

# Niñas y niños que viven en prisión con sus madres

## Una perspectiva jurídica comparada

Corina Giacomello



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Niñas y niños que viven  
en prisión con sus madres  
Una perspectiva jurídica  
comparada

Corina Giacomello



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación

## Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

Q010.113

D473d

V.5

Giacomello, Corina, autor, autor de prefacio

Niñas y niños que viven en prisión con sus madres : una perspectiva jurídica comparada / Corina Giacomello ; [presentación Ministro Luis María Aguilar Morales, prefacio Corina Giacomello].-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

1 recurso en línea (208 páginas). -- (Serie derechos humanos ; 5)

ISBN 978-607-552-063-6

1. Protección de los Derechos Humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – México 2. Derechos de los niños – Mujer delincuente – Prisión – Derecho comparado 3. Niños – Cárcel – Condiciones sociales 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Resolución judicial – Análisis I. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo II. título III. serie

LC KGF3003

**Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada**, primera edición. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Estudios, Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos. Serie: Derechos Humanos. Número 5. Textos de divulgación. SERIE DERECHOS HUMANOS 2018. TOMO 5 PDF ISBN 978-607-552-063-6

© D.R. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Serie Derechos Humanos Número 5.

Pino Suárez No. 2, Col. Centro C.P. 06060, Ciudad de México.

Primera edición digital: noviembre de 2018.

Dra. Leticia Bonifaz Alfonzo, Directora General de Estudios, Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos.

Autora: Corina Giacomello. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

Coordinación editorial: Leyla Valentina Méndez de la Paz Pérez.

Revisión y corrección: Pablo Fuentes Fuentes.

Asistencia: Diana Suárez Galán.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Apoyo en el diseño y formación editorial: Angélica Heredia Galicia y Elizabeth Marín Calderón.

Niñas y niños que viven  
en prisión con sus madres  
Una perspectiva jurídica  
comparada

Corina Giacomello



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Luis María Aguilar Morales  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministra Norma Lucía Piña Hernández  
*Presidenta*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

### **Segunda Sala**

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza  
*Presidente*

Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministro Javier Laynez Potisek  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministro Alberto Pérez Dayán

## CONTENIDO

Presentación	
Ministro Luis María Aguilar Morales <i>Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación     y del Consejo de la Judicatura Federal</i> .....	7
Prefacio	
Dra. Corina Giacomello <i>Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas     de la Universidad Autónoma de Chiapas</i> .....	11
I. Marco internacional y nacional de los derechos de niñas y niños que viven en prisión con sus madres .....	15
Introducción .....	17
Instrumentos internacionales.....	19
Disposiciones legislativas mexicanas en materia de derechos humanos de la niñez y personas privadas de la libertad .....	53
Reflexiones finales .....	73
II. Experiencias internacionales de niñas y niños en prisión con sus madres.....	77

Introducción .....	79
Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño en torno a niñas y niños de madres y padres encarcelados .....	81
Ejemplos internacionales de disposiciones para niñas y niños que viven en prisión sus madres .....	89
Reflexiones finales .....	99
III. Niñas y niños en prisión con sus madres en México .....	101
Introducción .....	103
El sistema penitenciario mexicano: una perspectiva cuantitativa .....	105
Panorama cualitativo de las cárceles en México .....	109
Violencia de género y contra niñas y niños en la detención .....	115
Reflexiones finales .....	129
IV. Resoluciones judiciales .....	131
Introducción .....	133
Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	135
Sudáfrica.....	139
Argentina .....	149
Canadá.....	157
México.....	161
Reflexiones finales .....	179
Conclusiones y propuestas .....	183
Conclusiones.....	185
Propuestas .....	191
Preguntas.....	193
Referencias bibliográficas .....	197
Normas y tratados .....	205
Resoluciones judiciales .....	207

## PRESENTACIÓN

**E**l volumen 5 de la Serie *Derechos Humanos*, titulado *Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada*, analiza el impacto que tiene, en la esfera jurídica de las y los menores, compartir la pena de reclusión de sus progenitoras.

Para realizar el estudio, la Dirección General de Estudios, Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicitó la colaboración de la Dra. Corina Giacomello, quien tiene amplia experiencia en analizar, con perspectiva de género, el sistema penitenciario.

En este Alto Tribunal, se han auspiciado investigaciones especializadas, reuniones de análisis o reflexión, y eventos en colaboración con organizaciones de la sociedad civil o instituciones académicas nacionales e internacionales, sobre temas de derechos humanos con la finalidad de promover su respeto, difundir su contenido y aportar elementos útiles a las y los impartidores de justicia para garantizarlos.

Este libro contiene una revisión del marco normativo internacional y nacional sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuyas madres se encuentran privadas de su libertad, dentro del sistema penitenciario; incluye un estudio comparado con evidencia empírica de esa situación en varios países y un panorama de lo que pasa en México; compila experiencias jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de Sudáfrica, Argentina y Canadá; se enriquece con sentencias garantistas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ponderan derechos para privilegiar la protección del interés superior de la niñez; concluye con recomendaciones de política administrativa y penitenciaria, propuestas legislativas y recomendaciones dirigidas a mejorar la procuración e impartición de justicia en estos casos.

La investigación hace énfasis en las afectaciones directas e indirectas que el sistema penitenciario tiene en los derechos a la vida, el desarrollo y la supervivencia de las y los menores con referentes significativos encarcelados; y resalta la importancia de proponer alternativas para velar por su bienestar físico, psicológico, emocional y económico.

En los casos en que la imputada esté embarazada o sea madre de infantes, la visión con perspectiva de género prevé la necesidad de considerar sus circunstancias particulares y la situación económica, social o cultural que influyó en su comportamiento; a partir de ello, se deben determinar acciones diferenciadas para proteger a las y los menores que dependen de ellas, tales como: penas distintas al encarcelamiento; adecuaciones razonables a los centros de readaptación social; ajustes a la duración de las sanciones; y, supervisión constante de las condiciones de reclusión, entre otras.

