

Amicus Curiae en el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador*

Peritaje

Corina Giacomello



Amicus Curiae en el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador*

Corina Giacomello¹

Abril de 2021

¹ Profesora Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas; corina.giacomello@ijj-unach.mx; cgiacomello@gmail.com.

Contenido

Introducción	4
NNAPES, los invisibles del sistema penitenciario	6
Derechos de NNA hijas e hijos de personas privadas de la libertad ..	11
Alternativas al encarcelamiento e interés superior de la niñez	15
M v S	21
Conclusiones y recomendaciones.....	23

Introducción

El objetivo de este Amicus Curiae es proporcionar elementos para el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador*.

El desarrollo del texto se basa en la revisión jurídica correspondiente, así como en la experiencia de quien escribe. Cuento con quince años de experiencia en estudios de género y derecho comparado y en la investigación cualitativa con mujeres privadas de la libertad y sobre las consecuencias de la privación de la libertad para las hijas e hijos de las personas en prisión.

Anteriormente he tenido la oportunidad de participar como perita ante esta distinguida Corte en los casos *Hernández Vs Argentina* y en *Mota Abarullo y Otros Vs Venezuela*.

Asimismo, he contribuido a los insumos de organizaciones de la sociedad civil en México y a nivel regional en relación a la solicitud de la Opinión Consultiva sobre “Enfoque diferenciados en materia de personas privadas de la libertad”, particularmente al rubro “niñas y niños en prisión con sus madres”.

En la primera parte de este texto se presentan las problemáticas que enfrentan niñas niños y adolescentes con padres y madres encarcelados (NNAPES, de aquí en adelante) en la región.

Sucesivamente, se analizan los instrumentos internacionales que hacen referencia a este grupo y especialmente a las hijas e hijos de personas en prisión. En ese sentido, se muestra cómo el interés superior de la niñez debe formar parte de las argumentaciones jurídicas y de las decisiones administrativas que conciernen a las personas privadas de la libertad, puesto que éstas tienen efectos directos e indirectos sobre sus hijas e hijos. Se presenta el ejemplo de una sentencia paradigmática de Sudáfrica.

Al final se elaboran recomendaciones, para asegurar que a nivel regional y nacional se asegure la incorporación del interés superior de la niñez de manera transversal y que, al mismo tiempo, se garantice el derecho al ejercicio de la maternidad a las mujeres que así lo deseen, independientemente de su condición jurídica.

NNAPES, los invisibles del sistema penitenciario

La privación de la libertad es una pena siempre trascendente. Si bien la población en prisión está conformada en su gran mayoría por hombres (alrededor del 94% a nivel mundial), la “población penitenciaria externa” -es decir, las millones de personas cuyas vidas se reconfiguran a partir y alrededor de una persona privada de la libertad- tiene los rostros de mujeres, niñas, niños y adolescentes. Son las esposas, las madres, las hermanas, las hijas y los hijos quienes sufren los múltiples impactos de la privación de libertad de un familiar en su cotidianidad, y quienes reajustan su vida en función del proceso judicial, la visita, las afectaciones económicas, el estigma social y en la comunidad.

Atestiguan la detención, a menudo violenta, por parte de las fuerzas policiales, recibiendo a su vez golpes, amenazas y destrozos a sus pertenencias. Se enfrentan a procesos penales largos con defensas públicas no siempre adecuadas. Forman las filas de las personas que acuden a la visita de los centros penitenciarios, atravesando filtros de seguridad donde a menudo prevalece la humillación de parte del personal de seguridad. Se asoman a las condiciones de vida indignas, hacinadas y violentas que predominan en las cárceles de la región.

No obstante, las familias y particularmente las hijas y los hijos de las personas privadas de la libertad, se mantienen como los sujetos invisibles del sistema penal y penitenciario, “las víctimas colaterales”. El caso de Manuela es ejemplo de ello: durante la privación de la libertad de la madre, sus hijos solo pudieron verla una vez, debido a la falta de recursos y como consecuencia de su detención en un centro alejado de su domicilio. Lo mismo aconteció cuando su madre estaba recibiendo cuidados paliativos.

