4.6	Empoderamiento	44
4.7	Protección	45
4.8	La situación de los niños y niñas con progenitores encarcelados en los países en desarrollo	46
4.8.1	De qué manera algunos países menos desarrollados combaten los efectos del encarcelamiento sobre los derechos de la niñez: estudio de caso sobre las cárceles de Bolivia	48
4.9	Recomendaciones generales para los países en desarrollo	54
4.10	Conclusiones	54
5	<i>Ideas finales</i>	57

# Prólogo

---

Desde el 2005, la Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas, en Ginebra, ha publicado varios documentos sobre los diferentes aspectos del impacto del encarcelamiento de una madre o un padre sobre los niños y niñas. Las evidencias apuntan fuertemente hacia un impacto multifacético, pero casi siempre negativo.

Con esto en mente, a la Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas le pareció que podría ser de utilidad identificar aquellas situaciones en las cuáles los tribunales hayan tomado en cuenta el impacto sobre los niños y niñas al momento de sentenciar al padre o a la madre que los cuida.

Por tanto, nos complació descubrir que Jean Tomkin, pasante irlandesa, hubiera escrito su tesis de maestría precisamente sobre este tema. Quisiéramos agradecerle a ella su disposición a reescribir y actualizar su tesis para publicarla. Al reunir cuestiones legales sobre el derecho de la niñez bajo estas circunstancias y considerar la jurisprudencia de una serie de países, incluyendo el caso del tribunal constitucional sudafricano que constituyó un hito: *S vs. M*, esperamos que *Huérfanos de la justicia* motive y habilite a abogados, jueces, hacedores de políticas, y activistas a comprender por qué y cómo el interés superior del menor puede y debe ser tomado en cuenta cuando una madre o un padre con niños/as que dependen de ella/él llega al sistema de justicia penal.

Rachel Brett  
Representante (Derechos Humanos y Refugiados)  
Quaker United Nations Office, Ginebra





# Agradecimientos

---

Gran parte del presente documento es resultado de la investigación realizada en la preparación de la tesis de maestría junto con el Centro Interuniversitario Europeo para los Derechos Humanos y la Democratización. Quiero extender mi más sincero agradecimiento a las siguientes personas:

Al Profesor Paul Lemmens, por su paciencia y sabiduría en las etapas iniciales de este documento; a Rachel Brett, de la Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas (QUNO), por la oportunidad de volver a este tema y por su orientación y entusiasmo; al Dr. Hugh Gash, por dedicar su valioso tiempo a revisar el escrito desde su perspectiva como psicólogo infantil, y a todas las personas de la oficina del Defensor del Pueblo en Bolivia por abrirme sus puertas y las de San Pedro y Obrajes; a T.P. Kennedy y a Eva Massa de *Law Society of Ireland*; y a Dara Robinson, de *Garrett Sheehan and Partners*, por su continua amabilidad y apoyo a lo largo de toda mi formación académica.

Por último, a Fergal y a mi familia, sobre todo a mi madre y a mi hermano Jonathan, por todas sus sugerencias, ayuda, paciencia y apoyo constantes durante la gestación de este trabajo y a lo largo de la vida de su autora.



# Resumen general

---

Los derechos legales de la niñez en virtud de las leyes internacionales se han venido desarrollando desde 1919, a través de tratados tanto regionales como globales para salvaguardar los intereses de los niños y las niñas. Pero muchos de estos derechos, consagrados en la Convención sobre los Derechos de la Niñez y en otros documentos, se ponen en riesgo cuando un progenitor es encarcelado. Mientras que los derechos de un menor a sobrevivir y desarrollarse pueden verse obstaculizados tanto si se le encarcela con su progenitor(a) como cuando se le despoja de todo contacto con éste/a, la separación familiar obligatoria que generalmente acompaña al encarcelamiento tiene un impacto sobre el derecho de los niños y las niñas a ser cuidados y acompañados por sus progenitores.

En el núcleo de las decisiones relacionadas con niños y niñas, incluyendo a aquellos afectados por la situación real o potencial del encarcelamiento de un progenitor, está determinar el interés superior de esos niños y niñas. Este principio, que exige que el interés superior del niño o la niña sea una consideración primaria, ha sido interpretado de diferentes maneras por los Estados. En el presente documento nos proponemos analizar el abordaje de los tribunales en diferentes jurisdicciones. Por ejemplo, la Suprema Corte de Canadá emitió en un fallo que el principio del interés superior no es tan fundamental para la procuración de justicia como para opacar a todas las demás cuestiones a considerar; por su parte, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica exigió que cuando se dicte sentencia a delincuentes que cuiden niños/as se tome en cuenta el impacto que la sentencia tendrá sobre los niños y niñas. En Australia, se presentó ante los tribunales un caso donde tanto el padre como la madre de tres menores enfrentaban sentencia de cárcel. El tribunal expresamente consideró las posibles consecuencias negativas sobre los niños, además de las obligaciones internacionales de los Estados, y ordenó una liberación condicional para la madre. En Italia, a las mujeres embarazadas y a las que tienen niños/as menores de tres años se las sentencia con arresto domiciliario, en lugar de cárcel.

Los tribunales tal vez tengan que encontrar un equilibrio entre los diferentes derechos e intereses de los niños y las niñas, entre otros, sus *intereses básicos* (cuidados físico, intelectual y emocional generales), *intereses relacionados con el desarrollo* (desarrollo de las capacidades del menor para su beneficio), e *intereses de autonomía* (establecer relaciones sociales y hacer elecciones personales), y de sopesarlos contra los intereses de la sociedad en su conjunto. En muchos casos, la falta de orientación legislativa ha llevado a que los tribunales mismos establezcan y desarrollen criterios sustantivos para determinar el interés superior del menor.

En todo el mundo, millones de niños y niñas se ven afectados por el hecho de que uno de sus progenitores está en la cárcel. Esto puede ser perjudicial para el desarrollo del menor, debido a factores como: la pérdida del contacto con su progenitor encarcelado y no ser criado por él/ella, pérdida de ingresos y estabilidad, y la respuesta personal individual de cada niño y niña ante la situación. Los efectos negativos del encarcelamiento de un progenitor han hecho que se tomen medidas para tratar de atender esta cuestión; un ejemplo sobresaliente es el de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez, en donde se afirma que “siempre se considerará primero una sentencia sin encierro al sentenciar a [...] madres”. En la versión preliminar de las Directrices de la ONU para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas se subraya la importancia de la estabilidad en cuanto a los cuidadores y en mantener un vínculo seguro y continuo con sus cuidadores principales.

Las reglas para permitir que los niños y las niñas vivan en los reclusorios con su progenitor(a) encarcelado/a varían ampliamente de un Estado a otro e incluso de un reclusorio a otro dentro de un mismo Estado. El Consejo de Europa ha hecho comentarios sobre el ambiente inapropiado que las cárceles ofrecen a los bebés y niños/as pequeños/as, sin embargo, en los reclusorios que sí logran mantener instalaciones y prácticas adaptadas a las necesidades de los niños y las niñas, las ventajas de que los niños y niñas pequeños mantengan los lazos con su madre encarcelada se tornan más

significativos. No obstante, el derecho legal del menor a que se atienda a su interés superior depende de factores que incluyen, entre otros, las instalaciones disponibles para la estimulación y el desarrollo del niño y la niña, las actitudes del personal penitenciario y las probables consecuencias de vivir con cuidadores alternativos fuera de la cárcel. Los niños y niñas necesitan ser protegidos de todo daño, ser empoderados mediante educación y otros medios, y tener la compañía de su familia. En países pobres, puede ser que los niños y niñas que viven en las cárceles padezcan más privaciones materiales que los de los países ricos pues, según se informa, sufren problemas relacionados con la alimentación, los servicios de salud, el alojamiento, la educación y la recreación. Sin embargo, al igual que India en el 2006, dichos Estados pueden también exigir el cumplimiento de estándares mínimos en cuanto a los derechos y el bienestar de los niños y las niñas.

El trabajo de campo en Bolivia reveló que pese a que las estipulaciones legales exigen que los niños y las niñas que viven en las cárceles deben tener acceso a una guardería y a una adecuada nutrición, en la realidad, los reclusorios son lugares donde se ponen en grave riesgo los derechos y el bienestar de los menores. Tres cuartas partes de la población penitenciaria boliviana están en espera de un juicio. Las celdas son asignadas de acuerdo a la capacidad monetaria de cada preso, lo que se traduce en que algunos reclusos, y cualquier miembro de su familia que viva con ellos, tendrán que dormir afuera o en el suelo de celdas ya sobrepobladas. Se han dado casos de niños y niñas desnutridos. Algunos de los niños y las niñas que viven en la cárcel han desarrollado la conducta antisocial de sus progenitores y de otros reclusos. Cuando los menores asisten a la guardería, por lo general no se les estimula; los niños y niñas que asisten a escuelas fuera de los reclusorios son objeto de estigmatización, hostigamiento y aislamiento. Se han recomendado: cambios al sistema de justicia penal, mayor apoyo para el Defensor del Pueblo sobre la situación de las Cárceles y más cantidad y calidad en los abogados defensores.

El importante papel de la familia como núcleo proveedor de un sentido de pertenencia, que imparte habilidades para la vida, valores y límites de conducta, es esencial para el desarrollo sano de sus miembros y de la sociedad en general. El propósito y uso de las cárceles debe ser tomado en cuenta en un contexto más amplio, y que la rehabilitación pase de ser una retórica de los tribunales para convertirse en el corazón de las políticas penitenciarias. Al dictar sentencias, los intereses del menor deben tomarse en cuenta, además de aplicarse enfoques más creativos, basados en la comunidad y de justicia reparadora, y mantenerse el contacto con los progenitores encarcelados (siempre que esto sea en el interés superior del niño o niña). Aplicar el principio del interés superior en estos casos podría ayudar a reducir el riesgo de que el delito se perpetúe de generación en generación, además de garantizar que la justicia se imparta al evitar el castigo de otra persona que no sea la persona que delinquiró. Al no mantener el interés superior del menor podría provocarse que el concepto de justicia se tornara confuso y que se hiciera de los niños y niñas unos huérfanos de la justicia.

# Metodología

---

El presente documento está escrito principalmente desde una perspectiva legal; gran parte de su contenido se basa en un análisis de las decisiones judiciales, la jurisprudencia, las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No obstante, reconociendo la complejidad de los derechos de la niñez en general, además de los efectos dañinos del encarcelamiento de un progenitor sobre –entre otros- los derechos del desarrollo del menor, se adoptó un enfoque más holístico y se tomaron en cuenta las perspectivas filosóficas, psicológicas, sociales y políticas pertinentes.

El documento se apoya principalmente en fuentes legislativas, artículos e investigaciones empíricas reportadas. No obstante, en un intento por lograr un equilibrio entre la teoría y la práctica, y con el fin de ayudar a formular propuestas –modestas, pero prácticas— de reforma, la información de dichas fuentes se complementó con investigación de campo, entrevistas telefónicas y cuestionarios. Se realizaron visitas a dos reclusorios en La Paz, Bolivia, por mediación de la Oficina del Defensor del Pueblo. Se hicieron varias entrevistas al Defensor del Pueblo y a los asistentes sociales de su oficina, al director de los reclusorios de hombres y de mujeres, a trabajadores sociales en general, profesores de escuela y pediatras, además de a personas que trabajan en la guardería y en la cocina de la cárcel. En Irlanda, se realizaron visitas tanto a la cárcel de hombres como a la de mujeres en Dublín. Se enviaron cuestionarios a más de 30 países europeos en relación a: la disponibilidad de unidades madre-bebé en las cárceles, otras instalaciones proporcionadas para los niños y niñas, y todas las medidas que se toman para garantizar que el contacto familiar se mantenga durante el período de encarcelamiento del progenitor.



# Introducción

---

Se calcula que en todo el mundo 9.25 millones de personas están encarceladas.<sup>1</sup> Dicho encarcelamiento afecta la vida tanto de quien vive tras las rejas como de quienes lo esperan afuera. Existe una falta de legislación y de investigaciones empíricas sobre los efectos del encarcelamiento en los hijos e hijas de reclusos/as a quienes Roger Shaw se refirió como los huérfanos de la justicia.<sup>2</sup>

Se presenta el siguiente dilema: ¿qué debería hacerse con los millones de niños y niñas que viven la situación de que uno o ambos de sus progenitores están en la cárcel? El dilema aparece enunciado en un informe publicado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la cual encontró que “las cárceles no proporcionan un ambiente apropiado a los bebés e infantes y, por lo común, les causan dificultades en su desarrollo con secuelas a largo plazo. Por otra parte, si se separa de su madre a bebés e infantes, éstos sufrirán daños emocionales y sociales permanentes”.<sup>3</sup>

En el presente escrito se explorarán las consecuencias del encarcelamiento de un progenitor sobre los derechos del menor. Se evaluará, a través de la jurisprudencia y los instrumentos legales pertinentes, cómo mejor conciliar los derechos de la niñez con la necesidad que la sociedad tiene de hacer responsables de sus actos a los infractores. Se tomarán en cuenta aquellas cárceles donde se separa a la familia y el contacto entre el progenitor y el niño o la niña está reglamentado con horas de visita, además de penitenciarías donde los niños y las niñas viven con su progenitor encarcelado, con miras a identificar la manera óptima de garantizar que los derechos de los niños y niñas de padres y madres encarcelados sean respetados, protegidos y cumplidos. Un tema subyacente que se refleja a lo largo de este documento es que los efectos del encarcelamiento paterno/materno sobre sus niños/as no es una preocupación local, sino global, que afecta a niños y niñas tanto de países desarrollados como de naciones en desarrollo.

---

1 *World Prison Population List*. La lista fue publicada por primera vez en 1999 por el Consejo de Directores en Investigación, Desarrollo y Estadística de la Home Office del Reino Unido bajo el título de *Research Findings No. 88* por Roy Walmsley. Su séptima edición se publicó en 2006. *The World Prison Brief*, una amplia base de datos con información sobre los sistemas penitenciarios del mundo, desarrolló otra lista en base a ésta que está disponible en: [www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org). Es producida por el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, King's College, Universidad de Londres.

2 Shaw, Roger (1992) 'fathers and the orphans of justice' en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' children, what are the issues?* (Londres: Routledge), págs. 41- 48

3 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2000) Doc. 8762: Mothers and babies in prison, disponible en: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc00/EDOC8762.htm>, (consultada el 10 de mayo de 2007)





# I Los derechos legales de la niñez

## I.1 El desarrollo de los derechos de los niños y las niñas

Los derechos de la niñez han formado parte del discurso de derechos humanos desde 1919, cuando la Organización Internacional del Trabajo produjo una serie de convenciones relacionadas con normas laborales para niños y niñas trabajadores. Sin embargo, los derechos de aplicación general a todos los niños y niñas empezaron a ser reconocidos ampliamente sólo a partir de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de la Niñez adoptada por la Liga de Naciones en 1924. A pesar de las diferencias ideológicas que existen entre esos derechos y los derechos reconocidos y promovidos actualmente en todo el mundo, la Declaración de 1924 sirvió como un importante fundamento para los derechos de la niñez. Éstos se desarrollaron aún más en 1959, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez.

Las estipulaciones de aquél entonces eran proteccionistas y estaban orientadas al bienestar. El tono de los derechos era que el niño o niña “no estaba en posición de ejercer sus propios derechos; los adultos los ejercían por ellos y al hacerlo estaban sujetos a ciertas obligaciones. Así, podía decirse que un niño o niña tenía una condición jurídica especial por su incapacidad de ejercer sus derechos”.<sup>4</sup> Dicho enfoque de los derechos de la niñez queda ilustrado en un pronunciamiento durante el caso irlandés de 1979: *State (M) vs. El Procurador General*. Aquí, la Suprema Corte de Irlanda hizo recordar que “los tribunales han interpretado de manera consistente el derecho [de un niño o niña] a la libertad, como un derecho que puede ejercer no por su propia elección (que es incapaz de hacer), sino por elección de su progenitor(a), progenitores o tutor(a) legal, sujeto siempre al derecho de los tribunales en procedimientos apropiados de negar esta elección en el interés predominante del bienestar del menor”.<sup>5</sup>

Posteriormente, los derechos de la niñez evolucionaron gradualmente hacia el empoderamiento del menor. En particular, la Convención sobre los Derechos de la Niñez de 1989 marca un claro desplazamiento hacia reconocer que el niño y la niña son poseedores activos de derechos; no objetos pasivos con derechos que les eran colocados.

La Convención sobre los Derechos de la Niñez contiene una mezcla de derechos generales —por ejemplo, el derecho al desarrollo durante la vida— con derechos orientados hacia el bienestar. En ella también se estipulan derechos tanto civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales. La amplia gama de estipulaciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de la Niñez refleja el amplio espectro de las perspectivas mundiales en torno a los derechos de los niños y las niñas. Aún más, el hecho de que la Convención sobre los Derechos de la Niñez sea el instrumento internacional de derechos humanos más ampliamente ratificado da testimonio del alto valor que se da a la salvaguarda de los derechos de los niños y las niñas.

En su análisis de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, Michael Freeman observa que tal vez el eje fundamental de los derechos articulados en la Convención se encuentre en el Artículo 12,<sup>6</sup> donde se les exige a los Estados Partes garantizar al niño/niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que pudieran afectarle, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o niña, en función de su edad y madurez. El Artículo 12 ilustra el cambio fundamental en la ideología sobre los derechos de la niñez

4 Delegado francés en la Comisión de Derechos Humanos en 1959, según citado en: Veerman, Philip (1992) *The rights of the child and the changing image of childhood*, (Dordrecht: Nijhoff), pág. 164

5 *State (M) v The Attorney General* [1979] IR 73

6 La importancia del Artículo 12 fue ratificada recientemente por los Estados Partes durante el 27º Período de Sesiones de la Asamblea General titulado “Un mundo apropiado para la infancia”, en 2002.

en los 75 años transcurridos para su desarrollo. No obstante, todavía existe un debate significativo en torno a en qué medida dar la *debida consideración* a los puntos de vista y opiniones del menor en aras del principio del interés superior enunciado en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez.

El Comité de los Derechos de la Niñez observó en su Comentario General 5, que la participación activa es uno de los cuatro principios generales de la Convención.<sup>7</sup> Señaló, además, que la implementación del Artículo 12 es parte integral de la implementación de los demás artículos, como también un derecho autónomo del niño y la niña.<sup>8</sup> El Comité determinó que la base de los derechos de la niñez giraba en torno a los derechos de los niños y las niñas a hablar, participar y hacer que sus puntos de vista sean tomados en cuenta. En el centro de este derecho yacía lo que el Comité denominó *un nuevo contrato social*, donde se reconoce a los niños y niñas plenamente como poseedores de derechos, con derecho a recibir protección, pero también poseedores del derecho a participar en toda cuestión que pudiera afectarles, un derecho que puede considerarse como símbolo de su reconocimiento como poseedores de derechos.<sup>9</sup> En el presente documento se examinará en qué medida la participación de los niños y niñas en el ejercicio de sus derechos establecidos en la Convención en virtud del Artículo 12 es en el interés superior de ellos cuando uno de sus progenitores va a ser encarcelado.

## 1.2 El marco jurídico internacional

Como ya se dijo anteriormente, hay una falta de estipulaciones jurídicas que atiendan específicamente las necesidades de los niños y niñas cuyos progenitores han sido encarcelados. Una excepción a este déficit legislativo es la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez, que en su Artículo 30(1) cubre específicamente a los niños y niñas de madres encarceladas. Mediante esa estipulación se exige que siempre se consideren sentencias sin privación de la libertad como primera opción y que se establezcan y promuevan alternativas sin encierro. En particular, el Artículo 30(1)(f) señala que: “el objetivo esencial del sistema penitenciario será el de reformar, integrar a la madre con su familia y rehabilitarla socialmente”. En otros instrumentos regionales no se menciona nada al respecto. El resultado de ese silencio es que al examinar los derechos de niños y niñas en cualquier caso dado se exija a los tribunales que adapten y apliquen estipulaciones legales de una naturaleza más general.

Si bien la Convención sobre los Derechos de la Niñez es la principal fuente de derechos de los niños y las niñas en la legislación internacional de derechos humanos, no es la única. El Comité sobre los Derechos de la Niñez observó que la Convención “refleja una perspectiva holística sobre el desarrollo temprano en la niñez en base a los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos”.<sup>10</sup> Todos los tratados, acuerdos y convenciones internacionales se aplican a los niños y las niñas. En su Comentario General Núm. 17 sobre el Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos observa que los niños y niñas son beneficiarios de todos los derechos civiles reconocidos por el Pacto en virtud de que son individuos.

Existen, además, numerosos instrumentos que reconocen y garantizan los derechos de los individuos privados de la libertad. Dichos instrumentos existen a nivel internacional, regional y nacional, en forma de declaraciones, acuerdos y convenciones. En el preámbulo de los Principios y

7 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Comentario General Núm. 5, CRC/GC/2003/5, pág. 4

8 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Recomendaciones finales después del Day of General Discussion on the Right to be Heard, septiembre de 2006

9 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Preámbulo de las Recomendaciones finales después del Day of General Discussion on the Right to be Heard, septiembre de 2006, también subrayado en: Comité sobre los Derechos de la Niñez, Comentario General Núm. 12, CRC/C/GC/12, Párr. 2

10 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Day of Discussion on Implementing Child Rights in Early Childhood, 17 septiembre de 2004, Párr. 1

Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios Interamericanos) se reconoce la precaria situación de quienes son arrestados en cárceles y las condiciones críticas que soportan. En el Principio X se estipula que “Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez”. En un pronunciamiento, la Suprema Corte de la India<sup>11</sup> emitió recomendaciones similares en lo concerniente a instalaciones educativas y cuidados nutricionales para los niños y niñas que vivan en las cárceles con sus progenitores. También en el Principio XVIII de los Principios Interamericanos se habla sobre mantener un contacto periódico con las familias y los hijos/as que han quedado separados de su padre o madre por causa de una sentencia de cárcel. No obstante estas estipulaciones legislativas y deliberaciones jurídicas limitadas, se ha hecho poco en cuanto a la aplicación práctica e implementación de medidas para proteger los derechos de los niños y niñas que viven en la cárcel con su progenitor(a), o de aquellos que se mantienen en contacto con su progenitor(a) encarcelado/a a través de visitas y cartas.

El Comité de los Derechos de la Niñez subraya cuatro principios generales que pueden resumirse a partir de la Convención sobre los Derechos de la Niñez: primero, *el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo*; segundo, *el interés superior del menor*; tercero, *la participación*; y cuarto, *la no discriminación*.<sup>12</sup> Es a partir de estos principios que el presente documento evaluará cómo los derechos legales de los niños y las niñas y su interés superior se garantizan en las circunstancias de un progenitor en prisión.

