NACIONES UNIDAS **A**

Asamblea general

Distr.
GENERAL

A/HRC/7/NGO/31
22 de febrero de 2008

ESPAÑOL, FRANCÉS E INGLÉS

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS
Séptimo período de sesiones
Tema 3 del programa

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO

Exposición conjunta* presentada por escrito por el Comité Consultativo Mundial de la Sociedad de los Amigos, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva general, y el Oficina Internacional Católica de la Infancia, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial

El Secretario General ha recibido la siguiente exposición por escrito que se distribuye con arreglo a la resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social.

[20 de febrero 2008]

---

* Se distribuye esta exposición escrita sin editar, en los idiomas tal como ha sido recibida de la organización no gubernamental.

Derechos de la niñez
Los hijos e hijas de los presos: no son vistos, no son escuchados, no son culpables.

El problema

Debido a que pocos países exigen a los oficiales recolectar información sobre los hijos e hijas de los adultos arrestados o encarcelados, se desconoce cuántos niños y niñas son separados anualmente de su progenitor(a) por esta causa. Aunado a esto, existe el hecho de que algunas madres no desean dar este tipo de información a las autoridades ya que temen –justificadamente- que el Estado ponga a sus hijos/as al cuidado de una institución y no puedan recuperarlos al salir de la cárcel; por esta omisión de información los niños y niñas quedarán a su suerte o dependiendo de la vigilancia y amabilidad de vecinos o algún familiar no consanguíneo. La mayoría -en algunos países el 80%- de las mujeres encarceladas son únicas o principales cuidadoras de sus hijos menores de edad. Si bien en general las mujeres constituyen sólo entre el 2-9% de la población de reos de una nación[1], son sin embargo la fracción que con mayor rapidez está creciendo.

El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus niños/as está apenas empezando a ser objeto de atención. Es ésta una cuestión muy importante de la que no se sabe lo suficiente. Por ello, se hace un llamado a todos los Estados a llevar a cabo investigaciones y redactar informes al respecto a fin de identificar cuáles son las mejores prácticas en esta área, una por la cuál más niños y niñas de los que se quiere aceptar son perjudicados en todo el mundo. Dos informes recientes del Reino Unido ilustran dichas cuestiones y preocupaciones.

En el Reino Unido, cada año son más los niños y niñas separados de su progenitor(a) por motivos de cárcel que por causas de divorcio entre los padres.[2] Anualmente, unos 18,000 niños y niñas son separados de sus madres que van a prisión.[3] Para el 85% de las presas fue ésta la primera vez que se separaron de sus hijos e hijas por un período largo.[4]

A la luz de esta información, en enero de 2008 el Comisionado para la Infancia en Inglaterra (*Children's Commissioner for England*)[5] identificó la necesidad de realizar más investigaciones en torno a los siguientes puntos:

- Diferentes tipos de medidas para las madres con bebés;
- Las implicaciones que para las políticas en justicia penal tienen las evidencias sobre la importancia del apego para el buen desarrollo del infante;
- Los efectos que el ambiente carcelario tiene sobre los niños y niñas; y
- Los diferentes impactos que tiene sobre los bebés el hecho de separarlos de sus madres en diferentes intervalos particulares, lo anterior a fin de descubrir cuál es la mejor práctica tanto para las madres como para los bebés.

[1] R. Walmsley, *World Female Imprisonment List 2006*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, www.prisonstudies.org
[2] APF – Action for Prisoners' Families, CLINKS, Prison Advice & Care Trust y the Prison Reform Trust
[3] Bromley Briefings Prison Factfile, noviembre de 2006, Prison Reform Trust, pág. 16
[4] Home Office Research Study, 162 (1997), Imprisoned Women and Mothers, Home Office: Londres
[5] Prison Mother and Baby Units – Do They Meet the Best Interests of the Child? (11 Million, enero de 2008)

En febrero de 2008, el Comisionado para la Infancia y la Juventud en Escocia[6] señaló que, "al decidir encarcelar a una persona rara vez se toma en cuenta el impacto potencial que esto tendrá sobre sus hijos/as" y recomendó que las leyes, políticas y prácticas relacionadas con la justicia penal y el encarcelamiento fueran enmendadas de un modo tal que tomaran en cuenta los derechos de los niños y niñas afectados por el encarcelamiento de su progenitor(a) o cuidador(a).