La separación de la madre, la imposibilidad de despedirla posteriormente a su muerte, y su mismo fallecimiento, no fueron consecuencia de acciones cometidas por ella, sino de las decisiones tomadas por el Estado: la criminalización del aborto, la detención arbitraria, el traslado a un centro penitenciario alejado de su familia, la negligencia médica y la falta de una perspectiva de derechos en la implementación de la pena de prisión. Manuela es la víctima inmediata y reconocible de las acciones estatales, pero sus hijos son, a la par que millones de NNAPES en la región, también

víctimas de cómo los países omiten sistemáticamente los derechos de las hijas e hijos de las personas privadas de la libertad.

Se estima que en América Latina y el Caribe hay, por lo menos, dos millones de NNA que sufren el encarcelamiento de por lo menos un referente adulto². Dentro del acrónimo NNAPES -utilizado para fines prácticos y no con la intención de homogeneizar la experiencia de cada NNA- se acumulan vivencias únicas, íntimas e individuales a la par que colectivas y sociales. Experiencias sesgadas por la edad, el género y otros factores identitarios, pero también por la condición socio-económica, el delito, la política criminal, el sistema de justicia y la política penitenciaria. Los NNAPES son condicionados por factores externos que moldean su contacto con el sistema de justicia en su manifestación más dura. Son, asimismo, sujetos de derechos cuyas voces deben ser incluidas en los procesos de tomas de decisión en materia legislativa, judicial y penitenciaria.

A continuación se muestran algunos testimonios de NNAPES que participaron en el estudio *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*³.

Sobre la violencia en la detención:

Tenía trece o catorce [años...], yo me estaba alistando para ir al cole cuando escuché un “operativo” o algo así y salí y habían unos muchachos apuntándome a la cabeza y a mi mamá y a todos, entonces el muchacho me dijo que me sentara y le dije que no, que me quería quedar de pie, y me quedé tranquilo, y uno -me acuerdo del arma aquí en la frente- me dijo que me sentara y me sentó, y en eso me paré y, no sé, como que soltó una ira y entonces él me agarró y empezamos así: él me tiró contra el sillón, entonces yo le dije que me estaba ahogando y me estaba ahogando y no me quiso soltar hasta que ya me vio como [hace sonidos de ahogo] y me soltó (Felipe, 16 años, Costa Rica).

² Corina Giacomello, *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Church World Service, Buenos Aires, 2019, <http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/Estudio-Regional-Ninez-que-cuenta-web.pdf>.

³ *Ibidem*.

–¿Te apuntaron con un arma?

–Sí, varias veces.

–¿Y te acordás cuántos años tenías las primeras veces?

La primera vez que pasó un allanamiento en mi casa tenía diez años y de ahí ya fueron pasando todos en adelante, [...] veía cómo golpeaban a mis hermanos porque les preguntaban cosas y mis hermanos no les decían y veía cómo a mi madre la encerraban en el baño y la tocaban las mujeres para ver si tenía droga adentro, y todas esas cosas, y no me gustaba” (Sofía, 16 años, Uruguay).

En el caso de Manuela, la violencia del allanamiento y las secuelas en términos psicológicos quedan manifiestas en el testimonio de la madre.

Sobre el estigma:

Algunas veces me lo gritan a mí -pero desde lejos- que soy hija de traficante, porque igual no sólo mi mamá ha sido traficante, toda mi familia, me siento como con rabia porque nada que ver que me digan así ¡si yo no soy la que trafica!” (Luz, 14 años, Chile).

El tipo de delito influye en la reacción social y en el estigma. Los hijos de Manuela fueron víctimas de agresiones que definían a su madre como una mujer “mata hijos”.