### 1.3 El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

La protección del derecho a la vida, según se consagra en varias convenciones internacionales, de entre las cuáles sobresale el Artículo 6(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también está estipulada en el Artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, donde se reconoce el derecho de los niños y las niñas a vivir, sobrevivir y desarrollarse. En el Artículo 6(1) de la Convención sobre los Derechos de la Niñez se estipula que el menor tiene el derecho inherente a la vida y los Estados Partes deben garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño y la niña. El uso de la palabra “inherente” denota que no se trata de un derecho colocado sobre el individuo por la sociedad, sino que por el contrario se trata de un derecho existente que la sociedad tiene obligación de proteger.<sup>13</sup> Los Artículos 6(1) y 6(2) están interrelacionados, son interdependientes y están conectados con otros derechos articulados en la Convención sobre los Derechos de la Niñez y definidos por ellos.<sup>14</sup> El derecho a la vida es evidentemente un derecho humano fundamental, sin el cual los demás derechos de la Convención sobre los Derechos de la Niñez pierden todo significado.<sup>15</sup> Este derecho inherente a vivir está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y aparece más detallado en la Convención sobre los Derechos de la Niñez. El Estado no sólo tiene la obligación positiva de proteger la vida de un menor sino también la de proporcionar los recursos adecuados para garantizar su supervivencia y desarrollo.

La mayoría de los instrumentos de derechos humanos regionales e internacionales contemplan la protección específica a las mujeres embarazadas en la cárcel o en peligro de ser ejecutadas. Esto es cierto tanto para la Legislación Internacional de Derechos Humanos como para el Derecho

11 *R D Upadhyaya v State of AP* [2006] INSC 204 disponible en: <http://www.commonlii.org/in/cases/INSC/2006/204.html> (consultada el 11 de agosto de 2009)

12 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Comentario General Núm. 5, CRC/GC/2003/5, págs. 3-5

13 Detrick, Sharon Lynn (1999) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Kluwer Law International), pág. 126

14 Nowak, Manfred (2005) Article 6 – *The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), págs. 13-14

15 Nowak, Manfred (2005) Article 6 – *The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), pág. 1

Internacional Humanitario. El Artículo 76(3) del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949 prohíbe la ejecución de mujeres embarazadas y madres con infantes y niños/as pequeños/as. El Artículo 6(5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que las mujeres embarazadas no deben ser sentenciadas a muerte. En Europa, el Artículo 1 del Treceavo Protocolo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el Artículo 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea abolen formalmente la pena de muerte, por lo que todo reconocimiento especial a las mujeres embarazadas o con niños/as dependientes es redundante a este respecto. El Artículo 7(2) de la Carta Árabe de Derechos Humanos estipula de manera similar que una mujer embarazada o madre lactando no debe ser ejecutada. Por último, el Artículo 4(5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe aplicar la pena capital a las mujeres embarazadas. Estos derechos, dedicados a proteger a las madres embarazadas o madres con infantes, reconocen el derecho inherente del menor a la vida, según está expresado en el Artículo 6(1) de la Convención sobre los Derechos de la Niñez. No obstante, es interesante observar que durante las negociaciones los representantes de los gobiernos solicitaron expresamente que se evitara el debate de en qué momento inicia la vida.<sup>16</sup>

Durante las negociaciones para la aprobación de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, hubo mucho debate en torno al uso de la palabra “supervivencia” en el Artículo 6. De los *travaux préparatoires* puede deducirse claramente que la razón para usar la palabra “supervivencia” es dar una obligación positiva a los Estados de garantizar que tomen las medidas apropiadas para prolongar la vida del menor.<sup>17</sup> Un observador de la Organización Mundial de la Salud explicó que el término “supervivencia” en este contexto incluye el monitoreo del crecimiento, la rehidratación oral y el control de enfermedades, además de alimentación de pecho, inmunización, espacio entre un hijo y otro, comida, y alfabetizar a las mujeres.<sup>18</sup> Los delegados observaron además que la supervivencia y el desarrollo han adquirido un significado especial de garantizar la supervivencia del menor a fin de que se lleve a cabo el pleno desarrollo de su personalidad, desde el punto de vista material y espiritual.<sup>19</sup>

Se reconoció que el concepto de prolongar la vida del menor incluye la obligación de dar los pasos positivos necesarios para proteger a los niños y las niñas de la violencia y el maltrato. El Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a niños y niñas de todas las formas de violencia física y mental, lesiones y maltratos, abandono y trato negligente, maltrato y explotación. Además, el Artículo 20 insta a los Estados a garantizar que todo niño o niña privado de su ambiente familiar sea protegido y mantenido por el Estado. Los Artículos 32 al 38 también incluyen salvaguardas, como la del Artículo 33, que protege a los niños y niñas contra ser utilizados para el tráfico ilícito de narcóticos. Dada la interdependencia e interrelación de los instrumentos de derechos humanos y de los artículos dentro de cada uno de los instrumentos, proteger los derechos de los niños y niñas se hace cada vez más difícil cuando se separa al niño o niña de su familia. Se ha observado que el derecho a respetar los puntos de vista del menor según lo estipula el Artículo 12, que se discute con todo detalle más adelante, es importante para la realización de los derechos: “El Comité ratifica la obligación de los Estados Partes de implementar el Artículo 12, que es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, y que por ello debe ser parte integral de la implementación de otras estipulaciones de la Convención”.<sup>20</sup>

16 Informe del Grupo de Trabajo sobre la versión preliminar de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, E/CN.4/1988/28, Párr. 18

17 Informe del Grupo de Trabajo sobre la versión preliminar de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, E/CN.4/1988/28, Párr. 21

18 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Dordrecht: Nijhoff), pág. 122

19 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Dordrecht: Nijhoff), pág. 122

20 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Day of General Discussion on the Right to be Heard, septiembre de 2006, pág. 2

### 1.3.1 El derecho a desarrollarse

El Comité sobre los Derechos de la Niñez opinó que el derecho a desarrollarse en virtud de la Convención sobre los Derechos de la Niñez debe definirse de manera similar al desarrollo humano definido en el Artículo 1 de la Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986.<sup>21</sup> Este derecho a desarrollarse conlleva un proceso amplio de realización de los derechos de los niños y las niñas al punto de permitirles “crecer de manera saludable y protegida, libres de temores y deseos, y desarrollar su personalidad, talentos y capacidades mentales y físicas en todo su potencial de acuerdo a sus capacidades en desarrollo”.<sup>22</sup> El Comité halló también que el término ‘desarrollo’ debe interpretarse en sentido amplio, agregando una dimensión cualitativa: se refiere no sólo a la salud física sino también al desarrollo mental, emocional, cognitivo, social y cultural”.<sup>23</sup> A este respecto, la versión preliminar de las Directrices de la ONU para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas enviada a la Asamblea General de la ONU por el Consejo de Derechos Humanos durante el 11º período de sesiones, señala que “todo niño, niña y persona joven debería vivir en un ambiente de apoyo, protección y cuidados que favorezca su pleno potencial”.<sup>24</sup>

Cuando examinamos el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el derecho a la educación cobra especial importancia. Este derecho es clave para el desarrollo del menor hasta convertirse en un ciudadano letrado y educado, capaz de defender sus derechos. A pesar de su importancia, se ha dedicado poca atención a la educación de los detenidos y sus familias. Esto se debe a una falta de voluntad política que se refleja en los pocos recursos disponibles, por lo común, por falta de interés público y una profunda predisposición negativa hacia los infractores. Debe subrayarse que el elemento punitivo de la sentencia de cárcel yace únicamente en la privación de la libertad, que en sí misma causa graves dificultades, y que proteger otros derechos, entre ellos el derecho a la vida, a la alimentación, a la educación, a estar libre de tortura, debe seguir siendo primordial. A la luz de las duras penas que los reclusos y sus familias enfrentan, su inherente vulnerabilidad y abandono, Vernor Muñoz, Relator Especial sobre el derecho a la educación, dedicó su informe 2009 para el Consejo de Derechos Humanos a la provisión de educación para los detenidos. En su informe subraya el vínculo inherente entre la educación y su impacto positivo en la reducción de la reincidencia, aunque también sea imperativa por sí misma, y hace destacar algunas estipulaciones locales para la educación de los niños y niñas que viven en las cárceles. En particular, en el informe se observa que fuera de unas cuantas medidas innovadoras, pocos países implementan requisitos legales para proporcionar educación a los niños y niñas que viven en las cárceles.<sup>25</sup>

En el caso de niños y niñas cuyo/a progenitor(a) está encarcelado/a, los riesgos posibles para el derecho a la educación protegido por el Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por el Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por los Artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, ameritan ser tomados en cuenta. Dada la inherente interdependencia de los derechos, cualquier violación del derecho a la educación infringe también otros derechos, incluso el derecho a desarrollarse.

En un comentario al Artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, Manfred Nowak señaló que los progenitores juegan un papel integral en el desarrollo del infante.<sup>26</sup> Este punto de vista es compatible con el Artículo 18(1), en donde se estipula que los progenitores serán los principales responsables de la crianza y desarrollo de los niños y niñas. Por tanto, la Convención sobre los Derechos de la Niñez insta a los Estados Partes a respetar el papel de los progenitores como

21 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), pág. 2

22 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), pág. 2

23 Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, Fact sheet No. 10, disponible en: <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs10.htm> (consultada el 7 de julio de 2007)

24 Consejo de Derechos Humanos, 11ª Sesión, Resolución 11/7: Directrices para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas, Párr. 4

25 Muñoz, Vernor (2009) *The right to education of persons in detention: report of the Special Rapporteur on the Right to Education*, A/HRC/11/8, Párr. 45

26 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), págs. 37-38



cuidadores principales del menor, con la condición de que el ambiente sea el adecuado para que el niño o niña pueda desarrollar todo su potencial. Además, como se verá más adelante, la relación del niño o niña con su progenitor(a) es fundamental para que desarrolle un sentimiento de seguridad y de tener un lugar en la sociedad. Por tanto, separar obligatoriamente al niño/la niña de sus progenitores podría tener un impacto negativo sobre su desarrollo social.

## 1.4 El derecho a estar acompañado/a de sus progenitores, su familia y la sociedad

La utilidad de la familia como unidad básica de la sociedad ha sido objeto de debate durante siglos. A pesar de que la enorme importancia de la familia, especialmente en lo que se refiere a educar al menor y ayudarlo a desarrollarse, sigue vigente, no existe una clara definición universal de familia, concepto que en todo caso está siempre cambiando y que difiere de un país a otro. La suma importancia de la familia se ve reflejada en las legislaciones locales, en las deliberaciones de los tribunales, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En la versión preliminar de las Directrices de la ONU para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas, se observa que debido a que “la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el ambiente natural para el crecimiento, bienestar y protección de los niños y niñas, se deben dedicar esfuerzos principalmente a permitir que el menor permanezca o regrese con sus progenitores, o en su defecto, con familiares cercanos. El Estado debe garantizar que las familias tengan acceso a apoyos para su papel de cuidadoras”.<sup>27</sup>

Al analizar los derechos de los progenitores, David Archard encontró que la posición legal de los progenitores se deriva de una presunción de que ellos son los cuidadores más apropiados y quienes en mejor posición están de garantizar los derechos de los niños y las niñas.<sup>28</sup> El rol de los progenitores en la crianza de sus hijos/as se ha descrito como un papel doble. Por un lado, está el *papel funcional* de velar por la nutrición, protección y estimulación del menor. Se ha observado que en esta etapa temprana de la vida los progenitores “juegan un papel fundamental en dar forma al desarrollo posterior del niño o niña”.<sup>29</sup> El otro papel del progenitor en el desarrollo temprano del menor es el que se conoce como *papel simbólico cultural*. Su importancia es la de garantizar un sentido de pertenencia en el menor. “El papel del vínculo niño/a-progenitor(a) para la construcción de la identidad tiene que ver con dos procesos: el proceso de afiliación, mediante el cual el niño o niña se identifica con los demás e integra estructuras de parentesco y comunidad; y las vivencias del vínculo temprano. Estas últimas determinan si el menor se siente suficientemente amado y refuerzan en él sentimientos inconscientes sobre el derecho a existir.”<sup>30</sup>

El reconocimiento jurídico del papel esencial de los progenitores en el desarrollo del menor se ve reflejado en una gama de instrumentos legales que protegen la autonomía y la privacidad de la unidad familiar y, en particular, la posición de los progenitores. En el Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se estipula que la familia es la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a ser protegida por la sociedad y el Estado. En circunstancias donde un padre o madre es encarcelado/a, dos aspectos del derecho de la familia a ser protegida se vuelven particularmente pertinentes: el derecho de la familia a tener privacidad, sin interferencias indebidas del Estado; y el derecho del menor a tener la compañía de sus progenitores.

27 Consejo de Derechos Humanos, 11a Sesión, Anexo de la Resolución 11/7: Directrices para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas, Párr. 3

28 Archard, David (1993) *Children Rights and Childhood* (Londres: Routledge), págs. 102-106

29 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 27

30 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 28

#### 1.4.1 *El derecho de la familia a tener privacidad y a vivir sin interferencias gubernamentales*

El derecho de la familia a tener privacidad y a no tener interferencias del gobierno, como lo estipulan entre otros los Artículo 17, 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce la importancia de la familia como institución. Es problemático que mediante el uso de sentencias de cárcel el Estado vulnere a la misma institución que tiene obligación de proteger y limite algunos de los más básicos y fundamentales derechos que en otras circunstancias se garantizarían a las familias. En defensa de la autonomía y privacidad de la familia, Archard argumenta que “la familia” y “el Estado” comúnmente se han representado como esferas de acción mutuamente excluyentes, con los derechos de autonomía de la familia limitando el poder del Estado.<sup>31</sup> Generalmente, a este respecto se puede contar con el Artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales que obliga a los Estados a abstenerse de cometer interferencias ilegales que pudieran infringir el derecho a la privacidad y a tener una vida en familia.

El derecho al respeto de la vida privada y la vida en familia, cubierto por el Artículo 8(1) de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no es un derecho absoluto y está sujeto a las limitaciones estipuladas en el Artículo 8(2). En el caso *Murray y Murray vs. Irlanda*,<sup>32</sup> un marido y su mujer, ambos cumpliendo cadenas perpetuas, buscaban hacer valer su derecho a procrear. Aunque la Suprema Corte de Irlanda reconoció que el derecho a tener hijos es un derecho protegido por la Constitución, sostuvo que ciertos derechos pueden suspenderse como consecuencia directa del encarcelamiento.

#### 1.4.2 *El derecho a ser cuidado y estar acompañado por su progenitor(a)*

La importancia del derecho del menor a recibir cuidados y compañía de su familia se ve reflejada en su reconocimiento universal. El derecho aparece en convenciones internacionales, específicamente, en el Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, además de en instrumentos regionales, a saber, el Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el derecho del menor a ser parte de una familia; el Artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención; y el artículo 19 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez.<sup>33</sup>

En el Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez se dedican cuatro párrafos a expresar el derecho del menor a recibir cuidados y compañía de su progenitor(a). En el primero, se obliga al Estado a garantizar que el niño o niña no será separado de su familia en contra de su voluntad, excepto cuando las autoridades competentes, sujetas a revisión judicial, determinen que la separación responde al interés superior del menor. En el Artículo 9(2) se estipula que siempre que exista el riesgo de separación, “se deberá dar a todas las partes interesadas oportunidad de participar en los procedimientos y de dar a conocer su punto de vista”. En el Artículo 9(3) de la Convención, se obliga al Estado a garantizar que cuando el menor sea separado de sus progenitores, mantendrá contacto periódico con ellos, siempre en sujeción al interés superior del niño o niña. Por último, en el Artículo 9(4), se exige que cuando el Estado sea responsable de separar al menor de su progenitor(a), proporcionará al menor toda la información pertinente relacionada con el paradero de dicho progenitor. En el Artículo 16 de la Convención se estipula que ningún menor será sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en su privacidad, su familia, su hogar o su correspondencia, y que un menor tiene derecho a buscar protección de la ley contra tal interferencia. En el Artículo 20 de la Convención se subraya la obligación del Estado de garantizar continuidad en el cuidado del menor y de proporcionarle protección y ayuda especiales cuando éste sea retirado de su ambiente familiar.

31 Archard, David (1993) *Children Rights and Childhood* (Londres: Routledge), pág. 52

32 *Murray and Murray v Ireland* (1991) ILRM 465

33 Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez (1990), Artículo 19

En su comentario sobre el Artículo 9, Jaap Doek reconoce que el encarcelamiento comúnmente provoca que el menor sea separado de su progenitor(a).<sup>34</sup> Doek habla del dilema inherente que el encarcelamiento plantea a los derechos de la niñez, provocando que se tenga que elegir entre separar al niño o niña de su progenitor(a) o hacer que el niño o niña viva en la prisión “sabiendo que la cárcel no es un ambiente apropiado para bebés o niños/as pequeños/as”.<sup>35</sup>

En Europa, es común apoyarse en el Artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales (discutido anteriormente en el contexto del derecho a la privacidad y a la vida en familia) para proteger los derechos de los niños y niñas a recibir cuidados y compañía de sus progenitores. En el caso *Johansen*<sup>36</sup>, al evaluar si el hecho de colocar a una niña bajo cuidado institucional constituía o no una violación del Artículo 8, el tribunal encontró que “si se toman en cuenta la mejoría que tendría sobre la situación de la solicitante y los efectos irreversibles que tendría privar a la solicitante de sus derechos maternos y del goce de una vida familiar con su hija, no podía decirse que las medidas estuvieran justificadas”.<sup>37</sup> El tribunal tomó en cuenta el interés superior de la menor al equilibrar los intereses de la niña de quedar bajo cuidado gubernamental con los derechos de la madre a reunirse con su hija; encontró que quitarle a la niña el cuidado materno debería ser sólo una medida temporal. Más aún, cualquier riesgo a la salud y el desarrollo del menor deberá considerarse en el centro de toda decisión que limite los derechos garantizados por el Artículo 8.<sup>38</sup>

El derecho fundamental de los niños y las niñas a ser cuidados y acompañados por su familia se revisó en la Suprema Corte de Irlanda en relación al caso *Re J.H., un infante*. Aquí, el Presidente de la Suprema Corte, refiriéndose a la Constitución Irlandesa, observó que se trataba de un derecho a “pertenecer a un grupo unitario poseedor de derechos inalienables y sin caducidad, preponderantes y superiores a toda ley positiva”.<sup>39</sup>

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez, es en cierta medida reflejo de los derechos contenidos en el Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez al estipular que “el menor *deberá* tener derecho a gozar de los cuidados y protección de sus progenitores y *deberá*, siempre que sea posible, tener el derecho de residir con sus progenitores. Ningún niño o niña *deberá* ser separado/a de sus progenitores en contra de su voluntad, excepto cuando una autoridad judicial determine, en cumplimiento con la ley apropiada, que dicha separación es en el interés superior del niño o niña”.

En las Reglas Mínimas de la ONU para el Trato a los Reclusos se menciona que siempre que se permita a infantes lactando permanecer en la cárcel con su madre, se deberá contar con una guardería con personal calificado donde se llevará a los menores cuando no estén con su madre. Sin embargo, como sucede con varias de las Reglas Mínimas, las estipulaciones son limitadas e imprecisas.

## 1.5 No discriminación

El Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez estipula que los Estados Partes deben tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el menor sea protegido de todas las formas de discriminación y castigo. En el Artículo 2(2), se obliga a los Estados a garantizar que ningún niño o niña sea discriminado/a por las acciones de sus progenitores. En palabras del Juez Sachs, un menor “no puede ser tratado como mera extensión de sus progenitores, destinado

34 Doek, Jaap (2006) *Article 8: The right to preservation of identity, Article 9: the right not to be separated from his or her parents* (Leiden, Nijhoff), pág. 23

35 Doek, Jaap (2006) *Article 8: The right to preservation of identity, Article 9: the right not to be separated from his or her parents* (Leiden, Nijhoff), pág. 23

36 *Johansen v Norway* [1996] ECHR 31

37 *Johansen v Norway* [1996] ECHR 31, en Párr. 72

38 *Johansen v Norway* [1996] ECHR 31, en Párr. 78

39 *Re J.H., an infant* [1985] IR 375, en Párr. 390



umbilicalmente a hundirse o a nadar con ellos [...] los pecados y traumas de los padres y las madres no deberán cobrarseles a sus niños y niñas”.<sup>40</sup> El principio de no discriminación tiene sus raíces fundamentales en los instrumentos de derechos humanos y se enuncia en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité de Derechos Humanos observó que el concepto de discriminación engloba toda distinción, exclusión, restricción o preferencia.<sup>41</sup> El principio de igualdad exige que los Estados Partes tomen acciones afirmativas para reducir o eliminar las condiciones que perpetúan la discriminación. El Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez confiere obligaciones positivas y negativas a los Estados. Reconociendo el riesgo de discriminación que podría darse contra los niños y niñas que nacen en la cárcel, la Regla 23 de las Reglas Mínimas exige que en el Acta de Nacimiento o registro no deberá mencionarse a la cárcel como lugar de nacimiento del menor. En India, en 2006, en su fallo, el Presidente de la Suprema Corte Sabharwal estableció las siguientes pautas: “En la medida de lo posible y siempre y cuando ella cuente con una opción adecuada, deberán hacerse arreglos para permitir la liberación temporal/libertad condicional temporal (o sentencia suspendida en el caso de infractoras menores u ocasionales) para que toda reclusa embarazada dé a luz fuera de la cárcel. Sólo en casos excepcionales que constituyan un riesgo de alta seguridad u otros casos graves equivalentes se podrá negar esta facilidad. Los nacimientos dentro de la cárcel, cuando ocurran, deberán registrarse en la oficina de registro civil local. Más, el hecho de que el menor haya nacido en la cárcel no deberá constar en el certificado de nacimiento expedido. Sólo se mencionará la dirección”.<sup>42</sup>

## 1.6 El punto de vista de la niñez

La cuestión de la participación y, en particular, el derecho de los niños y las niñas a que su opinión sea escuchada como una forma de empoderamiento, cobran especial importancia en el contexto de un progenitor encarcelado.

