



PAUTAS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN
INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON
REFERENTES ADULTOS PRIVADOS DE LA LIBERTAD
ORIENTACIÓN TÉCNICA

CRÉDITOS



EQUIPO TÉCNICO¹

Gonzalo Salles
Lía Fernández
Daniel Miranda

Revisión y aportes:

Francisca Hidalgo
Martín Coria
Luciano Cadoni



Luis Almagro
Secretario General

Néstor Méndez
Secretario General Adjunto



Berenice Cordero.
Presidenta del Consejo Directivo IIN-OEA

Víctor Giorgi
Director General IIN-OEA

Esteban de la Torre Ribadeneira
Coordinador del Área Jurídica del IIN-OEA

María Antonella Marchisio
Juan Orso
Andrea Estrada
Programa de Pasantías del IIN-OEA

Sara Cardoso
Diseño Gráfico

Aclaración sobre lenguaje inclusivo y sensible al género, y la utilización de algunos términos, expresiones o frases utilizadas indistintamente en el documento:

- Niñas, Niños y Adolescentes para referirse a los hijos e hijas de las personas privadas de la libertad.
- Padres/Madres/progenitores/referentes/adultos responsables/responsables del cuidado para referirse a las personas privadas de la libertad que detentan el cuidado personal de niñas, niños y adolescentes.
- Cuidadores/referentes de cuidado/responsables para referirse a las personas que cuidan de las niñas, niños y adolescentes de manera permanente o definitiva, ante la privación de la libertad de su/s progenitor/es; o frente a la medida de separación adoptada por la autoridad competente.
- Centro/Prisión/Establecimiento penitenciario para referirnos a cualquier centro de privación de libertad por infracción penal.

En algunos casos, por economía en el lenguaje o a los fines de evitar repeticiones, se ha utilizado "niño", en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, dejando en claro que alcanza a Niñas, Niños y Adolescentes; "padres" en relación a padre y madre; y "cuidadores" para cuidadores y cuidadoras.

¹El trabajo del equipo técnico de la Plataforma NNAPES así como la impresión de la primera edición y la traducción de este documento se realizó gracias al apoyo de Church World Service.

CONTENIDO

I. Presentación.....	7
II. Contextualización del problema.....	8
1. Dimensión cuantitativa.....	10
2. Dimensión cualitativa.....	10
III. Normativa.....	16
1. Internacional.....	16
2. Nacional.....	29
IV. Consideración primordial del Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA) cuyos padres, madres o referentes se encuentran privados de la libertad	50
V. Conclusiones	54
VI. Recomendaciones a los Estados	55



I. Presentación

1. El presente documento es el resultado del trabajo mancomunado entre los integrantes de la **Plataforma Regional por la defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos privados de libertad** (NNAPes)² y el **Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes** (IIN - OEA)³, con el objeto de sistematizar experiencias y prácticas significativas existentes en la región respecto a la promoción y protección de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos se encuentran privados de la libertad.

2. Desde el año 2011, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas⁴ ha destacado la importancia de dar a conocer y explorar temas relacionados con los Derechos Humanos de “los niños de padres encarcelados”, con el objetivo de proporcionar orientación normativa y práctica a los Estados y otros actores relevantes en el respeto, la promoción y el cumplimiento de los derechos de los niños en este tipo de situaciones. Los ejes centrales de la discusión fueron los derechos de los bebés y niños que viven o visitan a su padre en la cárcel, y los derechos de los niños que se quedan afuera cuando se encierra a sus padres; poniendo de relieve el derecho a la familia, a la crianza por sus dos padres, y el derecho a que su visión sea tenida en cuenta, su derecho al desarrollo y a la no discriminación.

3. Al respecto, la Declaración sobre “Violencia y la Explotación contra la Niñez” de la Asamblea General de la OEA, AG/DEC. 76 (XLIVO/14), ha instado a los Estados a contar con metas e indicadores claros y medibles que garanticen que niños y niñas estén libres de violencia y explotación, incluyendo estadísticas sobre aquellos que no reciben la atención adecuada o se encuentran en riesgo de atención inadecuada.

4. Hay que mencionar que esta situación también alcanza a aquellos niños y niñas cuyos padres o madres son adolescentes y se encuentran en contacto con el Sistema Penal, generándose una doble obligación de protección de derechos.

5. El IIN-OEA en su Plan de Acción 2015-2019 cuenta entre sus objetivos específicos con el de desarrollar mecanismos y herramientas que apoyen a los Estados en el establecimiento de acciones y estrategias eficientes e integrales para la promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En esta línea, tal como surge del Informe de Gestión 2015 – 2018 presentado en la 93° Reunión Ordinaria del Consejo Directivo realizada en Panamá, las articulaciones con la Plataforma NNAPes han permitido avanzar en el estudio de la normativa vigente y aplicable, con miras a generar un documento de Orientación Técnica, que contenga recomendaciones para los Estados, en el tema.

6. A partir de lo expuesto, el IIN-OEA, en trabajo en conjunto con la Plataforma NNAPes, estima

2 Las organizaciones integrantes de la Plataforma NNAPes son: ACIFaD (Argentina), Projeto Meninos e Meninas de Rua – PMMR (Brasil), Colectivo Artesana (Guatemala), INPRHU (Nicaragua), REDNANIAP (Panamá), Proyecto Caminante (Rep. Dominicana), Gurises Unidos (Uruguay), En Marcha (Chile), Red por los Derechos de la Infancia - REDIM (México), Church World Service (CWS), Oficina para América Latina y el Caribe.

3 Acuerdo de Cooperación entre el IIN-OEA, y la Plataforma NNAPes, celebrado en 2017, con el objeto de establecer un marco de cooperación general entre las partes, que permita impulsar la cooperación interinstitucional y la asistencia técnica entre las partes y desarrollar relaciones específicas de cooperación en áreas de interés común, entre ellas la investigación conjunta.

4 Comité de los Derechos del Niño. Informe y recomendaciones del Día de Debate General sobre “Los hijos de padres encarcelados”. Documento traducido y adaptado por la Plataforma NNAPes en base al documento en inglés elaborado por el Comité de Derechos del niño luego del DGD 2011, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>

pertinente esbozar ciertos lineamientos generales que puedan servir a los Estados para visibilizar la situación de Niñas, Niños y Adolescentes que están expuestos a las violencias que implican el tener un referente familiar privado de la libertad, resultando imperioso contar con información precisa y útil para la planificación, implementación y monitoreo de políticas públicas respetuosas de la dignidad y el Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes.

7. Para ello, en primer lugar, se presentan una serie de indicadores cuantitativos y cualitativos del problema, valorando el impacto que tiene en Niñas, Niños y Adolescentes la privación de la libertad de un referente cercano o persona de quien depende su cuidado. Luego se brindan referencias respecto de los Instrumentos Internacionales que regulan aspectos vinculados al tema y su recepción en la normativa interna de los países de la Región, con la intención de acercar a los operadores del sistema, herramientas que permitan fortalecer o enriquecer sus prácticas institucionales.

8. Dicha sistematización no agota el universo de posibles prácticas significativas, pero pretende ser una invitación a los Estados para continuar avanzando en la protección de Niñas, Niños y Adolescentes con referentes privados de la libertad, teniendo especialmente en cuenta la multicausalidad de la problemática, la necesaria articulación interinstitucional para el establecimiento de redes de contención social, la integralidad de las intervenciones y la reducción de los procedimientos que redundan en mayores vulneraciones de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Todo ello como parte de una planificación estratégica respetuosa de la Convención de los Derechos del Niño y demás normativa internacional vigente y aplicable.

II. Contextualización del problema

9. Los estudios disponibles indican que la mayor parte de la población privada de libertad en la región proviene de comunidades de muy alta vulnerabilidad social, con severos niveles de violencia, pobreza estructural y exclusión social. El ejercicio de los derechos individuales, familiares y colectivos es un desafío diario, donde se compromete desde el derecho a la alimentación, al trabajo decente, la salud, la vivienda digna y la educación de calidad, hasta el derecho a un medioambiente sano, a participar, así como a vivir libre de todas las formas de violencia (GIACOMELLO, 2019).

10. En el caso de Niñas, Niños y Adolescentes que entran en contacto con el sistema de justicia penal a partir de la condena a prisión de uno de sus referentes de cuidado, se presentan una serie de situaciones que coadyuvan a la condición de pobreza y exclusión social por la que atraviesan las familias, tales como las consecuencias psicológicas de la separación, el riesgo de ruptura de las relaciones familiares o las dificultades en mantenerlas, el riesgo de desatención y/o abandono o negligencia, estigmatización, discriminación y dificultades financieras de los cuidadores, entre otras.

11. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados prestar especial atención al derecho de cada niño y niña a la familia y a crecer con sus padres, siempre que esto responda a su Interés Superior; al derecho a la información sobre la situación de sus referentes en prisión, y a la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento y la reducción del uso de la institucionalización de las niñas y los niños con referentes encarcelados. En consecuencia, se presenta oportuno el planteo de recurrir a formas alternativas de abordaje de estas problemáticas que resulten “menos violentas y más componedoras” que la tradicional privación de libertad, que perjudica sensiblemente a hijos e hijas de personas alcanzadas por el sistema de justicia penal.

12. En contraposición a esto, en la región se escuchan propuestas de seguridad que idealizan la cárcel como mecanismo principal en la regulación de la vida social sin tomar en cuenta las consecuencias sociales de estas políticas.



La privación de la libertad de un referente adulto agrava la situación de vulnerabilidad de Niñas, Niños y Adolescentes.

13. Con respecto a aquellos que viven con un referente en prisión, el Comité concluyó que no es recomendable determinar una edad máxima legal para que las niñas y niños vivan con sus madres y padres en prisión, sino que debe adoptarse una metodología de caso por caso, que tome en cuenta el lazo de la niña o niño con su madre, así como las opciones de cuidado que existen (o no) en el exterior y ponderar si éstas son mejores para la niña o niño o si es preferible que se quede con su madre en la cárcel.

14. Al momento de decidir sobre la permanencia de Niñas, Niños y Adolescentes junto a sus referentes en prisión, también deberá tenerse en cuenta las condiciones edilicias de los establecimientos penitenciarios, la superpoblación, la violación de la intimidad, la escasez de alimentos, la falta de acceso a la salud, la exposición a múltiples formas de violencias y las requisas realizadas por personal penitenciario, que generan mayores vulneraciones de sus derechos.

15. Otras consideraciones apuntan a las distintas etapas del proceso penal, puesto que las detenciones y allanamientos no suelen tomar en cuenta la presencia de niñas y niños, además de desarrollarse de manera física, emocional y psicológicamente violenta. Por lo general, no existen protocolos que determinen qué medidas de contención adoptar y cómo llevar a cabo dichos procedimientos si hay niñas y niños presentes, así como para crear las condiciones que permitan a los referentes adultos tomar disposiciones inmediatas para los cuidados de sus hijos e hijas. En este caso, no sólo de los que se encuentran presentes, sino también de los Niñas, Niños y Adolescentes que, por ejemplo, están en la escuela al momento de la detención.

16. En este marco, atender a la situación de *especial vulnerabilidad* que viven Niñas, Niños y Adolescentes con referentes privados de su libertad implica no perder de vista que tienen iguales derechos ante la ley que las demás Niñas, Niños y Adolescentes en todo el mundo, independientemente de que sus padres, madres o referentes adultos significativos hayan cometido un delito y estén en prisión por ello.

17. En este sentido, los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño, han asumido la responsabilidad de garantizar, promover y proteger el ejercicio de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y han transitado progresivamente el camino hacia el *paradigma de la protección integral*, cuyos principios rectores establecen el derecho de Niñas, Niños y Adolescentes a la supervivencia y el desarrollo considerando su autonomía progresiva, a la no discriminación, a ser oídos y participar de los

procesos que les conciernen⁵, y a que se garantice su Interés Superior⁶.

18. El Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes debe ser una consideración primordial en todas las medidas y decisiones relacionadas con Niñas, Niños y Adolescentes en general, o un grupo de Niñas, Niños y Adolescentes en particular; vayan o no dirigidas directamente a ellos, o repercutan indirectamente en Niñas, Niños y Adolescentes junto a otros grupos de población.

19. De esta manera, frente a toda decisión que conlleve consecuencias para la vida de Niñas, Niños y Adolescentes, como es el caso de la privación de libertad de un referente significativo, se impone el deber de adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. Lo mismo debe suceder en torno a los distintos ámbitos en que esos niños se desenvuelvan, como las instituciones educativas o la comunidad en general.

20. A los fines de poder avanzar en planes o programas que atiendan a la especial situación de vulnerabilidad de los Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos se encuentran privados de la libertad, se impone la necesidad de contar con datos cuantitativos y cualitativos sobre ellos y los efectos del encarcelamiento de sus referentes sobre sus vidas⁷.

1. Dimensión cuantitativa.

21. Los primeros datos cuantitativos con los que cuenta la Plataforma NNAPes, se remontan a un estudio realizado por *Gurises Unidos* y *Church World Service* en el año 2012, publicado posteriormente bajo el título *"Invisibles: ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe. Estudio de caso: Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay"*, de donde surge que, para ese tiempo, existían entre **1.500.651 y 1.868.214** de Niñas, Niños y Adolescentes en esta situación.

22. Por su parte, el *Estudio Regional "Niñez que cuenta"* ya citado, precisó un incremento hacia el año 2019, oscilando entre **1.710.980 y 2.307.048** Niñas, Niños y Adolescentes con al menos uno de sus padres privado de la libertad, en 25 países de la región.

23. Conforme lo afirman los documentos analizados, para la mayoría de los Estados de la región, Niñas, Niños y Adolescentes con un referente adulto privado de libertad han permanecido invisibles durante mucho tiempo. La información estadística oficial y estudios existentes sobre sus necesidades, realidad y derechos son prácticamente nulos, lo que dificulta la planificación y ejecución de acciones de protección y promoción de sus derechos, y se presenta como un área de oportunidad para que los Sistemas de Protección de Derechos de la Niñez, Sistemas Judiciales y Penitenciarios de cada uno de los países, comiencen a explorar.

24. Más allá de censos o esfuerzos puntuales, la generación de información oficial (pública, confiable y actualizada) sobre Niñas, Niños y Adolescentes con padre o madre privados de libertad, en forma periódica y sistemática, sería un paso significativo para que las sociedades y los Estados dimensionen y asuman los costos "ocultos" del encarcelamiento; pudiendo conocer no sólo cuántos NNAPes existen, sino cuestiones cualitativas, tales como sus condiciones de vida, cuidados, escolaridad, acceso a los servicios y ejercicio de otros derechos en general; pudiendo elaborar soluciones alternativas a la

5 "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" (Artículo 12.1 de la CDN)

6 "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" (Artículo 3.1 de la CDN)

7 "Niñez que cuenta", pág. 17

prisionización, priorizando el derecho a vivir en familia de estos Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras propuestas de abordaje.

2. Dimensión cualitativa.

25. Como ha quedado dicho, la realidad de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres son condenados a penas privativas de la libertad se ven sustancialmente modificadas a partir de ese hecho: además de sufrir, en algunos casos, la separación física de dicho referente, sucede que los familiares centran su atención en la situación de la persona privada de la libertad o en la provisión del sustento económico. De allí que Niñas, Niños y Adolescentes no reciban el apoyo o los cuidados suficientes, tanto en lo emocional, en la escuela o en su comunidad, dando lugar a nuevas situaciones de vulneración de sus derechos.

26. Además, la escasez de servicios públicos de calidad en sus zonas de residencia y de capital social en las comunidades a las cuales pertenecen mayoritariamente, se agravan ante los procesos de estigmatización que se producen por el encarcelamiento del familiar.

27. La dimensión cualitativa del problema se refiere, entonces, al incremento de las vulnerabilidades y riesgos que enfrentan Niñas, Niños y Adolescentes a partir del encarcelamiento de su mamá, su papá u otro referente significativo.

28. Algunos de los indicadores de riesgo o vulnerabilidad que surgen de dichas investigaciones son:

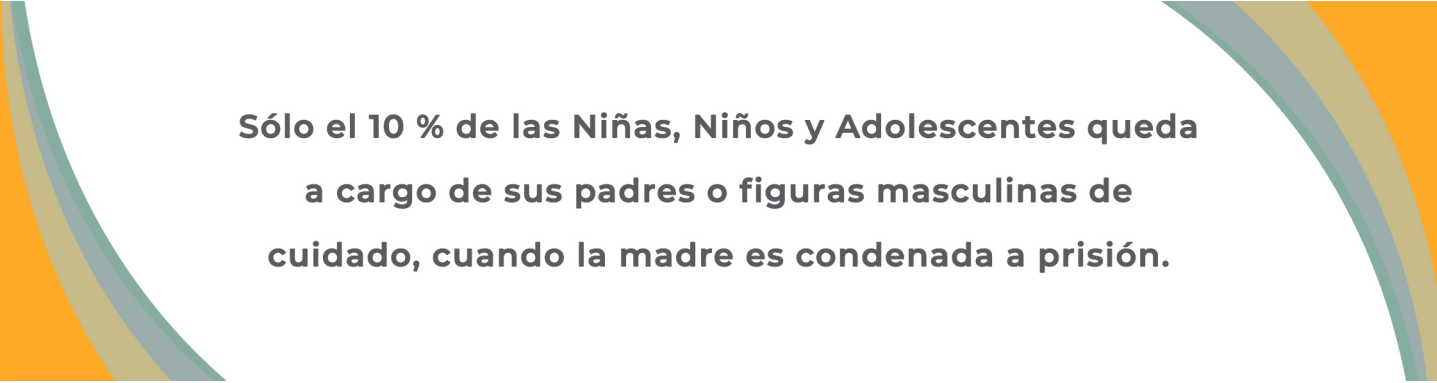
1. Desestructuración de la dinámica familiar y asunción de nuevos roles.

29. El encarcelamiento de un adulto referente puede significar el riesgo de una fuerte desestructuración de la dinámica familiar y la obligación de asumir nuevos roles por otros miembros de la familia. Teniendo en cuenta la importante proporción de personas privadas de libertad del sexo masculino, la primera afectada es la mujer, que debe asumir la ausencia y una presión mayor para asegurar los ingresos y necesidades básicas y de cuidado de la familia.

30. A su vez, los y las adolescentes pueden verse obligados a asumir la posición del ausente, lo que promueve una precoz adultización de sus roles, careciendo aún de la madurez emocional para afrontar tales circunstancias.

31. En función de ello, el núcleo familiar de la persona detenida requiere del reforzamiento y apoyo de las redes sociales más cercanas, como la familia, profesores y amigos.

32. Otro de los datos que surge de estos estudios es que la mayoría de las cuidadoras son mujeres, lo que aumenta el impacto negativo del encarcelamiento en niños y niñas, y amerita un análisis desde la intersección de las categorías “género” e “infancias”, donde la perspectiva de género sea transversal al diseño e implementación de las políticas públicas destinadas a Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos que han cometido un delito y a las decisiones judiciales que se adoptan en consecuencia, para no reproducir estereotipos y roles en los cuales el ejercicio de poder acentúa las diferencias entre hombres y mujeres y perpetúa la vulnerabilidad mujeres, niñas, niños y adolescentes.

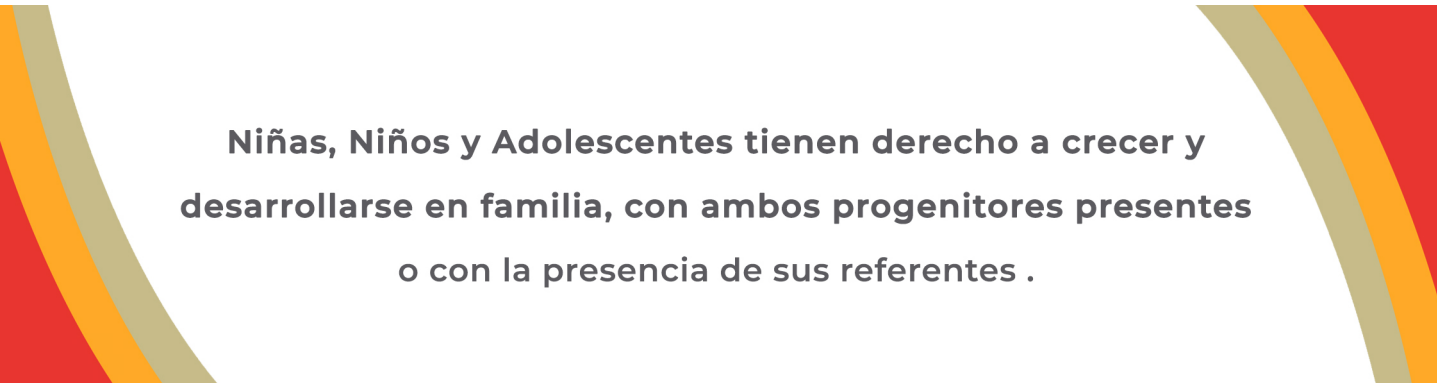


Sólo el 10 % de las Niñas, Niños y Adolescentes queda a cargo de sus padres o figuras masculinas de cuidado, cuando la madre es condenada a prisión.