Sobre los cambios en la vida cotidiana:

Que mi papá esté preso ha destruido mi familia. Mi mamá y nosotros hemos pasado muchísimo trabajo, tanto que tuvimos que trasladarnos del pueblo donde vivíamos -porque mi mamá no nos podía mantener- a esta población de Boca Chica, porque aquí hay familiares de mi mamá y nos podían ayudar en lo que podían. Yo no me habría casado siendo adolescente, si no fuera para quitarle a mi mamá la carga de mantenerme a mí y a mis hermanos. Aunque mi pareja me trata bien, sé que eso fue lo que determinó que me fuera. No resistía ver a mi mamá con tanta carga y sin dinero (Chanel, 17 años, República Dominicana).

Tuve que dejar todo lo que tenía planeado para enfocarme en cuidar a mis hermanas, francamente dejé mi escuela, dejé a mis amigos, o sea dejé la vida de una adolescente para enfocarme en la vida de una mamá (Ana, 20 años, cuidadora y NNAPÉ, México).

Es muy feo ir a verla allí y le hace falta a uno. El amor de una tía o abuela no es igual al de una mamá (Nelson, 14 años, Costa Rica).

Sobre la visita:

Para mí ir a ver a mi papá era un sacrificio, sólo iba porque era verlo a él y tenía muchas ganas de ir, pero era lejos, cinco horas para llegar allá, al pueblo donde está preso, y luego esa revisión es asquerosa, quieren que nos bajemos los pantalones o nos levantemos la falda. A mis hermanitos chiquitos no los revisan así, los tratan mejor, pero a las que somos adolescentes ya quieren tocar, aunque la agente es una mujer, pero es vergonzoso y asqueroso, me siento sucia y vista, para mí eso era lo peor, además que en la cárcel hay muchos hombres pervertidos que, mientras uno va caminando hacia el área de habitación del papá, van diciéndole cosas como piropos sucios, aunque las muchachas sean muy jovencitas (Chanel, 17 años, República Dominicana).

Como lo muestran estos extractos -parte de un trabajo que recoge las voces de 70 NNAPES y decenas de personas privadas y ex privadas de la libertad, así como de familiares- los impactos para los NNAPES son múltiples: afectan la relación con el referente, la situación económica, a la vez que a menudo implican la separación de sus hermanos y el tenerse que mudar a otro sitio o incluso casarse para no ser un peso para la familia. Transforman la vida cotidiana, exponiendo a los NNAPES al estigma en la comunidad y en la escuela y obligándoles a asumir roles de personas cuidadoras a una edad temprana.

La experiencia de la privación de un familiar es vivida de manera individual y familiar, rara vez colectiva. Asimismo, no suele contar con la intervención y apoyo del Estado, dada la invisibilización y el estigma que sufre este grupo.

Es así que la Corte puede contribuir a cambiar esta situación pronunciándose sobre los derechos de los NNAPES y sus familias, y sentando las bases para su

incorporación en las resoluciones judiciales que afectan a sus madres y padres y en políticas públicas de corte social, así como en los sistemas penitenciarios.

Derechos de NNA hijas e hijos de personas privadas de la libertad

Los artículos 17 -Protección a la familia- y 19 -Derechos del Niño- del Pacto de San José, los artículos 2 -Prohibición de la discriminación-, 3 -Interés superior de la niñez- , 6 -Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo- y 12 -derecho de NNA a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta- de la Convención sobre los Derechos del Niños (CDN) fungen como base para que las hijas y los hijos de las personas privadas de la libertad sean reconocidos como sujetos de derecho en condición de vulnerabilidad a nivel regional.

Asimismo, el artículo 9 establece el derecho de niñas y niños a no ser separados de sus madres y padres en contra de su voluntad y siempre y cuando sea en su interés superior. Como se retoma en el siguiente apartado, dicha disposición debe traducirse en la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento y la gradual destipificación de las conductas definidas como delitos por la ley penal.