La libertad de expresión está consagrada en muchos instrumentos de derechos humanos, entre otros, el Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Al tomar en cuenta el derecho del menor a expresar una opinión en asuntos que le afectan, y a que su opinión sea tomada apropiadamente en cuenta, debemos mirar al Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, que es la fuente de donde se derivan los derechos de participación de los niños y las niñas. En el Artículo 12 se estipula que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. [...] Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado [...]”. En el Artículo 9(2) de la Convención sobre los Derechos de la Niñez se estipula que a todas las partes interesadas se deberá dar la oportunidad de participar en los procedimientos relacionados con separar a un padre o madre de su hijo/a. En un informe general del Comité sobre los Derechos de la Niñez, se observó que *todas las partes interesadas* debe incluir al niño o niña afectado/a, a quien se deberá dar la oportunidad de expresar sus puntos de vista durante los procedimientos.<sup>43</sup> A fin de cumplir con estas obligaciones legales, el Comité de los Derechos de la Niñez identificó varias estrategias claves a implementar, entre otras, dar capacitación a todas las ramas del sistema judicial como son: guardias de las cárceles, abogados, jueces, y que cuando surja la cuestión de colocar a un

40 *S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 de septiembre de 2007), en Párr. 18

41 Comité de Derechos Humanos, Comentario General 3 (treceava sesión, 1981), disponible en: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/c95ed1e8ef114cbecl2563ed00467eb5?OpenDocument> (consultada el 10 July 2007)

42 *R D Upadhyaya v State of AP*, [2006] INSC 204, en Párr. 11

43 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del Párrafo 1 del Artículo 44 de la Convención, CRC/C/58, Párr. 69

menor bajo cuidado alternativo, se garantice mediante la legislación apropiada, que los puntos de vista del niño o niña interesada serán escuchados y tomados en cuenta.<sup>44</sup> En la versión preliminar de las Directrices de la ONU para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas también se hace referencia a la importancia de tomar en cuenta los puntos de vista del niño o niña involucrada mediante aplicación de las directrices, y en particular al determinar el mejor curso de acción a seguir.<sup>45</sup>

Este derecho a participar se ha comparado con el derecho contenido en el Artículo 14(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo 8(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Artículo 6(1) de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que garantizan audiencias justas y públicas. El Artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos de la Niñez lleva el asunto un paso hacia adelante al dar al Estado la obligación de dotar a los niños y niñas con toda la información pertinente para que pueda preguntárseles sus puntos de vista y opiniones y así tomarlos en cuenta.

---

44 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Comentario General Núm. 12, CRC/C/GC/12, Párr. 49

45 Consejo de Derechos Humanos, 11ª Sesión, Resolución 11/7: Directrices para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas, Párr. 6 bis

## 2 El principio del interés superior

### 2.1 Introducción

El principio del interés superior aparece en muchas convenciones y declaraciones internacionales. Philip Alston se refiere al principio como una lente a través de la cual se ven todos los demás derechos.<sup>46</sup> Pero, es en la Convención sobre los Derechos de la Niñez donde este principio es un derecho en sí mismo y simultáneamente, uno a través del cual los demás derechos deben ser vistos e interpretados. A fin de evaluar cómo mejor atender las necesidades y derechos de un menor cuando se encarcela a su progenitor(a), en el presente documento revisaremos aquellos derechos sobresalientes de los niños y las niñas previamente identificados como los más relevantes en estas circunstancias, a través de la lente del principio del interés superior.

Algo problemático al interpretar y aplicar el principio del interés superior es que éste carece de definición y claridad. Se deja a cada uno de los Estados Partes definir el contenido y el alcance de dicho principio. Esto provoca diferentes resultados que dependen en gran medida del contexto social y cultural y del criterio judicial. El Sr. Juez Brennan de la Suprema Corte de Australia comentó que “el enfoque que se da al interés superior depende del sistema de valores de quien toma las decisiones. Al no haber una regla o pauta, dicho enfoque simplemente crea una libertad de criterio no examinable en manos del poder”.<sup>47</sup>

### 2.2 El principio del interés superior en los instrumentos de derechos humanos

Además de su vínculo inextricable con la Convención sobre los Derechos de la Niñez, el principio del interés superior es también una norma importante en otros instrumentos legales internacionales. En el Artículo 5(b) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) se estipula que en la “la educación y al desarrollo de sus hijos [...] el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. En el Artículo 16(d) de la CEDAW se especifica que en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, los intereses del menor serán la consideración primordial. Aún más, Alston observa que aunque la frase no aparece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos se refiere al interés primordial del menor en dos Comentarios Generales.<sup>48</sup> La aplicación del principio a nivel internacional es un indicativo de su amplia aceptación.<sup>49</sup>

### 2.3 El principio del interés superior en la Convención sobre los Derechos de la Niñez

Aunque la principal fuente del principio del interés superior sea el Artículo 3(1) de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, muchas otras estipulaciones dentro de la Convención se refieren a este principio. El Artículo 9, por ejemplo, estipula que cuando el menor sea separado de su progenitor(a) deberá hacerse respondiendo al interés superior del niño o niña en cuestión. El Artículo 20, que

46 Alston, Philip (1994) ‘The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights,’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 5

47 Brennan J., *Department of Health and Community Services v JWB and SMB FLC* (1992), en 92-3

48 Alston, Philip (1994) ‘The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights,’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 4

49 Por ejemplo, *K and T v Finland* [2000] ECHR 174

cuando se haya determinado que el interés superior del menor es retirarlo del ambiente de su casa, el menor tendrá derecho a recibir protección especial por parte del Estado. El Artículo 18 establece que ambos progenitores son responsables de la crianza y el desarrollo del menor, y que su preocupación básica deberá ser el interés superior del niño o niña.

### 2.3.1 El Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez

El Artículo 3, con sus tres incisos, es la estipulación clave relacionada con el principio del interés superior. Se le ha llamado estipulación “paraguas”, es decir, una que se usa para “apoyar, justificar o aclarar un cierto abordaje en las cuestiones que surgen en virtud de la Convención”.<sup>50</sup> Por lo común, actúa como un principio mediador que puede ayudar a resolver conflictos entre diferentes Artículos y que puede ayudar en la interpretación y aplicación de leyes y prácticas no estipuladas en la Convención.<sup>51</sup>

#### Artículo 3(1)

*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

Este artículo, al referirse a todas las medidas, quiere decir una acción positiva del Estado. No obstante, Michael Freeman arguye que si bien las omisiones o falta de acción por parte del Estado no están contempladas, una interpretación resuelta de la Convención sobre los Derechos de la Niñez diría que ésta cubre como un deber implícito del Estado el garantizar que el interés superior del menor sea obedecido.<sup>52</sup> Todo niño o niña que sea separado de sus progenitores porque han sido encarcelados tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.<sup>53</sup> Esta obligación de proporcionar un cuidado alternativo adecuado se apoya en el Artículo 9(2), anteriormente mencionado.

No obstante, para propósitos del Artículo 3(1) se deberá evaluar si el encarcelamiento de uno o ambos progenitores realmente *conciernen* al niño o niña. Aquí vuelve a ser relevante la definición de las palabras. ¿Qué tan amplia o estrechamente se deberá considerar el término “concernientes”? Algunos señalan que el Artículo 3 debería interpretarse más ampliamente de modo que “concernientes” incluya toda medida que afecte o impacte a los niños y las niñas. Alston sostiene que el Artículo 3 se aplica de manera amplia para cubrir todas las decisiones judiciales y administrativas, estipulaciones legales y programas o servicios que pudieran tener un *impacto* sobre los niños y las niñas.<sup>54</sup> Además, Freeman y Alston observan que la importancia del uso de la palabra “niños” en plural, en lugar de en singular, “el niño/la niña”, en la primera oración del Artículo 3(1) indica que se decidió dar el significado más amplio y más flexible posible al Artículo.<sup>55</sup> Jonathan Todres, al referirse a la parte de la frase que reza “todas las medidas concernientes a los niños”, subraya la flexibilidad del Artículo y sostiene que está “pensada para ser interpretada ampliamente de modo que cubra toda medida que afecte directa o indirectamente a los niños y las niñas”.<sup>56</sup> En el tribunal constitucional sudafricano, el pronunciamiento del Juez Sachs ilustra los retos que los tribunales deben enfrentar al interpretar principios amplios: “Una vez más observamos que la mera expansividad del principio de supremacía crea el riesgo de parecer que se promete todo en general, mientras que en realidad no se dice nada

50 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Kluwer International Press), pág. 92

51 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Kluwer International Press), pág. 92

52 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Doredrecht: Nijhoff), pág. 45

53 Convención sobre los Derechos de la Niñez (1989), Artículo 20

54 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Doredrecht: Nijhoff), pág. 44

55 Freeman, Michael (2000) 'Taking Children's Rights More Seriously' en: *International Journal of Law and the Family*, pág. 46

56 Todres, Jonathan (1998) 'Emerging Limitations of the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child and its Early Case Law' en: *Columbia Human Rights Law Review*, pág. 17

en particular. Así, el concepto de ‘el interés superior’ ha sido criticado por ser inherentemente indeterminado, y que ofrece poca orientación a quienes tienen la tarea de aplicarlo.<sup>57</sup>

En un principio, estaba contemplado que el requisito de actuar de acuerdo al interés superior de un niño o niña debería ser “*la consideración primordial*”. No obstante, los redactores de la Convención sobre los Derechos de la Niñez buscaron mayor flexibilidad y en el texto final del Artículo 3 el interés superior del menor se convirtió en “*una consideración primordial*”. Al analizar el Artículo 3, Freeman observa que el uso del artículo indefinido reconoce que “*otros intereses en competencia, de la justicia y de la sociedad en su conjunto, deberían tener al menos igual si no es que mayor importancia que los intereses del menor*”.<sup>58</sup> Los *travaux préparatoires* revelan, aún más, que tras el debate sostenido entre delegados y observadores, el término “*consideración suprema*” fue reemplazado por el término “*consideración primordial*”; “*consideración suprema*” significa que el interés superior del menor determina el curso de acción a seguir.<sup>59</sup> No obstante, se consideró más apropiado referirse al interés superior como una “*consideración primordial*”, para que el interés superior del menor fuera la primera cuestión entre otras a tomar en cuenta.

El Artículo 3 busca impulsar y enfatizar la importancia de los derechos de los niños y las niñas, al tiempo que reconoce el intrincado acto de equilibrio que se les pide a los jueces. Los derechos de los niños y las niñas, como todos los derechos humanos, permanecen sujetos a los derechos, intereses y deberes de los demás. Si bien los *travaux préparatoires* dan el ejemplo de las emergencias médicas durante la concepción como una situación donde otros derechos pueden suplantar a los del menor, se sostiene que cuando un progenitor es encarcelado, los intereses de la justicia y de la sociedad en su conjunto de pedir cuentas a los infractores, no necesariamente tienen que ser anulados por los derechos del menor de, entre otros, recibir cuidados y compañía de sus progenitores. En Canadá, la Suprema Corte observó que si bien el interés superior del menor era un principio legal establecido tanto en el derecho nacional como en el internacional, no era tan fundamental a la aplicación de la justicia que pudiera derribar a todas las demás cuestiones que se deben tomar en cuenta.<sup>60</sup>

#### Artículo 3(2)

*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

El Artículo 3(2) de la Convención sobre los Derechos de la Niñez proporciona, de cierto modo, un contenido y guía sustantivos en cuanto al significado y alcance del principio del interés superior. Coloca sobre el Estado la obligación de asegurarse de que el niño o niña reciba la protección y el cuidado necesarios, dándose la debida atención a los derechos y obligaciones de quienes sean legalmente responsables del bienestar del menor. Para Freeman, este artículo es una red de seguridad o “*estipulación tope*” mediante la cual los Estados siguen obligados a adherirse a los principios articulados en la Convención, aún cuando tal vez no se prescriba específicamente como una obligación.<sup>61</sup> La estipulación cubre a los niños y niñas en circunstancias particularmente difíciles. Freeman cita la desafortunada situación de los niños y niñas en situación de calle como ejemplo de una categoría vulnerable de niños y niñas a la cual el Estado tiene el deber de proteger.<sup>62</sup> Se afirma que los niños y niñas cuyos progenitores están encarcelados son otro ejemplo más de dicha categoría.

El Artículo 3(2) también tiene el objetivo de equilibrar los derechos y deberes de los progenitores con la obligación del Estado de intervenir directamente en nombre del menor. Freeman observa los

57 *S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 de septiembre de 2007), en Párr. 23

58 Informe del Grupo de Trabajo sobre la versión preliminar de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, E/CN.4/1989/48, Párr. 121

59 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Doredrecht: Nijhoff), pág. 60

60 *Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v Attorney General & Ors*, Suprema Corte de Canadá (30 de enero de 2004)

61 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Doredrecht: Nijhoff), pág. 66

62 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Doredrecht: Nijhoff), págs. 66-67

conflictos potenciales que pueden surgir y cita los casos *Re A-mellizos* y *Wisconsin vs. Yoder*. En ambos casos, el Estado intervino para proteger los intereses de los menores: en el primero, los progenitores ejercieron sus derechos de rechazar que se realizara una cirugía médica a sus hijos y, en el último, los progenitores se rehusaban a enviar a los niños a la escuela.<sup>63</sup>

### Artículo 3(3)

*Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

El Artículo 3(3) de la Convención sobre los Derechos de la Niñez obliga a los Estados a garantizar que todas las instalaciones e instituciones responsables para el cuidado de los niños y las niñas se mantengan en condiciones adecuadas. Aunque nada detallada, esta estipulación tiene particular importancia para los niños y las niñas cuyos padres están en la cárcel. Los tribunales y otros organismos pertinentes deberán poner atención a lo estipulado en el artículo 3(3) al deliberar sobre si un menor debe permanecer con su progenitor encarcelado o permanecer separado de dicho progenitor y quedarse con cuidadores alternativos. Los encargados de velar por los niños y niñas, trátase del personal penitenciario en la primera opción, o de los tutores/cuidadores alternativos y trabajadores que cuidan niños en la segunda, deberán ser competentes y estar capacitados adecuadamente para proporcionar los cuidados necesarios a fin de salvaguardar el bienestar del menor.

Queda pendiente considerar si para propósitos del Artículo 3(3) puede y debe considerarse a una cárcel de adultos como una institución “responsable por el cuidado o protección de los menores”. En la segunda parte del presente estudio se examinarán con mayor detalle las circunstancias en que el ambiente penitenciario podría satisfacer el requisito del interés superior y si otras medidas alternativas pudieran ser más apropiadas.

## 2.4 Definir el interés superior del niño y la niña

El hecho de que el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez no defina con exactitud qué se considera como el interés superior del menor puede, a primera vista, parecer una falla considerable, dado que el interés superior del niño y la niña es una consideración primordial mediante la cual los derechos del menor son evaluados. Durante las negociaciones sobre la Convención, el representante de Venezuela sugirió que el interés superior del menor era un concepto subjetivo que abarcaba “todo el desarrollo en su conjunto – en otras palabras, el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social [...] dejando la interpretación del ‘interés superior del menor’ a juicio de la persona, institución, organización que aplique la norma”.<sup>64</sup> Así, el principio del interés superior parece salvaguardar el desarrollo del menor al tiempo que reconoce las diferencias culturales que pudieran existir. John Eekelaar describe el principio del interés superior como algo relacionado con realizar las propias oportunidades de vida.<sup>65</sup> Sostiene que existen tres tipos principales de intereses que conciernen a los niños y las niñas: *intereses básicos*, *intereses de desarrollo*, e *intereses de autonomía*.

De acuerdo con Eekelaar, los *intereses básicos* de un menor se relacionan con su “cuidado físico, emocional e intelectual general dentro de las capacidades sociales de sus cuidadores inmediatos”.<sup>66</sup> Los *intereses de desarrollo* toman en cuenta el desarrollo de las capacidades del niño y la niña para su

63 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Dordrecht: Nijhoff), pág. 69

64 Informe del Grupo de Trabajo sobre una versión preliminar de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, E/CN.4/1989/48

65 Eekelaar, John (1994) ‘The Interest of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 17

66 Eekelaar, John (1994) ‘The Interest of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 16



propia ventaja.<sup>67</sup> Por último, el tercer grupo de intereses, denominados por Eekelaar como *intereses de autonomía*, se refieren a entrar en interacción social y elegir un estilo de vida voluntariamente.<sup>68</sup> A Eekelaar le parece que estos *intereses de autonomía* son los más problemáticos, ya que pueden entrar en conflicto con los otros dos tipos de intereses y pueden incluso poner en riesgo el cumplimiento de los fines últimos del menor de realizar sus oportunidades de vida en la edad adulta, al permitirle tomar decisiones antes de que él o ella sea capaz de sopesar y evaluar la naturaleza y las consecuencias de dichas elecciones. Los *intereses de autonomía* también pueden entrar en conflicto con el tono general de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, que se ha descrito como paternalista y proteccionista. De los *travaux préparatoires* se deduce que algunos redactores se inclinaron a colocar el Artículo 12 (el derecho a participar) directamente después del Artículo 3, ya que se creía que los puntos de vista del menor indicarían mejor cuál es el interés superior del niño o niña. Sin embargo, la postura que prevaleció fue la de separar ambos derechos e intereses.

#### 2.4.1 *El niño y la niña en el centro de sus derechos: equilibrio entre los intereses de autonomía y los derechos de autodeterminación con los intereses básicos y del desarrollo*

Una vez considerado el significado del término ‘interés superior’, es importante considerar *quién* es el niño que está al centro de este principio y qué parte le corresponde en el proceso de toma de decisiones.

En el Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez se afirma que el niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. La jurisprudencia ha subrayado la arbitrariedad de dicha práctica. En el caso irlandés *Sinnott vs. el Ministerio de Educación*,<sup>69</sup> el Presidente de la Suprema Corte expresó pena porque no pudiera proporcionarse educación primaria al hijo adulto del solicitante que sufría de autismo, debido a que el derecho a la educación gratuita se limitaba a los niños y niñas. En este caso se destaca la naturaleza arbitraria de definir algo en base a la edad, en lugar de hacerlo en base a las capacidades.

En el determinante caso *Gillick*,<sup>70</sup> del Reino Unido, el Lord Scarman observó que es posible conciliar los intereses de autonomía con los intereses básicos y de desarrollo arriba descritos mediante “la aplicación empírica del concepto de adquisición de plenas capacidades”.<sup>71</sup> La Cámara de los Lores sostuvo que salvaguardar los intereses de autonomía del menor otorgaba a los niños y las niñas “el más peligroso y precioso de los derechos: el derecho a cometer sus propios errores”.<sup>72</sup> El grado de autonomía que se da a un niño deberá mirar a las capacidades individuales del menor y, específicamente, a la comprensión del menor de las implicaciones de las elecciones realizadas. Al evaluar el grado de autonomía que se atribuye al proceso del niño o niña de tomar decisiones, podría resultar benéfico considerar la naturaleza de los intereses. A este respecto, Ria Wolleswinkel sugiere que uno debería diferenciar entre los intereses de los niños y las niñas como personas (que tienen en común con todas las personas), como niños (que tienen por ser personas inmaduras y dependientes), como jóvenes (que desarrollan conforme se aproximan a la madurez) y como futuros adultos (que

67 Eekelaar, John (1994) ‘The Interest of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 16

68 Eekelaar, John (1994) ‘The Interest of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 17

69 *Sinnott v Minister for Education* [2001] 2 IR 505, en Párr. 41

70 *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830

71 Eekelaar, John (1994) ‘The Interest of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 181

72 Eekelaar, John (1994) ‘The Interest of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism’ en: *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, pág. 182

se relacionan con sus intereses futuros como adultos).<sup>73</sup> Eva Brems, no obstante, se refiere a “los derechos que reflejan los intereses actuales de los niños como niños”.<sup>74</sup>

La mayoría de los liberales asumen la postura de que los derechos de los niños y las niñas están estancados como resultado directo de las actitudes de los adultos hacia los niños. Al considerar a los niños y las niñas como miembros débiles, vulnerables e impotentes de la sociedad, ayudan a crear una profecía que se autocumple. Si bien salvaguardar los intereses de autonomía de los niños y las niñas es importante para impulsar sus derechos, se deberá recordar que el empoderamiento de los niños y las niñas es sólo un ingrediente y que éste debe agregarse con precaución. Se sostiene que no deberá esperarse que un niño, aún el prodigio más desarrollado, iguale los años de experiencia de un adulto. En palabras de Archard, “una cosa es subestimar las capacidades de los niños, otra es considerar que son iguales a las de los adultos”.<sup>75</sup> Sin embargo y a pesar de esta advertencia, algunos elementos de la perspectiva liberal merecen ser tomados en cuenta al evaluar los derechos de los niños y las niñas y su interés superior.

Quienes se oponen a la liberación de los derechos de los niños y las niñas argumentan que los niños y niñas no están en posición de tomar decisiones autónomas y que es en su interés superior que los responsables de ellos salvaguarden sus derechos por ellos. Archard lo denomina el “principio del cuidador”.<sup>76</sup> El principio del cuidador descansa sobre la premisa de que para que un menor sea capaz de ejercer sus derechos como adulto, necesita desarrollar habilidades cognitivas y una comprensión del mundo y del lugar del menor en el mundo.<sup>77</sup> La suspensión temporal de ciertos derechos durante la niñez puede ser necesaria para asegurar el cumplimiento de sus derechos como adulto. De este modo el cuidador, aunque a primera vista parezca que va en contra de la satisfacción de los derechos del menor al negarle la autodeterminación, realmente protege el interés superior del menor como niño y como futuro adulto. Lo que se exige al padre o madre y a la corte es que den un salto imaginativo, o, en palabras de Parfit, que tomen una “deliberación ideal”,<sup>78</sup> tomando en cuenta qué podría querer el niño o la niña si fuera un adulto. Dworkin se refiere a esto como “consentimiento orientado hacia el futuro”.<sup>79</sup>

En la práctica, tanto el principio del cuidador como la perspectiva más liberal de los derechos de los niños y las niñas son ambos pertinentes. Determinar cuál enfoque es el más apropiado en cada situación dependerá de los factores de cada caso. Para ello se requiere un cuidadoso equilibrio entre las políticas, la práctica y la legislación para proteger a los niños y las niñas y sus derechos con autonomía y autodeterminación nutrientes y, en última instancia, pugnando por la *via media* del “paternalismo liberal”.<sup>80</sup>

## 2.5 El papel del poder judicial como evaluador del principio del interés superior

En sus Observaciones Finales, el Comité sobre los Derechos de la Niñez recomendó que “el principio del interés superior del niño (art. 3) [...] se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena, y en las decisiones

73 Wolleswinkel, Ria (2002) ‘Children of Imprisoned Parents’ en: Willems, Jan (ed.) *Developmental and Autonomy Rights of Children; Empowering Children, Caregivers and Communities* (Intersentia), pág. 195

74 Brems según citado en: Wolleswinkel, Ria (2002) ‘Children of Imprisoned Parents’ en: Willems, Jan (ed.) *Developmental and Autonomy Rights of Children; Empowering Children, Caregivers and Communities* (Intersentia), pág. 195

75 Archard, David (1993) *Children, Rights and Childhood* (Londres: Routledge), pág. 50

76 Archard, David (1993) *Children, Rights and Childhood* (Londres: Routledge), págs. 51-55

77 Archard, David (1993) *Children, Rights and Childhood* (Londres: Routledge), pág. 55

78 Dworkin, según citado en: Freeman, Michael (ed.) (2004) *Children’s Rights* (Aldershot: Ashgate), pág. 68

79 Dworkin, según citado en: Freeman, Michael (ed.) (2004) *Children’s Rights* (Aldershot: Ashgate), pág. 68

80 Freeman, Michael (2004) *Children’s Rights* (Aldershot: Ashgate), pág. 69



relativas a la internación del niño”.<sup>81</sup> Esto fue reiterado en la versión preliminar de las Directrices de la ONU para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas. El Párrafo 47 de las directrices señala que “cuando el único o principal cuidador del niño o niña pudiera quedar sujeto a ser privado de su libertad como resultado de una detención preventiva o como sentencia, deberán tomarse en los casos apropiados en los que sea posible medidas preventivas y sentencias sin privación de la libertad, dando así apropiada consideración al interés superior del menor. Los Estados deben tomar en cuenta el interés superior del niño y la niña al decidir si llevarse de la cárcel a los recién nacidos y a los niños y niñas que viven en la cárcel con su progenitor(a). La decisión de retirar a dichos niños y niñas deberá ser tratada de la misma manera que en otros casos donde se pondera la separación”.<sup>82</sup>

Los tribunales aplican el principio del interés superior con mayor frecuencia cuando se trata de fallos en relación a disputas sobre la custodia. No obstante, el razonamiento adoptado en dichos fallos podría en alguna medida aplicarse de manera útil a los casos donde el tribunal debe decidir por los niños y las niñas cuyos padres enfrentan la posibilidad de ir a la cárcel.