33. De acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, ya sea que se trate de mujeres que quedan a cargo de la familia porque el progenitor se encuentra detenido o preso; de mujeres condenadas, o de los y las niñas que deben afrontar esta particular situación, debe atenderse a la necesidad del Niñas, Niños y Adolescentes de crecer y desarrollarse en familia, con ambos progenitores presentes o con la presencia de sus referentes significativos.

34. En los casos en que ello no sea posible, sin considerar que la persona privada de la libertad sea hombre o mujer, se deberá promover el ejercicio de una parentalidad responsable, capaz de asumir los cuidados desde la protección y el afecto.

35. De esta manera, es posible pensar en prácticas que no vulneren la institucionalidad de la familia que las mismas leyes erigen como núcleo fundamental de la sociedad y buscan proteger.



Niñas, Niños y Adolescentes tienen derecho a crecer y desarrollarse en familia, con ambos progenitores presentes o con la presencia de sus referentes .

2. Impacto psicoafectivo en la vida de Niñas, Niños y Adolescentes.

36. En “Invisibles...” se define a la vivencia del encarcelamiento de un padre o madre como una “experiencia adversa de la infancia” que se distingue de los efectos negativos de otras situaciones por la “combinación única de trauma, vergüenza y estigma”, cuyos efectos a largo plazo pueden incluir problemas emocionales y psicológicos⁸.

37. La ausencia de referentes familiares y la pérdida de vínculos afectivos entre Niñas, Niños y Adolescentes y sus referentes privados de la libertad, pueden estimular el surgimiento de diversos síntomas psicoafectivos tales como cambios en el comportamiento, surgimiento de reacciones agresivas y desadaptación escolar o aislamiento, vinculados al rechazo de sus compañeros y de la comunidad.

38. En gran medida, los centros educativos de los barrios de procedencia de estos Niñas, Niños y

⁸ “Invisibles, ¿hasta cuándo?”, pág. 33.

Adolescentes se caracterizan por sobrepoblación y bajos niveles de rendimiento escolar; realidad a la que se suma la problemática específica de Niñas, Niños y Adolescentes que tienen un familiar privado de libertad, y con ello, el surgimiento de eventuales rechazos, discriminación, bullying, y la desatención de los maestros a la dinámica de la situación que los afecta.

39. En sentido coincidente, las investigaciones analizadas dan cuenta de que estas eventuales disrupciones en el espacio educativo constituyen una problemática específica particularmente grave, en tanto el discurso homogeneizante de la escuela termina produciendo etiquetamientos para aquellos que no entran dentro de los modelos establecidos.

40. El contenido educativo "normalizador" que se intenta transmitir al conjunto de los alumnos, no contempla la realidad específica de quienes se ven afectados por este problema. De allí que el discurso antiviolencia transmitido por la escuela suele entrar en conflicto con la realidad cotidiana de estos Niñas, Niños y Adolescentes y, ante esta situación, los docentes no muestran una especial atención, ya sea por falta de tiempo, disposición o conocimientos.

41. Por otra parte, las detenciones o allanamientos no suelen tomar en cuenta la presencia de niñas y niños, además de desarrollarse de manera física, emocional y psicológicamente violenta. Los allanamientos de domicilios suelen ser vividos por niños y niñas como invasión y destrucción de su intimidad generando experiencias negativas, con consecuencias psicológicas posteriores.

3. Falta de información sobre la situación de sus referentes privados de la libertad.

42. Es frecuente que Niñas, Niños y Adolescentes desconozcan la situación real del referente adulto: muchas familias no asumen delante de la sociedad la condición de cercanía con un privado de libertad, a fin de evitar el efecto estigmatizante que tal situación supone, o por las dificultades de tratar el problema con niños/as pequeños. La tendencia es, entonces, ocultar la realidad a sus hijos/as, diciendo que se encuentra trabajando lejos, que está en el hospital, entre otras.

43. A futuro, esto impacta negativamente en la construcción de sus vínculos y de su autonomía, puesto que al no lograr comprender lo que ocurre con sus referentes, no alcanzan a resignificar sus propias vivencias en sus distintas etapas evolutivas. Ello repercute en la manera en que puedan llegar a resolver sus conflictos o responder ante las situaciones que se le presenten.



Se vulnera el derecho de Niñas, Niños y Adolescentes a participar de decisiones que los afectan, como las que tienen que ver con la reorganización familiar, al no contar con información sobre lo que está sucediendo.



44. En definitiva, en la medida en que dispongan de información, sean escuchados sobre lo que piensan y sienten, y puedan participar de las decisiones que la familia tome, en relación a la situación de privación de la libertad de uno de sus miembros, podrá representar una experiencia significativa de participación en procesos o decisiones que conciernen a Niñas, Niños y Adolescentes.

45. Mismo criterio debe tenerse en consideración en los casos en que las Niñas, Niños y Adolescentes se encuentren dentro de los establecimientos penitenciarios, o en los casos en que asistan a visitar a

sus referentes. Las autoridades deberán arbitrar los medios para que sean informados, escuchados y su opinión sea tenida en cuenta respecto de las condiciones de vida en la prisión, los horarios, juegos, comida, entre otras cuestiones.



Debe pensarse en Niñas, Niños y Adolescentes como personas que participan activamente en procesos propios, con el reconocimiento de su calidad de sujetos de derecho y de su autonomía progresiva.

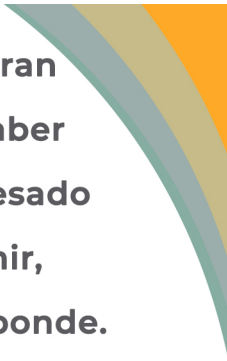
4. Estigma, discriminación y su impacto en las relaciones sociales y comunitarias.

46. Niñas, Niños y Adolescentes se enfrentan, eventualmente, ante reiteradas situaciones de rechazo en los diversos ámbitos en que se desenvuelven, producto de la privación de libertad de su referente adulto, ya sea en su comunidad, la escuela, con sus amigos, etc.

47. Esto puede generar distintos impactos en los lazos sociales de solidaridad y confianza de Niñas, Niños y Adolescentes en la comunidad, generando vergüenza, deshonor, retraimiento, pero también, en algunos casos, puede contribuir a encontrar refugio en grupos de pares en los que se acepta y naturaliza la cárcel, o en los que se construyen mecanismos de legitimación de conductas delictivas.

48. El estigma opera sobre quien lo padece como forma de violencia simbólica y, en tanto tal, limita las posibilidades del sujeto de realizarse por fuera de ese etiquetamiento y lugar socialmente asignado.

49. Se alimenta así un círculo de continuas violaciones a sus derechos que profundiza los niveles ya importantes de exclusión social que viven. De allí que debe reivindicarse el hecho de que los hijos e hijas de personas privadas de libertad tienen los mismos derechos que otros niños y que no deben ser tratados como si estuvieran en conflicto con la ley, como resultado de las acciones de sus referentes adultos.



Niñas, Niños y Adolescentes cuyos referentes se encuentran privados de la libertad son visualizados - a pesar de no haber cometido ningún delito - como seres que cargan con un pesado estigma, que incluso ellos mismos pueden llegar a asumir, culpabilizándose y asumiendo un castigo que no les corresponde.

5. Impacto en la construcción de ciudadanía de niños, niñas y adolescentes.

50. La detención del familiar, la privación preventiva de la libertad a la espera del juicio, las visitas a los establecimientos penitenciarios, las condiciones de vida en los mismos y, en general, la interacción con

el sistema de justicia a lo largo de todo el proceso, repercuten negativamente en la construcción de Niñas, Niños y Adolescentes como sujetos.



Producto de las violencias, la discriminación y la estigmatización que sufren Niñas, Niños y Adolescentes, enfrentan un sentimiento de frustración y enojo frente al sistema y al desamparo que experimentan, que les impide desarrollar sus capacidades y participar activamente en la construcción de su ciudadanía.

51. De los testimonios reunidos en la investigación “Invisibles: ¿hasta cuándo?...”, se destaca:

* La violencia con la cual se desarrollan la mayoría de las detenciones, arrestos y allanamientos en presencia de niños, niñas y adolescentes, lo que lleva a que muchos de ellos construyan una imagen negativa del poder judicial y de la policía, la cual es difícil de revertir a corto plazo.

* Las experiencias narradas en torno al vínculo con los operadores penitenciarios, están marcadamente orientadas hacia la desconfianza y el rechazo. El accionar de los operadores públicos incide en la forma en que se subjetivan las acciones del Estado y en cómo éste es representado por los niños y niñas a través de sus vivencias. Al respecto, la actitud de niños, niñas, adolescentes y familiares oscila entre la crítica racional, el rechazo y la naturalización.

* Las visitas son valoradas por Niñas, Niños y Adolescentes con una notoria ambigüedad. Son recurrentes las expresiones negativas sobre la experiencia, así como las referencias a las condiciones de acceso, a las revisiones y a los tiempos de espera, sin desmedro de que el contacto con el referente privado de libertad justifique todo lo negativo e incline la balanza hacia una valoración positiva.

52. Estas experiencias llevan a muchos Niñas, Niños y Adolescentes a un descreimiento con relación al sistema judicial y penal, generando un sentimiento de frustración y enojo frente al desamparo de sus familiares ante un sistema que no respeta sus propias normativas.

53. Violencia, estigmatización y discriminación influyen directamente en la posibilidad de Niñas, Niños y Adolescentes de visualizarse como ciudadanos con capacidad de participar, debatir e incidir en el espacio público. Si a ello se suma la escasa información con que cuentan, en algunos casos, respecto de la situación de privación de la libertad de sus referentes significativos, es posible concluir que sus espacios de participación son limitados, y con ello la posibilidad de “practicar” el ejercicio ciudadano desde edades tempranas también se limita.

6. Privación de libertad de mujeres madres.

54. Niñas, Niños y Adolescentes que tienen a sus padres o madres privados de libertad, enfrentan situaciones de mayor vulnerabilidad; no obstante la situación se agrava, cuando es la madre o ambos quienes están privados en esta situación.

55. Los datos estadísticos de la investigación llevada a cabo en Guatemala por la organización

Colectivo Artesanas¹⁰, así como los que surgen de la investigación “Invisibles: ¿hasta cuándo?...”, muestran que cuando la madre está privada de libertad, la mayoría de Niñas, Niños y Adolescentes continúan siendo cuidados por referentes mujeres y apenas el 10 % queda a cargo de sus padres o figuras masculinas.

56. Si bien los índices de la población penitenciaria muestran una abrumadora proporción de hombres privados de libertad, **en los últimos años se constata un gradual crecimiento del número de mujeres privadas de libertad, principalmente por delitos vinculados a las drogas.**

57. Al respecto, resulta pertinente destacar el esfuerzo, sobre todo en América Latina, por difundir y generar un proceso de discusión y adecuación de los marcos legales y las prácticas institucionales para la aplicación de las **Reglas de Bangkok** para el tratamiento de las reclusas, sobre las que se hace referencia en el apartado III.1.b.



Es necesario considerar una perspectiva diferencial de género para el abordaje del problema, entendiendo que el encarcelamiento femenino, generalmente, deja a los niños y niñas en situación de mayor vulnerabilidad.

III. Normativa.

1. Internacional.

a. Protección especial de la Infancia, Adolescencia y Familia.

58. La crianza de los hijos cuyos referentes se encuentran privados de la libertad merece un tratamiento especial por parte de la normativa internacional, debido a que la cárcel no constituye un ámbito adecuado para el desarrollo integral de Niñas, Niños y Adolescentes.

59. En particular, la situación de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos referentes se encuentran privados de la libertad no se encuentra regulada de manera explícita y exclusiva en los instrumentos internacionales o en la normativa interna de los Estados. No obstante, existen normas de soft law y algunas leyes nacionales que contienen disposiciones relativas a los derechos de las personas privadas de la libertad, y a Niñas, Niños y Adolescentes, que en general, resultan aplicables y de gran utilidad para su aplicación. De allí la necesidad de conocer el contenido de los distintos instrumentos vigentes y aplicables.

60. La reseña normativa realizada en el presente documento no es taxativa; pudiendo existir otra legislación, reglamentaciones y/o prácticas públicas que regulen la cuestión, cuyo análisis excede el campo de estudio del presente documento.

61. Se han tenido especialmente en cuenta el tratamiento que los Instrumentos Internacionales brinda a la protección de la familia, la maternidad y la infancia en general, para luego considerar el derecho de

10 Colectivo Artesana (2013) “Informe de Monitoreo de las problemáticas que enfrentan las mujeres privadas de la libertad y sus hijas e hijos en Guatemala según las Reglas de Bangkok”. Disponible en <http://relapt.usta.edu.co/images/Colectivo-Artesana-Informe-Monitoreo-segun-Reglas-de-Bangkok.pdf>

Niñas, Niños y Adolescentes a ser cuidados y criados por ambos padres salvo cuando ello sea contrario a su Interés Superior; el derecho a un nivel de vida adecuado; a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta en las decisiones que los afecten; a la dignidad humana y la prohibición de los malos tratos; y al Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes, que será analizado con detenimiento en el apartado siguiente.

- **Protección especial de la familia, la maternidad y la niñez**

62. En la **Declaración Universal de Derechos Humanos**¹¹ (artículo 16), la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**¹² (artículo 6), la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**¹³, los Estados reconocen a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, cuya protección debe ser garantizada por la sociedad misma y el Estado, en el entendimiento de que constituye el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. En consecuencia, debe recibir la asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.



La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los niños deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

63. Dicha protección especial ha sido proclamada ya en la **Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño**, en la **Declaración de los Derechos del Niño**¹⁴, y en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (artículos 23 y 24), como asimismo en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales interesadas en el bienestar del niño.

64. El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**¹⁵ refuerza la idea de la protección de la familia, *especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo*. Indica que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, y que los Estados deben *adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición* (artículo 10).

65. La **Declaración de los Derechos del Niño**¹⁶ establece que los niños gozan de todos los derechos enunciados en ella, sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia (artículo 1).

11 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

12 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, de 1948.

13 Suscripta el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica; vigente desde el 18 de julio de 1978

14 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1959.

15 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

16 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

66. Seguidamente, proclama la protección especial de Niñas, Niños y Adolescentes al decir: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”* (artículo 2)

67. La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** dispone también que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales; mereciendo igual protección social todos los niños, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.

68. La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** puntualiza que *“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”* (artículo 8).

69. Por su parte, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** establece que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”* (artículo 19).

70. La **Declaración de los Derechos del Niño** proclama que, para garantizar el derecho del niño a crecer y desarrollarse con buena salud, deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados (artículo 4).

• Derecho a ser cuidado y criado por ambos padres

71. La **Declaración de los Derechos del Niño** dispone que el niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Para ello, siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. De manera que, salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (artículo 6).

72. En el mismo artículo, determina la obligación de la sociedad y las autoridades públicas de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

73. Por su parte, la **Convención sobre los Derechos del Niño**, en su artículo 18, establece que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos e hijas. Incumbe a éstos o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

74. A tal efecto, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

75. Los Estados Partes velarán por que el niño **no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos**. Excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño (casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño). En cualquier caso, deberá asegurarse la participación de todas las partes en el proceso (artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

76. Particularmente **cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención o encarcelamiento** de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño.



En situaciones en que la niña, el niño o adolescentes estén separados de uno o de ambos padres, tendrá derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo que ello fuera contrario a su interés superior.

- **Derecho a un nivel de vida adecuado**

77. La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** establece que “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...) (artículo 25).*

78. El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** es coincidente respecto del derecho de toda persona a mantener un nivel de vida adecuado para sí y su familia (artículo 11), y reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; correspondiendo a los Estados la adopción de las medidas que garanticen la efectividad del mismo (artículo 12).

79. El artículo 24 reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, y establece que los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios.

80. Por su parte, el artículo 27 afirma el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; siendo a los padres u otras personas encargadas del niño a quienes les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

81. Los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para ayudarlos a dar efectividad a este derecho, y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

- **Principio y Derecho a participar. Ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta**

82. En virtud del artículo 12 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, los Estados deberán garantizar, en todo procedimiento judicial o administrativo y teniendo en cuenta su edad y madurez, que los niños, niñas y adolescentes que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan.

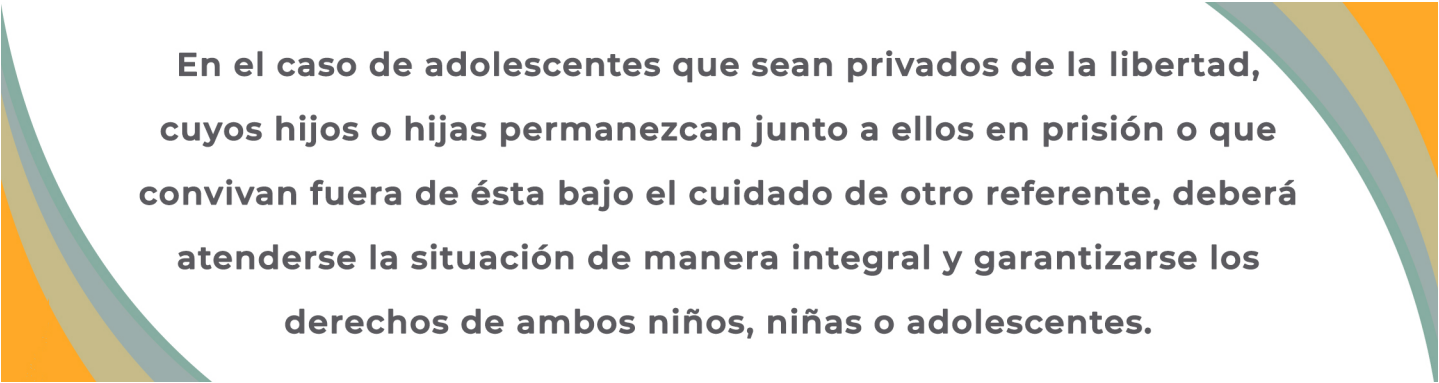
83. Las autoridades deberán arbitrar los mecanismos para que el niño pueda ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante.

- **Dignidad humana. Prohibición de malos tratos**

84. La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** sienta las bases del principio de humanidad y la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, al decir que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*, debiendo recibir un trato digno inherente al ser humano; entre otras garantías relativas al proceso penal (artículo 5).

85. La **Convención sobre los Derechos del Niño**, por su parte, establece que *“Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)”*, lo que resulta interesante poner de relieve si se tiene en cuenta a Niñas, Niños y Adolescentes que nacen dentro de la prisión y conviven junto a sus madres privadas de la libertad durante sus primeros años de vida.

86. En el caso de adolescentes que sean privados de la libertad, cuyos hijos o hijas permanezcan junto a ellos en prisión o que convivan fuera de ésta bajo el cuidado de otro referente, deberá atenderse la situación de manera integral y garantizarse los derechos de ambos niños, niñas o adolescentes; procurando que quienes están encarcelados sean tratados con la humanidad y dignidad inherentes a la persona y se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. Asimismo, que permanezcan separados de los adultos, que puedan mantener contacto con su familia, y por supuesto, que las condiciones de privación de la libertad no sean ilegales o arbitrarias, debiendo permanecer en prisión durante el período más breve que proceda. Ello, por supuesto, considerando al encarcelamiento como último recurso.



En el caso de adolescentes que sean privados de la libertad, cuyos hijos o hijas permanezcan junto a ellos en prisión o que convivan fuera de ésta bajo el cuidado de otro referente, deberá atenderse la situación de manera integral y garantizarse los derechos de ambos niños, niñas o adolescentes.

- **No Discriminación**

87. Con todo lo dicho, es oportuno mencionar que, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes deben asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. En consonancia, deberán adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su protección contra toda forma de discriminación o castigo por circunstancias o condiciones de sus padres, tutores o familiares (artículo 2).