El artículo 20 de la CDN, en vinculación con el artículo 9.3, resalta la responsabilidad del Estado de brindar protección y asistencia especial a los NNA separados de su medio familiar.

Cabe señalar que, en el caso de la privación de la libertad, dicha separación es fruto directo de una decisión estatal y se relaciona a las responsabilidades del Estado per se y en función de garante ante las personas privadas de la libertad y quienes dependen de ella. Con respecto al rol del Estado como garante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha plasmado en diversas jurisprudencias el rol y las responsabilidades del Estado como garante frente a las personas privadas de la libertad. A continuación, se retoman algunos párrafos de la sentencia que emana del caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay⁴:

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf, pp. 94-95.

152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.

154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.

155. La restricción de otros derechos, por el contrario – como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso – no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.

Ahora bien, como se sostiene en este texto y resulta evidente del caso Manuela, la privación de la libertad no recae únicamente sobre la persona que se encuentra en esa situación, sino sobre aquellas que se ven afectadas por ella, particularmente las hijas, los hijos y otras personas dependientes. Es así que la figura del Estado como garante debe hacerse extensiva a dichas personas y plasmarse en resoluciones judiciales y políticas públicas que impidan la vulneración de derechos derivadas de la decisión estatal de privar de la libertad.

El ámbito de la responsabilidad estatal se extiende a las personas a cuyo cargo se encuentran los NNA. La CDN es enfática en reconocer la responsabilidad del Estado frente a las personas responsables de niños y niñas cuando afirma, en su artículo 27:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

[...]

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño 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.

En el caso de Manuela, sus hijos estuvieron a cargo de sus abuelos, quienes eran personas mayores. Es así que las obligaciones estatales derivadas de la CDN frente a los NNA y sus personas cuidadoras, se refuerza en virtud de los artículos 15, 16 y 17 del Protocolo de San Salvador, mismo que subraya, además de los derechos de la familia y la niñez, el derecho a la protección especial de las personas adultas mayores durante su ancianidad.

El Estado violó la integridad personal de los hijos de Manuela, así como de los abuelos de éstos, al causarles dolor, en términos del artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, por el dolor, el sufrimiento y la incertidumbres causados por la privación de la libertad y la

imposibilidad de acompañar a la madre en su detención, enfermedad y fallecimiento⁵. En virtud del reconocimiento de la Corte Interamericana de dicho sufrimiento en el caso *Hernández vs Argentina*, se sugiere ampliar la definición de Estado como garante para hacerla extensiva a las personas familiares afectadas por el encarcelamiento, con especial énfasis en las mujeres, los NNAPES y las personas adultas mayores, por su condición de especial vulnerabilidad.

Asimismo, al no proveer a la familia -conformada por niños y adultos mayores, es decir, personas en condición de vulnerabilidad y titulares de protección especial y reforzada- puso en riesgo la sobrevivencia, el desarrollo, la integridad personal y la vida del núcleo en cuestión.

Dicha situación no era desconocida por la hoy fallecida, quien tuvo que enfrentar, a la par que el dolor propio, aquello provocado por la situación que atravesaban sus hijos y sus progenitores.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández vs. Argentina, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf.

Alternativas al encarcelamiento e interés superior de la niñez

La aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento en el caso de mujeres privadas de la libertad se plantea desde una doble perspectiva: el derecho de las hijas y los hijos a no ser separados de sus padres, siempre y cuando sea en su interés superior -artículo 9 y 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño- y el derecho al ejercicio de la maternidad y el cuidado en el caso de las mujeres en contacto con la ley penal que así lo deseen.