El desarrollo normativo para atender la situación de particular vulnerabilidad de las hijas e hijos de las mujeres privadas de su libertad, se fundamenta principalmente en los preceptos del artículo 4o. Constitucional y en la *Convención sobre los Derechos del Niño*. La evo-

lución de sus derechos, se ubica en los precedentes jurisprudenciales reseñados en este libro.

En los casos de derecho comparado incluidos en el estudio, la pena de privación de la libertad que corresponde a las madres, trasciende a sus hijas e hijos, que viven con ellas en prisión; esta situación los mantiene en gran vulnerabilidad, limita su libertad e impide el ejercicio de sus derechos fundamentales, por ello corresponde al Estado disminuir y reparar, en la medida de lo posible, las afectaciones que resienten.

La emisión de esta Serie *Derechos Humanos*, reitera el compromiso de acercar información especializada a todas las personas, porque es necesario que se conozcan los derechos para exigir su cumplimiento o, para que en su caso, puedan presentar agravios ante los tribunales por las acciones u omisiones que los afecten.

Esta iniciativa refleja la dedicación para promover y difundir con tesón los derechos humanos, los criterios, argumentos e interpretaciones de las resoluciones de la Suprema Corte, con una visión vanguardista y profesional que ha abierto una ruta de comunicación incluyente y respetuosa a toda la sociedad.

Les invito a leer esta investigación que nos hace reflexionar sobre una problemática específica, nos aporta herramientas para su atención y nos permite conocer estrategias jurídicas para proteger de manera integral a quienes desafortunadamente viven su infancia en reclusión.

Ministro Luis María Aguilar Morales  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*  
2015-2018



## PREFACIO

Las niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados son una realidad en todos los países donde hay personas privadas de la libertad. En el mundo hay alrededor de 10.35 millones de personas en prisión;<sup>1</sup> por ende, existen a su vez millones de niñas y niños que comparten de alguna forma el encarcelamiento de sus padres y madres, o bien i) viviendo en la prisión, principalmente con sus madres; ii) transitando de estar con ellas a vivir con algún familiar o en una institución; o iii) viviendo en el exterior.

Estas niñas y niños son considerados, generalmente, las víctimas colaterales, invisibles u olvidadas del sistema penal.<sup>2</sup> Los estudios disponibles muestran que el encarcelamiento puede tener impactos adversos en el desarrollo de estas niñas y niños. Éstos dependen de factores

---

<sup>1</sup> Cfr. Walmsley, Roy, "World Prison Population List. Eleventh edition", Institute for Criminal Policy Research, Londres, Reino Unido, 2016, <http://www.prisonstudies.org>, p. 2.

<sup>2</sup> Cfr. Murray, Joseph *et al*, *Effects of parental incarceration on children. Cross-national comparative studies*, American Psychological Association, Washington D.C., 2014.

endógenos, relacionados con las características individuales, familiares y comunitarias de las niñas y niños, y exógenos, vinculados principalmente al diseño y funcionamiento del sistema penal, la duración de las penas y las condiciones de reclusión.

Asimismo, el impacto del encarcelamiento también está marcado por un sesgo de género. Por un lado, la mayoría de las personas privadas de la libertad a nivel mundial son hombres; esto conlleva que las mujeres quedan al frente de las responsabilidades familiares y económicas, entre ellas el sustento y desarrollo de sus hijas e hijos. Por otro lado, el encarcelamiento materno puede ser de mayor impacto<sup>3</sup> por distintas razones: en primer lugar, es más probable que las niñas y niños vivan con la madre antes del encarcelamiento. En segundo lugar, los arreglos de cuidado son distintos si un hombre o si una mujer va a prisión: en el primer supuesto, la madre de las niñas y niños suele hacerse cargo de ellos; en el segundo, en cambio, son principalmente los abuelos u otros familiares quienes asumen las responsabilidades de cuidado, o bien las niñas y los niños terminan institucionalizados. Finalmente, al existir pocos centros de reclusión para mujeres, éstas suelen ser alojadas en centros alejados de su domicilio, dificultando así el contacto con sus familiares.

En la relación de una niña o niño con su padre o madre encarcelada convergen, por ende, cuestiones eminentemente penales –las prácticas de detención, así como la tipificación de los delitos, el uso de la prisión preventiva, la aplicación de sanciones alternativas, la duración de los procesos y, en su caso, de las penas, a la par que el diseño y funcionamiento del sistema penitenciario– y otras relacionadas con la existencia y el funcionamiento efectivo de políticas públicas orientadas a la niñez en general, y al grupo estudiado en particular. Estos ámbitos de acción se encuentran embebidos en un conjunto de arreglos informales

<sup>3</sup> Cfr. Murray, Joseph y Farrington, David P., "The effects of parental imprisonment on children", in Tonry, Michael (ed), *Crime and Justice. A review of research*, vol. 37, University of Chicago Press, Chicago, Estados Unidos, 2008, pp. 133-206.

y culturales vinculados al cuidado, que tienen un impacto diferenciado sobre las niñas y niños. Las relaciones de género y, más específicamente, la atribución de las funciones de cuidado a las mujeres, son uno de los ejes constitutivos de dicha diferenciación. Una de sus expresiones más visibles es justamente la convivencia de las niñas y niños con la madre en la cárcel.

El objetivo de esta investigación es identificar los derechos de estas niñas y niños en el marco internacional y nacional y compararlo con la evidencia empírica, en aras de elaborar propuestas en el ámbito legislativo y de procuración, e impartición de justicia. La investigación se nutre del derecho comparado y de la revisión de estudios de diversos países, para ubicar experiencias que pueden ser de apoyo para las autoridades mexicanas.