- **Interés Superior del Niño**

88. Todas las medidas que al respecto deban adoptar las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o cuerpos legislativos, deberán atender con consideración primordial al Interés Superior de estas niñas, niños y adolescentes; estableciendo los mecanismos necesarios para acompañar en la crianza a los padres, tutores u otras personas responsables de ellos ante la ley, procurando que las autoridades y personal de las instituciones, establecimientos y servicios encargados

del cuidado o la protección de estas niñas, niños y adolescentes, cumplan con la normativa vigente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, y adecuada supervisión. Todo ello a los fines de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención (artículo 3 CDN).

89. No obstante las especiales circunstancias que atraviesan Niñas, Niños y Adolescentes con referentes privados de la libertad, los Estados están obligados por la Convención a respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, según corresponda, en cuanto a brindar la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos (artículo 5); siempre que ello no atente contra su Interés Superior.

b. Protección de las personas privadas de la libertad.

90. A continuación, se analizan algunos de los instrumentos que regulan el ejercicio de los derechos de las personas privadas de la libertad y el accionar de sus instituciones, poniendo énfasis en aquellas Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos responsables de su cuidado se encuentran en prisión.

91. Atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad que representa para Niñas, Niños y Adolescentes el hecho de que sus padres, madres o referentes significativos se encuentren privados de la libertad, resulta oportuno mencionar que, de acuerdo a las **Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad**¹⁷, se entiende por persona en situación de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

92. En consecuencia, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad son causas de vulnerabilidad referidas, en particular, al contacto de estas personas con el servicio de justicia. No obstante, resulta de utilidad para el caso, permitiendo precisar el concepto de vulnerabilidad, a los fines de facilitar la comprensión del tema.

• Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁸

93. Todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deben ser tratadas humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano.

94. En particular, el Principio 5 prevé que las medidas que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad. El Principio 31 determina que las autoridades competentes procurarán asegurar la asistencia de los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, puntualmente en el caso de los menores; indicando que *velarán especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión.*

¹⁷ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

¹⁸ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

• Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

95. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, aprobó un documento denominado “*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*”.

96. Luego de establecer la prohibición de tratos inhumanos, el Principio 2 sobre **igualdad y no discriminación** establece que “*No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; (...)*”

97. En relación a la **libertad personal**, el Principio 3 determina que la privación de la libertad de una persona deberá aplicarse, por regla general, durante el mínimo tiempo necesario. Y agrega, en relación a los niños, niñas y adolescentes: “*La privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales*”.

98. Asimismo, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de **medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad**, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia. Deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.

99. Sobre el derecho a la **salud**, el Principio 10, establece que “*Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, (...)*”. Esta disposición contempla a las mujeres, niños y niñas dentro de la categoría de “grupos vulnerables” o de alto riesgo, por lo que agrega que: “*(...) Las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad*”.

100. Además, prescribe que en los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz.



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.

101. Respecto de la **educación**, el principio 13 apunta a la gratuidad de la educación primaria o básica para las personas privadas de la libertad, en particular, niños y niñas. Dispone además que se promoverá la participación de la familia, la comunidad y las organizaciones no gubernamentales en actividades culturales, deportivas, sociales y de esparcimiento, a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad.

102. Considerando la importancia del contacto con el mundo exterior, el Principio 18, se reconoce el derecho de recibir y enviar correspondencia y a las **visitas periódicas** de los familiares, especialmente padres, hijos e hijas y parejas.

103. Respecto de la **separación de las personas privadas de la libertad por categorías**, toda la normativa internacional es conteste en que deberán ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo, edad, la razón de su privación de libertad, la necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o del personal, las necesidades especiales de atención, u otras circunstancias relacionadas con cuestiones de seguridad interna: mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres.

104. Considerando estas particularidades, los lugares de privación de libertad para mujeres o mujeres y niños, estarán bajo la dirección, vigilancia y custodia de **personal femenino** (Principio 20). Con la misma lógica, los registros corporales, inspección de instalaciones y otras medidas de seguridad, se practicarán por personal calificado del mismo sexo, respetando los derechos fundamentales de las personas y su dignidad humana.

105. Finalmente, en relación al **régimen sancionatorio**, el principio 23 prohíbe estrictamente las medidas de aislamiento de las mujeres embarazadas, de las madres que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos y de los niños y niñas privados de libertad.

• Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela¹⁹)

106. Las Reglas Mandela disponen que los establecimientos para mujeres deberán contar con instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, el parto y post parto. Preferentemente, los niños deberán nacer en hospitales civiles; pero si nacieran en prisión, no se debe dejar constancia de tal circunstancia en la partida de nacimiento.



**Los niños que vivan en el establecimiento penitenciario
con su madre o padre nunca serán tratados como reclusos
(Regla 29).**

¹⁹ Adoptadas inicialmente por el Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955, y aprobadas en 1957 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Nueva versión aprobada por unanimidad en la 70ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2015, por el que se las denominadas *Reglas Nelson Mandela*.

107. Los niños podrán permanecer con su madre o su padre en el establecimiento penitenciario si eso es la decisión que mejor representa su Interés Superior. En estos casos, se deberá facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre; y proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas.

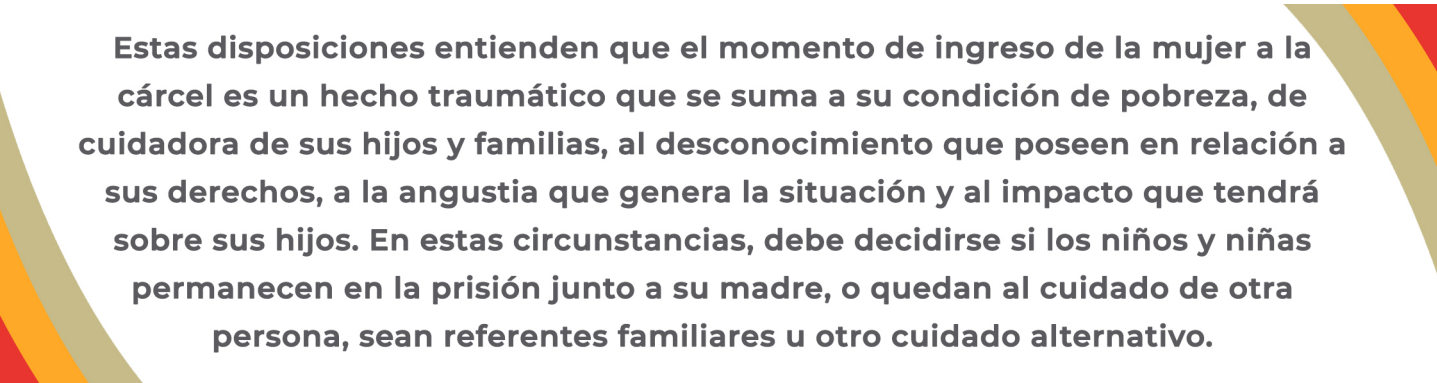
108. En consonancia con la Regla 1 que prohíbe los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y con los *Principios* enunciados precedentemente, no podrá establecerse como sanción disciplinaria o medida restrictiva la prohibición de contacto con la familia, salvo que fuera por periodos limitados y en la estricta medida en que lo exija el mantenimiento de la seguridad y el orden. Sólo en casos excepcionales se aplicará el aislamiento, como último recurso, durante el menor tiempo posible, con sujeción a una revisión independiente, y únicamente con el permiso de una autoridad competente.

109. También se prohíbe imponer sanciones de aislamiento y medidas similares con mujeres y niños en los casos descritos en otras reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal²⁰ (Reglas 43 y 45).

110. De acuerdo a las Reglas 58 a 60, los reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente con sus familiares y amigos, bajo la debida vigilancia, ya sea por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles, como recibiendo visitas. Se promueve el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, que redunden en beneficio de ambas partes (Regla 106)

• **Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok²¹)**

111. Las **Reglas de Bangkok** son complementarias de las Reglas Mandela. Se aplican a mujeres reclusas tomando en consideración su especial situación de vulnerabilidad, y regulan los procedimientos penitenciarios desde que ingresan al sistema hasta la finalización de la condena, procurando durante ese tiempo sentar las bases para su reinserción social.



Estas disposiciones entienden que el momento de ingreso de la mujer a la cárcel es un hecho traumático que se suma a su condición de pobreza, de cuidadora de sus hijos y familias, al desconocimiento que poseen en relación a sus derechos, a la angustia que genera la situación y al impacto que tendrá sobre sus hijos. En estas circunstancias, debe decidirse si los niños y niñas permanecen en la prisión junto a su madre, o quedan al cuidado de otra persona, sean referentes familiares u otro cuidado alternativo.

112. En este sentido, las *Reglas* hace un llamamiento a los Estados para la implementación de acciones que promuevan el vínculo familiar, tales como: permitir que inmediatamente después del momento de la detención se lleven a cabo los arreglos reglamentarios relacionados con las responsabilidades de

²⁰ Regla 67 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (resolución 45/113, anexo), y Regla 22 de las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) (resolución 65/229, anexo).

²¹ Resolución N° 65/229 de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 2010.

cuidado y protección, otorgar permisos para realizar visitas al hogar, permitir que la mujer disponga del tiempo necesario para atender a sus hijos, entre otras²².

113. La Regla 2 establece, en cuanto al procedimiento de ingreso a los establecimientos penitenciarios, que se deberá prestar atención adecuada mujeres y los niños, considerando particularmente su vulnerabilidad en ese momento. Explícitamente dispone: “(...) 2. Antes de su ingreso o en el momento de producirse, **se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un periodo razonable, en función del interés superior de los niños**” (el resaltado es propio)

114. Allí deberá conformarse un **registro** donde se consigne el número de los hijos de las mujeres que ingresan en prisión y la información personal sobre ellos, conteniendo como mínimo el nombre de cada niño, su edad y, en caso de que no acompañen a su madre, el lugar en que se encuentran y su régimen de tutela o custodia. Toda información relativa a la identidad de los niños será confidencial, y al utilizarla se cumplirá invariablemente el requisito de tener presente su interés superior (Regla 3).

115. Esta información servirá, además, para ayudar en el contacto entre la madre y sus hijos que viven fuera de la cárcel, y resulta un insumo importante para mejorar el conocimiento acerca de las madres encarceladas, procurando mejorar la adecuación y efectividad de las respuestas de la justicia penal a las mujeres, considerando el Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes.

116. En la medida de lo posible, las internas deberán permanecer en **centros de reclusión cercanos a su hogar**, teniendo presentes sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados (Regla 4), en orden al mantenimiento y mejora de las relaciones familiares y a facilitar la comunicación entre ellos y con los servicios que van a intervenir en el proceso de reinserción social.

117. Respecto de las **condiciones de higiene**, la Regla 5 dispone que *los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en periodo de lactancia o menstruación.*

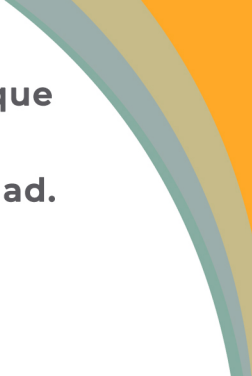
118. En relación a los servicios de atención de la **salud**, se deberá garantizar su derecho al cuidado de la salud al nivel más alto posible, conforme a lo establecido en el artículo 12 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** y artículo 24 de la **Convención de los Derechos del Niño**.

119. Se les realizará un minucioso examen médico al momento de su ingreso a la prisión preferentemente por un pediatra y en presencia de la madre, a fin de determinar sus necesidades médicas y el tratamiento correspondiente, en caso de ser necesario. Se brindará atención médica durante toda su estadía en las instalaciones penitenciarias (Regla 9)

120. En lo que respecta al **registro personal y corporal**, conforme el artículo 17 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y lo dicho por el Comité de Derechos Humanos sobre este artículo, “*deben tomarse medidas efectivas que aseguren que el registro se realice de manera consistente con la dignidad de la persona que está siendo registrada. Las personas que sean sometidas a registros corporales por oficiales del Estado, o el personal sanitario actuando a requerimiento del Estado, deben ser examinadas por personas del mismo sexo*”.

²² Los comentarios a las Reglas de Bangkok fueron preparados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y acordados por el Grupo intergubernamental de expertos de composición abierta, para desarrollar reglas complementarias específicas para el tratamiento de mujeres detenidas y sometidas a medidas privativas y no privativas de libertad (Bangkok, Tailandia, 23-26 Noviembre 2009). Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

121. En idéntico sentido, la Regla 20 plantea recurrir a otros métodos de inspección no invasivos, a fin de evitar las consecuencias psicológicas dañinas y la posible repercusión física que genera por ejemplo, quitarse la ropa u otras prácticas corporales de registro. **En caso de los niños que se hallen en prisión con sus madres y/o que visiten a las reclusas, el personal penitenciario deberá proceder de manera competente, profesional y respetuosa de su dignidad** (Regla 21), teniendo en cuenta los daños que genera un procedimiento realizado en niños sin sensibilidad.



Debe evitarse exigir a las Niñas, Niños y Adolescentes que se desnuden, salvo circunstancias excepcionales y realizadas con debido cuidado de su intimidad y dignidad.

ELLOS NO ESTÁN PRIVADOS DE LA LIBERTAD.

122. La Regla 22 reitera lo expuesto respecto de la **prohibición de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, a las mujeres con hijos o a las madres en período de lactancia**. En el mismo sentido, las sanciones disciplinarias no podrán comprender la suspensión de contacto con los familiares, especialmente con los niños.

123. Esto último es especialmente abordado por las **Regla 23**, que dispone que se alentará y facilitará, por todos los medios razonables, el **contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de éstos**.



Las autoridades penitenciarias deberán ser flexibles para, por ejemplo, permitir extender las visitas cuando los familiares han viajado largas distancias para realizarla, o en tener en cuenta las actividades escolares o recreativas de los hijos e hijas de las personas privadas de libertad.

124. En cuanto a los niños, niñas y adolescentes que no viven junto a su progenitora, la Regla 28 enfatiza en la necesidad de adoptar una postura flexible **frente a las visitas de los niños con su madre**, estableciendo que se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. Esto tiene en cuenta las necesidades emocionales de la madre y de las niñas, niños y adolescentes, la importancia del contacto físico entre ellos y las estrategias que permitan disminuir la angustia que genera la situación de prisión de su madre; lo que redundará en un mejoramiento o fortalecimiento de los vínculos, impactando significativamente en el proceso de reinserción.

125. Las reglas también se refieren a la **capacitación del personal de los centros de reclusión para mujeres**, que deberá estar en condiciones de atender a las necesidades específicas de las reclusas y sus derechos humanos, a efectos de su reinserción social; así como de mantener servicios seguros y propicios para cumplir ese objetivo (Regla 29)



Cuando se permita que los niños permanezcan en la cárcel con sus madres, se sensibilizará también al personal penitenciario sobre las necesidades de desarrollo del niño y se le impartirán nociones básicas sobre la atención de la salud del niño a fin de que pueda reaccionar correctamente en caso de necesidad y de emergencia. (Regla 33)

126. Particularmente, con respecto a las **reclusas menores de edad**, se establece que las autoridades penitenciarias adoptarán medidas para satisfacer sus necesidades de protección; quienes tendrán el mismo acceso a la educación y la formación profesional que los reclusos menores de edad (Reglas 36 y 37, complementarias de la Regla 18 *para la protección de los menores privados de la libertad*). Al respecto, se observa una barrera de género, ya que los programas existentes generalmente van dirigidos a los hombres, y hombres adolescentes, debido a que las mujeres representan una menor población en cuanto a las personas privadas de la libertad.

127. Puntualmente, las **reclusas menores de edad embarazadas**, recibirán apoyo y atención médica equivalente a la que se presta a las reclusas adultas. Su estado de salud estará sujeto a la vigilancia de un especialista médico, teniendo en cuenta que por su edad pueden hallarse en mayor riesgo de complicaciones durante el embarazo (Regla 39).

128. En todos los casos, el encarcelamiento de adolescentes debe ser empleado como último recurso, y en cumplimiento de los principios y garantías establecidas en el artículo 40 de la **Convención sobre los Derechos del Niño** y la **Regla 17 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad**.

129. La Regla 42, por su parte, determina la **flexibilidad del régimen penitenciario** frente a las necesidades de las mujeres embarazadas, madres lactantes y mujeres con hijos: establece que en las prisiones se habilitarán servicios o se adoptaran disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas puedan participar en las actividades de la prisión. Asimismo, indica que deberán existir programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos.

130. En esa línea, la Regla 48 regula el **tratamiento particular que deben recibir las mujeres embarazadas antes, durante y después del parto**, buscando preservar el vínculo esencial entre la madre y el niño: deberán recibir asesoramiento profesional sobre su salud y dieta, en el marco de programas establecidos al efecto, agregando que el suministro de alimentos para embarazadas, bebés y niños deberá ser suficiente y puntual, y que dicho entorno deberá favorecer la realización de ejercicios físicos habituales. Dichos programas de alimentación tendrán en cuenta también las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas cuyos bebés no se encuentren con ellas en prisión.



No se impedirá que las mujeres privadas de libertad amamenten a sus hijos, salvo que existan razones sanitarias para ello.

131. Se brindará a las madres el **tiempo necesario para la atención de sus hijos**, y se dispondrán servicios permanentes de atención de la salud, supervisando los especialistas el desarrollo de los niños (Reglas 50 y 51).

132. En la medida de lo posible, deberá procurarse que el entorno previsto para la crianza de esos niños sea el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios (Regla 51).

133. Sin embargo, en los casos en que existan razones para **separar al niño de su madre**, la Regla 52 orienta en relación a cómo deberán proceder las autoridades competentes respecto de las alternativas de cuidado de esos niños, siempre teniendo en cuenta lo que mejor represente su Interés Superior.



La Regla 49, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño, establece que *“Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos”*

134. A modo de conclusión, puede afirmarse que **el espíritu de las Reglas es la protección del vínculo de las reclusas con sus familias, y en particular, del niño y su familia**. Así, tal como surge de las Reglas 57 y 58, y teniendo en cuenta lo dispuesto también en las Reglas de Tokio, se establece que *“(…) no se separará a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena”*.

135. Lo dicho es de vital importancia, considerando **la historicidad de victimización y vulnerabilidad de muchas de las mujeres privadas de la libertad**, y especialmente, sus responsabilidades de cuidado de otras personas. De esta manera, las Reglas facultan a los tribunales al momento de condenar, a examinar **atenuantes** tales como la ausencia de antecedentes penales, la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo, teniendo en cuenta cada situación en particular (Regla 61); o al tiempo de adoptar decisiones relativas a la **libertad condicional anticipada** (Regla 62).



En el caso de embarazadas y mujeres que tengan niños a cargo, se preferirá la imposición de sentencias no privativas de la libertad, en el entendimiento de que las cárceles no son lugares diseñados para niños y niñas; salvo que se trate de delitos graves o violentos, o casos en que la mujer represente un peligro permanente para ellos (Regla 64).

136. Por su parte, la **Resolución 63/241 del año 2008 de la Asamblea General de la ONU, denominada “Hijos de personas acusadas, procesadas o condenadas por haber infringido las leyes penales”** indica que todos los Estados deberán tener en cuenta los efectos de la detención y encarcelamiento de los padres en los niños, y, en consecuencia, dar 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.

137. Asimismo, exhorta a determinar y promover buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés y los niños afectados por la detención y encarcelamiento de los padres.

2. Nacional.

138. En consideración de lo hasta aquí expuesto, y partiendo de la base de que lo reseñado no pretende agotar el estudio de la legislación interna de cada país de la región, en relación al tema, se propone enriquecer el enfoque y brindar herramientas que surgen del propio encuadre legal de la cuestión, tomando como ejemplo algunas normas que realizan un abordaje oportuno de la cuestión, en el entendimiento de que representan áreas de oportunidad que los Estados pueden explorar para fortalecer o mejorar sus prácticas internas.

139. Por mandato constitucional, la mayoría de los Estados reconoce la protección integral de la familia como institución fundamental de la sociedad, al igual que la maternidad, la infancia y la adolescencia; asegurando la adopción de las medidas tendientes al fortalecimiento de las capacidades de sus miembros y al respeto de la dignidad humana, como fines del Estado.

140. La **Constitución de la República Federativa de Brasil**²³, por ejemplo, reconoce la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, brasileros y extranjeros, sin distinción; establece que nadie será sometido a tortura o trato inhumano o degradante, y regula los derechos individuales y colectivos y las garantías de las personas, disponiendo por ejemplo, las modalidades de cumplimiento de las penas, en particular de las que impliquen privación de libertad, las que serán cumplidas en establecimientos distintos en orden a la naturaleza del delito, la edad y sexo del penado. En todos los casos, deberá respetarse su integridad física y moral y garantizarse las condiciones para que las mujeres condenadas puedan permanecer con sus hijos durante el período de lactancia (artículo 5.47, 48, 49).