Con respecto a la primera perspectiva, además de la Convención de los Derechos del Niño, cabe mencionar las Directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños:

47. Cuando el único o principal cuidador del niño pueda quedar privado de libertad a causa de su ingreso en prisión preventiva o de su condena a una pena de prisión, deberían dictarse en tales casos, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas de libertad provisional y penas no privativas de libertad. Los Estados deberían tener en cuenta el interés superior del niño al decidir retirar la custodia de un niño nacido en prisión o que vive en prisión con uno de sus progenitores. La retirada de la custodia de esos niños debería tratarse del mismo modo que otros casos de separación. Debería ponerse el máximo empeño en lograr que los niños que permanezcan bajo la custodia de sus padres se beneficien de un cuidado y protección adecuados, al tiempo que se garantiza su propia condición de individuos libres y su acceso a las actividades de la comunidad.

Éstas plantean también las obligaciones estatales de proveer apoyo a las familias:

3. Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora.

Asimismo, las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (sic), conocidas como Reglas de Bangkok, son enfáticas en recomendar la aplicación de alternativas al encarcelamiento en el caso de las mujeres en contacto con la ley penal, en particular debido a i) los antecedentes de violencia de género; ii) sus responsabilidades de cuidado); iii) el hecho de que la mayoría de las mujeres en prisión no representan un riesgo para la sociedad.

Cabe destacar las siguientes Reglas:

Regla 57

Las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas.

Regla 58

Teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 2.3 de las Reglas de Tokio, 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.

Regla 61

Al condenar a las delincuentes, los tribunales tendrán la facultad de examinar atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo, teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular.

Regla 63

Al adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado de otras personas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social.

Regla 64

Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.

No debe omitirse que las Reglas mantienen un lenguaje discriminatorio al referirse a las mujeres como “delincuentes”; aún así, el texto apunta correctamente a la importancia de las responsabilidades de cuidado como un factor para imponer una alternativa a la privación de la libertad, siempre y cuando sea en el interés superior de la niñez y acorde a los deseos de la madre.

En el caso en cuestión, a las responsabilidades de cuidado y a las omisiones del Estado ante la familia de Manuela, cabe añadir la enfermedad terminal contra la cual ella estaba luchando.

Este punto debe plantearse en vinculación con i) el derecho a la atención médica en condiciones de equivalencia con las personas no privadas de la libertad -Regla 24 de las Reglas Nelson Mandela, Principio 1 de los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y Regla 10.1 de las Reglas de Bangkok- y ii) el derecho a ser alojada en un centro cercano a su domicilio -Regla 4 de las Reglas de Bangkok-, así como al ya citado derecho de niñas y niños a no ser separados de sus familias.

Es decir, el Estado tiene la triple obligación simultánea de garantizar el derecho a la salud, el derecho a la cercanía a la familia y la protección de la familia y de la niñez. Dicha obligación no se cumplió en el caso bajo análisis, vulnerando la integridad personal de Manuela, así como de sus hijos y familiares en los términos ya indicados con referencia al caso *Hernández vs Argentina*.

Como se señala en el *Manual sobre reclusos con necesidades especiales* de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito⁶:

[...] Se recomienda a los estados introducir leyes y políticas que establezcan penas y medidas comunitarias para los delincuentes con enfermedades terminales, en todas las etapas del proceso de justicia penal, a fin de permitirles recibir la atención médica que requieran y morir con dignidad, rodeados de sus familiares y amigos, en vez de en un ambiente aislado de los recintos penitenciarios.

Ahora bien, cabe incluir otro punto de reflexión, en el cual se conjugan el deber del Estado como garante en su figura ampliada -es decir, abarcadora de las personas familiares de las privadas de la libertad- y el interés superior de la niñez en su triple acepción de derecho, principio y norma de procedimiento, tal y como lo explica la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño⁷. El cruce entre dichos ejes se manifiesta en dos puntos: i) la imposición de una medida privativa de la libertad en fase procesal o de sentencia; y ii) las condiciones de los centros penitenciarios. Los siguientes apartados vierten sobre el primer punto y brindan un ejemplo de cómo el interés superior de la niñez debe volverse en un elemento de ponderación obligatoria en una sentencia que contempla la imposición o modificación de la privación de la libertad como medida cautelar o pena. El segundo aspecto se esboza en las recomendaciones pero no se profundiza aquí,

⁶ UNODC, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, 2009, UNODC, Viena, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf, p. 150.