En ausencia de una legislación concreta que defina y delimite el principio del interés superior, los jueces se basan en principios limitados que han sido establecidos mediante la jurisprudencia y cualquier pauta existente en los instrumentos nacionales. Los casos complejos —que por lo general generan discusiones— basados en el bienestar de los niños y las niñas ofrecen un amplio margen para que el poder judicial interprete conceptos mal definidos y los aplique al caso particular que tiene delante. El Lord Nicholls de Birkenhead observó en el caso *Re B (un menor)*, del Reino Unido, que al considerar el interés superior de un menor el juez está “esencialmente ejerciendo su ‘discreción’. En ese contexto esta expresión ilustra cómo el poder judicial evalúa y equilibra una serie de factores a partir de los cuáles llega a una conclusión sobre un concepto cuya aplicación en un momento dado cualquiera es intrínsecamente imprecisa”.<sup>83</sup>

Los tribunales del Reino Unido hallaron que el juez no debe actuar *qua* juez sino cual prudente progenitor que actúa pensando en su propio/a hijo/a.<sup>84</sup> Hay quienes se han referido al principio del interés superior como “el hilo dorado que corre a través de la jurisdicción del tribunal”.<sup>85</sup>

El Sr. Juez Dunn subrayó en el caso *Re D* que el principio se debe tomar en cuenta “al inicio, al final y en todo momento”.<sup>86</sup> La jurisprudencia al interpretar el principio indica que debe leerse de manera amplia. El Lord Juez Holmes halló que el “bienestar de un niño significa bienestar en el sentido más amplio”.<sup>87</sup> Este abordaje amplio requiere que todos los factores pertinentes sean tomados en cuenta. En el determinante caso inglés *J vs. C*, de lucha por la custodia entre los progenitores legales y los progenitores biológicos, la Cámara de los Lores sostuvo que era necesario considerar todos los aspectos materiales del caso para entonces decidir, ejerciendo discreción jurídica, qué es mejor de acuerdo con el interés superior del menor.<sup>88</sup> La jurisprudencia al interpretar el principio indica que debe ser entendido en sentido amplio.

Al analizar la jurisprudencia en jurisdicciones de derecho consuetudinario se torna evidente que el principio del interés superior se compone de una serie de elementos constitutivos, como son el bienestar físico, moral y emocional del niño o la niña.<sup>89</sup> En el caso *McGrath*, el Sr. Juez Lindlay sostuvo que “el bienestar moral y religioso del menor deberá tomarse en cuenta como también su bienestar

81 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Convención sobre los Derechos de la Niñez: Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, Párr. 48

82 Consejo de Derechos Humanos, 11ª Sesión, Anexo de la Resolución 11/7: Directrices para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas

83 Nicholls, J., *In Re B (a minor)* [2001] UKHL 70

84 *R v. Gyngall* [1893] 2 QB 232 3; *Re O'Hara* [1900] 2 IR 232

85 Volger, Richard (1992) ‘The child, the imprisoned parent and the law’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 101

86 *Re D* [1977] 3 All ER 481, en Párr. 486, por Dunne J

87 *Re Gyngall* [1893] 2 QB 232

88 *J v C* [1970] AC 688; *Re McGrath* [1983] 1 Ch. 143

89 *G v G* [1983] FLR 894

físico. Tampoco podrán ignorarse los lazos afectivos”.<sup>90</sup> En el caso *D vs. W*, se desarrolló una lista no exhaustiva de criterios a fin de evaluar el interés superior del menor en el caso de procedimientos de cárcel. Entre la lista se incluye: la fuerza de los lazos existentes y futuros; las actitudes y habilidades maternas/paternas; disponibilidad y compromiso para compartir tiempo de calidad con el menor; seguridad y estabilidad del ambiente en el hogar; disponibilidad y propiedad de los modelos paternos/maternos; efectos positivos o negativos de la familia extensa; provisión de cuidados y ayuda físicos; bienestar material; estimulación y nuevas experiencias; oportunidad educativa; y los deseos del niño o la niña.<sup>91</sup>

Una vez que todos los hechos; relaciones; quejas y deseos de los progenitores; riesgos; elecciones y otras circunstancias pertinentes sean tomados en cuenta y sopesados, el curso a seguir será aquél que se acople a los intereses de bienestar del menor.<sup>92</sup>

## 2.6 Aplicar evidencias científicas para evaluar el principio del interés superior

Los jueces deben considerar muchos tipos diferentes de evidencia al decidir cuál curso de acción en particular obedece mejor al desarrollo y bienestar físico, moral y emocional del menor. Los tribunales deben examinar las evidencias psicológicas y científicas disponibles. La tarea de sopesar los diversos elementos que constituyen el principio del interés superior está plagada de problemas potenciales. Comúnmente, las nociones moral, psicológica y legal del principio del interés superior chocan entre sí. La libertad de criterio judicial consiste en evaluar los hechos legales y sustantivos del caso y sopesar los diferentes tipos de componentes científicos, legales y morales del principio del interés superior a fin de considerar qué será a fin de cuentas en el interés superior del niño o niña.

El caso *Palmore vs. Sidoti*,<sup>93</sup> que llegó a la Suprema Corte de Estados Unidos, es un ejemplo del choque potencial que puede surgir entre la noción científica del principio del interés superior y la noción legal del mismo. En este caso, la Suprema Corte de Estados Unidos revirtió la decisión tomada por un tribunal menor, que había retirado la custodia de sus hijos a una madre divorciada por haber posteriormente establecido un matrimonio interracial. El tribunal menor sostenía que dicho matrimonio dejaba al menor expuesto a la presión y estigmatización de sus compañeros. En la apelación, la Suprema Corte determinó que “la realidad de las inclinaciones privadas y el posible daño que pudieran causar eran consideraciones impermisibles en virtud de la cláusula de igualdad de protección al despojar a la madre natural de la custodia de su infante debido a su matrimonio con una persona de otra raza”.<sup>94</sup> Así, si bien dejar a los niños expuestos a los efectos potencialmente dañinos de los prejuicios de los otros sería algo contrario al interés superior del menor, hubiera sido moral y legalmente repugnante quitarle su hijo/a a la madre por esos motivos.

Las evidencias psicológicas recibidas en los procedimientos deberán probarse, o al menos ser susceptibles de probarse.<sup>95</sup> Cuando la cuestión es proteger el interés superior del niño o niña, los factores tomados en cuenta en el campo de las ciencias sociales, incluyendo teorías tales como las del vínculo y el apego, devienen pertinentes.<sup>96</sup> Por tanto, una parte significativa de las evidencias presentadas para apoyar una postura sobre cuál es el mejor curso de acción para el bienestar del menor se basa en un grado de especulación y conjetura. Una vez más, los intereses superiores del

90 *Re McGrath* [1893] 1 Ch. 143, en Párr. 148

91 *D v W* (13 FRNZ 336, 1995)

92 Lord McDermott en *J v C* [1970] AC 668

93 *Palmore v Sidoti* [1984] USSC 87

94 *Palmore v Sidoti* [1984] USSC 87

95 En cumplimiento con la prueba basada en *Daubert*, mediante la cuál los jueces deben evaluar la importancia y confiabilidad de la evidencia científica. Véase *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993)

96 Artis, Julie (2004) ‘Judging the Best Interests of the Child: Judges’ Accounts of the Tender Years Doctrine’ en: *Law and Society Review*, Vol. 38, No. 4, pág. 115

niño se fundamentan en lo que es un salto imaginativo, tratando de mirar hacia el futuro para ver qué medida ayuda mejor al niño o niña a realizar sus oportunidades de vida. En el caso *Re B (un menor)*, del Reino Unido, la Cámara de los Lores observó la dificultad de la tarea del juez al señalar que “no existe una respuesta cierta objetiva sobre cuál de dos o más posibles cursos es el que va de acuerdo al interés superior del menor en todos salvo los casos más directos; existen factores que compiten entre sí, unos apuntan en una dirección y otros en otra. No hay manera de demostrar que una respuesta sea claramente correcta y otra claramente incorrecta. Hay muchas incertidumbres involucradas en lo que, después de todo, es un intento por asomarnos hacia el futuro y evaluar las ventajas y desventajas que tal o cuál curso tendrá o podría tener”.<sup>97</sup>

## 2.7 Los derechos de la niñez y los intereses de la sociedad en la balanza

Independientemente de la jurisdicción de que se trate, los jueces por lo común se guían por principios semejantes cuando deliberan sobre la sentencia apropiada, entre otros, el castigo, la disuasión, la prevención y la rehabilitación. En Sudáfrica, los puntos a considerar se guían por lo que se ha dado en llamar la “Triada Zinn”: el delito en cuestión, las circunstancias personales del transgresor, y los intereses de la comunidad en su conjunto.<sup>98</sup> La libertad de criterio de un juez para dictar una sentencia alternativa sin privación de la libertad en lugar de una de cárcel dependerá de la gravedad y naturaleza del delito cometido, y también de si la legislación pertinente dicta una pena en particular para ese delito. Por ejemplo, en Irlanda, una condena por asesinato conlleva una cadena perpetua obligatoria. Cuando hay flexibilidad en la sentencia, la gama de alternativas que se aplican varía de un país a otro, pero en general entre ellas están: las sentencias suspendidas, el servicio comunitario, el monitoreo electrónico y el arresto domiciliario. En una entrevista, las autoridades penitenciarias belgas indicaron que estas alternativas no se aplican automáticamente cuando el transgresor tiene un niño o niña, pero que el hecho de que alguien dependa del transgresor sí es una consideración pertinente secundaria.<sup>99</sup> Richard Volger comenta que: “en el mejor de los casos, el impacto que una sentencia tendrá sobre el hijo/la hija de un acusado es una consideración periférica”.<sup>100</sup>

En su Resolución 63/241 del 2008, la Asamblea General de la ONU se refirió específicamente a esta cuestión bajo el título “Hijos de personas acusadas, procesadas o condenadas por haber infringido las leyes penales”. El párrafo 47(a), en vigor, manda “que los Estados den consideración prioritaria a las medidas no privativas de libertad al dictar sentencias o decidir medidas previas al juicio respecto de la persona única o principal que cuida al niño, condicionadas a la necesidad de proteger al público y al niño y habida cuenta de la gravedad del delito”.<sup>101</sup> En éste párrafo se toman en cuenta los intereses del menor y el beneficio de aplicar sentencias sin privación de la libertad a quienes sean cuidadores principales, al tiempo que se consideran los intereses y derechos de los demás involucrados. Dicta específicamente que cuando la protección del público no sea una cuestión, y dependiendo de la gravedad del delito, deberá aplicarse una alternativa sin encarcelamiento.

En el caso estadounidense *Southerland vs. Thigpen*,<sup>102</sup> el Tribunal de Circuito observó que el derecho a ser alimentado de pecho por una madre que enfrenta una sentencia de cárcel era secundario frente a los intereses del Estado de responder al comportamiento delictivo. Lo anterior se mantuvo en

97 *Re B (A Minor)* [2001] UKHL 70

98 *S v Zinn* 1969 (2) SA 537 (A), también aprobada en la Suprema Corte en el caso *S v Malagas* 2001 (2) SA 1222 (SCA). Véase también el pronunciamiento de la Corte Suprema de Irlanda, *The People (DPP) v M.* [1994] 3 IR 306; [1994] 2 I.L.R.M. 541, donde se sostuvo que la sentencia debería ser proporcional a la gravedad del delito y de acuerdo a las circunstancias del infractor.

99 Cuestionario por correo electrónico a Sven Todts, Servicio Belga de Salud Penitenciaria, Bélgica, 5 de junio de 2007

100 Volger, Richard (1992) ‘The child, the imprisoned parent and the law’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 102

101 Asamblea General de la ONU, Resolución: Derechos de la Niñez, A/RES/63/241

102 *Southerland v Thigpen*, 784 F.2d 713, 715-17, 5th Cir. 1986 (Estados Unidos)

el caso *Pendergrass vs. Toombs*.<sup>103</sup> Volger comenta que “es evidente que las cuestiones de disuasión y castigo pesan más que todas las demás consideraciones. Debido a que los niños y las niñas no participan en los procedimientos, tal vez no estén presentes en la corte y tal vez aparezcan sólo en los pocos informes de indagación social, su futuro y bienestar asumen un papel insignificante dentro de las políticas en torno a dictar sentencias”.<sup>104</sup> Con el incremento en la cantidad de informes, recomendaciones y deliberaciones judiciales que subrayan la importancia de considerar el interés superior de los niños y las niñas cuando una madre o un padre es encarcelado, y que hacen énfasis en los intereses de la sociedad de reducir la reincidencia entre otras formas mediante mantener el contacto entre la familia, está surgiendo una tendencia que coloca el bienestar y el futuro del menor al frente de las políticas para dictar sentencias.

Los tribunales han tomado en cuenta los efectos de una sentencia de cárcel sobre un menor en la medida en que cualquier sufrimiento adicional pudiera resultar del encarcelamiento de un progenitor. El mero hecho de que un progenitor sea encarcelado no es un factor atenuante. Como sostuvo el Lord Juez Widgery en el caso *Ingham*, parte del castigo por cometer un delito es que se causan dificultades a la familia y esto no debería ser uno de los factores que deban influir en lo que de otro modo sería una sentencia correcta.<sup>105</sup> En el caso estadounidense *Vaughan*<sup>106</sup> todas las personas dependientes tenían capacidades diferentes y el esposo de la acusada con sentencia de cárcel ya estaba en prisión; éste es un ejemplo de las dificultades adicionales que han llevado a los tribunales a mirar hacia una sentencia alternativa sin privación de la libertad.

Los tribunales asumen un abordaje estricto cuando permiten que aquellos vulnerables que dependen de los presos constituyan un factor atenuante durante el proceso de dictar sentencia. Así sucedió en el caso *Batte* del Reino Unido en el cuál la corte de apelaciones redujo una sentencia de dos años a una sentencia suspendida por motivos de las dificultades particularmente severas que la sentencia de cárcel causaba a los dependientes. Al hacer esto, la corte sostuvo que se trataba de un caso inusual y subrayó que debería tomarse como una excepción y no como una regla: “Consideramos que es un caso totalmente excepcional [...] deseamos enfatizar fuertemente que este es el tipo de delito donde las circunstancias que de otro modo contarían como atenuantes [...] normalmente no juegan ningún papel”.<sup>107</sup> En el caso *Ingram*,<sup>108</sup> la corte redujo una sentencia de seis años a cinco años, basándose en los efectos que el encarcelamiento podría tener en los niños. Sin embargo, no deberá confundirse este caso con el de *Babington*,<sup>109</sup> en donde el tribunal se negó a reducir la sentencia por el motivo de que la delincuente era madre pues sus niños ya eran más grandes y todos, menos uno, estaban ya bajo cuidado institucional.<sup>110</sup>

Típicamente, el encarcelamiento de una madre es más perjudicial para un niño o niña, ya que la madre es por lo general la única cuidadora.<sup>111</sup> Más aún, debido a que por lo común hay menos cárceles de mujeres, existe un mayor riesgo de que la madre sea llevada muy lejos del niño o niña. Se ha observado que “la familia sigue siendo una institución dividida por géneros, en donde las mujeres soportan sobre sus espaldas gran parte de la responsabilidad de cuidar a los niños y niñas, una ley ciega al género que no tome en cuenta esta contribución disminuye el poder de negociación de las mujeres dentro y fuera de la corte”.<sup>112</sup> Así fue determinado en el caso *Re G (niños)*, del Reino Unido, donde

103 *Pendergrass v Toombs*, 24 Ore.App. 719;546 P.2d. 1103; 1976 Ore.App

104 Volger, Richard (1992) ‘The child, the imprisoned parent and the law’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 105

105 Per Widgery CJ, *Ingham* (1980) 2 Cr App R (S) 184

106 *US v Vaughan*, No. 92 CR 575, 04 (RWS)

107 *Batte* (1999) 2 CR.Apágs. R.S9223, en Párr. 225

108 *Ingram* [2004] EWCA Crim 187

109 *Babington* [2005] EWCA Crim 866

110 Piper, Christine (2007) ‘Should Impact Constitute Mitigation?: Structured Discretion versus Mercy’ en: *Criminal Law Review*, pág. 148

111 Baunach, Phyllis Jo (1985) *Mothers in Prison* (New Brunswick: Transaction Books), págs. 29-30

112 Artis, Julie (2004) ‘Judging the Best Interests of the Child: Judges’ Accounts of the Tender Years Doctrine’ en: *Law and Society Review*, Vol. 38, No. 4, pág. 775

el juez no encarceló a la madre por violar un requerimiento judicial. El juez sostuvo que “enviarla a prisión los despojaría de su principal cuidadora y les daría una razón para tener resentimientos hacia el progenitor que provocó esto”.<sup>113</sup> En circunstancias así, el menor tiene que ir a vivir con sus abuelos u otros parientes o es puesto bajo cuidado de personas adoptivas o instituciones. Este cambio puede implicar cambiar al niño o niña de escuela y/o de casa y que tenga que abandonar a sus amigos y parientes.

No existe una regla fija sobre si separarlo de su progenitor(a) encarcelado/a es o no, y bajo qué circunstancias, en el interés superior del menor. En Italia, por ejemplo, existen estipulaciones para que se aplaque la detención de madres con hijos pequeños y para que, como medida alternativa sin cárcel, una mujer embarazada o madre con un niño o niña menor de tres años sea puesta en arresto domiciliario hasta que el niño o niña cumpla diez años.<sup>114</sup>

En 2007, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica atendió al interés superior del niño al momento de decidir sobre una sentencia potencial de cárcel para una persona que era principal cuidadora del menor. Esto fue particularmente relevante a la luz de la Sección 28(2) de la Constitución, donde se estipula que “los intereses superiores del niño son de suma importancia en todas las cuestiones que conciernen al menor”, y en la Sección 28(1)(b) donde se establece que “todo niño tiene el derecho a recibir cuidados de su familia o de sus progenitores, o a recibir el cuidado alternativo apropiado cuando sea separado de su ambiente familiar”. Sobre los hechos particulares del caso, y en los informes presentados durante la apelación, el Tribunal sostuvo que los intereses de los niños estarían asegurados sólo si permanecían bajo el cuidado de su madre. Además, se hizo notar que este resultado velaría también por los intereses superiores de la sociedad en su conjunto: “a pesar del mal ejemplo que M ha dado, ella está en mejor posición que cualquier otra persona de velar por que los niños continúen con sus estudios y se resistan a las presiones y tentaciones que se intensificarían al privárseles de los cuidados de su madre en un ambiente social frágil. No es sólo una cuestión de si estarían en las calles. Y no son sólo M y los niños quienes están interesados en que ella siga guiándolos. Es en beneficio de la comunidad, y de sus niños y de ella misma que los lazos con ella no sean cortados de ser posible”.<sup>115</sup>

La jurisprudencia en Australia ha cambiado hacia el firme reconocimiento de los efectos dañinos del encarcelamiento sobre los derechos del menor. Esto quedó evidenciado en el caso australiano *Walsh vs. el Departamento de Seguridad Social*, en donde ambos progenitores (cuyos tres niños sufrían de asma crónico) enfrentaban sentencias de cárcel por fraude al seguro social. El Sr. Juez Perry, sosteniendo la aplicación de una orden de liberación condicional, determinó que “el caso tiene una característica inusual que no está presente en ninguno de los diferentes casos a los que se hizo referencia en las presentaciones del consejo. Y es que las sentencias, que ambas deberían ser cumplidas inmediatamente, provocarían que tres niños, de los cuáles el menor tiene sólo dos años de edad, quedaran separados de su madre y de su padre durante el período de su encarcelamiento”.<sup>116</sup>

En el caso de *Yuen Yei Ha vs. El Estado*,<sup>117</sup> la Corte de Fiji, durante una audiencia para la aplicación de fianza, consideró expresamente el interés superior del menor al dictar sentencia a la acusada. Igualmente, en *Sanjana Devi vs. El Estado*, la Corte de Fiji sostuvo que “el cuidar a dependientes es una consideración pertinente para otorgar o denegar una fianza”.<sup>118</sup> Aquí, la Corte, refiriéndose a los Artículos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, observó que “el interés superior

113 *Re G (children) (FC)* [2006] UKHL 43 (Reino Unido)

114 Ley Finocchiaro, Ley No. 40/01, titulada ‘Medidas Alternativas al arresto con el fin de proteger la relación entre las madres detenidas y sus niños y niñas. El Artículo 146 del código penal estipula que “la ejecución de la pena de detención puede ser pospuesta entre otros en relación a las madres de niños y niñas que aún no han cumplido un año de edad”. El Artículo 4 de la Ley 165/98 hacía extensa la medida de arresto domiciliario a las madres detenidas de niños y niñas menores de diez años.

115 *S v M (CCT 53/06)* [2007] ZACC 18 (26 de septiembre de 2007), en Párr. 70

116 *Walsh v Department of Social Security* [1996] SASC 5795, en Párr. 17

117 *Yuen Yei Ha v The State*, [2004] FJHC 228

118 *Devi v The State* [2003] FJHC 47, por el Juez Nazhal Shameem

del niño de cuatro años, hijo de la solicitante, quien ahora es despojado de su cuidadora, es una consideración primordial para otorgar o denegar la fianza en este caso”.<sup>119</sup>

## 2.8 Conclusiones

La escasez de pautas legislativas en torno al principio del interés superior ha hecho que los tribunales lo construyan. A fin de aplicar el principio, los tribunales han establecido y desarrollado criterios sustantivos que sirven como puntos objetivos de referencia en contra de los cuáles cada caso individual deberá ser evaluado. Esto da como resultado un “proceso mediante el cual todos los hechos, relaciones, quejas y deseos de los progenitores, riesgos, elecciones y otras circunstancias pertinentes son tomados en cuenta”.<sup>120</sup> Esto ha hecho que se aplique un enfoque de caso por caso, con resultados que dependen de los factores considerados más relevantes por un juez al determinar qué va de acuerdo con el interés superior del menor. Si bien dicho enfoque permite una flexibilidad comúnmente necesaria en los casos de derecho familiar en donde un gran número de variables están involucradas, también elimina la uniformidad, la certidumbre y la predictibilidad, elementos tan fundamentales a la aplicación de la ley.