141. La joven **Constitución de la República de Bolivia**²⁴ establece que los derechos reconocidos en ella son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos, y que el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos, de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

142. Prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona (artículo 14. 2).

143. Establece que toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral, y a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible o sea contrario a su interés superior, dispone que tendrá derecho a una familia sustituta; y que es obligación del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, el niño y adolescentes.

²³ Conforme promulgación del año 1988.

²⁴ Conforme promulgación del año 2009.

144. Contiene también una sección específica, referida a los derechos de las personas privadas de la libertad, estableciendo que toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad será tratada con el debido respeto a su dignidad humana; prescribiendo el derecho de comunicación con su abogado defensor, su interprete, su familia o personas allegadas, prohibiendo la incomunicación (salvo en el marco de investigaciones por comisión de delitos, por una duración máxima de 24 horas).

145. La **Constitución Nacional de Colombia**²⁵ reconoce al adolescente su derecho a la participación activa en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

146. La **Constitución Nacional de la República de El Salvador**²⁶ establece que todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado, y se crearán instituciones especiales para su protección durante la maternidad y la infancia. El Estado protegerá, asimismo, la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia (artículos 34 y 35).

147. La recientemente reformada **Constitución de la República de Ecuador**²⁷ prescribe que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Particularmente, define los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, entre ellos: personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad (...), a quienes el Estado prestará especial protección, atento a su condición de doble vulnerabilidad.

148. Respecto de niñas, niños y adolescentes, el artículo 44 determina que *“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”*.

149. Las Niñas, Niños y Adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, definido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Dicho entorno deberá permitir la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

150. Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia, el artículo 69 prescribe que: *“1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (...) 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos (...)”*.

151. Las Niñas, Niños y Adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, tales como la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción; la integridad física y psíquica; su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus

25 Promulgada en el año 1991, con actualizaciones hasta el año 2016.

26 Decreto N° 38 de 1983.

27 Con las sucesivas reformas en los años 2011, 2014 y 2018.

progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (artículo 45).

152. El Estado adoptará las medidas pertinentes para asegurar a las Niñas, Niños y Adolescentes “(...) *Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad (...)*” (artículo 46).

153. Dentro de las personas o grupos de atención prioritaria, la Constitución reconoce también a las personas privadas de la libertad, derecho a:

“ 1. *No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.*

La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.

2. *Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.*

3. *Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.*

4. *La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.*

5. *Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.*

6. **Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia**” (El resaltado es propio).

154. La **Constitución Nacional de la República de Paraguay**²⁸ reconoce a la familia como fundamento de la sociedad, promoviendo y garantizando su protección integral. El Estado asistirá a las familias numerosas y a las mujeres cabeza de familia, y protegerá la maternidad creando instituciones al efecto.

155. Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Mientras que, en general, es obligación tanto de la familia como de la sociedad y del Estado garantizar al niño su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación.

156. Por otra parte, establece que las personas privadas de la libertad serán reclusas en establecimientos adecuados, separados por sexo y por edades (adultos – menores de edad).

157. La **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**²⁹ establece que el Estado protege a las familias, entendidas como asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en igualdad de derechos y deberes entre sus integrantes, garantizando la protección a la madre, al padre o a quien ejerza la jefatura de la familia. Se determina la protección integral de la maternidad y la paternidad.

158. Reconoce a Niñas, Niños y Adolescentes el derecho a vivir, ser criadas o criados y a desarrollarse en el seno de su familia de origen, salvo ello resulte contrario a su interés superior; en cuyo caso tendrán derecho a una familia sustituta o, en su caso, adopción.

159. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan.

160. Asimismo, las legislaciones estudiadas contienen disposiciones específicas vinculadas a determinados aspectos del tratamiento de las Niñas, Niños y Adolescentes, sobre las que es oportuno puntualizar:

28 Promulgada el 20 de junio de 1992.

29 Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

2.1. Sobre la permanencia de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA) cuyos padres, madres o referentes se encuentran privados de la libertad, en establecimientos penitenciarios: establecimiento de límites de edad.

161. La **Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad**³⁰ (N° 24660) de Argentina, dispone que la interna *“podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años”* (artículo 195) para lo que se organizará un jardín maternal con personal calificado (*“cuando se encuentre justificado”*) El artículo 196 establece que alcanzada esa edad, *si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del hijo*, deberá darse intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda.

162. La **Ley de Ejecución Penal de Brasil** (N° 7.210 de 1984), con las modificaciones introducidas por la Ley 11942 de 2009, establece que los establecimientos penales destinados a mujeres podrán ser dotados de una sección para gestantes y parturientas, donde las condenadas puedan amamantar a sus hijos; y de guardería para albergar a niños mayores de 6 (seis) meses y menores de 7 (siete) años, con la finalidad de asistir al niño desamparado cuya responsable esté presa. Dichas secciones deberán contar con la atención de personal calificado y funcionar en horarios que garanticen la mejor asistencia al niño y a su responsable.

163. Debe tenerse presente que Brasil cuenta con sus propias **“Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil”**³¹, fijadas en consideración de la recomendación del Comité Permanente para la Prevención del Crimen y Justicia Penal del cual el Estado es miembro. En ellas, el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP) determina que las mujeres purgarán pena en establecimientos propios, asegurando las condiciones para que puedan permanecer con sus hijos durante el periodo de amamantamiento de los mismos (artículo 7).

164. Dicho establecimiento deberá contar con una dependencia dotada de material obstétrico para la atención de la mujer embarazada, parturienta y convaleciente, sin condiciones de que sea transferida a la unidad hospitalaria para tratamiento apropiado, en caso de emergencia (artículo 17).

165. En cuanto a niños y niñas de 0 a 6 años, dispone el artículo 11, *será garantizada la atención en guardería y en el periodo preescolar.*

166. La **Ley de Ejecución Penal y Supervisión** (N° 2298)³² de **Bolivia**, a diferencia de las otras legislaciones analizadas, refiere expresamente, a los padres y madres privados de libertad:

“Los hijos del interno menores de 6 años, podrán permanecer en los establecimientos penitenciarios, siempre que el progenitor privado de libertad sea el que tenga la tutela del menor. Cuando la tutela del menor la tengan ambos progenitores, el niño permanecerá con el progenitor que se halla en libertad salvo que el niño se encuentre en el período de lactancia en cuyo caso permanecerá junto a su madre.

La permanencia de los niños menores de 6 años en establecimientos penitenciarios se hará efectiva en guarderías expresamente destinadas para ellos.

De conformidad a lo establecido en el Código del Niño, Niña y Adolescente, en ningún caso podrán permanecer en los establecimientos penitenciarios niños mayores de esa edad, correspondiéndole al Estado, según el caso, ubicar al niño o niña con la familia extendida, en entidades de acogimiento o en familias sustitutas, mientras dure la privación de libertad.

30 Publicada en el Boletín Oficial del 16 de julio de 1996, con reformas y actualizaciones al año 2017.

31 Resolución N° 14 de fecha 11 de noviembre de 1994 (Publicada en el Diario Oficial de la Unión, el 2 de diciembre de 1994) Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26329.pdf>

32 Sancionada el 20 de diciembre de 2001

La administración penitenciaria otorgará las facilidades necesarias para que los hijos menores de los internos los visiten, compartan con ellos y estrechen sus vínculos paterno filiales” (artículo 26).

167. El artículo siguiente establece, en relación a los niños que permanezcan en compañía de sus padres, que se les brindará una alimentación acorde a su edad y necesidades nutricionales (coordinando con el organismo tutelar del menor la gestión de los fondos correspondientes).

168. El mencionado **Código Niña, Niño y Adolescente** (Ley N° 548) sancionado en el año 2014, reconoce, desarrolla y regula el ejercicio de los derechos de la niña, niño y adolescente, implementando un Sistema Plurinacional Integral de la Niña, Niño y Adolescente, para la garantía de esos derechos mediante la corresponsabilidad del Estado en todos sus niveles, la familia y la sociedad. En particular, respecto las Niñas, Niños y Adolescentes cuyas madres o padres se encuentran privados de la libertad, la Sección VII regula los derechos y garantías que deben asegurarse y respetarse. El artículo 106 dispone:

“La niña, niño o adolescente de madre o padre privados de libertad, tiene los siguientes derechos y garantías:

- a) Permanecer con la madre o el padre que se encuentre en libertad;*
- b) Si ambos se encuentran privados de libertad se le integrará a los familiares o a una familia sustituta de acuerdo a lo establecido por este Código y, de no ser posible, serán integrados en programas específicos o centros de acogimiento, mientras dure la privación de libertad, procurando que sea en la misma localidad donde sus padres se encuentren cumpliendo la medida;*
- c) En forma excepcional, la niña o niño que no alcanzó seis (6) años de edad podrá permanecer con su madre, pero en ningún caso en los establecimientos penitenciarios para hombres. En espacios aledaños a los centros penitenciarios para mujeres se deberán habilitar centros de desarrollo infantil o guarderías;*
- d) Acceder a programas de atención y apoyo para su desarrollo integral, de acuerdo a su situación;*
y
- e) Mantener los vínculos afectivos con su madre, padre o ambos, por lo que la familia ampliada, sustituta o el centro de acogimiento le facilitará visitas periódicas a los mismos”.*

169. **Canadá**, por su parte, cuenta con una **Ley de Correcciones y Liberación Condicional**³³ que establece la creación de programas para delincuentes, entre ellos, aquellos diseñados especialmente para atender las necesidades de las mujeres delincuentes.

170. En relación a ello, el **Programa Institucional Madre – Hijo** tiene por objeto fomentar relaciones positivas entre las mujeres encarceladas a nivel federal y sus hijos, proporcionando un entorno de apoyo que promueva la estabilidad y la continuidad de la relación madre – hijo; **incluido el componente no residencial, a través del Programa Child Link**, un programa de visitas de video que permite a las reclusas comunicarse con sus hijos por videoconferencia.

171. Dicho programa pretende además, establecer procedimientos para los casos de movimientos de internos, patrullas de seguridad y conteos formales, que consideren la presencia de niños en la institución. De la misma manera, dichos lineamientos serán aplicables a las búsquedas de personal y visitantes, que deberán incluir parámetros de búsqueda específicos para los niños que participan del componente residencial del Programa Madre – Hijo.

172. El Programa supone también el establecimiento de protocolos para reportar sospechas de abuso o negligencia infantil a las autoridades de bienestar infantil, de acuerdo a la legislación provincial; planes de contingencia institucional que aborde la presencia y seguridad de los niños ante una emergencia o ante incidentes de seguridad; asegurar la participación de los niños incluidos en el Programa residencial como pasajeros en los traslados; garantizar que la madre obtenga los alimentos, materiales y equipos necesarios para el cuidado del niño que participa en el componente residencial del Programa Madre – Hijo.

33 Corrections and Conditional Release Act (S.C. 1992, c. 20). Disponible en: http://www.csc-ccc.gc.ca/politiques-et-lois/768-cd-eng.shtml#D_Mother-childprogram

173. Para poder participar del componente de residencia del Programa Madre – Hijo, la reclusa no debe haber sido condenada por un delito cometido contra un niño o que pudiera razonablemente considerarse como un peligro para un niño. Además, debe estar dentro de los niveles de seguridad mínimo o medio, y no residir en el entorno de vida estructurado³⁴ (a excepción de hijos que puedan participar en el programa de residencia a tiempo parcial, utilizando la ubicación de la unidad privada de visitas familiares).

174. Los niños que podrán participar en el componente de residencia no podrán tener más de cuatro años de edad para la residencia a tiempo completo en una unidad de vivienda; o menos de seis años para la residencia a tiempo parcial en una unidad de vivienda; o menor de edad para la residencia a tiempo parcial en la ubicación de la unidad de visita familiar privada.

175. El Programa prevé que una reclusa pueda ser considerada niñera, en casos en que cumpla con los requisitos establecidos al efecto, cuente con el consentimiento de la madre y haya completado el programa de habilidades para padres y un curso de primeros auxilios para niños, antes de dedicarse a su tarea de niñera.

176. Para participar del componente residencial, las madres y/o embarazadas, deberán completar una Solicitud Residencial, la que será revisada por la Coordinadora Madre – Hijo. En caso de corresponder, se ordenará la pertinente valoración psiquiátrica/psicológica de la solicitante, sobre la que deberá emitirse un informe. En cuanto a los niños, la Coordinadora Madre – Hijo solicitará la evaluación por escrito a la agencia de bienestar infantil (o en su defecto de un profesional de la salud especializado en niños) para determinar si la participación en el programa es lo mejor para el niño.

177. También se analiza la figura actual de cuidado del niño en la comunidad, a los fines de recopilar información sobre el apoyo que puede brindar ese individuo al recluso que participe en el componente residencial del Programa Madre – Hijo, máxime teniendo en cuenta que el niño ha vivido con esta persona hasta el momento, o seguirá viviendo a tiempo parcial.

178. Una vez aceptada la participación en el programa residencial, estará sujeto a revisión periódica al menos cada 30 días, a través de la entrevista de la Coordinadora Madre – Hijo con la reclusa, consultando al resto del personal, y evaluar qué apoyo es necesario proporcional.

179. Otra de las características distintivas de este Programa es que, atento a las edades establecidas para la permanencia de los niños en la penitenciaría, se prevé un plan de transición para niños que participan en el componente residencial del programa a tiempo completo, el que se implementará de manera gradual, comenzando mucho antes de la partida del niño, ya que porque el recluso no será liberado, o porque aun siendo liberado, el niño no permanecerá con él o ella en la comunidad.

180. Para los casos en que sean liberados de la institución con el cuidado continuo de sus hijos en la comunidad, se establecerán y documentarán planes de liberación que incluyan la preparación y posterior supervisión de los cuidados de sus hijos.

181. Para la *identificación del niño* se tomarán fotografías desde el inicio de su participación en el Programa, cada seis meses (en el caso de niños menores de dos años) y anualmente (niños mayores de dos años). A ello se agregarán datos tales como altura, peso, color de ojos y de cabello, fecha de nacimiento, nombre y número de teléfono de la institución; así como el nombre del cuidador alternativo, relación con el recluso, entre otra información de contacto; y nombre de las niñeras presas.

182. Con respecto a la seguridad y conteos formales de las áreas donde residan niños, se establece que el personal debe estar siempre al tanto de las actividades de los niños en la institución, confirmando específicamente su bienestar durante los conteos formales. Ante incidentes o emergencias, el personal

³⁴ Se entiende por ambiente de vida estructurado a la unidad de vivienda dentro del perímetro de una institución de mujeres delincuentes, que brinda atención de salud mental intermedia a las reclusas de seguridad mínima y media con problemas de salud mental.

tomará medidas para intervenir lo más rápido posible, reconociendo que la seguridad del niño es de suma importancia, cuando perciban una situación de riesgo.

183. El Jefe institucional o el Gerente correccional a cargo de la institución pueden autorizar al personal a cuidar a los niños en situaciones de emergencia, hasta que esté disponible la niñera interna o el cuidador alternativo en la comunidad. En ningún momento un miembro del personal llevará a un niño a casa con él.

184. En caso de que la condición de la reclusa la haga incapaz de tomar una decisión con respecto a su hijo, se contactará al cuidador alternativo nombrado en el *Plan de Contingencia del Programa Madre-Hijo* para asumir la responsabilidad del niño. Si el personal no puede comunicarse con el cuidador alternativo, se contactará a las autoridades de bienestar infantil.

185. Sobre el derecho a la salud del niño, se establece que es responsabilidad de la persona privada de la libertad programar citas con el médico y acompañar a su hijo a las mismas. En caso que no pueda hacerlo, el cuidador de la comunidad, otros apoyos o voluntarios pueden acompañar al niño. En casos de emergencia, todo el personal responderá con cuidados de primeros auxilios, brindándose atención médica al niño tan pronto como sea práctico.

186. Para todas las intervenciones de atención médica para el niño, se requiere el consentimiento de su responsable, de acuerdo a la legislación provincial aplicable.

187. Por su parte, se regula lo relativo a los efectos personales del niño, los que serán separados de los de su madre y no podrán superar el valor de 750 dólares, sin incluir muebles. La documentación del niño se guardará en el archivo del Programa Madre – Hijo de la reclusa. Los regalos que el niño reciba deberán ser artículos específicamente para el niño, como ropa o juguetes.

188. Finalmente, en relación a las búsquedas, los reglamentos determinan que sólo podrán realizarse *búsquedas no intrusivas* en los niños que participan del Programa Madre – Hijo, regulándose la búsqueda en celdas y habitaciones, consentimientos y autorizaciones en la normativa pertinente.

189. Respecto del Componente no residencial del Programa, se alienta a las instituciones a implementar diversos medios para establecer o mantener el vínculo madre – hijo, incluido, entre otros, el uso de ausencias temporales acompañadas o no acompañadas, para el contacto familiar; la responsabilidad de los padres, las visitas familiares privadas, el registro de historias, el almacenamiento de leche materna, etc.

190. El programa de visitas de video se encuentra específicamente regulado en la GL 768 – 1 – Programa Institucional para la Madre y el Niño – Child Link, dentro de la CD 768 – Programa Institucional Madre – Hijo.

191. El **Código Penitenciario y Carcelario**³⁵ de **Colombia** incorpora el “*enfoque diferencial*”, según el cual se reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias deberán contar con dicho enfoque.

192. Los artículos 18 y 88 establecen normas especiales respecto de los establecimientos de reclusión de mujeres, y la permanencia y atención especial a niños y niñas en dichos establecimientos, los que deben contar con:

- *Infraestructura que garantice a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas un adecuado desarrollo del embarazo.*
- *Ambiente propicio para las madres lactantes y que impulse el desarrollo psicosocial de los niños y*

³⁵ Ley N° 65 de 1993. Fue reformado por la Ley 1709 de 2014, especialmente en artículos referidos a hijos de personas privadas de la libertad, entre otros.

niñas menores de tres (3) años que convivan con sus madres, teniendo en cuenta las necesidades de las personas en condición de discapacidad, conforme preceptúa el artículo 5º, numerales 2,8 y 10 y el artículo 14 de la Ley 1618 de 2013.

- Condiciones de seguridad, bienestar y demás aspectos que garanticen el ejercicio concreto de sus derechos fundamentales.

193. El artículo 153 regula la permanencia de niños y niñas menores de tres (3) años en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en coordinación con el servicio social penitenciario, brindarán la atención especial que requieran los niños y niñas, y realizará programas educativos y de recreación para los niños y niñas que se encuentran en los centros.

194. El ICBF tendrá la custodia de los niños y niñas cuando se encuentren participando de dichos programas, los que se realizarán dentro de los establecimientos, en los lugares que para ello sean destinados y adecuados por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) en coordinación con el ICBF.

195. La Uspec destinará, asimismo, dentro de los establecimientos de reclusión, secciones especiales para las madres con sus hijos que garanticen una adecuada interacción entre estos; igualmente construirá centros de atención para los niños y niñas cuando estos no se encuentren con sus madres.

196. Esta legislación determina también que en los casos en que el niño o niña no puede permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años; el juez competente podrá conceder la custodia del niño o niña al padre o familiar que acredite vínculo de consanguinidad. Cuando ello no sea posible, en interés superior del niño o niña, será el ICBF quien asuma la custodia.

197. En este sentido, jurisprudencia colombiana del año 2002 tiene dicho que:

“(i) La decisión sobre el ingreso y la permanencia del menor en la cárcel es en principio de los padres. Impedir que éste ingrese a la cárcel o exigir que sea separado de su madre corresponde al Juez de Familia, no a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. En los casos en que exista desacuerdo entre los padres respecto a si el menor debe o no vivir con su madre, la decisión corresponde a dicho funcionario judicial, consultando el interés superior del menor.

“(ii) El límite temporal de los tres años es el máximo tiempo que puede estar un menor junto a su madre dentro de la cárcel. Cuando las autoridades encargadas de vigilar y cuidar a los menores detecten que, en un caso concreto, lo mejor para el interés superior de éste, a pesar de ser menor de tres años, no es estar con su madre, podrán adelantar los procedimientos orientados a su protección. En caso de que la decisión sea separarlos, la medida ha de ser tomada por un juez, no por autoridad administrativa”³⁶.

198. Dentro de las obligaciones del Estado, enunciadas en artículo 41 del **Código de la Infancia y la Adolescencia**³⁷, se establece que le corresponde “Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia”.

199. Colombia, a través del Decreto N° 2553 de 2014, ha regulado las condiciones de permanencia de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres al interior de los establecimientos de reclusión, y de las mujeres gestantes y madres lactantes privadas de la libertad, así como las competencias institucionales para garantizar su cuidado, protección y atención integral.