El trabajo se articula en cuatro capítulos; en el primero, se aborda la normativa internacional y nacional, con un énfasis especial, mas no exclusivo, en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, las *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes* y *Ley Nacional de Ejecución Penal*. En el segundo capítulo se analizan algunos debates y experiencias internacionales en torno a la situación que guardan las niñas y niños que viven en prisión con sus madres. En el tercer capítulo se presenta la situación en México, revisando también las violaciones de las cuales son víctimas las niñas y niños con madres y padres en conflicto con la ley desde el momento de la detención. Finalmente, en el cuarto capítulo, se analizan sentencias de diversos países, incluyendo México, que fungen como ejemplos de la inclusión del interés superior del niño en resoluciones judiciales que conciernen a sus padres.

Este estudio termina con conclusiones y propuestas; éstas últimas están dirigidas a los tres poderes, con un énfasis en el Poder Judicial.

Al final de este estudio no queda duda de que el recorrido para que las niñas y niños con madres y padres encarcelados sean recono-

cidos como sujetos de derecho es largo y está lleno de obstáculos: éstos van desde el marco legal hasta las sentencias y las condiciones carcelarias. Con este trabajo se pretende contribuir al cambio de paradigma impulsado por la reforma penal y la reforma en materia de derechos humanos y que debe alcanzar también a las hijas e hijos de las personas en prisión. Asimismo, se vincula con la necesidad de incorporar la perspectiva de género en todas las fases del sistema de justicia, incluyendo la ejecución penal.<sup>4</sup>

Dra. Corina Giacomello  
*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Autónoma de Chiapas*

---

<sup>4</sup> Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, segunda edición digital, SCJN, Ciudad de México, México, 2014, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero-haciendo-realidad-el-derecho-la-igualdad>

I. Marco internacional  
y nacional de los derechos  
de niñas y niños  
que viven en prisión  
con sus madres



## INTRODUCCIÓN

**E**l objetivo de este capítulo es identificar los derechos de las niñas y niños que viven con sus madres privadas de la libertad, con un enfoque internacional y nacional. En la siguiente sección se recopilan los derechos de niñas y niños con madres o padres en prisión contenidos en distintos instrumentos internacionales. En la segunda parte de este capítulo se revisan las disposiciones legislativas nacionales, para contrastar sus límites y alcances respecto al marco internacional.

Como se señala en la introducción, este estudio tiene un sujeto claramente definido, lo cual orienta también el desarrollo de las páginas que siguen. Por lo tanto, se analizan con mayor profundidad dos instrumentos, a saber la *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>5</sup> y las *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres*

---

<sup>5</sup> Cfr. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF Comité Español, Madrid, España, 2006, <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

*Delinquentes*,<sup>6</sup> por ser los dos textos internacionales que concentran los derechos universales de las niñas y niños y su concreción en el espacio penitenciario al lado de sus madres. A nivel nacional se analizan con mayor profundidad la *Ley Nacional de Ejecución Penal*,<sup>7</sup> puesto que contiene disposiciones específicas dirigidas a las mujeres privadas de la libertad, sus hijas e hijos.

A lo largo del texto, las niñas, niños y adolescentes son referidos con el acrónimo NNA, o bien con la expresión "niñas y niños", partiendo de la definición de "niño" de la *Convención sobre los Derechos del Niño* que establece, en el Artículo 1 que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años.<sup>8</sup> Asimismo, sus progenitores, familiares u otras personas significativas privadas de la libertad son definidos con las expresiones "madres y padres encarcelados" o "referente significativo encarcelado"; éste último en ocasiones es sustituido por el acrónimo RSE. La decisión de recurrir a la expresión "referente significativo" en lugar de la más común "referente adulto",<sup>9</sup> deriva de la necesidad de abarcar también a las niñas y niños hijas e hijos de adolescentes privadas de la libertad, ya que éstas también tienen el derecho de vivir con sus hijas e hijos menores de tres años mientras estén en internamiento.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes y sus Comentarios*, 2011, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BangkokRules.aspx>

<sup>7</sup> Cfr. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Nacional de Ejecución Penal*, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de junio de 2016, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>

<sup>8</sup> Cfr. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención sobre los derechos...*, *op. cit.*, Art. 1.

<sup>9</sup> Cfr. Church World Service y Gurises Unidos, *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*, 2013, [http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Invisibles\\_hasta\\_cuando.pdf](http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Invisibles_hasta_cuando.pdf)

<sup>10</sup> Cfr. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de junio de 2016, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

**E**l discurso en torno a los derechos de niñas y niños, las reflexiones en torno a éstos y la elaboración de textos que los enuncian y promueven, son eminentemente un producto del siglo XX. Éste incluso ha sido definido por algunos autores "el siglo del niño":<sup>11</sup>

En 1924 la Asamblea General de la Sociedad de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, que fue el primer instrumento de carácter internacional sobre los derechos de los niños. Años después, en 1946, la Organización de Naciones Unidas crea el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) con el objetivo de auxiliar a los niños víctimas de la guerra, que se convertiría en 1953 en un organismo permanente de atención a la infancia. En 1959 se aprueba la Declaración sobre los Derechos del Niño formulada en diez principios con carácter proteccionista que imponían obligaciones a las personas e instituciones.

---

<sup>11</sup> González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, México, 2008, p. 48.

Esta situación se prolongó durante casi todo el siglo XX, hasta que finalmente, en 1989, la comunidad internacional, tras años de discusión, firma la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se reconoce la dignidad del niño, sus necesidades y le considera sujeto de derechos. Este instrumento establece como consideración primordial para todas las medidas concernientes a la infancia el "interés superior del niño", con lo que sale de la esfera de inmunidad del padre y es sujeto por derecho propio.<sup>12</sup>

La *Convención sobre los Derechos del Niños* constituye la piedra millar del desarrollo internacional de protección de derechos humanos de la infancia. Junto con otros instrumentos, la *Convención* forma parte de un vasto *corpus juri* sobre la materia que, además de referirse a los derechos humanos intrínsecos de las personas –como el derecho a la vida, a la libertad, a la libre determinación y a la igualdad, entre otros–, elucidan el derecho de niñas y niños de gozar de protección específica. En el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP)<sup>13</sup> –artículo 24– y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC)<sup>14</sup> –artículo 10, apartado 3– se determina el derecho de niñas y niños a las medidas de protección que su condición de menor requiere, sin discriminación. Asimismo, en el artículo 11 del PIDESC se afirma el derecho de todas las personas a un nivel adecuado para sí y su familia, y a una mejora constante de sus condiciones de vida.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* también prevé el derecho de niñas y niños a medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 49-50.