⁷ Comité de los Derechos del Niño, "Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*", https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CR C%2fC%2fGC%2f14&Lang=en.

por rebasar los puntos del caso en cuestión, particularmente la ya citada obligatoriedad del Estado de garantizar los derechos de las mujeres en prisión y de sus hijas e hijos, así como de sus familiares, privilegiando el uso de alternativas al encarcelamiento.

Las Reglas de Bangkok hacen referencia a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Cabe detenernos sobre el planteamiento central de dichas reglas, ya que la incorporación del interés superior de la niñez implica su superación. La Regla 1.4 afirma lo siguiente:

1.4 Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

A dicha triada -la sociedad, las víctimas y las personas en conflicto con la ley- cabe añadir a las hijas e hijos de la persona sujeta a una medida privativa de la libertad, no en cuanto “apéndices de” sus padres y madres, sino en cuanto sujetos de derechos por los cuales el Estado tiene que velar y a los cuales no puede afectar como consecuencia de su decisión de privar de la libertad a un referente adulto o adolescente.

Esto nos remite, por un lado, a la ya mencionada visión ampliada de la figura del Estado como garante, misma que abarcaría a las personas que están indirectamente bajo su tutela como consecuencia de la privación de la libertad, es decir, las personas familiares de las personas en prisión. Por otro lado, conlleva una mirada distinta y de protección reforzada del derecho penal, bajo la cual el Estado ejerce su facultad punitiva sin por ello poner en riesgo, reducir o violar los derechos de las demás personas que gozan de su protección, a saber, niñas, niños y adolescentes con referentes privados de la libertad.

Es decir, con la adopción de este enfoque, el Estado asegura el cumplimiento integral de sus facultades -de sancionar- y obligaciones -de proteger y de no violar derechos- y abdica su actual ejercicio del poder represivo con efectos trascendentes, siendo éste el que predomina en la práctica en los sistemas penales

y penitenciarios de la región y que ha causado un dolor irreparable a los hijos de Manuela.

El caso siguiente ilustra cómo incorporar el interés superior del niño en las resoluciones judiciales que afectan a personas con responsabilidades de cuidado.

M v S

El caso en cuestión se desarrolló frente a la Corte Constitucional de Sudáfrica y culminó en una sentencia en 2007. La protagonista es conocida como M., por decisión de la Corte, en aras de proteger a sus tres hijos. Éstos eran todos menores de edad al momento de los hechos, y M. era su única cuidadora. La señora M. había sido procesada y condenada por delitos de fraude en tres ocasiones, recibiendo una medida alternativa en la primera ocasión y penas privativas de la libertad en las subsiguientes. El objeto de la sentencia de la Corte Constitucional concierne el tercer proceso. El caso fue estudiado por el Ministro Sachs -una figura emblemática en Sudáfrica- y pone la pregunta de cómo debería actuar el Estado cuando la persona sentenciada es la única cuidadora de niñas y niños. El paradigma para emitir una sentencia vigente en ese entonces, se conocía como la triada derivada del que se conoce como caso Zinn y que consiste en i) la naturaleza del delito; ii) las circunstancias del delincuente y iii) los intereses de la comunidad. Pero con el caso de M., se incorpora a la argumentación un cuarto elemento: el interés superior de la niñez, protegido por el artículo 28 de la Constitución. En el proyecto se argumenta:

Cada niño tiene su dignidad. Si un niño es imaginado constitucionalmente como un individuo con una personalidad propia, y no como un mero adulto en miniatura que está esperando para alcanzar su tamaño completo, ella o él no puede ser tratado como una mera extensión de sus padres, atado a ellos por el cordón umbilical y destinado a nadar o ahogar con ellos. El carácter insólitamente emancipatorio del artículo 28 propone que en nuestra nueva dispensa los pecados y los traumas de los padres y las madres no recaiga sobre sus hijas e hijos⁸.