36 Sentencia – 157 – 02 del 5 de marzo de 2002, Corte Constitucional. Del voto del magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

37 Ley 1098/2006.

200. El ICBF capacitará a funcionarios del INPEC; brindará atención a menores de tres (3) años por medio de Entidades Administradoras del Servicio; realizará seguimiento y supervisión de las condiciones en las que permanecen y la calidad de su atención e informará permanencia de menores de tres (3) años en los Establecimientos de Reclusión.

201. Por su parte, el INPEC reportará al ICBF los casos de niños y niñas que no convivan con sus madres internas en los establecimientos de reclusión, cuyos derechos se encuentren presuntamente amenazados o vulnerados, a partir de información obtenida de las progenitoras reclusas, para que a través de las Defensorías de Familia se determinen las medidas que garanticen la protección de sus derechos.

202. Conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006, la custodia del niño o niña menor de tres (3) que convive con su madre interna en establecimiento de reclusión, corresponde a ésta. **El mero hecho de su permanencia en el establecimiento penitenciario no implica, necesariamente, la apertura de un proceso de restitución de derechos en sede administrativa (o judicial).**

203. Si la conducta de la madre asociada al delito por cuya ocasión está privada de la libertad, influye de manera negativa en la integridad del niño o niña, la Defensoría de Familia realizará de manera inmediata la verificación de derechos correspondiente y de ser el caso, iniciará el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, al ser esta la instancia competente para velar por la garantía los derechos de los niños y las niñas. Esto sin perjuicio de la potestad que tiene el juez al dictar sentencia, de determinar la incidencia del delito en el ejercicio de la patria potestad, e imponer la pena accesoria correspondiente (artículo 11)

204. Cuando el Defensor Familia determine que el niño o la niña no pueden permanecer con su madre en el establecimiento de reclusión y que, aun existiendo red familiar extensa, ésta no es apta para brindar el cuidado y la protección que el niño o niña requieren, proferirá la medida de protección a que haya lugar para garantizarle sus derechos (artículo 11 parágrafo segundo)

205. Cuando el niño o niña egresen del programa de atención integral por cumplimiento de la edad de tres (3) años señalada para su permanencia en el establecimiento de reclusión, si no existiere persona legal o judicialmente habilitada para ejercer la custodia y cuidado personal, o, existiendo, esté ausente o imposibilitada para ejercerla, la madre seleccionará al tutor o persona encargada de asumir la custodia y cuidado personal, previa determinación de idoneidad por parte del ICBF.

206. La **Ley de Ejecución Penal y del Sistema Penitenciario Nacional**³⁸ de **Costa Rica** reconoce el derecho de las personas privadas de la libertad a la interrelación con su familia, recursos sustitutos o de apoyo comunitario sin más limitaciones que las estrictamente necesarias (Artículo 22), y contempla una sección dedicada a **personas menores de edad con progenitores privados de la libertad**, por la que se determina de manera expresa que:

207. *“Los menores de edad bajo la tutela de personas privadas de libertad tienen iguales derechos que todos los niños, niñas y adolescentes”,* y tienen derecho a:

- a) No ser discriminados por el encarcelamiento del padre, madre o sustitutos.
- b) Mantener una relación con sus progenitores o sustitutos y visitarles.
- c) Ser cuidados y protegidos durante su ausencia.
- d) Recibir un trato digno al momento de la visita.
- e) Recibir atención y apoyo profesional para enfrentar su situación, de acuerdo a su edad.
- f) Tener acceso a información sobre su madre, padre o sustituto.
- g) Ser escuchados sobre las decisiones administrativas o judiciales que le afecten”.

208. El artículo 45 hace referencia al cuidado de las personas menores de edad, disponiendo que, conforme al interés superior de los hijos e hijas de las personas privadas de la libertad, un Consejo

Técnico Interdisciplinario autorizará la permanencia o el egreso al Módulo Materno Infantil de los centros penitenciarios, junto con su progenitora, hasta los cinco años de edad y de ninguna manera podrán ser tratados como personas privadas de libertad.

209. El ingreso de personas menores de edad al Módulo Materno Infantil de los centros penitenciarios requerirá el consentimiento de la madre.

210. La administración penitenciaria con el apoyo técnico y presupuestario del Patronato Nacional de la Infancia garantizará el cumplimiento de las siguientes disposiciones:

- a) Facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado para su formación, estimulación y atención.
- b) Asegurar el acceso a servicios de atención médica especializada, con una valoración médica desde su ingreso y atención periódica durante su permanencia.
- c) Brindar un entorno adecuado a sus condiciones y necesidades, con acceso a espacios comunes para su recreación.

211. Cuando mediante valoración efectuada por la Sección Técnica de Trabajo Social se determine la inconveniencia de la estancia de la persona menor de edad en el centro penitenciario, se comunicará la recomendación al Consejo Técnico Interdisciplinario para que determine la permanencia o egreso del menor, procurando su ubicación con un recurso familiar externo, sustituto o estatal, en coordinación con el Patronato Nacional de la Infancia y las autoridades consulares que correspondan. En esta decisión privará el interés superior de la persona menor de edad".

212. La **Ley Penitenciaria**³⁹ de **El Salvador** prescribe que *"Las mujeres podrán tener en su compañía a sus hijos menores de cinco años. A tal efecto, en los centros de mujeres se organizará un local destinado a guardería infantil"*.

213. La **Ley del Régimen Penitenciario**⁴⁰ de **Guatemala** determina que los Centros de Detención para Mujeres deberán ser adecuados a sus condiciones personales, contando con dependencias o sectores para reclusas embarazadas y con condiciones que les permitan a las reclusas vivir con sus hijos menores de cuatro años. A tal efecto, se deberá dotar de locales adecuados en el centro, destinados para guardería infantil, que serán atendidos por personal especializado. Asimismo, dispone que *"La Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente creará los centros de abrigo y velará por la educación de los hijos, de madres reclusas, mayores de cuatro años, cuyos parientes dentro de los grados de consanguinidad no puedan hacerse cargo de ellos, en condiciones que garanticen su desarrollo y educación integral"* (artículo 52)

214. La **Ley del Sistema Penitenciario Nacional**⁴¹ de **Honduras** prescribe en su artículo 44 que los hijos(as) de las mujeres privadas de libertad tienen derecho a ser asistidos(as) por éstas durante sus dos (2) primeros años de vida, en las condiciones que le dispensen las menores limitaciones posibles en virtud de la privación de libertad de la progenitora; y salvo que ello sea perjudicial a su interés superior.

215. Los centros deberán contar con las condiciones mínimas para instalar guarderías adecuadamente estructuradas, en módulos cercanos a las madres. Deberá garantizarse la asistencia alimentaria de cuidados y medicamentos necesarios.

216. El lapso de dos años podrá prorrogarse hasta por dos (2) años más cuando así convenga al interés superior del niño(a), mediante resolución fundada del Juez de Ejecución. Una vez concluido ese tiempo, el Juez de Ejecución con participación del Fiscal de la Niñez proferirá la resolución motivada

39 Decreto N° 1027

40 Decreto N° 33-2006.

41 Decreto N° 64-2012.

sobre la guarda y custodia del niño(a) que debe otorgarse conforme a Ley.

217. Por su parte, la **Ley de Rehabilitación del Delincuente**⁴² prescribe que “Cuando las necesidades lo demanden y fuere posible, la autoridad competente organizará guarderías infantiles en los establecimientos penales, donde los hijos de las reclusas permanecerán hasta que algún pariente responsable o el organismo estatal correspondiente se haga cargo de ellos al llegar a la edad de dos años como máximo. En el funcionamiento de dichas guarderías colaborarán las trabajadoras sociales al servicio del establecimiento” (artículo 33).

218. En el caso de **México**, la **Ley Nacional de Ejecución Penal**⁴³, establece que las hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad, que nacieron durante el internamiento de estas, podrán permanecer con su madre dentro del Centro Penitenciario durante las etapas postnatal y de lactancia, o hasta que la niña o el niño hayan cumplido tres años de edad, garantizando en cada caso el interés superior de la niñez.

219. Las mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos, además de los derechos humanos reconocidos tendrán derecho a lo siguiente:

“I. Convivir con su hija o hijo en el Centro Penitenciario hasta que cumpla los tres años de edad.

Para otorgar la autorización para que la niña o el niño permanezca con su madre, la Autoridad Penitenciaria velará en todo momento por el cumplimiento del interés superior de la niñez.

Se notificará a la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o a sus equivalentes en las entidades federativas.

Si la hija o el hijo tuviera una discapacidad que requiriera los cuidados de la madre privada de la libertad, si esta sigue siendo la única persona que pueda hacerse cargo, se podrá solicitar la ampliación del plazo de estancia al Juez de Ejecución, quien resolverá ponderando el interés superior de la niñez.

A que su hija o hijo disfrute del más alto nivel posible de salud, así como a recibir la prestación de servicios de atención médica gratuita y de calidad de conformidad con la legislación aplicable, con el fin de prevenir, proteger y restaurar su salud. En caso de no contar con las instalaciones o con personal médico y que la condición de salud de la mujer o del producto requieran de atención, ésta se garantizará en instituciones públicas del Sector Salud.

A que su hija o hijo reciba educación inicial y tenga acceso a participar en actividades recreativas y lúdicas hasta los tres años de edad.

A que su hija o hijo la acompañe en el Centro Penitenciario, al momento de su ingreso sea examinado, preferentemente por un pediatra, a fin de determinar sus necesidades médicas y, en su caso, el tratamiento que proceda.”

220. Agrega el artículo que “todas las decisiones y actuaciones, así como disposiciones jurídicas adoptadas por las autoridades del Centro Penitenciario, respecto al cuidado y atención de las madres privadas de su libertad y de su hija o hijo con quien convive, deberán velar el cumplimiento de los principios pro persona y el interés superior de la niñez, así como el reconocimiento de niñas y niños como titulares de derechos”.

42 Decreto N° 173-84.

43 Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, 16 de junio de 2016.

221. Los Centros deberán arbitrar los servicios y disposiciones para el cuidado de las niñas y niños, a fin de que las madres privadas de la libertad puedan participar en actividades de reinserción social.

222. La Ley prevé también el supuesto de que la madre no deseara conservar la custodia de su hija e hijo, en cuyo caso, a petición de ella se facilitará la comunicación con el exterior para que se ponga en contacto con la familia de origen y se pondrá en conocimiento de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o a sus equivalentes en las entidades federativas, en un término no mayor a veinticuatro horas contado a partir del nacimiento, a efecto de que adopte las medidas especiales, previstas en las disposiciones aplicables.

223. El **Código de Ejecución Penal**⁴⁴ de **Paraguay** determina que la interna podrá retener consigo a sus hijos o hijas menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo del personal calificado. Para dicho efecto, se proveerá el número suficiente de establecimientos adecuados y personal idóneo en la materia (artículo 216).

224. Al cumplirse la edad fijada, o antes de ello, cuando lo dispusiese la administración penitenciaria, si el padre o algún pariente no estuviese en condiciones de hacerse cargo del niño o la niña, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda (artículo 217).

225. El **Código de Ejecución Penal**⁴⁵ de **Perú** precisa que los hijos menores que acompañan a sus madres privadas de la libertad, podrán permanecer junto a la interna hasta los tres años de edad, previa investigación de la asistencia social, y deben ser atendidos en una guardería infantil (artículo 103) Provisionalmente, pueden permanecer en el Establecimiento Penitenciario, en ambientes separados.

226. A partir de esa edad, su permanencia futura en el exterior es determinada por quien ejerce la patria potestad o la tutela. En caso de peligro moral, la asistencia social coordina con el Juez de Menores.

227. El artículo 12 del **Reglamento del Código de Ejecución Penal**⁴⁶ dispone que es *derecho de la mujer privada de la libertad* permanecer con sus hijos en el establecimiento hasta que éstos cumplan la edad de 3 años, oportunidad en que serán entregados a la persona que corresponda de acuerdo a la ley, o en su defecto, se procederá conforme lo dispuesto por el Código de los Niños y los Adolescentes para la colocación familiar u otra institución tutelar. La madre tendrá una participación activa y directa en el cuidado de sus hijos, salvo cuando las circunstancias no hagan aconsejable dicha participación.

228. El **Sistema de Normas sobre Reclusión Carcelaria** (Ley N 14.470)⁴⁷ de **Uruguay** determina la edad de cuatro (4) años como límite para que los hijos de las reclusas permanezcan junto a ella en el establecimiento. En casos especiales previo dictamen de técnicos, psicólogo o siquiatra del Consejo del Niño o del Instituto de Criminología, y con informe fundado de la autoridad carcelaria, podrá extenderse la edad hasta los ocho años, bajo supervisión periódica (artículo 29).

229. En caso que ello no fuera posible, y si al cumplir el niño o la niña los cuatro años, el otro progenitor no pudiera hacerse cargo de su cuidado, se dará intervención a la autoridad que corresponda (artículo 30).

44 Ley 5162. Asunción, 17 de octubre de 2014.

45 Aprobado por Decreto Legislativo N° 654, publicado el 2 de agosto de 1991.

46 Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 015 – 2003 – JUS.

47 Denominada Decreto-Ley por Ley N° 15738. Publicada D.O.N° 19662, 11 diciembre de 1975.

230. El **Código Orgánico Penitenciario**⁴⁸ de **Venezuela** reconoce el derecho de toda madre privada de libertad a permanecer con sus hijos o hijas hasta que alcancen los tres años de edad, si así lo decidiere, y a que los infantes reciban la atención médica necesaria (artículo 15). Deberán crearse guarderías infantiles para los hijos e hijas que estén bajo la guarda de las privadas de la libertad (artículo 82) Las mismas deberán contar con personal calificado, asistencia pediátrica y psicológica permanente.



La mayoría de los Estados establece límites de edad para la permanencia de Niñas, Niños y Adolescentes en los establecimientos carcelarios, entendidos como un derecho de la persona privada de la libertad.

2.2. Registros, conteos y otros procedimientos de seguridad.

231. **Argentina** prescribe que el registro de los visitantes y sus pertenencias se realizará para preservar la seguridad general y con el debido respeto de la dignidad humana, por personas del mismo sexo que el/la visitante; sustituyendo, en la medida de lo posible, el registro manual por censores u otras técnicas no táctiles apropiadas y enlaces. El visitante podrá solicitar que se lo exceptúe de tales procedimientos, en cuyo caso la visita sólo podrá ser realizada sin contacto con el interno, en locutorio, o en lugar acondicionado para ello, si lo permiten las instalaciones del establecimiento.



La mayoría de los países han establecido que el personal penitenciario deberá proceder de manera competente, profesional y respetuosa cuando en los procedimientos se encuentren niñas y niños.

2.3. Traslados

232. Cuando los internos se encuentren alojados a más de 300 kilómetros de distancia de sus familiares, se contemplarán visitas extraordinarias. En caso de que éstos no dispongan de los ingresos económicos como para costear el traslado y estadía, podrán recurrir a otros organismos oficiales que se los procuren. Si dichas gestiones resultaren infructuosas, podrá disponerse el traslado del interno a un establecimiento cercano al domicilio real de los familiares (**Argentina**)

233. Queda prohibido el traslado involuntario de mujeres embarazadas o de las mujeres privadas de la libertad cuyas hijas o hijos vivan con ellas en el Centro Penitenciario. Si fuera la mujer quien solicitase el traslado, se atenderá al interés superior de la niñez (**México**)

⁴⁸ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.207, 28 de diciembre del 2015.

2.4. Protección de la maternidad. Salud

234. Los Estados de la Región, en consonancia con la normativa internacional, han estructurado sus sistemas penitenciarios en torno a la separación entre hombres y mujeres, y dentro de cada grupo, por edades. En el caso de las mujeres, la mayoría son madres o atraviesan algún embarazo durante el cumplimiento de la condena. En función de ello, disponen que deberán cumplir la pena en un "establecimiento propio", es decir, para mujeres y sus hijos preferentemente; o de mujeres.

235. Éstos deberán contar con un régimen específico que atienda a su condición y necesidades, y la infraestructura adecuada para la atención de la salud de las embarazadas y de sus hijos e hijas. De esta manera, se enuncia a modo de ejemplo:

236. En **Bolivia**, el Código Niña, Niño y Adolescente dispone la *protección de la maternidad*, garantizando el acceso de las madres gestantes, privadas de la libertad o en otra situación, a atención gratuita con calidad y buen trato a la madre, en las etapas prenatal, parto y post-natal, con tratamiento médico especializado, dotación de medicamentos, exámenes complementarios y en su caso, apoyo alimentario o suplementario; a las condiciones necesarias para una gestación, alimentación y lactancia adecuada, así como las oportunidades necesarias para la continuidad de su desarrollo personal en los niveles educativos y laborales, tanto públicos como privados; y a la promoción, acceso gratuito y consejería de pruebas voluntarias y confidenciales de VIH/SIDA a las mujeres embarazadas, con la información necesaria, garantizando su realización sin costo alguno y post-consejería; así como la atención integral multidisciplinaria, incluyendo consejería psicológica, cesárea programada y tratamiento antirretroviral para mujeres embarazadas con VIH/SIDA.

237. En **Chile** los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan "Centros Penitenciarios Femeninos" (C.P.F.) Deberán contar con dependencias exclusivas para el cuidado y tratamiento pre y post natal, así como para la atención de los hijos lactantes de las internas. En los lugares donde no existan estos centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal. Ante el ingreso de mujeres con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento debe comunicarlo de inmediato al Servicio Nacional de Menores para su intervención y aplicación de programas o medidas para garantizar el adecuado cuidado de los niños.

238. **El Salvador** prescribe que los *centros para mujeres deberán contar con dependencias especiales para atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se procurará que el parto se realice en un establecimiento asistencial ajeno al Centro, y si el niño naciera en el establecimiento penal, no deberá constar esta circunstancia en su partida de nacimiento.*

239. **Guatemala** dispone que cuando los centros de mujeres no tuvieren las condiciones necesarias para atender a aquellas que se hallaren en estado de gravidez o dentro de los cuarenta días siguientes al parto, serán derivadas a un centro de salud bajo custodia por el tiempo estrictamente necesario.

240. **México** establece que las mujeres privadas de la libertad embarazadas deberán contar con atención médica obstétrico-ginecológica y pediátrica, durante el embarazo, el parto y el puerperio, el cual deberá realizarse en hospitales o lugares específicos establecidos en el Centro Penitenciario cuando cuenten con las instalaciones y el personal de salud especializado. En caso contrario, o si la condición de salud de la mujer o su hijo requieren de atención, ésta se garantizará en instituciones públicas del Sector Salud.

241. En los casos de nacimiento de hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad dentro de los Centros Penitenciarios, queda prohibida toda alusión a esa circunstancia en el acta del registro civil correspondiente.

242. Al mismo tiempo, la **Ley Nacional de Ejecución Penal**⁴⁹, prevé un artículo donde se enumeran los derechos de la mujer privada de la libertad, entre ellos:

"(...) I. La maternidad y la lactancia; (...)

VI. Conservar la guardia y custodia de su hija o hijo menor de tres años a fin de que pueda permanecer con la madre en el Centro Penitenciario, de conformidad a las disposiciones aplicables;

VII. Recibir la alimentación adecuada y saludable para sus hijas e hijos, acorde con su edad y sus necesidades de salud con la finalidad de contribuir a su desarrollo físico y mental, en caso de que permanezcan con sus madres en el Centro Penitenciario;

VIII. Recibir educación inicial para sus hijas e hijos, vestimenta acorde a su edad y etapa de desarrollo, y atención pediátrica cuando sea necesario en caso de que permanezcan con sus madres en el Centro Penitenciario, en términos de la legislación aplicable;

IX. Acceder, a los medios necesarios que les permitan a las mujeres con hijas e hijos a su cargo adoptar disposiciones respecto a su cuidado. Para el caso de las mujeres que deseen conservar la custodia de la hija o el hijo menor de tres años, durante su estancia en el Centro Penitenciario y no hubiera familiar que pudiera hacerse responsable en la familia de origen, la Autoridad Penitenciaria establecerá los criterios para garantizar el ingreso de la niña o el niño. Se notificará a la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o a sus equivalentes en las entidades federativas;

X. Contar con las instalaciones adecuadas para que sus hijas e hijos reciban la atención médica, de conformidad con el interés superior de la niñez, atendiendo a su edad, condiciones y a sus necesidades de salud específicas, y

XI. Los demás previstos en las disposiciones legales aplicables".

243. El **Código de la Niñez y la Adolescencia Nicaragüense**⁵⁰ prescribe que el Estado está obligado a brindar condiciones adecuadas para la lactancia materna, incluyendo a madres sometidas a privación de libertad. Establece que no se separará a la niña o el niño de su madre durante este período, salvo que sea contrario a su interés superior.