---

119 *Devi v The State* [2003] FJHC 47, por el Juez Nazhal Shameem

120 *J v C* [1970] AC 668, en pág. 710



## 3 Prisionización secundaria

### 3.1 Introducción

Aunque existen pocas estadísticas oficiales, se ha reportado que en Europa aproximadamente 700,000 niños y niñas tienen un progenitor que vive en la cárcel.<sup>121</sup> A pesar de la gran cantidad de niños y niñas afectados por el encarcelamiento de un progenitor y de la severidad del impacto sobre los derechos de los menores, ha habido poco monitoreo y pocas investigaciones llevadas a cabo en este campo. “Los efectos del encarcelamiento sobre las familias y los niños y niñas de los reclusos pasan casi por completo ignorados en las investigaciones académicas, estadísticas penitenciarias, políticas públicas y cobertura mediática”.<sup>122</sup> En lugar de ello, los estudios sobre niños y niñas separados de sus progenitores con frecuencia se limitan a evaluar el impacto de la muerte de un progenitor o del divorcio. No obstante, la separación que resulta del encarcelamiento y la subsiguiente violación al derecho del niño o niña de estar acompañado y cuidado por su progenitor en virtud del Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez pueden provocar problemas del desarrollo mucho más graves con secuelas a largo plazo. En palabras de Phyllis Jo Baunach: “La separación por cualquier razón puede ser traumática. El primer día de escuela del niño o niña, la hospitalización para salvar una vida mediante cirugía, el servicio militar, especialmente en tiempos de guerra, o la separación última, por muerte, todas conllevan una pérdida emocional tremenda. Pero en cada uno de estos ejemplos puede haber un bien superior, un sentido de algo inevitable o de falta de control que puede ser usado como explicación reconfortante o excusa para la separación. Sin embargo, el encarcelamiento lleva consigo el estigma del propio comportamiento que, consciente o inconscientemente, ha creado el motivo para separarse. En relación a esto, en la madre reclusa los sentimientos de culpabilidad y amargura son mayores que el dolor de estar encarcelada”.<sup>123</sup>

La *prisionización secundaria* se ha descrito como la ‘institucionalización’ de la familia que espera afuera de la cárcel a la persona reclusa.<sup>124</sup> Se examinará el efecto de la *prisionización secundaria* sobre los derechos del menor a la luz de los principios generales de la Convención sobre los Derechos de la Niñez. Los efectos del encarcelamiento de un progenitor son de particular importancia en relación al derecho del menor a desarrollarse y al derecho del niño o la niña a estar cuidado y acompañado por su familia. Por ello, daremos a estos aspectos especial atención. Este capítulo concluirá con una evaluación del impacto de la *prisionización secundaria* según el principio del interés superior.

### 3.2 Los efectos del encarcelamiento sobre el derecho del niño y la niña a desarrollarse

El derecho al desarrollo exige que se nutra y cuide al niño y la niña con el fin de ayudar al máximo desarrollo del menor dentro de sus capacidades. En su estudio de los efectos del encarcelamiento sobre las familias, y en particular sobre los niños y las niñas, Joseph Murray examina cuatro categorías de efectos que pueden mermar el desarrollo de un niño o una niña. Estas categorías son los: *efectos de elección; efectos indirectos; efectos moderadores; y efectos directos*.<sup>125</sup>

121 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 7

122 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: Liebling, A. y Maruna, S. (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, Inglaterra: Willan), pág. 442

123 Baunach, Phyllis Jo (1985) *Mothers in Prison* (New Brunswick: Transaction Books), pág. 2

124 Comfort, Megan L. (2002) ‘Papa’s House: The Prison as Domestic and Social Satellite’ en: *Ethnography*, Vol. 3, pág. 471

125 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England: Willan), pág. 448

De acuerdo con Murray, los *efectos de elección*, ocurren cuando algunos factores ajenos, como el comportamiento antisocial de un progenitor, provocan el encarcelamiento del progenitor, lo que a su vez es la causa de los problemas de desarrollo que padece el niño o niña. Así, la causa raíz subyacente a los problemas del desarrollo es el comportamiento del progenitor, en lugar del encarcelamiento *per se*. Murray arguye que “el que un progenitor sea condenado penalmente, sin importar la sentencia otorgada, es un fuerte elemento independiente que predice un comportamiento delictivo y antisocial posterior en los niños y niñas”.<sup>126</sup> La segunda variable citada por Murray, los *efectos indirectos*, se refieren a las consecuencias indirectas del encarcelamiento del progenitor que tienen un impacto negativo sobre el desarrollo del niño y la niña. Entre otros ejemplos, está la pérdida de ingresos de la familia debido a las consecuencias prácticas de una sentencia de cárcel, además de la exposición de los niños y niñas a múltiples cuidadores.<sup>127</sup> El *efecto moderador* es la tercera variable y se refiere a las características intrínsecas específicas individuales del menor, como son el género, la edad o personalidad, que determinan de qué manera el encarcelamiento influirá en el desarrollo del niño o niña. Por último, Murray se refiere a los *efectos directos* o verdaderos que el encarcelamiento tiene sobre el menor. Entre ellos están la separación real de su progenitor(a), la posibilidad de que el niño/la niña imite el comportamiento antisocial, y de que el niño/la niña sienta miedo por no saber qué le va a pasar a su padre/madre.<sup>128</sup>

Si bien es cierto que tanto los *efectos de elección* como los *efectos moderadores* pueden tener un impacto negativo sobre los derechos del menor, en el presente documento evaluaremos la categoría de los efectos constantes y directos con miras a identificar reformas tangibles. Por ello, se revisarán los *efectos indirectos* y los *efectos directos* sobre el desarrollo del menor; en el primer caso, por ejemplo, cuando las condiciones de vida y económicas del niño/la niña se ven alteradas, y en el segundo, cuando la inadaptación es resultado directo de haber sido separado/a de su progenitor(a).

### 3.2.1 *Las consecuencias directas de separar a un menor de su progenitor(a) por encarcelamiento*

La teoría del apego de Bowlby establece “modelos internos de trabajo que incorporan una valoración del *self* y al *self* en relaciones que dan forma a un punto de vista general en las vivencias sociales”.<sup>129</sup> La cercana relación progenitor(a)-niño/a es importante para promover en el niño y la niña un sentimiento de seguridad que mejorará su relación con otras personas. Se ha dicho que “los apegos proporcionan un fundamento sobre el cual se construyen posteriores encuentros sociales”.<sup>130</sup> Por tanto, recordando las categorías de derechos articuladas por Donnelly, la teoría del apego reviste particular importancia para el ejercicio de los derechos de pertenencia.

La separación tiene un impacto a corto y a largo plazo sobre el desarrollo del menor. A largo plazo, puede afectar negativamente la seguridad e interacciones sociales del menor en el futuro. En el corto plazo, se ha encontrado que el encarcelamiento de un progenitor aumenta la probabilidad de que el menor exhiba una conducta antisocial y una ansiedad aumentada por el hecho de no saber qué le va a pasar al progenitor.<sup>131</sup>

126 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), pág. 449

127 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), pág. 451

128 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), pág. 450

129 Goldberg, Susan (2003) *Attachment and Development* (Londres:Arnold), pág. 172

130 Goldberg, Susan (2003) *Attachment and Development* (Londres:Arnold), pág. 171

131 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), pág. 450



### 3.2.2 Los efectos indirectos – consecuencias indirectas del encarcelamiento de un(a) progenitor(a) sobre los derechos del niño y la niña

Los efectos indirectos incluyen cualquier suceso o efecto indirecto que el encarcelamiento de un progenitor tenga sobre el desarrollo del niño o la niña. Entre los efectos indirectos están la ansiedad y frustración por explicaciones inadecuadas sobre dónde está el progenitor, la estigmatización y el ostracismo asociados con la cárcel, y los desplazamientos entre distintos cuidadores.<sup>132</sup> ¿En qué medida los efectos indirectos van a afectar el desarrollo del menor? Ello dependerá de factores como: si el progenitor encarcelado es la madre o si es el padre; qué tan lejos está la cárcel de donde vive el niño/la niña; si hay un cuidador alternativo adecuado disponible para el niño/la niña. En el caso del cuidado alternativo, ir de un cuidador a otro despoja al niño o la niña del sentimiento de estabilidad tan fundamental para el desarrollo del menor. De acuerdo con Goldstein, Freud y Solnit, “la continuidad en las relaciones, el entorno y el ambiente son esenciales para el desarrollo normal de un niño/una niña. Debido a que éstos no juegan el mismo papel posteriormente en la vida, su importancia es comúnmente subestimada por el mundo de los adultos”.<sup>133</sup> La estabilidad se pone en peligro cuando un progenitor es encarcelado y el daño causado es por lo general mayor cuando la encarcelada es la madre. “Los niños y niñas que eran cuidados por sus madres antes de que ella fuera encarcelada con frecuencia son sometidos a grandes cambios durante el período de cárcel de la madre, incluyendo al menos un cambio de cuidador(a), y por lo común, un cambio de hogar”.<sup>134</sup> Reconocer estas necesidades del desarrollo a fin de satisfacer mejor el interés superior del menor exige que se asegure la estabilidad en la vida del niño/la niña. “El crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral no sucede sin causar al niño/la niña dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el período del desarrollo requiere el contrapeso de la estabilidad y el apoyo ininterrumpidos provenientes de fuentes externas. El crecimiento tranquilo se detiene o interrumpe cuando sucesos abruptos o cambios del mundo externo se suman a los del mundo interno”.<sup>135</sup> Desafortunadamente, debido a que los niños y niñas separados de sus progenitores comúnmente enfrentan múltiples cambios de cuidadores, “es probable que muchos niños y niñas enfrenten una pérdida de estabilidad y de calidad en los cuidados tras el encarcelamiento de su progenitor(a)”.<sup>136</sup>

### 3.3 Las consecuencias del encarcelamiento sobre el derecho del niño y la niña a estar con su familia

Las investigaciones empíricas realizadas por *London School of Economics* sobre los efectos del encarcelamiento de un progenitor sobre su familia han demostrado cómo la esposa o esposo, en un intento por mantener los lazos familiares y limitar los efectos de la institucionalización sobre su pareja encarcelada, se vuelve parte de la institución penitenciaria y padece gran parte de la pena asociada con el encarcelamiento. “Con sus esfuerzos por crear fuertes lazos incluyentes con la pareja encarcelada, participan en una paradójica ‘institucionalización’ de su propia vida familiar”.<sup>137</sup> En su investigación, Comfort se refiere a este fenómeno como *prisionización secundaria*. Se encontró que al llevar los momentos y eventos familiares hacia la sala de visitas de la cárcel, lo que resulta es “una curiosa inversión de la premisa de que las visitas frecuentes facilitan la reintegración social [...] como las celebraciones familiares y el romance son importados hacia el ambiente carcelario, la

132 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England: Willan), pág. 451

133 Goldstein, Joseph, Freud, Anna y Solnit, Albert (1973) *Beyond the Best Interests of the Child* (Londres: Collier Macmillan Publishers), págs. 31-32

134 Woodrow, Jane (1992) *Mothers in Prison: The Problem of Dependent Children* (Universidad de Cambridge), pág. 32

135 Woodrow, Jane (1992) *Mothers in Prison: The Problem of Dependent Children* (Universidad de Cambridge), pág. 32

136 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, Inglaterra: Willan), pág. 451

137 Comfort, Megan L. (2002) ‘Papa’s House: The Prison as Domestic and Social Satellite’ en: *Ethnography*, Vol. 3, pág. 471

penitenciaria se convierte en un satélite del hogar”.<sup>138</sup> La casa se convierte en una prisión simbólica para la familia por el sentimiento de aislamiento y exclusión social comúnmente vivida por las familias de los reclusos.

### 3.4 Conclusiones sobre la prisionización secundaria – el interés superior de la niñez

Como ya se dijo previamente, en virtud del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, los tribunales deben tomar en cuenta los intereses del menor que pudieran verse afectados por un fallo. Por supuesto, la decisión de encarcelar a un padre o madre se hará en base al derecho penal aplicable; el interés superior del menor típicamente será, en el mejor de los casos, una consideración secundaria. Un ejemplo de ello sucedió en la Corte de Apelaciones del Reino Unido, que, en el caso *R vs. Mills* sostuvo que una madre con niños/as dependientes acusada de un delito no violento no debe ser encarcelada cuando existan otras alternativas disponibles.<sup>139</sup> Sin embargo, una vez que se ha impuesto una sentencia de cárcel, un tribunal puede tomar en cuenta cualquier circunstancia especial relacionada con la persona delincuente, entre otras, la existencia de niños/as que dependen de esta persona y que se verían afectados por la sentencia de cárcel. Por ejemplo, siempre que sea posible, podrían hacerse disponibles estipulaciones especiales para que una madre sea puesta bajo arresto domiciliario por el tiempo que dure su embarazo y tal vez por un tiempo limitado inmediatamente después de dar a luz.

En la mayoría de los casos, el encarcelamiento de un progenitor tiene un impacto negativo en el niño y la niña a nivel físico, emocional y psicológico. Aunque el tema rebasa el alcance de este escrito, se debe reconocer que en ciertas situaciones, por ejemplo en situaciones de maltrato, la familia puede beneficiarse con la separación del progenitor. No obstante, a pesar de los problemas asociados con establecer el vínculo causal preciso entre el encarcelamiento y la desadaptación del menor, separar a un(a) progenitor(a) de su hijo/a menor de edad por encarcelamiento por lo general tiene un impacto negativo sobre los derechos del niño/la niña. Estos derechos incluyen los principios generales del derecho a desarrollarse, del derecho a no ser discriminado y, en última instancia, del interés superior del menor.

### 3.5 Cómo mitigar los efectos negativos sobre el menor

En la medida de lo posible, el encarcelamiento de un progenitor debería ser el último recurso. Esto ha quedado legislado en la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar de la Niñez, en donde se estipula que en el caso de mujeres embarazadas y madres de infantes y niños/as pequeños/as, “al dictar sentencia, siempre se considerará primero una sentencia sin cárcel”.<sup>140</sup> Ciertamente, en casos donde la persona acusada es encontrada culpable de un delito no violento, los tribunales deberían evaluar el impacto sobre el niño o la niña, prestando especial atención a las alternativas disponibles para el menor, ya que por lo común es la falta de cuidados alternativos adecuados lo que afecta al menor de manera más grave. En palabras de Murray, “los recursos personales y familiares inadecuados pueden tener un impacto mayor en términos de desadaptación tras el encarcelamiento del progenitor que la separación misma”.<sup>141</sup>

138 Comfort, Megan L. (2002) ‘*Papa’s House: The Prison as Domestic and Social Satellite*’ en: *Ethnography*, Vol. 3, pág. 470

139 *R v. Mills* [2002] CR APP R 52

140 Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de la Niñez (1990), Artículo 30(a)

141 Murray, Joseph y Farrington, D.P. (2006) ‘Evidence-based programs for children of prisoners’ en: *Criminology and Public Policy*, Vol. 5, No. 4, pág. 451

Aunque la Convención sobre los Derechos de la Niñez “todavía no se convierte en la carta de vida de los niños y niñas con progenitores encarcelados”,<sup>142</sup> se sostiene que los derechos generales cubiertos en ella se aplican a dichos niños y niñas. Cuando un padre o madre es encarcelada, comúnmente es en su interés superior que el niño o niña mantenga contacto periódico con su progenitor(a).<sup>143</sup> El Estado tiene la obligación, en virtud del Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, de facilitar el contacto periódico. Las investigaciones demuestran que el contacto entre el menor y su progenitor(a) no solamente atiende al interés superior del niño/la niña, también se ha demostrado que reduce la reincidencia y ayuda a la reintegración de la persona delincuente en la sociedad tras su liberación.<sup>144</sup> Más aún, se considera que la preocupación que siente el niño/la niña por el bienestar de su progenitor tiene un impacto negativo sobre el desarrollo del menor. El contacto periódico con el progenitor ayuda a reducir esta ansiedad.

Para promover el contacto entre padre/madre y niño/niña se podría, entre otras cosas, facilitar la comunicación ofreciendo llamadas telefónicas a bajo costo, transportación económica desde y hacia la cárcel, y medios adecuados para enviar y recibir cartas, además de otras formas de comunicación como grabaciones de mensajes o historias leídas por los progenitores encarcelados. En Estados Unidos es común escuchar que las compañías telefónicas privadas cobran a los reclusos tarifas abusivas, por encima del nivel nacional, y que esto se convierte en un obstáculo más para un grupo ya de por sí marginado.<sup>145</sup> En el Reino Unido, la escasez de teléfonos disponibles en una cárcel de grandes dimensiones resulta problemática en términos de que dificulta mantener los lazos familiares desde la cárcel.<sup>146</sup> Las investigaciones realizadas en este campo indican que las visitas del menor a su progenitor encarcelado son por lo común la forma más positiva de garantizar estabilidad en la vida del niño/la niña. En ese estudio se llegó a la conclusión de que “los niños y niñas que periódicamente visitan a sus progenitores de quienes están separados presentaron una mejor adaptación emocional, puntuaciones de coeficiente intelectual más altas, y más mejorías de conducta que aquellos que no los visitan”.<sup>147</sup> No obstante, estas visitas deben estar bien planeadas para atender las necesidades y preocupaciones del menor.

Tan importante es mantener el contacto entre el progenitor y el niño/la niña como garantizar estabilidad y continuidad en la vida del menor en cuanto a los cuidadores y el ambiente en que vive. “Desarrollar relaciones positivas con adultos siempre disponibles y atentos a las necesidades del menor puede ayudar a reducir los efectos de la pérdida materna/paterna o a reducir los problemas; por el contrario, la inestabilidad en cuanto a las personas que lo cuidan no ayuda”.<sup>148</sup> Entonces, siempre que sea posible, el niño/la niña deberá ser colocado en un ambiente estable, de atención a sus necesidades, a fin de provocar la menor irrupción posible en su vida. En palabras de Poehlmann: “Los niños y las niñas desarrollan representaciones de las relaciones que son menos óptimas cuando las figuras con las que se vincula no están disponibles ni ponen atención a las necesidades del menor, por

142 Wolleswinkel, Ria (2002) ‘Children of Imprisoned Parents’ en: Willems, Jan (ed.) *Developmental and Autonomy Rights of Children; Empowering Children, Caregivers and Communities* (Intersentia), pág. 7

143 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), págs. 47-53

144 Baunach, Phyllis Jo (1985) *Mothers in Prison* (New Brunswick: Transaction Books), pág. 2

145 En Estados Unidos ha habido un historial de una compañía de teléfonos usada exclusivamente en las cárceles. Con ésta las llamadas desde los reclusos tienen un costo más alto que cualquier otra cuota de llamada por cobrar. Para una discusión más amplia, véase Human Rights Watch (2002) *Collateral Casualties: Children of Incarcerated Drug Offenders in New York*, Sección III, disponible en: <http://hrw.org/reports/2002/usany/USA0602-03.htm> (consultada el 17 de agosto de 2009)

146 McDermott, Kathleen y King, Roy D. (1992) ‘Prison rule 102: “stand by your man”: the impact of penal policy on the families of prisoners’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 65

147 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 69

148 Poehlmann, Julie (2005) ‘Representations of attachment relationships in children of incarcerated mothers’ en: *Child Development*, Vol. 76, No. 3, pág. 682

ejemplo, cuando no existe una continuidad en cuanto a los cuidadores, cuando hay una separación prolongada o en situaciones de maltrato”.<sup>149</sup>

En sus Observaciones Finales, el Comité sobre los Derechos de la Niñez recientemente recomendó que “se estudie periódicamente la posibilidad de dispensar otros tipos de cuidados al niño, velando por que se satisfagan adecuadamente sus necesidades físicas y mentales”. Recomienda, además que el Estado Parte “continúe garantizando que la atención alternativa permita al niño mantener relaciones interpersonales y contacto directo con la madre encarcelada”.<sup>150</sup> En el Párrafo II de la versión preliminar de las Directrices de la ONU para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas, también se subraya la necesidad de mantener la estabilidad y de no interferir con el desarrollo temprano del apego entre un niño/una niña y su principal cuidador(a): “en las decisiones con respecto de los niños y las niñas bajo cuidado alternativo, incluyendo aquellos bajo cuidado informal, se deberá dar debida atención a la importancia de garantizar a los niños y niñas un hogar estable y de satisfacer su necesidad básica de seguridad y continuo apego a sus cuidadores, teniendo en general como meta clave la permanencia”.<sup>151</sup>

---

149 Poehlmann, Julie (2005) ‘Representations of attachment relationships in children of incarcerated mothers’ en: *Child Development*, Vol. 76, No. 3, pág. 680

150 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Convención sobre los Derechos de la Niñez: Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, Párr. 48; y Filipinas CRC/C/15/add.259, Párr. 53-54

151 Consejo de Derechos Humanos, 11ª Sesión, Anexo de la Resolución 11/7: Directrices para el Cuidado Alternativo de Niños y Niñas, Párr. 11

## 4 Prisionización primaria

### 4.1 Introducción

En el capítulo anterior, se utilizó el término de Megan Comfort prisionización secundaria<sup>152</sup> para describir los efectos que sobre un menor tiene el separarlo de su progenitor(a) encarcelado/a. Partiendo de esta idea, el término *prisionización primaria* se aplicará cuando el niño/la niña se queda a vivir en la cárcel con su progenitor(a). Se considerarán los desarrollos en cuanto a políticas y prácticas cuando los menores permanecen en la cárcel con sus progenitores a fin de revisar cómo puede satisfacerse el interés superior del menor. Lo anterior se hará mediante el análisis de la situación de los niños y niñas con padres encarcelados en Europa, donde las políticas, reconociendo el impacto negativo de separar a los niños y las niñas de sus progenitores, se han desarrollado de tal manera que permiten a los niños y niñas vivir en el reclusorio. Reconociendo la universalidad de la cuestión, se hará un análisis de los obstáculos particulares que enfrentan los países en desarrollo, donde la práctica de permitir a los niños y niñas vivir en la cárcel plantea riesgos adicionales a las obligaciones legales fundamentales. A pesar de la universalidad de las sentencias de cárcel, debe subrayarse que las diferentes estipulaciones y arreglos dependen de una serie de factores, entre los cuáles podemos mencionar la diversidad de actitudes hacia la familia y el valor que se le da a la vida familiar y al papel de los progenitores, así como la disponibilidad de recursos tanto para aquellos que viven en la cárcel como para los que se quedan afuera en relación a los cuidados alternativos.