<sup>13</sup> Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ONU, 1966, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<sup>14</sup> Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ONU, 1966, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<sup>15</sup> Cfr. Organización de los Estados Americanos, *Convención americana sobre derechos humanos*, OEA, San José, Costa Rica, 1969, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, Art. 19

## LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El 20 de noviembre de 1989 se aprobó la *Convención sobre los Derechos del Niño* con carácter vinculante para los países que han ratificado el tratado, entre ellos México. La *Convención* descansa sobre cuatro principios: el derecho a la no discriminación (artículo 2o.); la adhesión al interés superior del niño (artículo 3o.); el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6o.); y el derecho a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan (artículo 12). Además de estos principios, existen unos artículos de la CDN que se refieren a las niñas y niños con madres y padres privados de la libertad y que son discutidos a continuación.

### **Artículo 2. Principio de no discriminación**

La *Convención*, en su artículo segundo, se refiere al papel activo del Estado para garantizar y promover la no discriminación de las niñas y niños, independientemente, entre otros puntos, de la condición de sus padres. No discriminar no es sinónimo de no-hacer, sino de hacer para proteger, promover y garantizar la no discriminación en el espacio público y privado, a través del aparato legislativo, judicial y las políticas públicas. Así lo afirma el apartado segundo del citado artículo:

[...] 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.<sup>16</sup>

El principio de no discriminación abarca todos los posibles espacios de discriminación y castigo físicos y simbólicos: la familia, en el

<sup>16</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención sobre los derechos...*, op. cit., Art. 2.

caso de los NNA que viven con familiares durante la reclusión de sus RSE, las instituciones donde residen las niñas y niños que no tienen familiares que les brinden hospedaje, los medios de comunicación, la escuela y la misma cárcel, por mencionar algunos.

### **Artículo 3. Interés superior del niño**

El tercer artículo de la CDN expone el principio del interés superior del niño (ISN, de aquí en adelante), como elemento primordial a considerar en todas las decisiones y medidas que conciernen a las niñas y niños.<sup>17</sup> De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el ISN es el principio regulador de la normativa de los derechos de niñas y niño y se funda en la dignidad del ser humano, las características propias de niñas y niños y la necesidad de propiciar su desarrollo.<sup>18</sup> Las Observaciones Generales (OG) 5 y 14 del Comité de los Derechos del Niño (ComitéDN) –el órgano encargado de dar seguimiento al cumplimiento de la CDN– proveen la definición e interpretación del ISN. La OG 14 identifica el ISN desde un triple enfoque: a) "un derecho"; b) "un principio;" y c) "una norma de procedimiento". Como lo explica González Contró:

En tanto "derecho", el ISN establece una obligación que se pone en práctica cuando se debe tomar una decisión que afecte a un niño, o un grupo de niños o a los niños en general. En este sentido, se trata de una obligación de aplicación directa que puede invo-

<sup>17</sup> El texto del artículo cita textualmente: 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. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva OC-17/2002", 2002, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687>, párr. 56.

carse ante tribunales. Como "principio", el ISN tiene una función interpretativa que orienta a la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño, cuando una disposición admite más de una interpretación. Por último, como "norma de procedimiento", que debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de cualquier decisión en los niños; esta función incluye un deber de los Estados de explicar la forma en que se ha tomado en cuenta el ISN en cada decisión.<sup>19</sup>

El interés superior del niño, por lo tanto, no es un concepto estático, sino dinámico, que obliga al Estado a revisar y repensar constantemente sus normas y procedimientos, y cuyo cumplimiento puede garantizarse sólo mediante un análisis y aplicación de caso por caso.

La OG5 el ComitéDN<sup>20</sup> señala que para la aplicación del ISN es necesario que los estados realicen un análisis sistemático de cómo los derechos de las niñas y niños se verán afectados por una determinada decisión o política pública; esto incluye las decisiones que conciernen directamente a las niñas y los niños, así como las que los impactan indirectamente:

Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, **incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente**<sup>21</sup> (énfasis añadido).

<sup>19</sup> González Contró, Mónica, "Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. El interés superior del niño en los criterios judiciales", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Interés superior del menor. Su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia*, Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, Ciudad de México, México, 2015, p. 158.

<sup>20</sup> Cfr. González Contró, Mónica, "Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas...", *op. cit.*

<sup>21</sup> Cfr. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (comps.), *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, UNICEF, DIF Nacional, Ciudad de México, México, 2014, p. 58.

Este análisis, explica la OG5, debe ser sujeto a un proceso continuo de evaluación y debe ser aplicado en todos los niveles de gobierno y en los casos de instituciones privadas que presten o dirijan servicios para la infancia. La relación con el derecho penal y el espacio penitenciario es clara, pues la aplicación del ISN implica que en las determinaciones judiciales –por ejemplo, una sentencia condenatoria– se analice el impacto que tendrán sobre las niñas y niños que se verán afectados por esta medida.

El ComitéDN es enfático en este punto:

Cuando la acusada tenga la responsabilidad de atender a un hijo, el Comité recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del **interés superior del niño (art. 3) y que ello se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena, y en las decisiones relativas a la internación del niño** (énfasis añadido).<sup>22</sup>

Ahora bien, el ISN es un principio *primordial*, es decir, que premia sobre otras interpretaciones. Por ende, si, por ejemplo, debe tomarse una decisión sobre el traslado de una persona privada de la libertad en función de cuestiones de seguridad, fuero o gravedad del delito, éstas deberán ser revisadas en relación con las consideraciones vinculadas al ISN. Dicho de otra manera, si el traslado afecta negativamente el derecho a la visita de los NNA con RSE, no debería ser llevado a cabo.