2.5. Trabajo

244. Los países que regulan el trabajo de las reclusas, eximen mujer embarazada de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad incompatible con su estado, cuarenta y cinco días antes y después del parto (o hasta seis meses después del parto, en Panamá). Permitiendo luego de ese plazo, que cuente con el tiempo necesario para la lactancia y atención de su hijo.

2.6. Sanciones disciplinarias

245. Respecto del régimen disciplinario y la regulación de las sanciones, no podrá imponerse a internas embarazadas o madres con hijos en periodos de lactancia como sanción la permanencia solitaria en su celda individual o en aquellas destinadas especialmente al efecto **(Bolivia)**.

246. **Chile** prohíbe el aislamiento de mujeres embarazadas y hasta seis meses después del término del embarazo; a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

247. **México** contempla la situación de la mujer embarazada y de quienes hayan obtenido la autorización de permanencia de su hija o hijo, disponiendo que se tendrá en cuenta tal circunstancia en todo momento, así como sus obligaciones como madre. Establece que no se podrá prohibir el contacto con sus familiares, especialmente con sus hijas o hijos. Tampoco podrán aplicarse sanciones de aislamiento, ni utilizarse medios de coerción en el caso de las mujeres que estén en término o durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

49 Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, 16 de junio de 2016..

50 Ley N° 287 de 1998.

248. **Paraguay** prescribe que no podrán ejecutarse aquellas que, a juicio médico, puedan afectar al feto o al lactante. La sanción disciplinaria será dispuesta por la directora y quedará como antecedente del comportamiento de la interna; pudiendo ser cumplida una vez superado el período de cuarenta y cinco días de posparto.

249. **Uruguay** prohíbe también la ejecución de medidas de corrección disciplinaria que pudieran afectar, conforme criterio médico, la salud de la reclusa o de su hijo en gestación o lactante. En su defecto, se anotará la sanción que hubiera merecido como antecedente a los fines de la calificación de su conducta.

2.7. Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres, o referentes responsables de cuidado se encuentran privados de la libertad, que residen fuera del establecimiento: tratamiento de las visitas a la persona privada de la libertad

250. En **Argentina**, el **Reglamento de Comunicaciones de los Internos**⁵¹ regula lo relativo a las relaciones familiares y sociales, estableciendo dentro de los principios básicos, el derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e institucionales privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. Sólo podrá suspenderse dicha comunicación por resolución fundada del Director del establecimiento, lo que deberá ser comunicado de inmediato al Juez competente.

251. Se consideran “*visitas de consolidación familiar*” (artículo 51 y siguientes) las que tienen por finalidad consolidar y fortalecer las relaciones del interno con sus familiares más directos, entre ellos, sus hijos. Al respecto, la Ley de Ejecución Penal distingue las visitas de los hijos a su padre o a su madre de las del resto de la familia o las conyugales, con la finalidad de brindar al interno la oportunidad de dialogar directamente con su hijo sobre la problemática inherente a su edad. La duración de las visitas es, generalmente, de dos horas, una vez por mes (previo informe favorable sobre la conveniencia de las mismas, elaborado por asistente social).

252. Los artículos 28 y 29 del Reglamento regulan lo atinente a las “*visitas de los menores de edad*”, quienes deberán contar con expresa autorización de la madre, el padre, tutor (con firmas certificadas en formulario creado al efecto) o del juez competente, para ingresar al establecimiento.

253. Los menores de 12 años sólo podrán ingresar acompañados por un familiar o persona designada por su madre, padre o tutor, y podrán hacerlo en días y horas especialmente habilitados para este tipo de visitantes, y en un lugar que, en la medida de lo posible, evite al niño la vivencia del ámbito carcelario. Quienes tengan entre 12 y 18 años de edad deberán ingresar con la visita correspondiente a su sexo, acompañados por un familiar o una persona designada en forma fehaciente por su madre, padre o tutor, o autorizada por juez competente.

254. **Colombia**, y la mayoría de las legislaciones, prescribe que durante los días de visitas de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales. Éstos deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora, o en todo caso de un adulto responsable.

255. Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.

⁵¹ Decreto 1136/97 Reglamentación del Capítulo XI “Relaciones Familiares y Sociales” (Artículos 158 a 167) y disposiciones vinculadas. Reglamento de Comunicaciones de los Internos. Bs. As., 30/10/97.

256. **Costa Rica** prevé que deberá garantizarse el derecho a esas visitas al menos una vez por semana, por un periodo no inferior a las tres horas semanales.

257. En cuanto a **Estados Unidos de América**, el Estado de California ha regulado los procedimientos locales para las visitas de los reclusos en la Institución Correccional Federal⁵², a través de instrucciones. Allí establece los días y horarios de visitas, la duración de las mismas, cantidad de visitantes y procedimientos. A modo de ejemplo, se enuncian algunas indicaciones:

- Todos los visitantes, con excepción de los niños menores de 16 años de edad, presenten una identificación con foto emitida por una agencia gubernamental reconocida.
- Los menores de 18 años deben contar con el formulario de "notificación al visitante" firmado por sus padres o tutor.
- Los niños, de 16 años y menores, deben estar acompañados por un adulto ya aprobados para visitar al recluso. La supervisión de los niños será la responsabilidad conjunta del visitante adulto y el recluso.
- Cada recluso supervisará a los menores y niños que lo visitan y no les permitirá pasear por la zona inmediata, correr alrededor de la sala de visitas, o crear ruido que perturbe a los otros visitantes. La falta de supervisión de los niños resultará en una advertencia y después de un segundo incidente, ya sea durante la misma visita o visitas posteriores, se terminará la visita. Todos los incidentes se mantendrán en un registro por mala conducta.
- Habrá una zona de juegos para los niños dentro de la sala de visitas. Los visitantes menores de 16 pueden usar esta zona. Los niños pueden jugar a las cartas, dominó, o ver la televisión en esta área. Los niños deben sentarse con los padres cuando no están en el área de juego. Los padres son responsables del comportamiento de sus hijos. Comportamiento ruidoso y perturbador por los mismos, puede ser motivo para terminar la visita. No se permiten comidas o bebidas en la zona de juegos. Los reclusos no son permitidos en esta zona.
- Un abrazo de llegada y despedida es admisible. Todo contacto físico debe ser compatible con el orden adecuado y buen gusto. El contacto físico excesivo no será tolerado y dará lugar a la terminación inmediata de visitas.
- Las exigencias de vestimenta para el momento de las visitas no se aplican a niños menores de seis (6) años.

258. En **México** se preverá un régimen específico de visitas para las personas menores de edad que no superen los diez años y no convivan con la madre en el Centro Penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad, y su duración y horario se ajustarán a la organización interna de los Centros.

259. La misma Ley de Ejecución determina que el Centro Penitenciario deberá estipular en sus protocolos las disposiciones necesarias para garantizar los términos y condiciones bajo las cuales las hijas e hijos que viven con sus madres en el Centro pueden salir del mismo para realizar visitas a otros familiares, actividades de esparcimiento u otra actividad que deba realizarse fuera del mismo.

260. **Perú**, al igual que otras legislaciones, establece que los internos tendrán permiso de salida en caso de enfermedad grave de un hijo; y agrega también por nacimiento de hijos del interno (artículo 43).

261. El **Código Orgánico Penitenciario** de **Venezuela** establece una regulación distinta: las visitas de Niñas, Niños y Adolescentes deberán ser autorizadas judicialmente, previa solicitud del padre, madre o representante legal ante el órgano rector con competencia en la materia.

262. El tribunal deberá constatar fehacientemente, a través del órgano rector con competencia en la protección de niñas, niños y adolescentes, que el establecimiento penitenciario ofrece las condiciones adecuadas de seguridad e higiene necesarias para garantizar la protección y el interés superior del

52 NÚMERO: TRM 5267.09A. Marzo 16, 2018. TEMA: REGULACIONES DE VISITAS. Terminal Island, California. Disponible en: https://www.bop.gov/locations/institutions/trm/TRM_spvisit_hours.pdf

niño, niña y adolescente (artículo 117). Deberá asegurarse, además, la compañía del padre, la madre o el representante legal para el ingreso de las Niñas, Niños y Adolescentes al establecimiento (salvo adolescentes emancipados).

263. Por regla, Niñas, Niños y Adolescentes no serán separados de su familia, salvo por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Al respecto, los Estados han regulado las visitas para asegurar el mantenimiento del vínculo con el referente que permanece privado de la libertad.

2.8. Imposición de penas alternativas a la privación de la libertad.

264. Tanto la **Ley de Ejecución Penal N° 24.660** como el **Código Penal Argentino**, a partir de las reformas introducidas por la Ley 26472, establecen que el Juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: "(...) e) a la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo".

265. **Brasil** reconoce su procedencia, entre otras causales, cuando fuera imprescindible para asegurar los cuidados especiales de una persona menor de 6 años de edad o con deficiencias; y en el caso de mujeres embarazadas, a partir del séptimo mes de embarazo, o siendo éste de alto riesgo (artículo 318 incisos III y IV del Código de Procedimiento Penal⁵³).

266. **Bolivia** prescribe que cuando la pena no exceda de dos años, podrían ser detenidas en sus propias casas, las mujeres (...); y que las internas que se encuentren embarazadas de 6 meses o más, podrán cumplir la condena impuesta en prisión domiciliaria, hasta 90 días después del alumbramiento.

267. Asimismo, en los casos en que se imponga pena privativa de la libertad, se diferirá la misma y se aplicarán medidas cautelares para asegurar su ejecución: "1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de un (1) año al momento de la ejecutoria de la sentencia; (...) Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente".

268. El artículo 537 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) de **Ecuador** prevé como parte de las medidas cautelares, que la prisión preventiva podrá ser reemplazada por el arresto domiciliario y vigilancia electrónica, en el caso de mujeres embarazadas, hasta 90 días después del parto. En los casos en que el niño o niña recién nacido sufra de enfermedades que requieran cuidados especiales de la madre, el periodo de tiempo puede ser extendido 90 días más.

269. El Código Penal de **Honduras** determina que, cuando los centros penales no estén convenientemente acondicionados para atender a mujeres embarazadas y los partos, no se ejecutará la pena privativa de la libertad de las mujeres de éstas, sino seis (6) meses después de haberse producido el parto. Agrega que si la criatura fallece, la pena privativa de la libertad empezará a cumplirse cuatro (4) semanas después del parto o del aborto. En estos casos, y en el de la detención preventiva, se podrá aplicar la prisión domiciliaria.

270. **Perú** admite la vigilancia electrónica personal para el cumplimiento de las penas en domicilio. Tendrán prioridad para acceder a ella: "(...) d) las mujeres gestantes dentro del tercer trimestre del proceso de gestación, y los doce meses siguientes a la fecha del nacimiento. e) La madre que sea cabeza de familia con hijo menor o con hijo o cónyuge que sufra de discapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, **el padre que se encuentre en las mismas circunstancias tendrá el mismo tratamiento (...)**" (el resaltado es propio, justamente por presentar características distintivas a las otras legislaciones).

271. En el mismo orden de ideas, **México** admite la sustitución de la pena privativa por alguna pena

⁵³ Decreto Ley 3689/41 y sus modificatorias.

o medida de seguridad no privativa de la libertad⁵⁴ en casos en que se persiga la protección de las hijas e hijos de personas privadas de la libertad, siempre que éstos sean menores de 12 años de edad o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos; **siempre que la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora**, y no represente un riesgo para sus hijas o hijos.

272. En estos casos, se considerará el interés superior de la niñez y **se tomará en cuenta la opinión de las personas menores de 12 años o con discapacidad afectadas**, atendiendo su grado de desarrollo evolutivo o cognitivo, o en su caso, el grado de discapacidad.

2.9. Prisión preventiva.

273. **Brasil** prevé medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, con la intención de promover el desencarcelamiento. Con relación a la prisión preventiva, cuyo uso se encontraba muy extendido en el país, la **Ley 12403** del año 2011 estableció medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, con la intención de promover el desencarcelamiento. Con relación a la prisión preventiva, cuyo uso se encontraba muy extendido en el país, la nueva ley determinó su aplicación solamente cuando fuera imposible la imposición de otra medida cautelar, es decir, como *última ratio*, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y de su pertinencia o necesidad para el proceso penal, de acuerdo a las consecuencias del delito cometido⁵⁵.

274. El Código de Procedimiento Penal de **Bolivia** determina que no procede la detención preventiva: "(...) *Tratándose de mujeres embarazadas y de madres durante la lactancia de hijos menores de un (1) año*", agregando que sólo procederá cuando no exista ninguna posibilidad de aplicar otra medida alternativa (artículo 232).

275. **Colombia** determina también la protección de la mujer embarazada, y con ello de los hijos, al decir que la detención preventiva podrá sustituirse por la del lugar de residencia cuando "*a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento*"; o inciso 5, cuando "*fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufre incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio*". La detención en el lugar de residencia deberá contar con permisos para controles realizados por médicos especializados (artículo 314 inciso 3 del Código de Procedimiento Penal).

276. El Código de Procedimiento Penal de **Costa Rica** establece en su artículo 260 que podrá sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario en el caso de las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la madre, el feto o el hijo.

277. En general, la mayoría de los países han legislado en sentido coincidente con los ejemplos enunciados en los dos últimos apartados.

2.10. Capacitación del personal penitenciario

278. **Canadá** es uno de los países que establece que los miembros del personal deben ser adecuadamente seleccionados y debe brindárseles oportunidad de capacitación, de desarrollo profesional y de participar en el desarrollo de políticas y prácticas correccionales.

2.11. Información

54 No procederá la sustitución de pena por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.

55 Sozzo, M. (compilador), (2016), "Posneoliberalismo y penalidad en América del Sur", CABA, Argentina. 1era. Ed., CLACSO.

279. Toda la legislación es concordante en cuanto al derecho de la persona privada de la libertad de que se informe a su familia sobre su detención y/o situación procesal. Es también un derecho de los familiares, incluidos niños, niñas y adolescentes, que se les brinde información sobre su padre o madre, sobre los lugares a donde puede dirigirse para solicitar asistencia, los días y horarios de visita, sus derechos y obligaciones.

280. También se reitera la disposición de los servicios penitenciarios en relación al registro de hijos y ciertos datos de relevancia sobre éstos, que permiten contar con información útil para el mantenimiento o sostenimiento de los vínculos, la consolidación familiar, la preparación de la externación y reinserción social de la persona condenada, los apoyos necesarios para ella, sus hijos y los otros cuidadores, el tendido de redes con otros actores vinculados a la familia, entre otras situaciones trascendentes en la vida de las personas.

2.12. Sistemas de Protección Integral

281. La Ley 8069 de **Brasil**, denominada **Estatuto de los Niños y Adolescentes**, establece el deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del poder público de asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referentes a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la capacitación profesional, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria.

282. En **Argentina**, la **Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes** (Ley N° 26.061 y Decreto N° 1.293/05) dispone que las políticas públicas de niñez y adolescencia se orientarán al fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a la descentralización de las políticas de protección de sus derechos, a la coordinación entre los distintos niveles de gobierno, la sociedad civil y la comunidad y a la promoción de redes intersectoriales locales.

283. En cuanto a las mujeres embarazadas y las madres privadas de la libertad, se garantizará el acceso a los programas y políticas de salud reproductiva, atendiendo especialmente a la nutrición, asistencia humanitaria en el embarazo, parto y puerperio, como a los cuidados prenatales, perinatales y post parto, acorde al Sistema Nacional de Salud.

284. Con relación al Derecho a la Familia, el **Código Niña, Niño y Adolescente** de **Bolivia** establece que las Niñas, Niños y Adolescentes tienen derecho a vivir, desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen o excepcionalmente, cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria.

285. El artículo 40 determina el derecho de Niñas, Niños y Adolescentes a mantener contacto personal y directo, regular y permanente, con su madre y padre, aun cuando exista separación entre ellos; salvo que esto sea contrario a su Interés Superior.

286. En consonancia con lo dispuesto en otras legislaciones de la región, madre y padre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales para brindar afecto, alimentación, sustento, guarda, protección, salud, educación, respeto y a participar y apoyar en la implementación de las políticas del Estado, para garantizar el ejercicio de los derechos de sus hijas e hijos.

287. En orden a las consideraciones expuestas en el presente documento, se destaca la regulación del derecho de Niñas, Niños y Adolescentes a expresar libremente su opinión en asuntos de su interés, y a que las opiniones que emitan sean tomadas en cuenta, de acuerdo a su edad y características de la etapa de su desarrollo.

288. También se reconoce el derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, cultural, deportiva y recreativa, como modo de incorporación a la ciudadanía activa; de acuerdo a su edad e intereses (artículo 123); y el derecho de petición ante cualquier entidad pública o privada, directamente, de manera individual o colectiva, sin necesidad de representación. Ello conlleva la obligación de la otra parte de responder oportuna y adecuadamente.

289. La legislación del Perú prevé que el trabajador social penitenciario deberá desarrollar estrategias de intervención para promover el vínculo del interno con su familia a través de procesos individuales, grupales o familiares; promover redes de soporte interinstitucional que coadyuven al tratamiento del interno; y brindar asistencia a los hijos menores de tres años de las internas, a fin de garantizar su normal desarrollo.

290. De acuerdo a la **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**⁵⁶ de **Guatemala**, el Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños, niñas y adolescentes.

291. Toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, deberá respetar el *interés superior del niño*, como garantía del ejercicio y disfrute de sus derechos, del respeto de sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Deberá tenerse siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez.

292. El mismo artículo 6 define que se entiende por *interés de la familia* a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.

IV. Consideración primordial del Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA) cuyos padres, madres o referentes se encuentran privados de la libertad.

293. Tal como ha quedado de manifiesto, la posición respecto de si Niñas, Niños y Adolescentes deben permanecer junto a su padre, madre o referentes en prisión, y por cuanto tiempo, no es unánime. Los especialistas ensayan distintas fundamentaciones según su disciplina, y los países tienen diferentes normas acerca de cuánto tiempo pueden estar los niños en prisión con sus madres. Sin embargo, existe un consenso general de que, al tratar de resolver la difícil cuestión de separar a una madre de su hijo durante el encarcelamiento, y a qué edad; o permitir que convivan en contexto de encierro y hasta cuando, es un tema en el que el Interés Superior del niño debe ser la consideración primordial.

294. El "Interés Superior del Niño" es un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto, en cada caso concreto, teniendo en cuenta que cada niño es único y que se encuentra sujeto a modificaciones en su contexto y las necesidades personales, acordes incluso a sus distintas etapas evolutivas. No se trata de un concepto nuevo, ya que se reconoce desde la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959, y ha sido receptado en otros instrumentos regionales y normas jurídicas nacionales e internacionales.

295. De acuerdo a la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, el primer párrafo del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del niño otorga al niño el derecho a que se considere y se tenga en cuenta de manera primordial su Interés Superior en todas las medidas o

⁵⁶ Decreto N° 27-2003.

decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

296. En palabras del Comité el objetivo de este concepto es *garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño*⁵⁷, entendido en sus dimensiones física, psicológica, social, moral y espiritual, promoviendo su dignidad humana.

297. Debe recordarse que el Interés Superior del Niño debe ser considerado en sus tres acepciones⁵⁸:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos"

298. Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su Interés Superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.

299. En el caso de las Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes se encuentran privados de la libertad, las "medidas concernientes a los niños" serán aquellas decisiones, actos, conductas, servicios o procedimientos, tanto de las autoridades judiciales, penitenciarias o administrativas, como de sus propios referentes, que por acción o por omisión, estén relacionadas de manera directa o indirecta con las niñas, los niños y/o los adolescentes que convivan junto a los o las internas, o permanezcan fuera del establecimiento penitenciario pero mantengan contacto con el sistema a través de visitas; como las que, en general, se adopten o dispongan para las Niñas, Niños y Adolescentes cuyos referentes significativos se encuentran cumpliendo penas privativas de la libertad.