### 4.2 Perspectivas europeas – un breve resumen

En Europa, sólo en circunstancias limitadas se permite a los bebés y niños/as pequeños/as residir en la cárcel con sus progenitores. El Comité de Ministros del Consejo de Europa estipula en su Recomendación,<sup>153</sup> específicamente en el Artículo 36.1, que los infantes pueden permanecer en un reclusorio con su progenitor(a) sólo cuando esto vaya en función del interés superior del menor en cuestión. En los Artículos 36.2 y 36.3 de la Recomendación establece que en dichos casos deberán tomarse medidas para garantizar que la seguridad y el bienestar del menor son tomadas en cuenta mediante proporcionar instalaciones adecuadamente amuebladas y un personal calificado. En la Recomendación se subraya que los infantes de los presos no son presos. Esta política se considera una forma de mitigar el impacto negativo de la separación. A pesar de ese razonamiento, se reconoce el hecho de que el ambiente penitenciario no es un lugar ideal para criar a un menor.

En tanto que los países europeos están cambiando para establecer dentro de las cárceles instalaciones pensadas en los niños y las niñas para que ellos puedan mantener contacto con sus progenitores encarcelados, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Kleuver vs. Noruega*,<sup>154</sup> sostuvo que los Estados no tenían obligación alguna de proporcionar instalaciones para que un menor resida en la cárcel con su progenitor(a). Quienes dictan las políticas en Europa se rehúsan a fomentar que niños y niñas vivan en las penitenciarías. Esta postura queda evidenciada en un informe del Consejo de Europa en donde se afirma que: “La necesidad de mantener contacto no deberá provocar que se exponga al menor a los efectos dañinos de la vida carcelaria”.<sup>155</sup> El Consejo observó que “las cárceles no ofrecen un ambiente apropiado para bebés o niños/as pequeños/as, y comúnmente provoca retrasos en el desarrollo con consecuencias a largo plazo. Sin embargo,

152 Comfort, Megan L. (2002) ‘Papa’s House: The Prison as Domestic and Social Satellite’ en: *Ethnography*, Vol. 3, pág. 471

153 Consejo del Comité Europeo de Ministros (2006) *Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules*

154 *Kleuver. v Norway* (30 de abril de 2002), disponible en: [http://www.rechtsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Judgments/99\\_045837.html](http://www.rechtsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Judgments/99_045837.html) (consultada el 17 de agosto de 2009)

155 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1997) Doc 7816: Social and Family Effects of Detention

si se separa obligatoriamente a bebés e infantes de sus madres, sufren un daño emocional y social permanente. La mayoría de los sistemas penitenciarios en Europa proporcionan algunos lugares para bebés, pero muchos cientos de bebés siguen siendo separados de sus madres encarceladas”.<sup>156</sup>

De las afirmaciones del Consejo de Europa pueden derivarse varias observaciones importantes. En particular, el reconocimiento del dilema que plantea vivir en una sociedad pro-carcelaria y, en este contexto, de qué manera cuidar mejor a los niños y niñas que se quedan sin su progenitor(a) al dictarse sentencia.

Es común escuchar que se desconoce el número exacto de niños y niñas con un progenitor en prisión. En un informe sobre los ‘Efectos sociales y familiares de la detención’ se calcula que en Europa, aproximadamente 700,000 niños y niñas se ven afectados por el encarcelamiento de un progenitor.<sup>157</sup> El informe, no obstante, sólo toma en cuenta a los bebés que son separados de sus madres y no toma en cuenta a los niños y niñas pequeños que se ven afectados de manera negativa por el encarcelamiento de su padre. El informe tampoco menciona los derechos de un padre encarcelado, a pesar de que éste grupo constituye una mayoría dentro de la población penitenciaria en todo el mundo.

En Europa, a diferencia de lo que sucede en algunos países sudamericanos, en las cárceles generalmente no se permite que los niños y las niñas vivan con su padre. En Dinamarca, existe un reclusorio que cuenta con una unidad familiar para que las madres y los padres vivan juntos con su hijo/a<sup>158</sup> y el país permite a los menores de tres años permanecer con su padre.<sup>159</sup> España también ofrece ‘celdas familiares’ en la cárcel de Aranjuez, al sur de Madrid. Sin embargo, con respecto a la *prisionización primaria*, la práctica general dicta que sólo las madres pueden mantener a sus bebés consigo en la cárcel. Una política alimentada por la falta de reconocimiento del papel del padre en el desarrollo del niño/la niña provoca una violación potencial no sólo de las medidas de igualdad y antidiscriminación, sino específicamente en este ejemplo, del Artículo 18 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez que estipula que el desarrollo del menor es responsabilidad de ambos progenitores, y del Artículo 9, que establece que el menor tiene el derecho de no ser separado de sus progenitores.

La edad hasta la cual los niños y las niñas pueden permanecer en la cárcel también varía de un país a otro e incluso, en algunos casos, dentro de un mismo país, donde los límites dependerán del reclusorio del que se trate. En el Reino Unido, un bebé puede vivir en la cárcel hasta cumplir la edad de nueve o dieciocho meses, dependiendo de la cárcel.<sup>160</sup> En Alemania, hay ‘casas abiertas’ especiales donde se puede alojar a niños y niñas menores de seis años. Sin importar el espectro tan diverso de edades hasta las cuáles los bebés y niños/as pequeños/as pueden vivir en la cárcel, la edad máxima promedio es de tres años de edad.<sup>161</sup> El razonamiento detrás de este límite de edad parece ser: que un niño o niña de esta edad puede formar apego sin estar todavía consciente de su ambiente penitenciario.

Las investigaciones realizadas para el presente documento arrojaron que mientras que casi todos los países entrevistados proporcionan al menos una instalación madre-bebé, Malta fue uno de los pocos países que no ofrece instalación alguna que permita a los niños y niñas vivir en la cárcel.<sup>162</sup>

156 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2000) Doc. 8762: Mothers and babies in prison, disponible en: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc00/EDOC8762.htm>, (consultada el 10 de mayo de 2007)

157 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 7

158 Cuestionario a Dagmar Rasmussen, Oficial principal de libertad condicional, Dinamarca, 15 de junio de 2007

159 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 74

160 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 75

161 Esto incluye a países como Bélgica, Italia, España, Dinamarca y Polonia.

162 Cuestionario al Dr. Mario Spiteri, Director del Departamento de Promoción de la Salud, Malta, 9 de junio de 2007



Existen dos tipos principales de cárceles que albergan a los niños y niñas que son hijos de reclusos: las unidades madre-bebé y las casas abiertas. Las unidades madre-bebé tienen la intención de permitir a los recién nacidos ser alimentados por sus madres. Tomando el caso de Irlanda como ejemplo, el Artículo 20 de las Normas Penitenciarias de 1947 establece que “el niño o niña de un detenido puede ser aceptado en la cárcel con su madre, si todavía está lactando”. En la práctica, es raro que un niño o niña permanezca en la cárcel después de esta etapa temprana.

En Alemania existen las casas abiertas, que en general son para las madres que han cometido delitos menores. Las madres reclusas tienen derecho a vivir allí junto con sus hijos/as menores de seis años. Planean y preparan las comidas ellas mismas para sí y para sus hijos/as. Durante las mañanas, cuando las madres están trabajando, los niños y niñas son cuidados por maestras especialistas de preescolar y enfermeras pediátricas capacitadas.<sup>163</sup> Cada seis meses se entrega un informe sobre el desarrollo de los niños y niñas.

### 4.3 Las ventajas de la prisionización primaria

La cárcel debe desarrollarse para ofrecer un ambiente apto para los niños y niñas pequeños, dentro de los límites establecidos por las normas y exigencias penitenciarias. El Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa observó que en aquellas situaciones en que los niños y niñas permanecen en las cárceles con sus progenitores, “el objetivo deberá ser producir un ambiente centrado en las necesidades del menor, sin aditamentos de cárcel visibles tales como uniformes y ruidosas llaves”.<sup>164</sup> Al proporcionar las instalaciones adecuadas, las ventajas de mantener el contacto entre la madre y el niño/la niña se tornan más significativas. Dicho contacto facilita el desarrollo del menor al tiempo que contribuye a la rehabilitación de la persona reclusa al garantizar los lazos familiares, en lugar de agravar e intensificar los sentimientos de pérdida y falla asociados con el encarcelamiento de un progenitor.

Sin embargo, queda por considerar si mantener al menor en la cárcel con su progenitor(a) verdaderamente es en el interés superior del niño/la niña. La pregunta a responder es si los derechos legales del menor pueden salvaguardarse adecuadamente en dichas circunstancias y si, en última instancia, se está atendiendo el interés superior del niño.

### 4.4 El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

En un informe reciente, el Comité de la ONU sobre los Derechos de la Niñez observó que, entre otras cosas, la lactancia de un bebé era un elemento integral del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo consagrado en la Convención sobre los Derechos de la Niñez.<sup>165</sup> Esto se resaltó también en los *travaux préparatoires* de la Convención.<sup>166</sup> Por tanto, es posible argumentar que a fin de satisfacer el derecho del menor a la vida, la supervivencia y el desarrollo se requiere mantener el contacto entre un bebé y su madre tras las rejas.

En el contexto de niños y niñas pequeños que viven en la cárcel con su progenitor(a), el derecho al desarrollo de particular atención. El derecho a desarrollarse, según se estableció en la Declaración de 1986 de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, incluye, entre otros, que se provea de un

163 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 77

164 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 20

165 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Day of Discussion on Implementing Child Rights in Early Childhood, 17 de septiembre de 2004, Párr. 8, disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/earlychildhood.pdf> (consultada el 11 de agosto de 2009)

166 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Kluwer International Press)

ambiente adecuado que promueva el desarrollo mental y físico del niño y la niña, y que se refleje en las capacidades del menor.<sup>167</sup> La Red Europea para Niños y Niñas de Madres y Padres Encarcelados afirmó que “también deben hacerse arreglos para promover el desarrollo normal de las habilidades motoras y cognitivas de los infantes en la prisión. En particular, deberán contar con instalaciones adecuadas para jugar y ejercitarse dentro de la cárcel y, siempre que sea posible, tener la oportunidad de abandonar el edificio y llevar una vida común fuera de sus paredes.<sup>168</sup> Una de las preocupaciones más serias en relación a los niños y niñas que viven en las penitenciarías europeas puede ser el riesgo que para el desarrollo del menor plantea la falta de estimulación.

En investigaciones realizadas para medir el impacto del ambiente carcelario sobre el desarrollo de un niño o niña, se comparó a los niños y niñas que estaban viviendo en unidades madre-bebé en la cárcel con niños y niñas que fueron puestos bajo cuidado alternativo fuera de la cárcel, por ejemplo, cuidados por parientes, con cuidadores adoptivos, o cuidados por amistades de la familia.<sup>169</sup> Posteriormente, estos dos grupos se compararon con los bebés que asistían a una guardería. Se encontró que, contrario a lo obtenido en pruebas anteriores sobre niños y niñas bajo cuidado institucional, no hubo daños severos al desarrollo.<sup>170</sup> Se observó que el desarrollo locomotor y cognitivo de los bebés que pasaron más de cuatro meses en las unidades madre-bebé se volvió lento. Sin embargo, al salir de ahí, rápidamente alcanzaron a los demás infantes fuera de la cárcel.<sup>171</sup> A pesar de este retraso inicial en el desarrollo, la investigación indica que los bebés que vivieron en las unidades disfrutaban de una mayor estabilidad que aquellos con cuidadores alternativos. Se ha subrayado que esta cuestión de la estabilidad tiene un mayor efecto a largo plazo para el menor.<sup>172</sup> Además, un elemento importante que no debe ser ignorado es que si bien el menor está viviendo en una institución, ésta siendo cuidado por su madre al menos parte del tiempo.

Los resultados de esa investigación indicaron que las unidades madre-bebé son en potencia un ambiente adecuado para el desarrollo de las habilidades básicas del bebé, pero que una vez alcanzadas la unidad tal vez no ofrezca un foro adecuado para el desarrollo ya que limita el desarrollo locomotor del menor.<sup>173</sup> En relación con el desarrollo cognitivo, se ha dicho que si bien los niños y niñas reciben cuidados e interacción social general, puede que les falten “juegos educativos, guiados y explicativos” en virtud de las limitaciones y restricciones indicativas de la vida penitenciaria.<sup>174</sup> En un intento por compensar la escasez de estímulos típica del ambiente carcelario, se necesita poner especial atención al tratar de adaptar ese ambiente a las necesidades de los niños y las niñas. Es interesante observar que Liza Catan, en su investigación sobre el desarrollo infantil, encontró que uno de los factores que contribuye a la falta de estímulos educativos, dejando de lado el mismo ambiente carcelario, son los cuidadores de los niños y las niñas, grupo conformado por personal penitenciario y enfermeras, en lugar de profesionales calificados en el cuidado de niños y niñas. De hecho, tras evaluar las respuestas de los cuestionarios distribuidos a los oficiales del cuidado de la salud en las cárceles de Europa, parece ser que muy pocos reclusorios realmente cuentan con profesionales en el cuidado de niños y niñas que estén trabajando en las unidades o al menos con personal penitenciario capacitado en

167 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The Right to Life, Survival and Development* (Leiden: Nijhoff), pág. 3

168 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), págs. 20-21

169 De acuerdo con las Escalas Griffiths de Desarrollo Mental, esta investigación se centró en la norma para el desarrollo locomotor, social, lingüístico, coordinación motora fina y desarrollo cognitivo, según Catan, Liza (1992) ‘Infants with mothers in prison’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 15

170 Catan, Liza (1992) ‘Infants with mothers in prison’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), págs. 16-17

171 Lloyd, Eva (1992) ‘Prisoners’ children: the role of prison visitors’ centres’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 25

172 Lloyd, Eva (1992) ‘Prisoners’ children: the role of prison visitors’ centres’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 25

173 Catan, Liza (1992) ‘Infants with mothers in prison’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 17

174 Catan, Liza (1992) ‘Infants with mothers in prison’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 18



cuidado de niños y niñas. Las prioridades del personal que trabaja en las unidades para niños y niñas difieren significativamente del personal de las guarderías o de preescolar. Por ejemplo, las enfermeras que trabajan en las cárceles están motivadas a trabajar desde una perspectiva de cuidado de la salud, en lugar de centrarse en la interacción con el menor a fin de estimular o ayudar a su desarrollo a través de juegos interactivos.<sup>175</sup> Ha habido algunos desarrollos en este sentido: en Polonia, por ejemplo, el personal penitenciario que trabaja con los niños y niñas está capacitado para trabajar con ellos y asiste a cursos especiales.<sup>176</sup>

En su investigación, Catan llega a la conclusión de que si bien las unidades madre-bebé y otras instalaciones adaptadas a los niños y niñas pueden ser un ambiente apropiado para el desarrollo de los niños y las niñas, y aún en ciertos casos preferibles a separar al menor de su progenitor(a), los impedimentos citados deben ser atendidos a fin de satisfacer mejor tanto el desarrollo locomotor como el cognitivo de los niños y las niñas de igual modo que para los menores viviendo en circunstancias más normales. Falta mucho por hacer por sistematizar a nivel regional e internacional los recursos y estándares de cuidado disponibles para los bebés y los niños y niñas pequeños que viven en las cárceles.

Si bien es importante alentar la interacción entre la madre y el niño/la niña, debemos estar conscientes de los peligros que dicho confinamiento, axiomático de la vida penitenciaria, puede conllevar. En el contexto del encarcelamiento, los impedimentos al desarrollo pueden incluir un ambiente en donde esta relación simbiótica entre la madre y el menor se torne insana y asfixiante. Se deberán tomar medidas para garantizar que esta relación siga siendo sana para ambos, la madre y el menor, y para facilitar la interacción de las madres unas con otras y con el mundo externo.

## 4.5 El derecho a estar acompañado/a de su familia

Como ya se mencionó en el primer capítulo, para Donnelly, la familia es el “asiento de la socialización”.<sup>177</sup> La familia nutre la autoestima, la dignidad y el sentimiento de pertenencia del niño y la niña.<sup>178</sup> Más aún, de acuerdo con Bowlby, la familia otorga al menor un sentido de tener un lugar en el mundo.<sup>179</sup> Las unidades madre-bebé y otros medios para alojar a los niños y niñas pequeños en las cárceles son el reconocimiento de la importancia de la vida familiar para el derecho del menor, en particular, para el derecho del niño y la niña a recibir cuidados y compañía de su progenitor(a) en virtud del Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, según se revisó anteriormente.

Es difícil analizar de manera concluyente el impacto que tiene el encarcelamiento de un progenitor debido a que pueden existir muchas variables. Cuando el menor está en una familia maltratadora, es claramente preferible que se separe al progenitor del niño o la niña y, entonces, el encarcelamiento del progenitor no viola el Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez. En lugar de ello, en tales circunstancias, el Estado está cumpliendo con su obligación de proteger al menor en virtud de los términos de la Convención sobre los Derechos de la Niñez. Otras variables que el sistema judicial debe de tomar en cuenta, y en general toma en cuenta, son, entre otras, si se debe o no encarcelar a un(a) cuidador(a) principal, la duración de la sentencia, la seriedad del delito y los cuidadores alternativos disponibles para el niño/la niña, trátase de un pariente, amistad o vecino/a, una casa hogar, la adopción o una institución.

175 Catan, Liza (1992) ‘Infants with mothers in prison’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 19

176 Cuestionario a Marzena Ksel, Directora de Servicios de Salud Penitenciarios, Polonia, 9 de junio de 2007

177 Donnelly, Jack y Howard, Rhoda (1988) ‘Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 10, No. 2, pág. 226

178 Donnelly, Jack y Howard, Rhoda (1988) ‘Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 10, No. 2, pág. 226

179 Goldberg, Susan (2003) *Attachment and Development* (Londres: Arnold), págs. 16-17

En Europa, la tendencia es que cuando la madre es encarcelada existe la opción de dejar al menor con ella; sin embargo, esta misma opción no está disponible cuando se trata de un padre encarcelado. El razonamiento común detrás de esto es simplemente la diferencia de logística que existe entre encarcelar a los hombres y encarcelar a las mujeres, además del grado de seguridad requerida. Un claro ejemplo de esto puede observarse en una visita a la cárcel Mountjoy en Dublín. En el mismo complejo están la cárcel de mujeres y la cárcel para hombres, con un patio de separación. La cárcel de hombres es una unidad de alta seguridad, con celdas donde los reclusos permanecen encerrados la mayor parte del día, incluso durante las comidas, y son obligados a orinar y defecar en contenedores en sus celdas para posteriormente vaciarlos en otra parte. En contraste, la cárcel de mujeres conocida como el Centro Dochas (que en irlandés quiere decir ‘esperanza’) cuenta con paredes de colores brillantes y a las celdas se les denomina ‘cuartos’; algunas de las mujeres incluso tienen llaves de su cuarto. Cerca de la sección para mujeres hay un área de juegos y una cocina donde las mujeres pueden cocinar para sí y para sus hijos/as que las visitan.

Otra razón para mantener a los niños y niñas junto con sus madres es que por lo común las mujeres son las principales cuidadoras. Cuando el padre va a dar a la cárcel, las mujeres normalmente se quedan al cuidado de los niños y niñas. Sin embargo, se ha visto que lo equivalente no sucede cuando las madres están en la cárcel, y existen pocas alternativas en cuanto a cuidadores para sus hijos/as.

A pesar de esta tendencia, la importancia del papel que ambos progenitores tienen en el desarrollo del menor no debe ser ignorado. Como se discutió en el primer capítulo, el Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez estipula que los niños y niñas no deberán ser separados de sus progenitores, al tiempo que el Artículo 18 señala que la crianza de un niño o niña es deber de ambos progenitores. El Artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sostiene que “todo niño y niña deberá tener el derecho de mantener una relación personal y un contacto directo de manera periódica con sus dos progenitores, a menos que esto vaya en contra de los intereses del menor”. La Red Europea para Niños y Niñas de Madres y Padres Encarcelados hizo notar en un informe reciente que durante las etapas tempranas de la niñez, el papel de un progenitor es crucial para el desarrollo del niño y la niña y que “por tanto, se debe prestar fuerte atención a la triada que forma con la madre y el padre durante esos primeros meses”.<sup>180</sup>

La no discriminación también se clasifica como un derecho de pertenencia. Jack Donnelly y Rhoda Howard observan que “el prerrequisito para la participación social es el reconocimiento de la propia pertenencia a la sociedad como individuo, independientemente de las fidelidades para con la familia. Así, el derecho a la familia debe complementarse con el derecho a la no discriminación”.<sup>181</sup> En esta situación, salvaguardar el derecho a no ser discriminado significa garantizar que vivir en la cárcel no va a provocar la discriminación por parte de aquellas personas con las que el niño y la niña están en contacto, por ejemplo, sus maestros.

## 4.6 Empoderamiento

Durante su 11° Período de Sesiones, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó una resolución sobre el derecho a la educación. Esta resolución, aprobada sin votación, contempla específicamente la educación de los detenidos y sus hijos/as. El Párrafo 10(1), en vigor, se refiere a la obligación de todos los Estados de garantizar la educación primaria obligatoria, accesible y disponible sin costo para todos, incluyendo a todos los niños y niñas en detención o viviendo en las cárceles

180 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), pág. 27

181 Donnelly, Jack y Howard, Rhoda (1988) ‘Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 10, No. 2, pág. 228

(el énfasis es de la autora).<sup>182</sup> De acuerdo con Stephen Moore, uno de los investigadores en este campo, “todos los niños y las niñas tienen derecho a contar con acceso a la educación, al desarrollo físico, intelectual y social y a adquirir las habilidades de las cuales dependen sus oportunidades de vida”.<sup>183</sup> Con respecto a la realización del derecho del menor a recibir educación, éste se ve afectado por su estancia en la cárcel de dos maneras. La primera, en las unidades madre-bebé, antes mencionadas, donde la falta de estímulo educativo puede tener un impacto negativo sobre el desarrollo educativo temprano del menor. La segunda, en el caso de que los niños y niñas pequeños tengan acceso a la educación, se deberá evaluar si los derechos básicos mínimos a recibir educación de los niños y niñas que viven en la cárcel están siendo satisfechos y, además, si dicha educación puede ir más allá de las necesidades básicas y responder a las necesidades especiales de este grupo vulnerable de niños y niñas.