Alternativas sin privación de la libertad

Algunos países han reconocido que el encarcelamiento no es la vía más efectiva de atender el delito. Tailandia dependía demasiado de esta medida: dos tercios de los convictos estaban allí por cargos relacionados con drogas, además de que la mayoría eran también drogodependientes. A partir de: la exitosa implementación de programas de canalización de drogodependientes antes del juicio y programas de pronta liberación con una fuerte participación de la comunidad; el uso innovador y cada vez más extendido de la libertad condicional; programas de tratamiento basados en la comunidad e iniciativas de justicia reparadora, la población carcelaria disminuyó dramáticamente.[7]

En las instancias donde existen alternativas sin encierro, éstas a veces no son una opción disponible para las personas que tienen responsabilidades maternas/paternas; por ejemplo, es común que las instalaciones de prisiones abiertas o *bail hostels*, los programas de rehabilitación y tratamiento por el consumo de drogas, y las plazas de servicio comunitario no cuenten con guarderías infantiles y, por ello, se encarcela innecesariamente a las madres. Por otra parte, algunas penas alternativas pueden no estar diseñadas para velar por el interés superior del niño o niña, por ejemplo, el arresto domiciliario del cuidador o cuidadora puede provocar que el niño o niña pase más tiempo lejos de casa, o incluso abandone el hogar si su cuidador(a) es maltratador(a) o violento/a.

Aplicar procesos de justicia reparadora, entre ellos: reuniones de grupo familiar y dictar sentencia en círculo, puede ser de gran beneficio en cuanto a captar y atender las necesidades de los niños y niñas.[8]

La legislación internacional

La Convención sobre los derechos de la niñez exige que: "En todas y cada una de las acciones realizadas por instituciones de asistencia social públicas y privadas, tribunales de justicia, autoridades administrativas o cuerpos legislativos, y que de alguna manera afecten a niños/as, el interés superior del niño o niña será un elemento prioritario a considerar". (Artículo 3(1))

---

[6] Scotland's Commissioner for Children and Young People: *Not Seen. Not Heard. Not Guilty. The Rights and Status of the Children of Prisoners in Scotland* (febrero de 2008)

[7] Para más información, véase, *v.g.*, Kittipong Kittayarak, Diversion Programs for Drug Addicts, Restorative Justice and New Community-based Treatment Measures in Thailand, escrito presentado en la XIX Conferencia Internacional de la Sociedad Internacional por la Reforma del Derecho Penal que se llevó a cabo en Edinburgo, Escocia, del 26 al 30 de junio del 2005 (http://www.isrcl.org/ Papers/2005/kittayarak.pdf). Véase, también, la página web del Departamento Correccional: www.correction.go.th.

[8] Para más información, véase: *UN Handbook on Restorative Justice Programmes* (La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Viena, 2006)

Además de estipular en su Artículo 3 el principio general del interés superior del niño/niña, la Convención reitera este principio de velar por el "interés superior" específicamente en relación a separar al niño o niña de sus padres y en cuanto al contacto con ellos (Artículo 9), responsabilidades maternas/paternas de crianza de los niños y niñas (Artículo 18), y retirar al niño o niña del ambiente familiar (Artículo 20).

El Comité por los derechos de la niñez ha identificado dos obligaciones diferentes respecto del "interés superior". La primera: en todas las acciones que afecten a niños y niñas en general o a grupos determinados de niños/as, se deberá considerar el interés superior de éstos/as. Para ello se requiere que a todos niveles gubernamentales se realicen evaluaciones de impacto infantil y de otro tipo relacionadas con las leyes, políticas, prácticas y distribución del presupuesto existentes y en aquellas proyectadas para el futuro.[9] La obligación consiste en tomar en cuenta de manera activa y abierta la cuestión del interés superior del niño o niña, sin que ésta automáticamente anule todos los demás puntos a tomar en cuenta. La segunda obligación es considerar el interés superior de cada niño/a de manera individual en circunstancias específicas. Aquí la obligación consiste en demostrar que separar a un(a) niño/a de su familia es en función de su interés superior (de otro modo, la acción es inadmisible).

La Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar de la Niñez (1990), en su Artículo 30(1) estipula que:

"Los Estados Partes de la presente Carta deberán asumir la responsabilidad de proporcionar trato especial a madres embarazadas y a madres de infantes y niños pequeños que han sido acusadas o halladas culpables de infringir las leyes y deberán, en particular:

> (a) garantizar que siempre al dictar sentencia a dichas madres se considerará primero la posibilidad de una sentencia sin privación de la libertad;
>
> (b) establecer y promover medidas alternativas sin confinamiento institucional para el tratamiento de dichas madres;
>
> (c) establecer instituciones alternativas especiales para acoger a dichas madres;
>
> (d) garantizar que ninguna madre sea encarcelada con su hijo/a;
>
> (e) garantizar que no se impondrá pena de muerte a dichas madres;
>
> (f) el objetivo fundamental del sistema penitenciario será la reforma, integración de la madre a la familia y la rehabilitación social"

[9] Véase el Comentario General núm. 5 del Comité por los Derechos de la Niñez sobre Medidas generales de la implementación de la Convención sobre los Derechos de la Niñez

Si bien la Convención sobre los Derechos de la Niñez no hace referencia directa a la cuestión de la detención o encarcelamiento del/la progenitor(a) del niño o niña, el Comité sobre los Derechos de la Niñez ha empezado a abordar la cuestión de no separar a los niños y niñas de sus progenitores (particularmente, de sus madres) por encarcelamiento. En lugar de ello, deberán buscarse alternativas que sustituyan a la detención preventiva y al encarcelamiento (Artículos 9 y 3).[10] Al mismo tiempo, el Comité ha reconocido que algunos bebés y niños/as pequeños/as probablemente estén mejor si acompañan a su madre en la prisión que si son separados de ella, no obstante, tras esta idea se está presuponiendo que la cárcel cuenta con condiciones razonables, pero aún quedan pendientes las cuestiones sobre hasta qué edad, o en cuáles circunstancias, deberán los niños y niñas permanecer en el presidio. En cualquier caso, ya sea que la niña o niño permanezca fuera o dentro de la prisión, las cuestiones en torno a cómo la madre cuida del niño o niña, cómo la institución apoya a la madre, y cómo el niño o niña mantiene el contacto con su padre, madre y hermanos/as, son de suma importancia.

En sus Observaciones Conclusivas, el Comité ha recomendado a los Estados que "desarrollen e implementen pautas claras sobre la estancia de los niños y niñas que acompañan en la cárcel a su progenitor(a) (*v.g.* la edad de los niños y niñas, la duración de su estancia, el contacto que tendrán con el mundo exterior y su desplazamiento dentro y fuera de la cárcel) en aquellos casos donde esta medida se considere como en favor del interés superior del niño o niña, y garanticen que las condiciones de vida, incluidos los servicios sanitarios, en las cárceles sean las adecuadas para el desarrollo de la niña o niño, ...[y] desarrollen e implementen servicios de cuidado alternativo para los niños y niñas que han salido de la cárcel y que dicho cuidado sea supervisado con regularidad y permita al niño o niña mantener una relación personal y un contacto directo con su progenitor(a) que permanece en prisión".[11]

Interpretación nacional

En septiembre de 2007, el Tribunal Constitucional Sudafricano emitió un fallo sin precedentes en relación a la Sección 28(2) de la Constitución Sudafricana, que estipula que "[a] el interés superior del niño/a es de enorme importancia en cualquier asunto relacionado con él o ella". El Tribunal Constitucional sostuvo que dicha estipulación creaba reglas legales obligatorias. En el caso *S vs. M* (CCT53/06), el Tribunal Constitucional abordó por primera vez, la pregunta precisa sobre la aplicación de esta estipulación por un tribunal al dictar sentencia sobre el/la principal cuidador(a) del menor de edad; en casos anteriores se consideró la aplicación del "interés superior del niño/a" en relación a delincuentes juveniles. El Tribunal demostró cómo una estipulación de este tipo puede ser aplicada, y marcó pautas para "promover la uniformidad de principios, la consistencia en el trato y la individualización del resultado".