300. Atendiendo a la repercusión que estas decisiones tienen en la vida de las niñas, niños y adolescentes, los Estados deben adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para asegurar que tengan en cuenta su Interés Superior. Tales consideraciones alcanzan tanto a los organismos de Desarrollo Social, autoridades judiciales y administrativas, órganos legislativos, instituciones privadas, y también a los padres, para quienes el Interés Superior del Niño será "su preocupación fundamental" (artículo 18, 1º párrafo CDN)

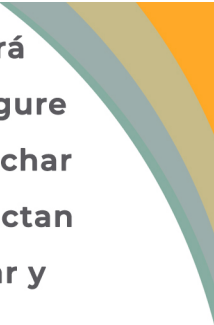
57 Observación general N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial (introducción, párrafo 4)

58 Observación general N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

301. De acuerdo a lo expuesto, también los jueces que decidan respecto de la imposición de penas privativas de la libertad a personas que tengan a cargo a sus hijos o hijas, deberán resolver valorando el Interés Superior de los mismos, y procurando en consecuencia la sustitución por otras modalidades de penas que resulten menos lesiva de los derechos de niños y niñas. Igual criterio deberán seguir los jueces que decidan la privación de la libertad de adolescentes infractores, en los casos en que tengan hijos o hijas.

302. A ello obedece la “consideración primordial”, ya que los niños tienen una relación de dependencia con los adultos según la etapa evolutiva que atraviesan y menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios derechos, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses.

303. Particularmente, las autoridades administrativas deberán adoptar las medidas apropiadas para garantizar la igualdad de oportunidades de los niños y niñas que conviven en los establecimientos penitenciarios respecto de aquellos que no, en cuanto al disfrute de los derechos enunciados en la Convención; o en su caso, aquellas tendientes a corregir la situación de desigualdad en que pudieran encontrarse. Lo mismo sucede con aquellos niños que residan junto a otro referente, fuera de la prisión.



La permanencia de niñas y niños en contexto de encierro deberá tener lugar en un entorno que respete su dignidad humana y asegure su desarrollo holístico. Asimismo, se impone la obligación de escuchar la opinión del niño respecto de las decisiones o asuntos que lo afectan (artículo 12 CDN), como elementos a tener en cuenta para evaluar y determinar su Interés Superior.

304. Siguiendo los lineamientos de la Observación General N° 14, la “evaluación del interés superior” consiste en valorar, en cada caso, y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (lo ideal es un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño.

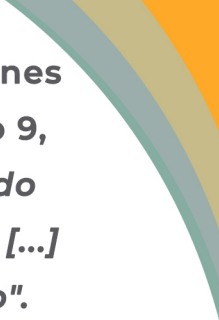
305. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.



Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su Interés Superior.

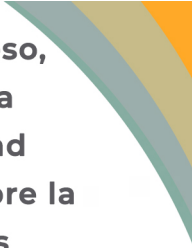
306. La "determinación del interés superior" implica un proceso estructurado, debidamente informado y con garantías estrictas. Para ello se tomarán en cuenta algunos elementos y no otros, ponderándose entre ellos según corresponda.

307. Resulta fundamental para la determinación del Interés Superior de los Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos se encuentran privados de la libertad, considerar el derecho del niño a la vida familiar (artículo 16 de la CDN), es decir que deberá prestarse atención a la continuidad, sostenibilidad y fortalecimiento del vínculo entre la persona privada de la libertad y sus hijos e hijas, sea que convivan con ellos o que se encuentren en la comunidad.



Evitar la separación y preservar la unidad familiar son acciones orientadas al respeto del derecho reconocido en el artículo 9, 1º párrafo de la CDN, que exige *"que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño"*.

308. En el caso del niño o niña que esté separada de uno o de ambos padres, debe preservarse su derecho "a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" (artículo 9, 3º párrafo). Lo dicho se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, sus tutores legales o las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.



Niñas, Niños y Adolescentes deben estar informados sobre el proceso, los servicios, las propuestas de solución de su situación, y tener la posibilidad de emitir su opinión al respecto, tanto ante la autoridad administrativa como, incluso, respecto de los jueces que decidan sobre la situación de su padre o madre. De acuerdo a su edad, los Estados deberán disponer los mecanismos que resulten más apropiados para garantizar su derecho a ser escuchado.

309. Cuando la separación sea necesaria, las autoridades velarán por que el niño o niña mantenga los lazos y la relación con sus progenitores y demás familiares, a menos que ello contravenga el Interés Superior. Deberá asegurarse el derecho de visitar al referente que se encuentre privado de la libertad, correspondiendo a las autoridades penitenciarias mantener espacios aptos para la presencia de niños, niñas y adolescentes, y adoptando las medidas necesarias para su seguridad. Es fundamental que las visitas se concreten en un ambiente amigable para el niño o niña y que las situaciones del entorno que puedan interferir en el encuentro sean minimizadas.

310. Siguiendo lo estipulado en el 2º párrafo del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, *"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"*.

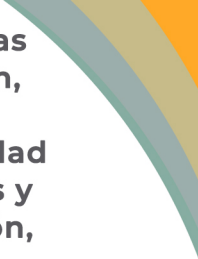
311. En consecuencia, también debe considerarse el bienestar de Niñas, Niños y Adolescentes para la determinación de su Interés Superior, en términos de los cuidados y protección que se le deben procurar para la satisfacción de sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.



La permanencia junto a sus padres o madres en prisión responde a la necesidad del niño de establecer vínculos afectivos seguros con éstos desde sus primeros años de vida.

312. Siguiendo los comentarios a las Reglas de Bangkok, los asuntos a tener en cuenta para la determinación del Interés Superior deberían incluir también las condiciones de la cárcel y la calidad de los cuidados que el niño puede esperar recibir fuera de la cárcel, en caso que no estén con su madre.

313. Para que eso sea posible, se requiere de protocolos y procedimientos de la institución carcelaria diferenciales para con aquellas reclusas que son madres, procurando disminuir en los niños el impacto de la separación.



Las autoridades penitenciarias deberán tomar en consideración las especiales circunstancias de un niño que vive dentro de la prisión, sus necesidades y las de su familia, el ambiente de la prisión, la educación y la salud, la alimentación, el juego, y la calidad y cantidad de tiempo junto a su madre; así como las adecuadas instalaciones y procedimientos ante las visitas de los hijos a su madre en la prisión, la participación de otros referentes significativos durante el desarrollo de las mismas, los permisos a la madre para ir al hogar, que es el contexto de desarrollo del niño, entre otras cuestiones.

314. Por otra parte, supone también el acompañamiento de la autoridad administrativa, mediante sus equipos técnicos multidisciplinarios, a las familias para el fortalecimiento de los vínculos, la valoración de las potencialidades de protección de familia extensa del niño o niña, y de la participación de estos referentes en el sostenimiento del vínculo con él o la progenitora privada de la libertad. Asimismo, en caso que ello no resulte viable, deberá evaluarse la disponibilidad de opciones de cuidados alternativos en la comunidad.

315. En definitiva, una vez evaluado y determinado el Interés Superior del Niño, de lo que se trata es de encontrar un equilibrio frente al conflicto que se puede suscitar entre los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y los de la sociedad en su conjunto, en términos de persecución penal y política criminal. Ello teniendo en claro que se deberá sopesar cuidadosamente todos los intereses en juego y otorgar la máxima prioridad a la satisfacción de los derechos del niño, por encima de otras consideraciones⁵⁹.

⁵⁹ Así lo ha entendido el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14 y en las Observaciones Conjuntas N° 3 y 22, y 4 y 23 del Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, del 17 de noviembre de 2017.

V. Conclusiones

316. El contacto de Niñas, Niños y Adolescentes con el sistema penal y penitenciario, a partir de la privación de la libertad de sus principales referentes de cuidado, representa nuevos factores de riesgo o amenazas a los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, lo que aumenta su condición de vulnerabilidad y requiere de un abordaje específico.

317. Frente a ello, corresponde a las familias, a las instituciones y a la comunidad adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que reciban el mismo trato y accedan a las mismas condiciones de vida y de desarrollo que el resto de Niñas, Niños y Adolescentes que no se encuentran en su misma situación familiar; procurando además, romper con el circuito de exclusión al que el estigma, la discriminación y la trascendencia de la pena de prisión parece condenarlos.

318. Como ha quedado de manifiesto, se destaca la importancia de trabajar articulada e interinstitucionalmente en la visibilización, promoción y protección de los derechos de estas Niñas, Niños y Adolescentes, atento al impacto que genera en ellos el encarcelamiento de sus referentes de cuidado, articulando al efecto procedimientos y prácticas respetuosas de sus Derechos Humanos e Interés Superior, que permitan brindar respuestas oportunas y efectivas a la problemática que atraviesan.

319. Los decisores y responsables del diseño, la implementación y la ejecución de las políticas públicas no deben perder de vista que estas Niñas, Niños y Adolescentes no han cometido un delito, sino que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en razón de la condena impuesta a sus progenitores.

VI. Recomendaciones a los Estados.

320. Las presentes recomendaciones se proponen con la intención de generar una guía para un marco común a todos los Estados Miembros para el abordaje de la situación de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos responsables de su cuidado se encuentran privados de la libertad, tomando como base la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Bangkok, entre otros instrumentos internacionales y legislación interna, procurando asegurar el goce efectivo de sus derechos.

1 – Revisar la normativa existente, en materia procesal penal y de ejecución de la pena y de políticas penitenciarias y post-penitenciarias, procurando incorporar o ampliar la perspectiva de protección integral para el ejercicio de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos responsables de su cuidado se encuentren privados de la libertad; y eliminar, cuando sea necesario, aquellas disposiciones que presenten barreras u obstáculos para la concreción de su Interés Superior.

De acuerdo a lo dicho en el punto III, los Estados han asumido compromisos internacionales en relación a la protección de niñas, niños y adolescentes; contra toda forma de discriminación contra la mujer; contra los malos tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes; y demás instrumentos que consideran la vulnerabilidad de ciertos grupos.

En general, algunos países han avanzado en la incorporación a la legislación nacional de instrumentos y acuerdos internacionales, estableciendo leyes o reglamentos respecto de algunos de los aspectos de esta “cuestión social compleja”. Sin embargo, se pone de manifiesto que ese proceso se ha realizado mayormente desde una visión adultocéntrica, atendiendo a la condición de vulnerabilidad y la necesidad de garantizar derechos de la persona adulta (privada o no de su libertad), sin incorporar en forma efectiva la situación especial y derechos de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos referentes se encuentran privados de la libertad.

Lo anterior, se presenta como un área de oportunidad a los Estados para realizar una nueva mirada de la legislación vigente, reglas o directrices desde el niño, la niña o el adolescente y sus derechos.

2 – Fortalecer los espacios de coordinación y articulación interinstitucional existentes, para la definición y protocolización de las acciones y procedimientos de las autoridades judiciales, administrativas y penitenciarias, en pos de la protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos responsables de su cuidado se encuentren privados de la libertad.

Es necesario asumir la problemática como un tema concerniente al conjunto del Estado y la sociedad, asegurando la coordinación efectiva entre los representantes del organismo rector en materia de niñez y adolescencia, del Servicio Penitenciario, del Poder Judicial, del Ministerio de Educación, del Ministerio de Salud, del Ministerio de Cultura, de Seguridad, o sus equivalentes y representantes de las Organizaciones de la Sociedad Civil involucradas en la temática. Para ello se recomienda que en aquellos Estados que aún no lo hayan hecho, conformen mesas interinstitucionales de protección.

Este enfoque de trabajo se funda en el entendimiento de que la construcción de una política pública efectiva, requiere de la participación activa de sus principales actores tanto estatales como no estatales. Las políticas sociales, y en particular, las que refieren a la infancia y adolescencia, tanto al proceso de construcción, como a su aplicación efectiva, requieren una perspectiva holística, que le permita dar relevancia a los enfoques de corresponsabilidad y transversalidad de las políticas públicas.

En esas lógicas de intervenciones y articulaciones, un aspecto importante a trabajar es sobre los diferentes roles que cada participante asume en esa construcción colectiva. El rol activo y propositivo del Estado y de la Sociedad Civil serán fundamentales para la reflexión desde lo conceptual y metodológico de la intervención, así como en la generación de consensos para la construcción de políticas públicas.

Por su parte, el Estado debe habilitar estas instancias formales y periódicas de trabajo interdisciplinario, con el objeto de avanzar en la elaboración de diagnósticos, metodologías y propuestas que permitan incidir en la realidad de las familias, de las niñas, niños y adolescentes, en la comunidad de forma integrada y en las instituciones, de acuerdo a un enfoque integral de las políticas públicas.

Asimismo, sería importante identificar, en cada caso, referentes comunitarios o “promotores” que puedan facilitar procesos entre las familias y los distintos actores que intervienen en cada etapa de la vida de los Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos se encuentran privados de la libertad, con quienes puede articularse la respuesta estatal.

3 – Realizar investigaciones interdisciplinarias sobre aspectos de la vida y derechos de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padre, madre o referente adulto responsable de su cuidado se encuentran privados de la libertad, y el impacto que ello genera en el pleno ejercicio de sus derechos.

A tal efecto, se sugiere a los sistemas de protección relevar y generar información sobre la cantidad y características principales de Niñas, Niños y Adolescentes con al menos uno de sus progenitores o referente adulto responsable de su cuidado privado de la libertad. Ello permitirá contar con información para orientar la intervención de protección por parte de los diferentes organismos involucrados, y facilitará la obtención de datos estadísticos confiables y certeros sobre los cuales se puedan replantear las estrategias de abordaje y establecer políticas focalizadas, en relación a la situación de los NNAPES con derechos vulnerados.

Algunas de las variables a tener en cuenta pueden ser: las edades de las Niñas, Niños y Adolescentes, ubicación geográfica, lugar de residencia, derechos amenazados y/o vulnerados, composición familiar, nivel de ingresos, nivel de educación alcanzado, enfermedades o tratamientos vinculados a su condición de vulnerabilidad, entre otras.

Por otra parte, al momento de definirse en el ámbito judicial la privación de libertad (en forma temporaria o definitiva), deberá recabarse información acerca de si esas personas tienen niños o niñas a su cargo, cuál es su situación familiar y como se resolverá el cuidado parental durante el periodo de detención.

Es necesario que los Estados revean los sistemas oficiales de estadísticas penitenciarias existentes en los países y que incorporen información sobre la realidad familiar de las personas privadas de libertad.

4 –Establecer Protocolos de Actuación e intervención ante situaciones que involucran a Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padre, madre o referentes adulto responsable de su cuidado se encuentren en contacto con el Sistema Penal, atendiendo a la multiplicidad de escenarios en que Niñas, Niños y Adolescentes pueden estar expuestos a situaciones violentas, que amenacen sus derechos o aumenten las posibilidades de vulneración de los mismos, ya sea durante su permanencia en la prisión o en los momentos de visita; como en los allanamientos a realizarse en su vivienda, una detención in fraganti o planificada, o el hecho de que su padre o madre se encuentren cumpliendo condenas en suspenso, domiciliarias o algún tipo de medida alternativa a la privación de libertad.

Sin perjuicio de que puedan establecerse otros temas, se recomienda que los Protocolos regulen los procedimientos relativos a:

- Allanamientos en presencia de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Detención in fraganti en presencia de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Detención planificada en presencia de Niñas Niños y Adolescentes.
- Detención a la espera de resolución judicial.
- Procesamiento y prisión.
- Alternativas a la privación de la libertad.
- Condiciones para la permanencia de Niñas, Niños y Adolescentes en la prisión, junto a sus referentes adultos (infraestructura; procedimientos de registro; servicios de salud y alimentación, tanto del niño como de la madre; acceso a la educación; derecho al juego, al esparcimiento y a la recreación; trato digno de parte de su progenitor o progenitora, del resto de los internos o internas, y de los agentes penitenciarios; visitas; contacto con otros referentes familiares que coadyuven en el cuidado de los Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes se encuentran privados de la libertad; prohibición de sanciones a las madres gestantes o con hijos o hijas a cargo)
- Nacimiento de Niñas o Niños durante la detención de una mujer. Condiciones de infraestructura, procedimientos, trato.
- Condiciones para el contacto temporal de Niñas, Niños y Adolescentes con sus referentes en prisión: visitas. Deberá regularse todo lo relativo a la infraestructura y medidas de seguridad necesarias para que pueda desarrollarse el encuentro, que permitan el contacto físico, la participación de otros referentes familiares o comunitarios del niño; duración de las mismas; procedimientos de registro o búsqueda con Niñas, Niños y Adolescentes; trato digno de los cuidadores o cuidadoras, de la persona privada de la libertad, de los agentes penitenciarios. Es fundamental el procedimiento a seguir ante la primera visita o ingreso de Niñas, Niños o Adolescentes a un establecimiento penitenciario.
- Participación de Niñas, Niños y Adolescentes en todas las decisiones que lo involucren (decisión de permanecer en la prisión o fuera de ella, con determinado familiar u otra persona; solicitud de visitas y condiciones de las mismas; entre otras).
- Salidas de la persona privada de la libertad para cumplir con sus responsabilidades parentales en medio libre, atendiendo al Interés Superior del Niño.
- Acompañamiento a la niña o niño para la transición que implicará dejar de vivir en centro de detención junto a su referente privado de la libertad, sea porque ha alcanzado la edad máxima de permanencia en el centro, o se ha tomado una medida de protección que disponga su salida.

De esta manera, si bien los temas identificados precedentemente son abordados por la legislación nacional o internacional vigente, se pretende brindar un marco de mayor accesibilidad a los operadores

comunitarios, al personal de las instituciones educativas, sanitarias, servicio penitenciario (personal que controla los ingresos y visitas, la permanencia en el establecimiento; autoridades) y sistema judicial (jueces; fiscales; defensores), para mejorar sus competencias y habilidades en la atención y el trato con niños, niñas y adolescentes en esta especial situación de vulneración.

5 -Sensibilizar y capacitar a los operadores, profesionales y agentes de los servicios de policía, justicia, penitenciario, de protección, salud, educación y comunitarios en derechos humanos con especial atención a la situaciones de los niños, niñas y adolescentes con referentes familiares privados de libertad, así como en los protocolos que se desarrollen en atención a la recomendación precedente, con el objeto de favorecer su implementación.

Se sugiere tener especialmente en cuenta la identificación de las necesidades y el conocimiento específico acerca de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, procurando un abordaje integral y respetuoso de la dignidad humana, atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad que pudieran presentar las familias.

Los aspectos centrales de dicha formación deberán ser acordados en el proceso de elaboración del Protocolo.

6 - Elaborar guías de procedimientos para agentes del servicio penitenciario, relativas a las condiciones, cantidad y calidad de las visitas de los niños, niñas y adolescentes a sus referentes privados de la libertad, atendiendo especialmente a la existencia de instalaciones adecuadas y entornos “amigables” donde realizar los encuentros; métodos de revisión o registro respetuosos de la intimidad y la dignidad humana, que no vulneren os derechos de niños, niñas y adolescentes; medidas para evitar largas esperas al ingreso a los centros penitenciarios; promover el contacto físico y la privacidad, el derecho al juego, las visitas extendidas o fuera de los horarios habituales para la realización de las actividades diarias de los niños, la participación de otros referentes significativos durante el desarrollo de las mismas; utilización de medios alternativos de comunicación; entre otras.

Resulta fundamental la articulación entre los profesionales intervinientes (ya sea de los servicios de protección, del Juzgado o del Servicio Penitenciario, como de salud y/o educación) y los cuidadores de la Niña, el Niño o Adolescentes, en los momentos previos al primer contacto con el referente que se encuentra privado de la libertad.

Niñas, Niños y Adolescentes deben contar con información respecto de la situación de su padre, madre o responsable, del lugar donde se encuentra, y de sus derechos en cuanto a mantener contacto con aquellos. Asimismo, deberá contar con asistencia social y psicológica en caso de estimarlo pertinente, a los fines de acompañar el proceso y las implicancias de tener a un referente privado de la libertad, las condiciones y tiempos de la prisión, entre otras circunstancias a tener en cuenta.

Tal como se recomendó en el punto 4, se deberá contemplar, además de las consideraciones expuestas precedentemente:

- a) las condiciones de ingreso a la prisión;
- b) la existencia de entornos amigables, adecuados para la presencia de niños, niñas y adolescentes, donde realizar los encuentros con su referente privado de libertad;
- c) métodos de revisión o registro respetuosos de la intimidad y la dignidad humana, que no vulneren los derechos de niños, niñas y adolescentes;
- d) medidas para evitar largas esperas al ingreso a los centros penitenciarios;
- e) contacto físico y privacidad en las visitas a los referentes encarcelados.
- f) visitas extendidas, o fuera de los horarios habituales del establecimiento: deberán adecuarse a las actividades diarias de los niños, y tener una duración tal que permita la construcción o el mantenimiento de los vínculos.

En todos los casos, se recomienda a los Estados asegurar las condiciones y disponer de los mecanismos que aseguren la participación de Niñas, Niños y Adolescentes en todas las decisiones que los involucren.