Más allá de realizarse el mínimo derecho a la educación, las escuelas pueden proporcionar mayor apoyo e influencia sobre los niños y niñas que viven en las penitenciarías. En el caso de muchos niños y niñas, éste es el único momento en que dejan las instalaciones carcelarias. La ubicación física del jardín de niños, guardería o escuela fuera de la prisión es de particular importancia, como en el caso de las casas madre-niño/a en Sevenum, Holanda, o las cárceles abiertas en Vechta y Frondenberg, en Alemania.<sup>184</sup> Moore subraya el papel que los maestros, en virtud de su posición de ser quizá la única figura adulta estable en la vida volátil de los niños y niñas, pueden desempeñar para ayudar a mejorar la situación de los niños y niñas de progenitores encarcelados. Moore sugiere que: “Los maestros deben hacer saber a sus alumnos que pueden recurrir a ellos, en dado caso, si el niño o niña lo desea. Esta oferta debe hacerse a todos los niños y niñas. Los maestros no deberán elegir a aquellos que creen que pueden necesitar ayuda. Deberá indicarse un lugar y una hora, fuera de la atención de otros alumnos, para que cualquier niño o niña pueda tomar la oferta. Ayudas prácticas, por ejemplo para obtener cenas gratis o becas para uniformes o de manutención, reducen la carga y la presión sobre la familia y, por tanto, sobre el menor”.<sup>185</sup>

## 4.7 Protección

En un informe del 2004, el Comité sobre los Derechos de la Niñez observó que en la actualidad los niños y las niñas que viven en la cárcel con su madre se encuentran entre los grupos de niños y niñas más vulnerables.<sup>186</sup> Estar protegido contra daños físicos y mentales es un derecho humano fundamental, mismo que está especialmente en riesgo en el caso de los bebés y niños/as pequeños/as que viven en las cárceles. Se extiende a los actos y omisiones del personal penitenciario y de las madres y de hecho de cualquier persona que esté en contacto con los niños y niñas. En el caso *JH (un menor)*<sup>187</sup>, del Reino Unido, al encontrarse que la conducta de la madre era perjudicial para el bienestar del menor el tribunal sostuvo que era apropiado separar a la madre y al niño por recomendación del director de la cárcel. Este caso ilustra la importancia de monitorear continuamente el desarrollo del menor con respecto a la relación con su madre dentro del ambiente penitenciario.

La Red Europea para Niños y Niñas de Madres y Padres Encarcelados (EUROCHIPS) recomienda que la relación entre la madre y el niño o niña deberá alimentarse y protegerse de manera sana. Por

182 Ertürk, Yakin (2009) *Political economy of women's rights: report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences*, UN Doc A/HRC/11/6

183 Moore, Stephen (1992) 'A link with normality: the role a school could play to help a prisoner's child in crisis' en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 176

184 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), págs. 74-79

185 Moore, Stephen (1992) 'A link with normality: the role a school could play to help a prisoner's child in crisis' en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 177

186 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Day of Discussion on Implementing Child Rights in Early Childhood. 17 de septiembre de 2004, disponible en: <http://ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/earlychildhood.pdf> (consultada el 20 de abril de 2007)

187 *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Hickling and JH (A minor)* [1986]

tanto, el menor nunca deberá ser encerrado con la madre o mantenido en aislamiento. Siempre que sea posible, deberá mantenerse y facilitarse un contacto positivo con otros progenitores y otros niños/as dentro y fuera de la cárcel.<sup>188</sup>

## 4.8 La situación de los niños y niñas con progenitores encarcelados en los países en desarrollo

Muchos países menos desarrollados tienen también una política de aceptar que los niños y niñas vivan con sus madres y padres encarcelados.<sup>189</sup> En relación a Camboya, el Comité sobre los Derechos de la Niñez comentó en sus Observaciones Finales que “todavía en la actualidad hay algunos niños y niñas viviendo en la cárcel con sus madres porque la madre no quiere que la separen de ellos. El Ministerio de Bienestar Social está considerando qué medidas se deben tomar para proteger el interés superior de los niños y niñas”.<sup>190</sup> En algunos países en desarrollo se tiene una conciencia similar sobre los efectos de la separación sobre el desarrollo del menor. Sin embargo, la situación económica del país afecta las condiciones de las cárceles y la implementación de las salvaguardas legales no ayuda a apaciguar ni siquiera al más liberal de los lectores ni a convencerlo de que dichas condiciones son en el interés superior del menor. En un informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo notar las condiciones de las cárceles en Sudamérica y sus efectos sobre los derechos de los niños y niñas. La Comisión afirmó estar “preocupada por el bienestar físico, psicológico y emocional de los niños, niñas y adolescentes que viven con sus padres y madres en las cárceles visitadas, dadas las precarias condiciones de infraestructura, sanidad y seguridad en esas cárceles”<sup>191</sup>

Un estudio realizado en India por el Instituto Nacional de Criminología y Ciencias Forenses sobre los niños y niñas de mujeres reclusas que vivían en las cárceles de la India indicó que los niños y niñas sufrían de diversas privaciones relacionadas con el alimento, la salud, el alojamiento, la educación y la recreación. También había una falta de personal capacitado disponible que cuidara a dichos niños y niñas. La Suprema Corte ordenó que se prepararan nuevos estudios sobre las cárceles en todo el país donde hubiera niños y niñas, específicamente, que se documentara el número de niños y niñas viviendo en los reclusorios y en qué medida se tomaban acciones para satisfacer sus necesidades específicas. Los resultados fueron muy diferentes de una cárcel a otra: mientras que algunas decían proporcionar leche o un cambio de ropa, otras ofrecían programas de alfabetismo o educación preescolar. En un informe del Instituto Tata de Ciencias Sociales se enlistaron los siguientes cinco motivos que requieren atención de la Corte al emitir pautas para estos niños y niñas:

- Los ambientes penitenciarios no promueven el crecimiento ni el desarrollo normal de los niños y niñas.
- Muchos niños y niñas que nacen en la cárcel nunca experimentan una vida familiar normal sino hasta la edad de cuatro o cinco años.
- El patrón de socialización de los niños y las niñas se ve gravemente afectado debido a su estancia en la cárcel. La única imagen de figura masculina de autoridad que conocen es la del policía y los guardias de la prisión. No conocen el concepto de ‘hogar’. Los niños varones a

188 Ayre, Liz, Philbrick, Kate y Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (París: EUROCHIPS), págs. 74

189 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Convención sobre los Derechos de la Niñez: Observaciones finales: Nepal, CRC/C/15/Add.261, Párr. 52; Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, Párr. 48; Observaciones finales: Irán, CRC/C/15/Add.254, Párr. 51; Observaciones finales: México, CRC/C/MEX/CO/3, Párr. 39; Observaciones finales: Camboya, CRC/C/11/Add.16, Párr. 101

190 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Convención sobre los Derechos de la Niñez: Observaciones finales: Camboya, CRC/C/11/Add.16, Párr. 101

191 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006) *Comunicado de Prensa No. 48/06: CIDH verificó la situación de las personas privadas de libertad en algunas cárceles de la República de Bolivia*, disponible en: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/textocomunicados2.htm#48/06> (consultada el 8 de agosto de 2009)

veces hablan sólo en femenino debido a que han crecido sólo entre mujeres en el reclusorio de mujeres. Cualquier cosa que ven, por ejemplo, animales en el camino, asusta a estos niños y niñas debido a su falta de exposición al mundo fuera de la cárcel.

- Los niños y niñas son trasladados con sus madres de una cárcel a otra; esto los estresa.
- Dichos niños y niñas a veces exhiben un comportamiento violento y agresivo, o introvertido, en la cárcel.<sup>192</sup>

Este informe y otros estudios y declaraciones similares hechas por consejeros legales, obligaron a la Suprema Corte a emitir pautas sobre el cuidado de los niños y niñas de madres reclusas. Desde el principio, las pautas establecen que sólo a niños y niñas menores de seis años de edad se les permitirá residir con sus madres en la cárcel y quienes así lo hagan no serán tratados como reos. Deberá contarse con alimentos disponibles que satisfagan las necesidades nutricionales y alimenticias de los niños y niñas y, siempre que sea posible, las embarazadas darán a luz fuera de la cárcel.<sup>193</sup> El Presidente de la Suprema Corte Y.K. Sabharwal en su fallo también dictó estipulaciones para las instalaciones educativas y recreativas, en particular el establecimiento de crèches o guarderías tanto para los hijos/as de los reclusos como para los hijos/as del personal penitenciario afuera de los límites de la cárcel. Se trata de un paso particularmente innovador y un desplazamiento positivo hacia garantizar que a los niños y niñas que son hijos de presos no se les segregue y aisle. Por supuesto, tal vez sea necesario tomar medidas para evitar casos de hostigamiento o discriminación. En el fallo se ordenó un informe de cumplimiento por parte de las personas relevantes dentro de los cuatro meses posteriores. En abril de 2009, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de la India recomendó que el gobierno de Uttar Pradesh pagara una compensación a una madre cuyo bebé nació en el baño de la cárcel y posteriormente murió por no haber instalaciones médicas adecuadas. La Comisión hizo referencia a las pautas emitidas por la Suprema Corte para apoyar su fallo y observó que las pautas todavía no se implementan en todo el país.<sup>194</sup>

Tomando en cuenta este fallo, que constituye un hito, las lecciones aprendidas y los retos que cita para la protección y satisfacción de los derechos de los niños y las niñas que viven en los reclusorios con sus progenitores, en el presente escrito se considerarán, en particular, dos reclusorios de Bolivia. En las cárceles visitadas, es la norma y no la excepción que los niños y niñas vivan en la cárcel. Se revisará la situación de los niños y las niñas a fin de evaluar en qué medida el interés superior de los niños y niñas están siendo tomados en cuenta por las autoridades penitenciarias y cómo para cubrir los derechos y necesidades de los niños y niñas que viven en los reclusorios es necesaria una reforma. El Comité sobre los Derechos de la Niñez recomendó en sus Observaciones Finales que el Estado Parte debe revisar la “práctica actual de niños y niñas viviendo con sus progenitores en la cárcel, con miras a limitarla sólo a aquellos casos en que sea en el interés superior del menor, y a garantizar que las condiciones de vida sean las adecuadas para las necesidades del niño/la niña y para el desarrollo armonioso de su personalidad”.<sup>195</sup>

192 *R D Upadhyaya v State of AP* [2006] INSC 204, en pág. 10, disponible en: <http://www.commonlii.org/in/cases/INSC/2006/204.html> (consultada el 11 de agosto de 2009)

193 *R D Upadhyaya v State of AP* [2006] INSC 204, disponible en: <http://www.commonlii.org/in/cases/INSC/2006/204.html> (consultada el 11 de agosto de 2009)

194 National Human Rights Commission (2009) *Jail authorities held responsible for the death of a women prisoner's child; NHRC recommends one lakh rupees monetary relief* (Nueva Delhi, India), disponible en: <http://nhrc.nic.in/dispArchive.asp?fno=1736> (consultada el 11 de agosto de 2009)

195 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Convención sobre los Derechos de la Niñez: Observaciones finales: Nepal, CRC/C/15/Add.261, Párr. 52, disponible en: <http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.15.Add.261.pdf> (consultada el 20 de mayo de 2007)

#### 4.8.1 *De qué manera algunos países menos desarrollados combaten los efectos del encarcelamiento sobre los derechos de la niñez: estudio de caso sobre las cárceles de Bolivia*

Igual que en los países desarrollados, en los países en desarrollo los efectos del encarcelamiento de un progenitor sobre los niños y niñas son cuando menos un serio impedimento al desarrollo del menor. Sin embargo, y específicamente en el caso de los países en desarrollo, también podría ir en contra de la supervivencia del menor.

##### a. *El marco de trabajo legislativo*

Bolivia, como muchos otros países en desarrollo, ha firmado y ratificado los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Bolivia también es parte de la Convención contra la Tortura. A nivel regional, Bolivia está sujeta también a los derechos y obligaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la legislación nacional se refuerzan estos compromisos de reconocer y proteger los derechos humanos dentro del país. Existen muchas estipulaciones que salvaguardan los derechos de los niños y las niñas de padres y madres encarcelados. En el Artículo 7 de la Constitución Política del Estado se reconoce el derecho a la vida, la salud y la seguridad, en tanto que el Artículo 199 obliga al Estado a proteger la salud mental y moral del niño y la niña y se compromete a proteger el derecho del menor de tener un hogar y una vida familiar. En el Artículo 7 del Código del Niño, Niña y el Adolescente, en un contenido semejante al Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, reconoce el derecho del menor a estar acompañado de su familia y de que el interés superior del menor sea la prioridad absoluta. Más aún, el Artículo 27 del Código del Niño, Niña y el Adolescente contiene el derecho del niño y la niña a no ser separados de su familia. Cuando un padre es privado de su libertad y el niño o la niña no tiene familia extensa, el Estado, en virtud el Artículo 30, debe proporcionar una familia sustituta en la localidad de la cárcel donde se encuentra el padre. De acuerdo con el Artículo 26 del Código del Niño, Niña y el Adolescente, los niños y niñas de reclusos que sean menores de seis años tienen la posibilidad de permanecer en los establecimientos con sus progenitores. Los niños y niñas menores de seis años que se quedan en el reclusorio deben tener acceso a una guardería. El Artículo 27 del Código del Niño, Niña y el Adolescente, dicta que los niños y las niñas que vivan en la cárcel deben recibir los requerimientos nutricionales necesarios para un desarrollo saludable.

La Ley 2298 de Ejecución Penal y Supervisión, constituye la piedra angular legislativa para la protección de las personas reclusas. Establece los objetivos de los penales, a saber, rehabilitar al recluso para que se convierta en un ciudadano que se apega a la ley y respeta a la sociedad. La Ley 2298 también prohíbe la aplicación de la detención preventiva: en su Artículo 9, indica que todos los reclusos deben beneficiarse de todos los derechos y obligaciones garantizadas por la Constitución y otros instrumentos de derechos humanos. Existe una enorme brecha entre estas estipulaciones ambiciosas y la realidad de las cárceles, los efectos que tienen en los reclusos y la obstinada presencia de la detención preventiva.

##### b. *La brecha entre la ley y la práctica*

A pesar de las muchas salvaguardas legislativas que existen a nivel nacional, regional y global, la situación real para las personas reclusas y sus familias en los países desarrollados es que existe un mar de separación entre lo que indican las leyes y lo que sucede en la práctica. “Las condiciones de las cárceles no sólo constituyen algunas de las peores violaciones a los derechos humanos en las democracias latinoamericanas contemporáneas, sino que también revelan debilidades fundamentales de esas democracias”.<sup>196</sup>

196 Ungar, Mark (2003) ‘Prisons and Politics in Contemporary Latin America’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, pág. 909



Entre los problemas de los reclusorios sudamericanos podemos mencionar, “asesinatos, hacinamiento, tortura, violaciones sexuales, corrupción, y abusos al debido proceso de manera sistemática, todo bajo la vigilancia del Estado las 24 horas”.<sup>197</sup> En el caso de Bolivia, estos problemas tienen su origen en la situación económica de un país que se hunde cada vez más en la pobreza y la corrupción, y se exacerban por una política exterior de depender de la ayuda de los países desarrollados.

Bolivia ha sido testigo de un siglo de conflictos políticos y más de dos décadas de gobierno militar, lo que ha obstaculizado un desarrollo estable. La presión ejercida por los gobiernos de Estados Unidos para instituir medidas de tolerancia cero contra las drogas ha impactado de manera negativa la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el gobierno de Estados Unidos jugó un papel importante en la promulgación de la *Ley 1008*, piedra angular de la legislación antidrogas boliviana. *Human Rights Watch* observó que “la ayuda de Estados Unidos en la lucha contra las drogas ha apoyado programas y políticas defectuosas en los que se abusa de los derechos humanos”.<sup>198</sup> En virtud de esa ley, quienes son culpados por cualquier delito, leve o grave, relacionado con drogas, son encarcelados sin la posibilidad de liberación antes del juicio. Cuando el acusado es hallado inocente, debe permanecer en la cárcel hasta que su caso sea revisado por la Suprema Corte. En un país donde el sistema legal sufre de recursos limitados, especialmente la falta de abogados defensores y una ayuda legal inadecuada proporcionada por el gobierno, la puesta en práctica de dicha ley da como resultado la violación, entre otros, del derecho a la libertad y el derecho a ser procesado justamente. Más aún, esta ley ha llevado a Bolivia a violar las leyes nacionales e internacionales que prohíben la aplicación de la detención preventiva. La realidad es que el 75% de los 7,682 presos en Bolivia no cumple una condena, sino que espera encerrado a que llegue el día de su juicio.<sup>199</sup> Al momento de redactar este ensayo, la duración promedio de una detención preventiva era de entre cinco y ocho años.<sup>200</sup>

El impacto de la *Ley 1008* es que ha provocado un grave hacinamiento en las cárceles. La cárcel de San Pedro, en el centro de La Paz, fue construida en 1885 con una capacidad para 200-300 presos. Actualmente, contiene a 1,500 reclusos, sin contar a las mujeres ni a los 380 niños y niñas que se calcula viven también en San Pedro. El organismo judicial del Estado es incapaz de procesar tal cantidad de querellas. Estas cuestiones indican la existencia de problemas mayores subyacentes bajo la superficie del sistema judicial. Dada la cantidad de tiempo que en promedio aproximadamente el 75% de los reclusos ha estado esperando por un juicio, es evidente que para muchos de los niños y niñas de los reclusos, la cárcel de San Pedro es la única vida que conocen. Esto es particularmente cierto en la cárcel de mujeres Obrajes, en Bolivia, donde la mayoría de las reclusas son retenidas en virtud de la *Ley 1008*.<sup>201</sup>

Este crecimiento de la población penitenciaria ha impactado negativamente los derechos del menor. Tras visitar las cárceles, la Comisión Interamericana subrayó que “las precarias condiciones de infraestructura, salubridad y seguridad carcelaria agravan más la situación de hacinamiento”.<sup>202</sup>

197 Ungar, Mark (2003) ‘Prisons and Politics in Contemporary Latin America’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, pág. 909

198 Human Rights Watch (1995) *Bolivia: Human Rights Violations and the War on Drugs*, disponible en: <http://www.hrw.org/legacy/summaries/s.bolivia957.html> (consultada el 12 de agosto de 2009)

199 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006) *Comunicado de Prensa No. 48/06: CIDH verificó la situación de las personas privadas de libertad en algunas cárceles de la República de Bolivia*, disponible en: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/textocomunicados2.htm#48/06> (consultada el 8 de agosto de 2009)

200 Entrevista con Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete, (el Defensor del Pueblo) en la Oficina del Defensor del Pueblo, La Paz, 30 de mayo de 2007

201 Entrevista con Gardy Costas en la Oficina del Defensor del Pueblo, La Paz, Bolivia, 30 de mayo de 2007

202 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006) *Comunicado de Prensa No. 48/06: CIDH verificó la situación de las personas privadas de libertad en algunas cárceles de la República de Bolivia*, disponible en: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/textocomunicados2.htm#48/06> (consultada el 8 de agosto de 2009)



c. *Las implicaciones legales sobre los derechos de la niñez*

Habiendo ya bosquejado algunos de los principales problemas que existen en relación a las condiciones de las cárceles en Bolivia, y las causas detrás de esos problemas, se evaluará cómo las condiciones de los reclusorios afectan específicamente los derechos de los niños y las niñas y el interés superior de éstos.

d. *El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo*

Ya se comentó anteriormente que en Europa, a los niños y niñas pequeños se les permite vivir en las cárceles sólo con su madre. Esto, a pesar del hecho de que en virtud del Artículo 18 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, la crianza de los niños y niñas es tarea de ambos progenitores. En Bolivia, los niños y niñas pueden residir en la cárcel con su madre o con su padre. La única restricción es que los hombres no pueden permanecer en las cárceles de mujeres y sólo pueden visitarlas dos veces por semana. No obstante, a las mujeres sí se les permite vivir en la cárcel de hombres de San Pedro con los reclusos y sus niños y niñas.

Las condiciones del penal afectan la seguridad. Es sorprendente que en la cárcel no exista una separación entre quienes ya cumplen una sentencia y quienes esperan por un juicio; los culpables de crímenes graves y violentos están encerrados junto con aquellos condenados por delitos menores no violentos. El hecho de que no haya elementos de seguridad presentes en el interior de la cárcel de San Pedro aumenta el riesgo al que son expuestos los niños y las niñas. Se calcula que mientras el 70% de los reclusos están en la cárcel por delitos no violentos, un 30% está allí por delitos graves.<sup>203</sup> El reclusorio está dividido de acuerdo a lo que los presos puedan pagar por sus celdas. La falta de seguridad en el interior, debido a que los guardias permanecen afuera de la cárcel, provoca que se trate de un penal autogestionado por los reos donde se crea lo que se ha dado en llamar “violencia cíclica”.<sup>204</sup> Además, los presos que no pueden pagar una celda para ellos y su familia viven en las calles de los reclusorios o duermen en el piso de celdas sobrepobladas:

*Las cárceles de todos tamaños y de todos los niveles de seguridad se caracterizan por las condiciones inhumanas. Las cosas básicas, como los colchones, sólo pueden comprarse y, por lo general, a precios inalcanzables. En la cárcel de San Pedro, en Bolivia, una de las más grandes del país, algunos reclusos pueden “comprar” su propia celda, pero la mayoría están hacinados en espacios minúsculos y sin aire o duermen en las escaleras y pasillos. Los niños y niñas de los reclusos que viven en la cárcel transportan armas y drogas al interior y hacia el exterior, y muchos de los que están en la clínica del reclusorio yacen en el suelo.<sup>205</sup>*

Es obvio que la vida cotidiana en una cárcel como San Pedro, con 1,500 reclusos y ni un solo guardia, ni áreas para niños, representa una amenaza a la vida y la supervivencia. En 1996, un niño que vivía en la cárcel fue violado sexualmente y asesinado, y aunque no ha habido incidentes registrados desde esa fecha, el personal penitenciario ha observado que siguen ocurriendo episodios de violencia al interior del penal. En un intento por garantizar el bienestar de los niños y niñas, se instauró una regla para asegurar que el padre recoja a sus hijos/as en la puerta del reclusorio cuando regresan de la escuela. Sin embargo, esa regla no ha entrado en vigor y no hay control una vez que el menor está dentro de la cárcel.

La cárcel Obrajes de mujeres parece estar menos riesgos a la vida y la supervivencia de los niños y niñas. No está seriamente hacinada como San Pedro. Además, sí existe personal de seguridad masculino y femenino en el interior del reclusorio. El hecho de que haya menos drogas en la cárcel

203 Entrevista con Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete (el Defensor del Pueblo) en la Oficina del Defensor del Pueblo, La Paz, 30 de mayo de 2007

204 Entrevista con Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete (el Defensor del Pueblo) en la Oficina del Defensor del Pueblo, La Paz, 30 de mayo de 2007

205 Ungar, Mark (2003) ‘Prisons and Politics in Contemporary Latin America’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, pág. 915

de mujeres y de que tradicionalmente las mujeres cometen delitos menos graves que los hombres (usualmente, no violentos, y por lo común, relacionados con drogas o falsificación de documentos) también contribuye a que haya un ambiente más seguro para los niños y las niñas. Obrajés está más controlada y la regla de que los niños y niñas mayores de seis años ya no pueden vivir en la cárcel se aplica bastante. Al momento de redactar la presente investigación sólo había dos niños mayores de seis años viviendo en Obrajés, ambos por razones médicas.