En la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW, por su sigla en inglés) también se reafirma el interés superior del niño como consideración primordial –artículo 5, inciso b) y artículo 16, inciso f)–.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Comité de los Derechos del Niño, "Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Tailandia", marzo de 2006, párr. 48.

<sup>23</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 1979, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

En el artículo 30 de la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*<sup>24</sup> se explica la vinculación entre derechos de niñas y niños y mujeres en el espacio penitenciario:

Art. 30. Hijos de madres reclusas.

Los Estados Parte en la presente Carta se comprometerán a dar un trato especial a las madres embarazadas y de niños recién nacidos o pequeños que sean declaradas culpables de infringir la ley penal, y en particular:

- **garantizarán que, cuando dichas madres sean condenadas, en primer lugar, se considerará una sentencia de no reclusión;**
- establecerán y promoverán **medidas alternativas al internamiento** institucional para el tratamiento de dichas madres;
- establecerán **instituciones alternativas especiales para dichas madres;**
- garantizarán que no se impondrá una sentencia de muerte a dichas madres;
- garantizarán que el objetivo esencial del sistema penitenciario será la formación, la integración de la madre en la familia y la reinserción social<sup>25</sup> (énfasis añadido).

A su vez, en aras de profundizar en la aplicación de este artículo, el Comité Africano de Expertas y Expertos sobre Derechos y Bienestar de Niñas y Niños (cuyo nombre original en inglés es *African Committee of Experts on the Rights and Welfare of Children*)<sup>26</sup> aprobó en 2013 el primer Comentario General sobre los derechos de niñas y niños cuyos

<sup>24</sup> Cfr. Organización para la Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*, Organización para la Unidad Africana, Addis Abeba, Etiopía, 1990, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8025.pdf?view=1>

<sup>25</sup> *Ibidem*, Art. 30.

<sup>26</sup> <http://www.acerwc.org/acerwc-full-text/>

progenitores están encarcelados y son sus principales cuidadores. El objetivo principal de este comentario es fortalecer la comprensión del citado artículo 30 y proveer directrices claras sobre la legislación, las políticas y las prácticas necesarias para alcanzar su plena implementación.<sup>27</sup> El Comentario enuncia principios y disposiciones contenidas en otros instrumentos, por ejemplo, los derechos de las hijas e hijos con madres y padres encarcelados a no ser discriminados, así como la obligación de que las niñas y niños que viven en prisión con sus madres no sean tratados como reclusos. El Comentario aclara que el artículo 30 no abarca únicamente a las madres privadas de la libertad, sino a los padres u otros familiares de las niñas y niños que cumplan con la función de principal cuidador o cuidadora.<sup>28</sup> Este punto refuerza el uso del término Referente Significativo Encarcelado (RSE) y se ancla a un concepto más amplio de familia, no reducido a una interpretación tradicional y convencional. En segundo lugar, el artículo 30 abarca todas las fases del proceso, desde la detención hasta la excarcelación y se refiere a personas que son principales cuidadoras y que están sometidas a una medida cautelar en libertad o en prisión. Con respecto al ISN el Comité recomienda: i) que las autoridades consideren activamente la *aplicación de medidas alternativas* a la prisión preventiva y a la pena de prisión cuando la persona justiciable es un progenitor o la principal responsable de niñas y niños. También se aclara que tomar en cuenta el ISN no significa que sus madres y padres no puedan ser encarcelados; ii) *la decisión de que un niño o niña viva en prisión con su madre debe ser sometida a resolución judicial*. Los criterios a tomar en cuenta para esta decisión son las características individuales de la niña o niño –edad, sexo, nivel de madurez y calidad de la relación con su principal cuidadora o cuidador– y la existencia de alternativas de cuidado de calidad

<sup>27</sup> Cfr. UK Aid, Foundation for Human Rights Initiative y Penal Reform International, *A shared sentence. Children of imprisoned parents in Uganda*, Foundation for Human Rights Initiative, PRI, 2015, <https://www.penalreform.org/resource/a-shared-sentence-in-uganda/>, p. 7.

<sup>28</sup> Cfr. The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, *A short guide to General Comment No. 1 on Children of incarcerated and imprisoned parents and primary caregivers*, African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, PRI, Londres, Reino Unido, 2014, <https://www.penalreform.org/resource/a-shared-sentence-in-uganda/>

disponibles; iii) *el contacto entre la madre o el padre encarcelado y el NNA debe ser asegurado, siempre que sea en el interés de la niña o niño.*<sup>29</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado ampliamente sobre el interés superior del niño. Por ejemplo, en la sentencia *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México* se afirma:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.<sup>30</sup>

En la Opinión Consultiva 17/2002, la Corte Interamericana afirma que en virtud del ISN al cual alude la CDN (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) y de las medidas especiales de protección a las cuales tienen derecho niñas y niños (artículo 19 de la CADH), habrá que ponderar no sólo los requerimientos de medidas especiales, sino las "características particulares de la situación en la que se hallan (sic) el niño".<sup>31</sup>

El *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* vincula de manera contundente el ISN con la prisión, afirmando:

[...] Por otro lado, y también en función del interés superior del niño, las **autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el**

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>30</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niños y niñas, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana NO 5*, ColDH, Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, San José, Costa Rica, 2015, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009*, pp. 7-8.

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva...", *op. cit.*, párr. 61.

**empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad.**

La Comisión ha observado, por ejemplo, que en los hechos un alto porcentaje de las mujeres privadas de libertad que tienen niños a su cargo han sido detenidas por delitos no violentos, como el microtráfico de drogas<sup>32</sup> (énfasis añadido).

**Artículo 6. Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo**

En el artículo 6o. de la *Convención* se determina el deber del Estado de garantizar el desarrollo y la supervivencia de las niñas y los niños, partiendo de su derecho intrínseco a la vida. Este derecho está vinculado con el derecho a la salud, establecido en el artículo 24 de la *Convención*. De la enunciación de estos derechos se irradian ámbitos de acción que el Estado y los particulares, entre otros las madres y los padres, tutores y cuidadores, deben tomar en aras de garantizar la integridad, el desarrollo y la salud física, emocional y mental de las niñas y los niños.