7 –Considerar una mayor flexibilidad en las decisiones, reglamentaciones y procedimientos que deban adoptar las autoridades judiciales y penitenciarias, respecto de todas las situaciones que involucren la presencia de Niñas, Niños y Adolescentes, no sólo frente a la necesidad de conocer el contexto , la historia de vida y circunstancias personales de quien cometió un delito para el momento de imponer sanciones de privación de libertad, sino particularmente a Niñas, Niños y Adolescentes que pudiera tener a su cuidado.

8- Evaluar la concesión de permisos de salida a la madre para ir al hogar, que es el contexto de desarrollo del niño, procurando favorecer el ejercicio de las responsabilidades parentales y contribuir a reforzar los vínculos filiales o familiares. En el caso de las visitas, permitir el libre contacto durante los encuentros y habilitar canales alternativos de comunicación, a través de llamadas o video-llamadas, fuera de los horarios estipulados como “de visita” o ante circunstancias que así lo requieran, para promover un mayor contacto entre el niño, niña o adolescente y su padre, madre o responsable privados de la libertad.

El objetivo de estas dos últimas recomendaciones es facilitar la vinculación emocional sin las barreras propias de la institución, y en un contexto que resulta más amigable al niño, niña o adolescente.

Es importante que el niño o niña que concurre a la visita tenga información previa sobre la situación de su adulto referente. Lo más adecuado es que sean sus propios padres quienes se la brinden. En este sentido, puede ser conveniente mantener video llamadas antes de la visita y que exista personal técnico que apoye y oriente sobre las formas de brindar información al niño o niña.

9- Incluir dentro de los programas de reinserción social de personas privadas de libertad conocimientos y herramientas relacionadas al ejercicio de la maternidad y paternidad así como información que facilite la comunicación con sus hijos o hijas.

Es fundamental trabajar el egreso de la persona privada de libertad desde el momento que ingresa a un centro penitenciario. En este sentido, los programas de reinserción deben integrar dimensiones de la vida de la persona que incluya su rol como madre o padre. Asimismo, es necesario abordar desde estos programas, aspectos centrales para los niños como lo son, el derecho a una vivienda, acceso a prestaciones, trabajo, tratamiento de adicciones a sus padres, etc.

10– Diseñar o revisar los planes y programas existentes destinados al acompañamiento social, económico y jurídico de las familias que tienen y han tenido un referente privado de la libertad en todas las etapas del proceso penal incluida la post-penitenciaria.

Deberán orientarse preferentemente a:

- Reforzar las redes sociales más cercanas para que puedan colaborar con el cuidado de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos responsables de su cuidado se encuentran privados de la libertad;
- Brindar acompañamiento y contención interdisciplinaria en el contexto del niño, niña o adolescente. Con relación a las visitas a la prisión, deberá contemplarse el apoyo social y psicológico pertinente, en función de lo que implica el ingreso y el encuentro con un referente cercano en el contexto de la cárcel.
- Evitar la estigmatización generando espacios de escucha entre pares e instancias grupales de apoyo y reflexión para Niñas, Niños y Adolescentes.
- Promover instancias socioeducativas con referentes adultos.
- Desarrollar estrategias de inclusión a través del trabajo comunitario en contextos de alta vulnerabilidad.

- Incorporar a las familias a programas de fortalecimiento que procuren transferencias materiales o económicas, en pos de la reparación de la situación de vulneración que atraviesan.
- Fortalecer los programas existentes de rehabilitación del consumo problemático de sustancias, durante el encierro y luego en el retorno a la comunidad, en el entendimiento de que una prevención oportuna podría evitar que Niñas, Niños y Adolescentes ingresen nuevamente al Sistema de protección a raíz de las conductas de sus padres, madres o referentes significativos.
- Acompañar la re-vinculación entre Niñas, Niños y Adolescentes con su progenitor/es o adulto referente que ha estado privado de la libertad.

Deberá tenerse especialmente en cuenta que estos Niñas, Niños y Adolescentes y sus cuidadoras no han cometido un delito, ni están en contacto con el sistema penal producto de hechos propios. En tal sentido, deben adoptarse todas las medidas para asegurar que gocen de los mismos derechos que los demás niños, niñas y adolescentes y que no sean sometidos a ningún tipo de discriminación producto de la situación de privación de la libertad de su padre, madre o responsable.

Todas estas circunstancias deberán ser evaluadas y sopesadas en cada caso concreto, adecuando las propuestas o ajustes razonables a la máxima consideración del Interés Superior de cada niño, niña o adolescente.

11 – Incorporar la perspectiva de género y el enfoque de derechos necesarios al diseño e implementación de las políticas públicas destinadas a Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres, madres o referentes adultos responsables de su cuidado han cometido un delito, a las decisiones judiciales que se adoptan en consecuencia y a la valoración y determinación del Interés Superior.

En general, se recomienda promover el ejercicio de paternidades responsables a través de intervenciones que procuren el fortalecimiento y acompañamiento familiar, y la eliminación de las brechas de género y estereotipos existentes, atento a la preeminencia de cuidadoras y la mayor vulneración que genera en Niñas, Niños y Adolescentes el encarcelamiento de sus madres, cuando son las únicas referentes.

12 – Garantizar, por todos los medios, la no institucionalización de los niños, niñas y adolescentes.

Se deberán determinar criterios de valoración sobre la capacidad de cuidados de otros referentes en la familia extensa o en la comunidad, en los casos en que no sea posible evitar la separación del niño de su familia nuclear, para que aquellos puedan operar como referentes de cuidado y protección, bajo la modalidad de cuidado alternativo.

Como quedó plasmado en los efectos cualitativos del encarcelamiento, Niñas, Niños y Adolescentes cuyos referentes significativos se encuentran privados de la libertad, han quedado sin cuidados parentales o se encuentran en riesgo de perderlos, por lo que, los sistemas de protección deben actuar en consecuencia.

De acuerdo a lo referido en la recomendación anterior, y siempre que ello responda a la satisfacción del Interés Superior, deberán agotárselas instancias que, de manera razonable y conducente, procuren mantener el contacto entre el niño, niña o adolescente y su referente privado/a de la libertad. En los casos en que sea necesario la separación, el órgano de protección dispondrá quién ejercerla los cuidados de esa niña, niño o adolescente, garantizando la participación de la persona privada de la libertad en la medida en que fuera posible, y el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta.

Al respecto, cabe mencionar que también sería oportuno que tanto el personal policial que interviene ante una detención planificada, in fraganti, o en un allanamiento, como los operadores judiciales, cuenten con las herramientas indispensables para indagar, a través del diálogo con los niños o sus padres o madres, acerca de la existencia de referentes familiares o comunitarios que puedan cuidar de ellos en la inmediatez.

Posteriormente, operadores especializados del órgano de protección, serán los encargados de profundizar en el conocimiento de la familia y valorar las potencialidades de cuidado de esos u otros referentes, procurando que los derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes estén garantizados en todo momento.

13- Disponer de los mecanismos adecuados para asegurar que Niñas, Niños y Adolescentes estén informados sobre el proceso, los servicios, las propuestas de resolución de su situación y de sus referentes, garantizando que sean escuchados y que puedan emitir su opinión al respecto, en todas las decisiones que los involucren, directa o indirectamente, tanto ante la autoridad administrativa o penitenciaria, como ante los jueces que decidan sobre la situación. Deberá garantizarse su participación de acuerdo a su desarrollo evolutivo.

14 – Preservar la intimidad de Niñas, Niños y Adolescentes, resguardando toda información personal relativa a su situación o la de sus padres, madres o referentes privados de la libertad, a los fines de evitar su exposición, revictimización o estigmatización. Tal recomendación alcanza a personal policial, de las escuelas, del servicio de salud, agentes y autoridades penitenciarias, funcionarios y empleados judiciales, órgano de protección, vecinos, medios de comunicación y toda persona que, en virtud de su contacto con alguien de la familia, haya tomado conocimiento de su situación.

15 – Producir y difundir contenidos audiovisuales, infográficos, bibliográficos, recursoros o guías didácticas, relativos a la adopción de prácticas significativas de abordaje de la temática, a partir de los procedimientos fijados en los protocolos, y con la participación, aporte y validación de todos los actores involucrados; así como su utilización como insumo para las capacitaciones mencionadas.

Estos materiales deberían tener una amplia difusión entre los diferentes operadores, tomadores de decisiones, las familias, los niños, niñas y adolescentes y las instituciones educativas, de salud y sociales.

BIBLIOGRAFÍA

CADONI, L., RIVAL, J.M., y TUÑÓN I. (2019): "Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres y familiares están privados de la libertad en Argentina". Documento de trabajo. 1ª Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Educa, 2019.

COLECTIVO ARTESANA (2013): "Informe de monitoreo de las problemáticas que enfrentan las mujeres privadas de libertad y sus hijas e hijos en Guatemala según las reglas de Bangkok". Guatemala. En <http://relapt.usta.edu.co/images/Colectivo-Artesana-Informe-Monitoreo-segun-Reglas-de-Bangkok.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015): "Violencia, niñez y crimen organizado", v.; cm. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II). EN <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>

SAAVEDRA, E., LAPPADO P., BANGO M., y MELLO F. (2013): "Invisibles: ¿Hasta cuándo? Una Primera Aproximación a la Vida y Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con Referentes Adultos Encarcelados en América Latina y el Caribe". Coordinado por CORIA, M., (CWS) y SALLES, G., (GURISES UNIDOS). En <http://nnapes.org/docs/Invisibles-hasta-cuando.pdf>

QUAKER UNITED NATIONS OFFICE (2012): "Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos" ROBERTSON (2007): "El impacto que el encarcelamiento de un (a) progenitor (a) tiene sobre sus hijos". Quaker United Nations Office (QUNO)

SERPAJ (2010): "Número de hijos/as de padres/madres encarcelados/as calculado a partir de la información obtenida del documento elaborado por el Servicio de Paz y Justicia del Uruguay". Uruguay.

SFPIP(2003): "Hijos de padres encarcelados: Declaración de derechos". Asociación para padres encarcelados de San Francisco. San Francisco.

SOZZO, M. (compilador), (2016): "Posneoliberalismo y penalidad en América del Sur", CABA, Argentina. 1era. Ed., CLACSO.

VILALTA Y FONDEVILA (2012): "Número de hijos/as de padres encarcelados calculado con base en información del estudio realizado en México titulado Perfiles de la población penitenciaria I: frecuencias y descriptivos". México.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD 30 SEPTEMBER 2011 REPORT AND RECOMMENDATIONS OF THE DAY OF GENERAL DISCUSSION ON "CHILDREN OF INCARCERATED PARENTS". Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>

Sociedad de las Naciones (SDN), (1924): Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño.

Organización de Naciones Unidas (ONU), (1948): Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

Organización de los Estados Americanos (OEA), (1948): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, de 1948.

Organización de Naciones Unidas (ONU), (1959): Declaración de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 1386 (XIV), el 20 de Noviembre en 1959.

Organización de Naciones Unidas (ONU), (1966): Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

Organización de los Estados Americanos (OEA), (1969): Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscripta el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica; en vigor desde el 18 de julio de 1978.

Organización de Naciones Unidas (ONU), (1988): Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

Organización de Naciones Unidas (ONU), (1989): Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. En vigor desde el 2 de setiembre de 1990.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), (2008): Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptados en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Organización de Naciones Unidas (ONU), (2010): Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Aprobadas por Resolución N° 65/229 de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 2010.

Organización de Naciones Unidas (ONU), (2015): Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela). Adoptadas inicialmente por el Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955, y aprobadas en 1957 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Nueva versión aprobada por unanimidad en la 70ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2015.

Constitución de la República Federativa de Brasil (1988).

Constitución de la República de Bolivia (2009).

Constitución Nacional de Colombia (1991).

Constitución Nacional de la República de El Salvador (1983)

Constitución de la República de Ecuador (2008).

Constitución Nacional de la República de Paraguay (1992)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Código Penal Argentino, T.O. 1984 actualizado, Ley N° 11179 (1921)

Ley N° 24660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (1996) de Argentina.

Ley N° 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y Decreto N° 1293 (2005) de Argentina.

Ley N° 721 (1984), de Ejecución Penal. Brasil.

Ley N° 11942 (2009). Brasil.

Ley N° 12403 (2011). Brasil.

Estatuto de los Niños y Adolescentes, Ley N° 8069, de Brasil.

Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil. Aprobadas en la reunión ordinaria del 17 de octubre de 1994 por el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, a través de la Resolución N° 14, del 11 de noviembre de 1994.

Ley N° 2298 (2001), de Ejecución Penal y Supervisión. Bolivia.

Ley N° 548, Código Niña, Niño y Adolescente (2014) de Bolivia.

Ley N° 1970, Código de Procedimiento Penal (1999) de Bolivia

Ley de Correcciones y Liberación Condicional (1992) de Canadá.

Ley N° 65, Código Penitenciario y Carcelario (1993) de Colombia.

Ley N° 906, Código de Procedimiento Penal (2004) de Colombia

Ley N° 1098, Código de la Infancia y la Adolescencia (2006) de Colombia.

Ley N° 7594, Código de Procedimiento Penal (1996) de Costa Rica

Ley de Ejecución Penal y del Sistema Penitenciario Nacional (2016) de Costa Rica.

Código Orgánico Integral Penal (2014) de Ecuador

Ley Nacional de Ejecución Penal (2016) de México.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de México (2014).

Ley N° 23337, Código de los Niños y Adolescentes de Perú (2000).

Ley 5162, Código de Ejecución Penal (2014) de Paraguay.

Ley N°287, Código de la Niñez y la Adolescencia (1998) de Nicaragua.

Código Orgánico Penitenciario N° 6207/2015 de Venezuela.

Ley Penitenciaria (Decreto N° 1027/2016) de El Salvador.

Ley del Régimen Penitenciario (Decreto N° 33/2006) de Guatemala.

Ley del Sistema Penitenciario Nacional (Decreto N° 64/2012) de Honduras.

Ley de Rehabilitación del Delincuente (Decreto N° 173/2014) de Honduras.

Código de Ejecución Penal (Decreto N° 654/1991) de Perú.

Reglamento del Código de Ejecución Penal (Decreto Supremo N° 015-2003-JUS) de Perú.

Sistema de Normas sobre Reclusión Carcelaria, Decreto Ley N° 14.470 de Uruguay.

Reglamento de Comunicaciones de los Internos (Decreto 1136/1997) de Argentina.

Código de Procedimiento Penal, Decreto Ley 3689/41 y sus modificatorias, de Brasil.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, Decreto N° 27/2003.

Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), CRC/C/GC/14, del 29 de mayo de 2013.

Observaciones Conjuntas N° 3 y 22 y N° 4 y 23 del Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, del 17 de noviembre de 2017.

PIE DE PÁGINAS

1 Con el apoyo financiero de Church World Service (CWS), Oficina para América Latina y el Caribe.

2 Las organizaciones integrantes de la Plataforma NNAPes son: ACIFaD (Argentina), Projeto Meninos e Meninas de Rua – PMMR (Brasil), Colectivo Artesana (Guatemala), INPRHU (Nicaragua), REDNANIAP (Panamá), Proyecto Caminante (Rep. Dominicana), Gurises Unidos (Uruguay), En Marcha (Chile), Red por los Derechos de la Infancia - REDIM (México), Church World Service (CWS), Oficina para América Latina y el Caribe.

3 Acuerdo de Cooperación entre el IIN-OEA, y la Plataforma NNAPes, celebrado en 2017, con el objeto de establecer un marco de cooperación general entre las partes, que permita impulsar la cooperación interinstitucional y la asistencia técnica entre las partes y desarrollar relaciones específicas de cooperación en áreas de interés común, entre ellas la investigación conjunta.

4 Comité de los Derechos del Niño. Informe y recomendaciones del Día de Debate General sobre “Los hijos de padres encarcelados”. Documento traducido y adaptado por la Plataforma NNAPes en base al documento en inglés elaborado por el Comité de Derechos del niño luego del DGD 2011, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>

5 “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” (Artículo 12.1 de la CDN)

6 “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” (Artículo 3.1 de la CDN)

7 “Niñez que cuenta”, pág. 17.

8 “Invisibles, ¿hasta cuándo?”, pág. 33.

9 Pág. 63.

10 Colectivo Artesana (2013) “Informe de Monitoreo de las problemáticas que enfrentan las mujeres privadas de la libertad y sus hijas e hijos en Guatemala según las Reglas de Bangkok”. Disponible en <http://relapt.usta.edu.co/images/Colectivo-Artesana-Informe-Monitoreo-segun-Reglas-de-Bangkok.pdf>

11 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

12 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, de 1948.

13 Suscripta el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica; vigente desde el 18 de julio de 1978.

14 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de Noviembre en 1959.

15 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

16 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

17 Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

18 Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

19 Adoptadas inicialmente por el Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955, y aprobadas en 1957 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Nueva versión aprobada por unanimidad en la 70ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2015, por el que se las denominadas Reglas Nelson Mandela.

20 Regla 67 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (resolución 45/113, anexo), y Regla 22 de las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) (resolución 65/229, anexo).

21 Resolución N° 65/229 de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 2010.

22 Los comentarios a las Reglas de Bangkok fueron preparados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y acordados por el Grupo intergubernamental de expertos de composición abierta, para desarrollar reglas complementarias específicas para el tratamiento de mujeres detenidas y sometidas a medidas privativas y no privativas de libertad (Bangkok, Tailandia, 23-26 Noviembre 2009). Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

23 Conforme promulgación del año 1988.

24 Conforme promulgación del año 2009.

25 Promulgada en el año 1991, con actualizaciones hasta el año 2016.

26 Decreto N° 38 de 1983.

27 Con las sucesivas reformas en los años 2011, 2014 y 2018.

28 Promulgada el 20 de junio de 1992.

29 Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

30 Publicada en el Boletín Oficial del 16 de julio de 1996, con reformas y actualizaciones al año 2017.

31 Resolución N° 14 de fecha 11 de noviembre de 1994 (Publicada en el Diario Oficial de la Unión, el 2 de diciembre de 1994) Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26329.pdf>

32 Sancionada el 20 de diciembre de 2001.

33 Corrections and Conditional Release Act (S.C. 1992, c. 20). Disponible en: http://www.csc-scc.gc.ca/politiques-et-lois/768-cd-eng.shtml#D_Motherchildprogram

34 Se entiende por ambiente de vida estructurado a la unidad de vivienda dentro del perímetro de una institución de mujeres delincuentes, que brinda atención de salud mental intermedia a las reclusas de seguridad mínima y media con problemas de salud mental.

35 Ley N° 65 de 1993. Fue reformado por la Ley 1709 de 2014, especialmente en artículos referidos a hijos de personas privadas de la libertad, entre otros.

36 Sentencia – 157 – 02 del 5 de marzo de 2002, Corte Constitucional. Del voto del magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

37 Ley 1098/2006.

38 Aprobado el 28 de abril de 2016. San José, Costa Rica.

39 Decreto N° 1027

40 Decreto N° 33-2006.

41 Decreto N° 64-2012.

42 Decreto N° 173-84.

43 Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, 16 de junio de 2016.

44 Ley 5162. Asunción, 17 de octubre de 2014.

45 Aprobado por Decreto Legislativo N° 654, publicado el 2 de agosto de 1991.

46 Aprobado mediante el Decreto Supremo N° 015 – 2003 – JUS.

47 Denominada Decreto-Ley por Ley N° 15738. Publicada D.O.N° 19662, 11 diciembre de 1975.

48 Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.207, 28 de diciembre del 2015.

49 Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, 16 de junio de 2016.

50 Ley N° 287 de 1998.

51 Decreto 1136/97 Reglamentación del Capítulo XI "Relaciones Familiares y Sociales" (Artículos 158 a 167) y disposiciones vinculadas. Reglamento de Comunicaciones de los Internos. Bs. As., 30/10/97

52 NÚMERO: TRM 5267.09A. Marzo 16, 2018. TEMA: REGULACIONES DE VISITAS. Terminal Island, California. Disponible en: https://www.bop.gov/locations/institutions/trm/TRM_spvisit_hours.pdf

53 Decreto Ley 3689/41 y sus modificatorias.

54 No procederá la sustitución de pena por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.

55 Sozzo, M. (compilador), (2016), "Posneoliberalismo y penalidad en América del Sur", CABA, Argentina. 1era. Ed., CLACSO.

56 Decreto N° 27-2003.

57 Observación general N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial (introducción, párrafo 4)

58 Observación general N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)

59 Así lo ha entendido el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14 y en las Observaciones Conjuntas N° 3 y 22, y 4 y 23 del Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, del 17 de noviembre de 2017.