En los últimos dos años, la atención médica para los niños y niñas ha sido proporcionada en su mayoría por una pediatra voluntaria que semanalmente visita a los niños y niñas en cada una de las cárceles. El equipo médico es limitado y los doctores comúnmente dependen de las ONG y de otras donaciones. En relación a los requerimientos nutricionales y alimenticios, los alimentos para los niños y niñas son limitados. Las reclusas preparan las comidas, pero de acuerdo con la pediatra, es común que tenga que tratar a los niños y niñas por desnutrición. Una serie de factores, entre otros, negligencia por parte de la madre y una nutrición inadecuada en las comidas contribuyen a provocar la desnutrición.<sup>206</sup>

Ni Obrajés ni San Pedro motivan o ayudan al desarrollo de los niños y las niñas. En relación al desarrollo emocional y de conducta en los niños y niñas, algunos trabajadores sociales que trabajan en las cárceles comentaron que, siendo impresionables por naturaleza, los menores copian la conducta antisocial de sus progenitores y de otros reclusos.<sup>207</sup> En virtud del Artículo 84 del Código de los Niños, las Niñas y los Adolescentes, los reclusorios deben tener cuando menos una guardería. La guardería de San Pedro, colocada en el centro del reclusorio, consiste en un cuarto mediano (de aproximadamente 9 x 8 metros) con tres miembros del personal. Aproximadamente, 80 niños y niñas asisten a esta guardería dos veces al día. En 2007, año en que se realizó la visita, nuevas instalaciones estaban en construcción. En Obrajés, las instalaciones para los niños y las niñas son mejores y hay menos niños y niñas, lo que hace que reciban mayor atención. En San Pedro, la proporción es de 7 adultos por cada niño/a, mientras que en Obrajés es de 3 adultos por cada niño/a. La pediatra que trabaja en la cárcel comentó que los niños y niñas duermen con sus madres en dormitorios, lo que significa que los menores pueden ser cuidados por otras madres si la suya no lo hace.<sup>208</sup> Sin embargo, en la visita realizada se observó que la mayor parte del tiempo, los niños y niñas no eran estimulados, sino que se les dejaba jugando por su cuenta. A pesar de los programas educativos esporádicos para las madres y los niños y niñas proporcionados por ONGs y organizaciones eclesiósticas, parecía haber poca interacción educativa con los menores.

e. *El derecho a recibir cuidados y compañía de su familia y a pertenecer a ella*

Reconociendo la importancia de mantener los lazos familiares, se permite que los niños y niñas menores de seis años residan en la cárcel con sus progenitores. El Defensor del Pueblo consideró que en principio es buena ésta práctica de no separar al menor cuando las condiciones de la cárcel sean adecuadas para alojar niños y niñas.<sup>209</sup>

f. *No discriminación*

En las cárceles de San Pedro y Obrajés, se viola el derecho fundamental de los niños y las niñas que viven allí de no ser discriminados por causa de las acciones de sus progenitores. Sólo tres de las escuelas en La Paz aceptan niños y niñas de estos reclusorios. Tanto el Defensor del Pueblo como el oficial de vinculación entre el penal y la escuela observaron que los niños y niñas por lo común omiten mencionar donde viven, por temor. Ambos coincidieron en que podrían ser discriminados

206 Entrevista con un pediatra, Cárcel de Obrajés, La Paz, Bolivia, 1 de junio de 2007

207 Entrevista con un trabajador social, Cárcel de San Pedro, La Paz, Bolivia, 1 de junio de 2007

208 Entrevista con un pediatra, Cárcel de Obrajés, La Paz, Bolivia, 1 de junio de 2007

209 Entrevista con Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete (el Defensor del Pueblo) en la Oficina del Defensor del Pueblo, La Paz, Bolivia, 30 de mayo de 2007

por los maestros, por otros estudiantes y otros padres y madres.<sup>210</sup> También se observó que los niños y niñas que viven en la cárcel no se mezclan con los demás niños y niñas de la escuela y que su comportamiento es diferente.

#### g. *Protección*

Ya se dijo antes que el derecho a la protección se describe como la necesidad de proteger a los niños y niñas de las diferentes formas de abuso y maltrato. Éste exige que los niños y niñas sean protegidos contra todas las formas de violencia física y mental, contra lesiones y abusos, contra el abandono y el trato negligente, contra el maltrato y la explotación. Muchas de las estipulaciones introducidas para garantizar que los niños y niñas estén protegidos siguen sin implementarse. Durante una vista a los reclusorios, se hizo evidente que el nivel de seguridad se deterioraba significativamente durante la noche y que los niños y niñas eran objeto de graves abusos, se informó incluso de progenitores que “rentaban” a sus niños y niñas a los vecinos. Además de ser explotados sexualmente, y en violación al Artículo 33 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez,<sup>211</sup> los niños y niñas fungen como “mulas transportadoras de drogas”, llevando drogas hacia el interior y del interior al exterior de la cárcel sin ser detenidos por los guardias, por lo general en sus loncheras o escondidas en sus cuerpos. La corrupción prevaleciente entre los custodios ha sido citada como explicación parcial de lo anterior, pero el impacto negativo de someter a los niños y niñas a cacheos intrusivos cada vez que salen y entran también sería dañino.

#### h. *Empoderamiento*

El derecho a ser escuchados y el derecho a recibir educación han sido catalogados como los derechos más importantes de empoderamiento en relación con los niños y niñas que viven en la cárcel con sus progenitores. Su asistencia a la escuela y su participación en programas educativos pueden estar en riesgo por el temor de los niños y niñas a ser discriminados, estigmatizados, hostigados y aislados. Los trabajadores sociales del penal observaron que la influencia de su entorno, a saber sus progenitores y otros reclusos, era perjudicial para su desarrollo, ya que no se apoya activamente la educación de los niños y las niñas.

En relación al Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, sobre el derecho a ser escuchado y a expresar una opinión en los casos en que haya niños y niñas involucrados, parece ser que este derecho se implementa sólo de manera muy superficial. Los niños y niñas que no viven en la cárcel, ellos mismos deben iniciar activamente una solicitud para ser puestos bajo cuidado institucional o alternativo. Tras el encarcelamiento de su progenitor(a), nadie consulta a los niños y niñas ni les informa sobre sus derechos y opciones, ni les explica las alternativas disponibles.

#### i. *Reforma: fortalecer los organismos del Estado*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que desde su punto de vista, “la situación carcelaria boliviana demanda respuestas gubernamentales dialogadas y coordinadas entre los tres Poderes del Estado, contando con la participación de la comunidad a través de sus distintas organizaciones e instituciones. En ese sentido, la Comisión insta a los Poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo de la República de Bolivia a que promuevan un diálogo y debate interinstitucional con vistas a remediar la situación de los derechos humanos”.<sup>212</sup>

La debilidad subyacente del sistema de tribunales se encuentra en el centro de los problemas del sistema penitenciario boliviano. Fortalecer y apoyar al sistema judicial es una medida clave para instituir una reforma. Un paso importante para mejorar el sistema sería re-educar a la judicatura

210 Entrevista con el oficial de vinculación escolar, Cárcel de San Pedro, La Paz, Bolivia, 1 de junio de 2007

211 El Artículo 33 prohíbe el uso de niños y niñas para el tráfico de drogas.

212 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006) *Comunicado de Prensa No. 48/06: CIDH verificó la situación de las personas privadas de libertad en algunas cárceles de la República de Bolivia*, disponible en: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/textocomunicados2.htm#48/06> (consultada el 8 de agosto de 2009)

sobre los beneficios de las sentencias alternativas sin privación de la libertad, entre ellas, las sentencias suspendidas y la liberación condicional en casos de delitos menores y delincuentes de primera vez. En el caso de Chile, a fin de reducir la sobrepoblación en las cárceles se introdujo la suspensión de los cargos para delincuentes de primera vez, sobre la premisa de que si el delincuente reincidiera, sería condenado por cuenta doble.<sup>213</sup>

Como lo subrayara el Defensor del Pueblo de Bolivia, un elemento central de los problemas de sobrepoblación y de la falta de casos que reciben un juicio es la enorme carencia de abogados defensores. Debería mejorarse la posición de la defensa legal, aumentarse la cantidad de defensores públicos y mejorar la calidad del servicio proporcionado mediante capacitación. Varios oficiales de la oficina del Defensor del Pueblo y el mismo Defensor del Pueblo han declarado que es la falta de abogados defensores lo que explica la demora para iniciar los procesos. Tras investigar al respecto, Mark Ungar afirma que “la escasez de defensores es una de las razones principales por las que la libertad condicional no se le otorga a muchos de los reclusos elegibles”.<sup>214</sup>

Es necesario reformar el código penal —y en el caso de Bolivia, reformar la controvertida Ley 1008— a fin de reducir el uso de la detención preventiva y otras violaciones al debido proceso, y para reducir a largo plazo la sobrepoblación en las cárceles. Se ha mencionado la reforma a los códigos de procedimientos penales como otra medida que podría mejorar la situación de demora crónica en el proceso de los casos.<sup>215</sup>

#### j. *Reformar otras instituciones*

La existencia de la Oficina del Defensor del Pueblo es una medida positiva para subrayar las fallas en la protección y respeto a los derechos humanos. La Oficina debería recibir apoyo para el monitoreo y reporte de abusos a los derechos humanos, así como para la defensa y promoción de los derechos humanos y la diseminación de información a todos los niveles de la sociedad. De las entrevistas se deduce que la Oficina del Defensor del Pueblo no tenía la capacidad para tomar casos individuales ni siquiera como informes de *amicus curiae* o casos prueba, y esto parece ser un obstáculo significativo para poder cumplir exitosamente con su mandato.

En cuanto a los niños y niñas que viven en la cárcel con sus progenitores, el Defensor del Pueblo podría usar su papel para determinar el interés superior del menor, caso por caso, y para propiciar el diálogo con los niños y las niñas. Además, su oficina podría despertar conciencia sobre el importante papel que juegan las escuelas en las vidas de los niños y las niñas y la necesidad de combatir la discriminación. Esto es especialmente importante ya que para muchos niños y niñas que residen en las cárceles bolivianas el día escolar es por lo común su única vida fuera de las paredes del reclusorio. No está de más subrayar lo importante que es que el Defensor del Pueblo se mantenga independiente de los organismos gubernamentales a fin de cumplir de manera significativa su mandato de investigar los abusos a los derechos humanos.

También debe considerarse el papel desempeñado por actores externos. En este caso, la presión de introducir medidas antidrogas que ha tenido un impacto negativo en las cárceles al aumentar el problema del grave hacinamiento es una cuestión particular.

#### k. *Apoyar a las ONG y a la sociedad civil*

Por último, el papel de la sociedad civil y las ONG debe recibir continuo apoyo. En muchos casos, son los voluntarios, las ONG y los miembros de la iglesia los que organizan programas y ofrecen los servicios esenciales dentro de las cárceles para los adultos y los niños y las niñas. Su labor despierta conciencia sobre la mala situación de los menores, mitiga los efectos negativos y ayuda a crear una reforma.

213 Ungar, Mark (2003) ‘Prisons and Politics in Contemporary Latin America’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, pág. 917

214 Ungar, Mark (2003) ‘Prisons and Politics in Contemporary Latin America’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, pág. 918

215 Ungar, Mark (2003) ‘Prisons and Politics in Contemporary Latin America’ en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, pág. 920

## 4.9 Recomendaciones generales para los países en desarrollo

Las imperfecciones endémicas de las políticas y procedimientos, alimentadas por la inestabilidad política, el clima económico y la generalizada pobreza, agravan los problemas dentro de las cárceles. Si bien sólo revisamos el caso de Bolivia, estos problemas son tema recurrente en los países en desarrollo. En el caso de Paraguay, el Relator Especial de la ONU sobre la Tortura comentó que muchos de los problemas que él pudo observar en los reclusorios eran causados por la falta de fondos; instó a los donadores internacionales a apoyar al gobierno en su serio intento por mejorar las condiciones de las cárceles.<sup>216</sup> En el caso de los niños y niñas que viven en las cárceles de Tailandia, el Comité sobre los Derechos de la Niñez alentó al Estado Parte a pedir asistencia, entre otros a la UNICEF y a otros órganos de las Naciones Unidas, para garantizar que las condiciones de vida en las prisiones sean adecuadas para el desarrollo de los niños y las niñas.<sup>217</sup>

Los Estados deben esforzarse por implementar reformas dentro de los órganos gubernamentales y en otros actores pertinentes. Deben también esforzarse al máximo para retirar a los niños y niñas de aquellas cárceles donde el ambiente afecte negativamente su desarrollo e instituir reformas en los reclusorios donde viven los niños y niñas. La cárcel de Obrajes, por ejemplo, puede ser un lugar adecuado para un niño o niña a corto plazo si se implementan ciertas reformas. En otras situaciones, el Estado deberá proporcionar cuidados alternativos al tiempo que garantice que el niño o niña se mantendrá en contacto con su progenitor(a) a través de visitas periódicas. En sus Observaciones Finales sobre Camboya, el Comité sobre los Derechos de la Niñez comentó que “los trabajadores sociales deben facilitar las visitas periódicas a la madre o llevar a los niños y niñas a visitar a la madre de acuerdo con las reglas penitenciarias, y al mismo tiempo proteger a los niños y niñas para que no vean nada sórdido”.<sup>218</sup>

## 4.10 Conclusiones

Cuando reflexionamos en torno a una solución universal a un problema universal como es el encarcelamiento de un progenitor, queda claro que los retos y obstáculos que se enfrentan difieren significativamente de un país a otro. Cada país tiene prioridades diferentes al trabajar hacia la realización de las varias categorías de derechos humanos: *la vida, la supervivencia, el desarrollo, la pertenencia, el empoderamiento y la protección*. En el caso de los niños y niñas que viven en las cárceles de Bolivia, es obvio que el derecho a la protección y el derecho a la vida y a la supervivencia requieren especial atención.

Tanto Bolivia como los países europeos, al ser parte de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, citan el Artículo 9 de la Convención, que estipula el derecho del niño y la niña a no ser separados de su familia, y presentan argumentos basados en teorías del apego para justificar que los niños y niñas permanezcan en la cárcel con su progenitor(a). De hecho, se afirma que, con fundamento en investigaciones realizadas por Catan y otros, parece ser que si se cuenta con instalaciones adecuadas el ambiente penitenciario quizá no cause tanto daño a largo plazo como la separación del niño/la niña de su progenitor(a), sobre todo cuando dicha separación se traduce en pasar de un cuidador a otro y vivir en la inestabilidad. El atraso en el desarrollo que pudiera resultar de la falta de estimulación

216 Naciones Unidas (2006) *Press release: Special Rapporteur on Torture ends mission to Paraguay*, disponible en: <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/509BA4239456B976C12572350077E647?opendocument> (consultada el 11 de agosto de 2009)

217 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Consideración de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Convención sobre los Derechos de la Niñez: Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, Párr. 48, disponible en: [http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC\\_C\\_THA\\_CO\\_2.pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC_C_THA_CO_2.pdf) (consultada el 20 de mayo de 2007)

218 Comité sobre los Derechos de la Niñez, Consideración de los informes enviados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Convención sobre los Derechos de la Niñez: informes iniciales de los Estados Partes en: 1994: Camboya, CRC/C/11/Add.16, Párr. 101

en las cárceles puede ser rápidamente superado al salir de la cárcel, dependiendo, por supuesto, de cuánto tiempo ha pasado el menor en el penal y de los cuidados disponibles una vez que deja la cárcel.

En los países en desarrollo se requiere mayor énfasis en reformar las instituciones judiciales y en reducir el hacinamiento y mejorar las instalaciones y condiciones de los reclusorios, en particular, en cuanto a seguridad, higiene, nutrición e infraestructura. En Europa, es necesario que se tomen más en cuenta las alternativas sin privación de la libertad, y cuando la sentencia de cárcel sea inevitable, que se garantice que el interés superior del niño, en sentido holístico, es realmente una consideración primordial.





## 5 Ideas finales

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el punto de partida para la protección y educación de los niños y las niñas. Este punto de vista se ve reflejado en una serie de tratados y convenciones internacionales, regionales y nacionales en los que se exige a los Estados salvaguardar a la familia. Como se observa en el documento *White Paper for Social Welfare*, preparado por el Ministerio para el Bienestar y el Desarrollo de la Población de Sudáfrica, “El bienestar de los niños y niñas depende de la capacidad de las familias de funcionar efectivamente, ya que los niños y niñas son vulnerables y necesitan crecer en una familia nutricia y segura, que pueda garantizar su supervivencia, desarrollo, protección y participación en la vida familiar y social. Las familias no sólo dan a sus miembros un sentido de pertenencia, sino que también son responsables por impartir valores y habilidades para la vida. Las familias crean seguridad; establecen límites de conducta; y junto con los fundamentos espirituales que proporcionan, inculcan nociones de disciplina. Todos estos factores son esenciales para el desarrollo saludable de la familia y de cualquier sociedad”.<sup>219</sup> El papel de la familia se ve sofocado cuando los órganos jurídicos del Estado, citando los intereses de la sociedad en su conjunto, encarcelan a uno o a ambos progenitores.

Desafortunadamente, hasta la fecha ha habido una falta de investigación sobre los efectos del encarcelamiento sobre los derechos de los niños y las niñas. Desde el principio, los sistemas penales de justicia del mundo deben reflexionar sobre el uso y el propósito de las cárceles. Promover la rehabilitación, en lugar de castigar, sería dar un paso verdadero hacia la humanización del sistema de justicia penal<sup>220</sup> y hacia vencer la reincidencia. La rehabilitación no debe ser mera retórica en los tribunales; genuinamente deberá tomarse en cuenta dentro de las políticas de dictar sentencias. Sin la rehabilitación, las cárceles no sirven a ninguno de los intereses benéficos para la sociedad tan citados por sus defensores. Si bien los niños y las niñas, claro está, no deberán ser usados como prenda de garantía ni como un “pase para salir de la cárcel”, sus opiniones deberían ser escuchadas y sus intereses tomados en cuenta. Ya lo dijo el Juez Sachs: “El propósito de enfatizar el deber del tribunal de sentencias de reconocer los intereses de los niños y las niñas no es el de permitir que padres y madres errantes evadan sin razón la pena apropiada, sino el de proteger de un daño evitable a los niños y niñas inocentes tanto como sea razonablemente posible dentro de las circunstancias”.<sup>221</sup>

Al dictar sentencia deberá tomarse en cuenta el interés superior del niño y la niña y deberán emplearse enfoques más imaginativos, basados en la comunidad, de justicia reparativa en lugar de la cárcel. Cuando estas alternativas no estén disponibles, y si el interés superior del menor dicta el contacto periódico con su progenitor(a), entonces, se deberá hacer todo lo que esté al alcance para facilitar dicho contacto en virtud del Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez. Este contacto deberá procurarse de una manera que esté centrada en las necesidades del menor, siempre reconociendo, entre otros, los efectos y riesgos sobre los derechos del niño/la niña y, en particular, sobre el derecho del menor a desarrollarse.

Los países en desarrollo enfrentan los mismos problemas que los países desarrollados, sólo que tienen mayores obstáculos por vencer. Deberán atacarse las causas de raíz, deberá atenderse el problema del sistema judicial abrumado que perpetua las violaciones a los derechos humanos, y deberán garantizarse los derechos básicos de los reclusos y reclusas y sus familias.

219 Ministry for Welfare and Population Development (1997) *White Paper for Social Welfare: Principles, Guidelines, Recommendations, Proposed Policies and Programmes for Developmental Social Welfare in South Africa*

220 Langa J, en: *S v Williams and Others* 1995 (3) SA 632 (CC); 1995 (7) BCLR 861 (CC), en Párr. 67-8, se refirió a las formas alternativas de castigo como legislación para la supervisión correccional como un “hito en el proceso de ‘humanización’ del sistema de justicia penal”.

221 *S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 septiembre 2007), en Párr. 35

Al aplicar el principio del interés superior, los tribunales emprenden un acto de equilibrismo, en el cual sopesan los derechos e intereses de los niños y niñas de los reclusos contra los derechos e intereses de la sociedad en su conjunto. No obstante, se afirma que al tomar en cuenta el interés superior del menor y al promover, proteger y satisfacer los derechos del niño y la niña, también se está obedeciendo al interés superior de la sociedad. Como hemos visto, aplicar el principio del interés superior puede reducir el riesgo de que el delito se perpetúe de generación en generación.<sup>222</sup> Y, lo más importante, cuando la sentencia judicial se extiende más allá de los debidos receptores para afectar a los niños y niñas de los delincuentes, la impartición de justicia se está poniendo en entredicho. En palabras de Shaw, “se cree que el sistema judicial opera sobre los principios de lo que está bien y lo que está mal, absolviendo a los inocentes y castigando a los culpables. Cuando los niños y niñas quedan atrapados en el castigo dirigido a su padre, este concepto de ‘justicia’ se vuelve confuso [...] Muchos de los niños y las niñas se han convertido en *huérfanos de la justicia*”.<sup>223</sup>

---

222 Murray, Joseph (2005) ‘The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners’ en: A. Liebling y S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, Inglaterra: Willan), pág. 441

223 Shaw, Roger (1992) ‘Fathers and the orphans of justice’ en: Shaw, Roger (ed.) *Prisoners’ Children: What are the Issues?* (Londres: Routledge), pág. 48



## QUNO offices:

### *En Ginebra:*

13 Avenue du Mervelet  
1209 Geneva  
Suiza

Tel: +41 22 748 4800

Fax: +41 22 748 4819

quno@quno.ch

### *En Nueva York:*

777 UN Plaza  
New York, NY 10017  
Los E.E.U.U

Tel: +1 212 682 2745

Fax: +1 212 983 0034

qunony@afsc.org

## Huérfanos de la justicia: un análisis legal

Existen cada vez más investigaciones sobre el impacto del encarcelamiento materno y paterno sobre los niños y las niñas. Pero, ¿de qué manera los hallazgos están influyendo en los fallos de los tribunales? y ¿cómo están los jueces empleando los desarrollos sobre la comprensión del interés superior del menor para interpretar las normas internacionales que garantizan sus derechos? El presente ensayo ofrece una perspectiva global al respecto, donde se analiza la jurisprudencia y las prácticas en diferentes partes del mundo.



*Una niña es revisada al regresar de la escuela a su hogar en la Cárcel de San Pedro, La Paz, Bolivia.*