[10] Una estipulación en virtud de estos artículos se incluye en el anteproyecto de las directrices de NU para el uso apropiado y condiciones del cuidado alternativo de niños/as, preparado a partir del Día de Discusión General 2005 del Comité por los Derechos de la Niñez.
[11] México CRC/C/MEX/CO/3 (2006), párr. 40

1. El tribunal encargado de dictar sentencia deberá indagar si la persona convicta es principal cuidador(a), siempre que haya indicadores que apunten a este hecho.
2. El tribunal deberá también indagar sobre los efectos que la sentencia con privación de la libertad tendrá sobre los hijos, en caso de que se esté ponderando una sentencia tal.
3. Si la sentencia apropiada es definitivamente una con privación de la libertad y la persona convicta es principal cuidadora de los/las niños/as, el tribunal deberá indagar si es necesario tomar medidas para garantizar que los niños y niñas estén bien cuidados durante el encarcelamiento de su cuidador(a).
4. Si la sentencia apropiada es, definitivamente, una sin privación de la libertad, el tribunal deberá determinar cuál es la sentencia apropiada, teniendo en mente el interés superior del niño o niña.

5. Por último, de haber varias sentencias apropiadas, el tribunal deberá apegarse al principio fundamental de buscar el interés superior del niño o niña como guía importante para decidir cuál sentencia habrá de imponer.[12]

En Kirguistán, las leyes estipulan que las mujeres embarazadas y madres de hijos/as menores de 14 años serán enviadas a prisión sólo por delitos severos. La sentencia se suspende y normalmente no se aplica si se determina que la madre está cuidando bien a su hija/o.[13]

Conclusión

Está claro que, en general, ni separar a los bebés y niños/as de sus madres, ni alojar a bebés y niños/as en la cárcel es una práctica que vaya en favor del interés superior del niño o niña. Por lo anterior, los Estados deberán tomar en cuenta durante el juicio y la sentencia todas las alternativas sin privación de la libertad que estén disponibles en el caso de mujeres embarazadas, madres con bebés y niños/as (y, por supuesto, padres, cuando se dé el caso de que es el padre en quien recaen las responsabilidades de cuidado del niño/a o niños/as). Para ello, es necesario que el sistema de justicia cuente con procesos que incorporen una revisión rutinaria en la cuál se indague para cada caso –incluso cuando se trate de extranjeros/as- si dichas responsabilidades maternas/paternas existen.

Cuando, a pesar de todo, bebés y niños/as acompañen a su progenitor(a) en la cárcel se deberá garantizar que el interés superior del niño o niña se está tomando en cuenta tanto en el fallo inicial como al llegar el momento de retirar a los niños/as del presidio. De existir una edad límite después de la cuál la niña o niño no puede permanecer más en la cárcel, dicho límite deberá aplicarse con flexibilidad y tomando en cuenta la situación específica de cada niño/a, por ejemplo, si la sentencia del/la progenitor(a) encarcelado/a concluirá pronto o no.

Las organizaciones ICCB y FWCC (Cuáqueros) instan al Consejo de Derechos Humanos de la ONU a hacer un llamado a todos los Estados para que:

[12] Sudáfrica: Tribunal Constitucional, *S vs. M* (CCT53/06) [2007] ZACC 18 (26 de septiembre de 2007), párr. 36

[13] Kirguistán, estudio de caso para la oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas, Ginebra.

1. Dediquen mayor atención al impacto que la detención y encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre los niños y niñas;
2. No detengan o encarcelen a mujeres embarazadas excepto como último recurso y sólo después de haber descartado todas las medidas alternativas sin privación de la libertad;
3. Den prioridad a las medidas sin privación de la libertad e incluyan entre ellas, particularmente: procesos de justicia reparadora, reunión de grupo familiar y dictar sentencia en círculo, así como también órdenes comunitarias, libertad condicional y suspensión de sentencias, siempre que tengan que decidir sobre la persona que es única cuidadora de los niños/niñas;
4. Tomen en cuenta el interés superior del niño o niña en todo el procedimiento previo al juicio y al dictar sentencia para una persona que es principal o única cuidadora de bebés y niños/as;
5. Inicien investigaciones e informen sobre sus experiencias al atender estas cuestiones, relatando tanto las mejores prácticas como los problemas encontrados, en relación a las necesidades y desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los/las bebés y niños/as cuyo/a progenitor(a) ha sido detenido/a o encarcelado/a.

- - - - -