Lo interesante de dicha discusión es que cuestiona y rompe con el paradigma de que la decisión de privar de la libertad a una persona recae únicamente sobre ella. Mediante una ponderación jurídica, y el estudio mediante un *curador ad litem*

⁸ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 53/06 [2007] ZACC 18, 2007, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/18.pdf>, p. 11. Traducción a cargo de la autora.

de las implicaciones que tenía para los hijos de M. el estar sin su única cuidadora, la Corte resuelve suspender el resto de la sentencia de M., quien no deberá regresar a prisión.

Asimismo, “[e]sta sentencia queda como un precedente que requiere a todas las cortes sudafricanas que analicen el impacto que una sentencia condenatoria tiene sobre las hijas e hijos de personas que son principales cuidadoras y de buscar la opción que menos afecte los derechos de niñas y niños. Si el encarcelamiento pudiera afectar negativamente a la niña o niño, entonces la balanza debe inclinarse a favor de una medida no privativa de la libertad, a menos de que se trate de un caso tan grave que ésta resultase inapropiada”⁹.

Es así que la incorporación del interés superior de la niñez se incorpora a las disposiciones judiciales que afectan a sus madres y padres, garantizando el cumplimiento del párrafo primero del artículo 3¹⁰ de la Convención de los Derechos del Niños y su implementación bajo la triple acepción de principio, derecho y norma de procedimiento.

⁹ Skelton, Ann, en Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011: Children of incarcerated parents, 2011, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/Submissions/A_SKE_LTON_CRC_DGD_2011.pdf, p. 7.

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

Conclusiones y recomendaciones

Las mujeres privadas de la libertad son un sujeto vulnerable que comparten, en términos generales, una historia de vida marcada por la violencia de género contra las mujeres, tanto en el ámbito de las relaciones familiares y de pareja como en el institucional. Si bien no todas son madres, la maternidad y los roles de cuidado son un eje identitario dominante y prioritario para muchas de ellas. Son, además, las principales cuidadoras de sus hijas e hijos, lo cual genera una situación de vulnerabilidad reforzada tanto para ellas como para ellos. Como lo muestran los testimonio de los NNAPES recopilados por *Niñez que cuenta*, las afectaciones para las hijas y los hijos con referentes adultos en prisión son multidimensionales y se exacerban cuando la persona privada de la libertad de la madre, puesto que ésta no suele contar con una red social que se haga cargo de sus hijas e hijos, diversamente de lo que acontece en el caso de los hombres en prisión quienes, por lo general, dejan a sus hijas e hijos bajo el cuidados de otras mujeres.

Es así que para las mujeres en prisión la separación de sus hijas e hijos puede representar no solamente un sufrimiento y la falta de ejercicio del derecho a la maternidad, sino una situación de riesgo objetiva de falta de cuidados y protección para ellas y ellos.

Las hijas e hijos de las personas en prisión no suelen ser tomados en cuenta a la hora de imponer una sentencia o una medida privativa de la libertad. Son concebidos como víctimas colaterales de las decisiones de sus padres y madres y no como sujetos de derecho que resienten las consecuencias de las decisiones del Estado de criminalizar y encarcelar en contextos, además, de hacinamiento, condiciones de vida indignas y sin perspectiva de género.

El caso de Manuela y las consecuencias trágicas que las acciones del Estado tuvieron para ella y sus hijos, representan hoy una posibilidad para que la Corte se pronuncie de tal manera que las hijas y los hijos de las personas en prisión sean tomados en cuenta y que el interés superior de la niñez sea incorporado en las decisiones que les afecten directa e indirectamente en las resoluciones que conciernen a sus padres y madres.