En el derecho a la salud y al desarrollo, conjuntamente con otros como la educación y los vínculos familiares y con la comunidad, convergen cuestiones de fondo, relacionadas con el derecho penal y el sistema penitenciario, así como otras de carácter más inminente, como el suministro de servicios y bienes a la población interna y la calidad e higiene de las instalaciones. Ambas deben ser enfrentadas y cuestionadas a la luz del interés superior del niño. El abordaje debe ser, tal y como lo señala la *Convención*, integral: legislativo, presupuestario, judicial, administrativo y de políticas públicas. No es posible garantizar el derecho al desarrollo y la salud únicamente mediante el suministro de instalaciones y cuidados básicos, aunque esto representaría un avance para muchos centros penitenciarios mexicanos. Desde el marco legislativo y su implementación mediante resoluciones judiciales se debe cuestionar la pertinencia de recluir a madres únicas o principales cuidadoras de sus hijas e hijos, así como a mujeres embarazadas y lactantes.

<sup>32</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, CIDH, OEA, Washington D.C., Estados Unidos de América, 2013, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, p. 86.

## Artículo 9. Separación de padres y madres

La *Convención* reconoce y promueve el derecho de las niñas y los niños a no ser separados de sus padres y, si esta separación es fruto de una decisión del Estado, a mantener el vínculo, así como a ser debidamente informados y tomados en cuenta sobre las decisiones que conllevan la separación. El interés superior del niño debe prevalecer como principio para determinar si la separación es lo más idóneo para la niña o el niño. Lo anterior se vincula con la definición de familia como elemento fundamental de la sociedad y el derecho de niñas y niños a medidas de protección específica por su condición de menor.<sup>33</sup>

Aun así, tal y como lo aclara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la sola mención del ISN, sin probarlo, no puede fungir como razón para discriminar a las madres y padres a partir de argumentos estereotipados y prejuizados:

La Corte constata que la determinación del **interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia** de menores de edad se debe hacer a partir de la **evaluación de los comportamientos parentales específicos** y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, **no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.**

En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de

<sup>33</sup> Artículos 17 y 19 de la CADH; artículo 10 del PIDESC; artículos 23 y 24 del PIDCP, artículo 16, apartado 3 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos<sup>34</sup> (énfasis añadido).

Si bien la cita hace referencia a la orientación sexual de la madre, el mismo argumento puede ser utilizado en el caso de las mujeres privadas de la libertad. Para el tema de esta investigación, lo anterior significa que el hecho de que una persona esté privada de la libertad no puede ser el sustento para que se determine la separación de la niña o niño de la madre presa, mediante una mera invocación del ISN sin argumentación ni pruebas. A su vez, para la toma de decisión debe informarse y escucharse a la niña o niño que puede ser objeto de esta separación. Estas decisiones no se pueden basar únicamente en un supuesto legal rígido, por ejemplo, la edad máxima establecida por ley hasta la cual las niñas y niños pueden vivir en prisión con sus madres, pues de hacerlo así se contravendrían los principios básicos de la *Convención* de analizar el impacto de la separación desde una perspectiva integral y flexible, con una metodología de caso por caso.

30

Al respecto, en el párrafo 69 de la Observación General (OG) 14 se afirma:

Cuando los padres y otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar **caso por caso alternativas a la privación de la libertad**, teniendo plenamente en cuenta **los efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados**<sup>35</sup> (énfasis añadido).

El apartado 48 de las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*<sup>36</sup> refuerza este punto, subrayando la

<sup>34</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, p. 28.

<sup>35</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (comps.), *Observaciones Generales...*, op. cit., p. 271.

<sup>36</sup> Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, ONU, Nueva York, Estados Unidos de América, 2010, <https://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>

importancia de las medidas alternativas y de las condiciones de vida que deberían proporcionarse a las niñas y niños que viven en prisión con sus madres:

**48. 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**<sup>37</sup> (énfasis añadido).

## **Artículo 12. Derecho a ser escuchado en las decisiones que le afectan**

31

El texto completo del artículo 12 señala:

1. 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.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>38</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención sobre los derechos...*, op. cit., pp. 13-14.

La OG 12, de 2009, apunta:

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.<sup>39</sup>

Ahora bien, en la misma OG se aclara que el derecho a ser escuchado debe garantizarse en todos los asuntos que afectan a la niña o niño, entre otros aquéllos relacionados con la separación de sus madres y padres. Esto es clave para el ámbito penitenciario, pues uno de los temas cruciales que conciernen a la relación materno-filial en reclusión es si las niñas y los niños pueden vivir con sus madres en prisión y, en caso afirmativo hasta qué edad, así como bajo qué supuestos legislativos y prácticas se lleva a cabo la separación. Generalmente, en estas decisiones no se consulta a las niñas y los niños, incluso a veces no pasan siquiera por decisión judicial sino mediante un trámite administrativo llevado a cabo por los centros penales.

### **Artículo 18. Responsabilidad de padres y madres**

La *Convención* reconoce la responsabilidad primaria de padres, madres o representantes de las niñas y niños en cuanto a su desarrollo y crianza. Sin embargo, esto no exime al Estado de obligaciones. Al contrario, en el segundo párrafo del artículo 18 se afirma el deber del Estado de procurar que los responsables de las niñas y niños estén en condiciones de desempeñar sus funciones.

<sup>39</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (comps.), *Observaciones Generales...*, *op. cit.*, p. 203.