En virtud de lo anterior, se emiten las siguientes recomendaciones con respecto al caso:

1. Se requiere que los NNAPES y sus familias cuidadoras sean visibilizados e incluidos en las políticas públicas sociales y en el ámbito penitenciario, para asegurar que reciban acceso a los apoyos que necesitan. En ese sentido se sugiere ampliar la definición de Estado como garante para hacerla extensiva a las personas familiares afectadas por el encarcelamiento, con especial énfasis en las mujeres, los NNAPES y las personas adultas mayores, por su condición de especial vulnerabilidad.
2. Promover programas de apoyo social y económicos a los NNAPES y sus familias cuidadoras, particularmente aquellas a cargo de mujeres y personas adultas mayores.
3. Se recomienda solicitar al Estado y para efectos regionales que en las sentencias judiciales de tipo penal se realice de manera obligatoria una ponderación para que se estudien y evalúen los impactos de una medida judicial no privativa de la libertad sobre las hijas e hijos de la persona en contacto con la ley penal y que se implemente la medida menos lesiva.
4. Asimismo, asegurar que dicha obligación se plantee desde el ámbito legislativo y se garantice su aplicación a nivel judicial.
5. Las medidas tomadas con el propósito de incorporar el interés superior de la niñez deben incluir mecanismos de participación para los NNAPES.
6. A diez años de la aprobación de las Reglas de Bangkok, su aplicación es aún incipiente. Es necesario fomentar su, particularmente respecto de i) la aplicación de medidas alternativas en el caso de mujeres privadas de la libertad; ii) asegurar que las mujeres sean alojadas en centros penitenciarios cercanos a su domicilio; iii) garantizar que los horarios, espacios y condiciones de visita de niñas, niños y adolescentes a los centros penitenciarios se adapten a las necesidades y condiciones de los NNAPES y sus familias, y que se lleven a cabo en espacios apropiados y acondicionados para ellos; iv) contar con protocolos de revisión basados en el interés superior del la niñez.

7. Incluir en el marco legal e implementar medidas orientadas a la destipificación de las conductas penales, en consonancia con en el espíritu de las Reglas de Tokio, que establecen (Regla 2.7) “la utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de los delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni diferir las iniciativas en ese sentido”.

8. Las medidas alternativas, además, deben contemplar lo establecido por la Regla 60 de las Reglas de Bangkok:

Regla 60

Se preverán recursos apropiados a fin de elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes, en las que se conjuguen las medidas no privativas de la libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal. Entre ellas podrán figurar cursos terapéuticos y orientación para las víctimas de violencia en el hogar y maltrato sexual, un tratamiento adecuado para las que sufran discapacidad mental, y programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo. En esos programas se tendrá presente la necesidad de establecer servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer.

9. En las disposiciones relativas a alternativas al encarcelamiento, deben incluirse las enfermedades terminales y crónico-degenerativas, así como las medidas para su atención oportuna en libertad, incluyendo los apoyos que se puedan requerir.

10. Como lo muestra el caso de Manuela, el Estado debe cumplir con la triple obligación simultánea de garantizar el derecho a la salud, el derecho a la cercanía a la familia y la protección de la familia y de la niñez.

11. Diseñar y aplicar protocolos de detención que garanticen el interés superior de la niñez y eviten cualquiera forma de violencia directa o indirecta en contra de NNA. Asimismo, dicha herramienta tendrá que determinar mecanismos para asegurar la efectiva protección de esos NNA, incluyendo

la suspensión de la detención o arresto de la persona en contacto con la ley penal para que pueda tomar arreglos de cuidado, mismos que podrán ser modificados posteriormente.

12. Solicitar campañas de información y comunicación dirigidas a romper el estigma en torno a las personas privadas de la libertad, sus hijas e hijos.

Nombre y firma

A handwritten signature in black ink that reads "Corina Giacomello". The script is cursive and fluid.

Corina Giacomello

Profesora investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Autónoma de Chiapas, México.