Generalmente, tanto las niñas y niños que viven con sus madres en prisión como los que viven afuera se desenvuelven en núcleos sumergidos en la pobreza y con enormes presiones sociales. Esto impacta negativamente en las posibilidades reales de proveer una crianza integral y sana para las niñas y los niños. Por ende, es deber del Estado observar todos los aspectos que influyen en el desempeño de las funciones de educación y desarrollo de las niñas y los niños por parte de sus familiares, y garantizar los derechos humanos de estos núcleos, para que a su vez puedan cumplir con sus deberes para con las niñas y niños. Estas reflexiones se vinculan al artículo 27 sobre el nivel de vida, que establece, en su párrafo tercero:

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.<sup>40</sup>

También la Corte Interamericana se ha pronunciado en este sentido:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.<sup>41</sup>

### **Artículo 19. Protección contra los malos tratos**

El artículo 19 establece:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger

<sup>40</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención sobre los derechos...*, op. cit., p. 21.

<sup>41</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva...", op. cit., párr. 66.

al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.<sup>42</sup>

La prisión, como otras instituciones sociales, por ejemplo, la familia, puede representar la mejor opción para niñas y niños pequeños que viven con sus madres. Bajo los cuidados de la figura materna pueden desarrollar las herramientas que les permitirán enfrentar la vida con seguridad y autoestima. Por las condiciones actuales de las cárceles mexicanas y el absoluto descuido, y por lo tanto violación, de sus derechos de parte del Estado, las niñas y niños que viven en prisión pueden ser víctimas de maltrato, explotación laboral e incluso sexual adentro de los centros, bajo el conocimiento no sólo de su madre y de las personas cercanas a ella, sino de las propias autoridades penitenciarias.<sup>43</sup> Este escenario, no obstante, no debe ser interpretado como una disyuntiva sobre la pertinencia, o no, de que haya niñas y niños viviendo en las prisiones. No se trata de sacar a las niñas y a los niños del "ambiente nocivo" de la cárcel para institucionalizarlos o enviarlos a vivir con familiares, sino de generar las condiciones para que no se deba pensar en una solución blanca o negra, por la cual el vínculo materno-infantil en prisión es inconciliable con otros derechos y viceversa.

Por otro lado, este artículo reviste una importancia mayúscula a la hora de determinar la salida de las niñas y los niños de la prisión; las autoridades correspondientes, antes de autorizar la salida de la niña o niño, deben cerciorarse de que éste será recibido por núcleos familiares o instituciones capaces de garantizar el cumplimiento de sus derechos y la preservación del vínculo con la madre, en el supuesto de que éste sea benéfico para la niña o el niño. Estas averiguaciones deben ponderarse frente al entorno carcelario y su relación afectiva con la

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>43</sup> *Cfr.* Castañer, Analia y Griesbach, Margarita (coords.), *Presos invisibles. Hijos e hijas de mujeres reclusas*, INACIPE, Ciudad de México, México, 2016.

madre, para establecer sin prejuicio cuál situación es mejor para el infante.

## REFLEXIONES EN TORNO A LA CONVENCION

La *Convención* y las *Observaciones Generales* sientan las bases para que el sistema de justicia en su conjunto asuma el interés superior del niño como pilar de su ordenamiento y funcionamiento en las decisiones que afectan directa e indirectamente a las niñas y a los niños. Sin embargo, respecto de la relación infancia-prisión, el énfasis está colocado en los NNA en conflicto con la ley. Los NNA con madres y padres encarcelados, en cambio, no terminan de alcanzar una visibilidad plena como sujetos de derecho con realidades y necesidades específicas que deben ser entendidas y abordadas cumpliendo con el marco de la CDN y con una metodología de caso por caso.

El Comité de los Derechos del Niño se ha expresado en relación a las niñas y niños que viven en prisión con sus madres en México en las *Observaciones Finales* dirigidas al país a raíz de los exámenes consolidados. En la *Observación Final CRC/C/MEX/CO/3*,<sup>44</sup> de 2006, se insta a que México "prevea y ponga en práctica un sistema alternativo y adecuado de tutela para las niñas y los niños sacados de la cárcel, que se supervisará periódicamente y permitirá a esos niños mantener relaciones personales y tener un contacto directo con el padre que siga en la cárcel".<sup>45</sup> La *Observación CRC/C/MEX/CO/4-5*<sup>46</sup> reafirma la necesidad, ya subrayada varias veces, de considerar "todas las posibles alternativas a las medidas y penas privativas de la libertad

<sup>44</sup> Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados en virtud del Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales, México*, 8 de junio de 2006, [https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx\\_resources\\_informe\\_crc\\_mexico.pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_informe_crc_mexico.pdf)

<sup>45</sup> *Ibidem*, 10.

<sup>46</sup> Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales sobre los exámenes periódicos Cuarto y Quinto consolidados de México*, 8 de junio de 2015, [https://www.unicef.org/mexico/spanish/CRC\\_C\\_MEX\\_CO\\_4-5.pdf](https://www.unicef.org/mexico/spanish/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf)

de la madre".<sup>47</sup> En la Observación se resalta la insuficiencia de medidas alternativas a la detención. También se hace hincapié en que la opinión de las niñas y niños no es escuchada de manera consistente en los procedimientos judiciales y administrativos.

Los instrumentos presentados a continuación están dirigidos específicamente a normar el espacio penitenciario bajo un enfoque de derechos humanos, y contribuyen a delinear con más claridad cómo aterrizar los derechos de las niñas y los niños que se ven envueltos en el entramado penal y penitenciario a raíz de una situación que concierne, en primer lugar, a sus madres y padres.

## REGLAS MANDELA

En 1995 se aprobaron las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, en el seno del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. En 2015 concluyó un proceso de cinco años de revisión de dichas Reglas, mismas que fueron renombradas *Reglas Mandela*.<sup>48</sup> El objetivo de esta sección es evidenciar las *Reglas* que se refieren específicamente a las niñas y niños con madres o padres encarcelados.

En los apartados de introducción a las *Reglas* se incluyen referencias a una serie de instrumentos también vinculados con la situación de las personas privadas de la libertad,<sup>49</sup> y se menciona "la necesidad

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>48</sup> Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)*, ONU, Ginebra, Suiza, 2015, [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ebook.pdf)

<sup>49</sup> Los *Procedimientos para la Aplicación Efectiva de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, el *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, los *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos*, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)* y los *Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal*. *Ibidem*, pp. 2-3.

de ejercer una vigilancia con respecto a la situación específica de los niños, los menores y las mujeres en la administración de justicia, en particular en situaciones de privación de libertad",<sup>50</sup> citando a su vez los instrumentos internacionales correspondientes.<sup>51</sup>

En la Regla 7 se determina que en el expediente de la persona privada de la libertad se consignará información en el momento del ingreso, incluyendo el nombre de sus hijas e hijos, la edad de éstos, el lugar donde se encuentran y el régimen de tutela o custodia. En la Regla 9 se establece que dicha información será confidencial.

Las Reglas 28 y 29 se refieren a la atención pre y post natal, así como a los servicios e instalaciones con las que deben contar los centros en caso de que las niñas y niños puedan vivir en prisión con sus madres:

#### *Regla 29*

1. Toda decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se basará en el interés superior del niño. Cuando los niños puedan permanecer con su madre o padre, se tomarán disposiciones para:

- a) facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre;
- b) 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.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>51</sup> Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, las *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)*, las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* y 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)*. *Idem*.

2. Los niños que vivan en el establecimiento penitenciario con su madre o padre nunca serán tratados como reclusos.<sup>52</sup>

En la Regla 45 se prohíbe el empleo del aislamiento (definido en la Regla 44 como el aislamiento con una duración mínima de 22 horas sin contacto humano apreciable) en el caso de mujeres con niñas y niños.

En el tercer apartado de la Regla 43 se establece que no se podrá prohibir el contacto con la familia como parte de las medidas disciplinarias. Esto desde luego debe leerse a partir del contacto con las niñas y niños que viven afuera, pero también como prohibición de expulsar provisoriamente a las niñas y niños que viven en prisión en aras de obtener que la mujer privada de la libertad cumpla una sanción que implica aislamiento.

La Regla 47 se refiere al uso de grilletes y otros instrumentos de coerción física. Contempla su uso en el caso de traslados, pero siempre bajo la condición de que sean removidos antes de la presentación de la persona interna ante una autoridad administrativa o judicial. El apartado 2 prohíbe expresamente el uso de medios de coerción en los casos de mujeres durante el parto o en el periodo inmediatamente posterior a éste.

Por último, en la Regla 60 se prohíben las revisiones a orificios corporales en los casos de niñas y niños.

## CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS SOMETIDAS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN

En este *Conjunto de Principios* se desarrollan contenidos presentes también en otros textos y entre los cuales cabe resaltar los siguientes. El número 5, por ejemplo, contiene el principio de no discriminación:

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 16.

Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en especial de las mujeres embarazadas y lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos y los impedidos, no se considerarán discriminatorias.<sup>53</sup>

En el Principio 16 se contemplan derechos de las personas detenidas, subrayando los derechos de las personas extranjeras, los menores de edad y las personas incapaces de entender. Falta incluir una referencia a las mujeres embarazadas y a las mujeres lactantes o que son detenidas con sus hijas e hijos, para proveer orientación sobre cómo actuar en esos casos de una manera congruente con el interés superior del niño y los derechos sexuales y reproductivos.

En el Principio 20 se retoma un derecho clave: la detención en un centro cercano al domicilio. Este derecho también está incluido en las *Reglas Mandela* y en las *Reglas de Bangkok* y es especialmente relevante en el caso de las mujeres, por su rol como principales o únicas cuidadoras de sus hijas e hijos, así como por las situaciones de abandono que sufren de manera desproporcionada frente a los hombres privados de la libertad.

El Principio 31 visibiliza la responsabilidad de las autoridades competentes de prestar asistencia a los familiares de las personas privadas de la libertad que estén a cargo de éstas, en particular los menores y, entre ellos, los que hayan quedado privados de supervisión.

## REGLAS DE TOKIO

Las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*<sup>54</sup> no mencionan en ningún momento

<sup>53</sup> Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de prevención del delito y justicia penal*, ONU, Nueva York, Estados Unidos de América, 2007, p. 31.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 119-129.

a los NNA con madres y padres encarcelados. Esta falta es indicativa de las concepciones que permean el derecho penal y su aplicación. En diversas disposiciones de las *Reglas* se menciona la trinidad que conforma la relación delito-castigo: el delincuente (presunto o sancionado); la sociedad (entendida como el conjunto de personas que deben ser protegidas del delincuente) y la víctima. Veamos algunos ejemplos:

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 prevención del delito.<sup>55</sup>

Y más adelante:

3.2 La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.<sup>56</sup>

Los NNA que están bajo el cuidado de la persona llamada "delincuente" en las *Reglas de Tokio* no son asumidos como una de las partes. Esto emana de dos consideraciones tradicionales principales. La primera tiene que ver con la concepción de la persona en conflicto con la ley como sujeto individual y como único receptor de la pena. Sabemos, en cambio, que la pena de prisión contiene elementos de trascendencia y que una visión más amplia del derecho, apegada a la CDN nos obligaría a tomarla en cuenta. Por otro lado, las hijas e hijos de las personas procesadas o condenadas por un delito son vistos como responsabilidad de sus madres y padres y, por lo tanto, se considera que las afectaciones derivadas de la pena privativa de la libertad deben ser atribuidas a aquéllos, y no al Estado.

Esta forma de pensar está en contradicción con la *Convención sobre los Derechos del Niño*, la cual es muy clara en determinar al Estado

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 120.

como un sujeto responsable de las afectaciones que conciernen directa o indirectamente a las niñas y a los niños, especialmente en relación a decisiones administrativas o judiciales.

## REGLAS DE BANGKOK

Las *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes* fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2010 y son conocidas como *Reglas de Bangkok*<sup>57</sup> (*Reglas* o *RdB*, de aquí en adelante). Marcan sin duda un hito, puesto que visibilizan una problemática tradicionalmente ignorada: las realidades y situaciones específicas de las mujeres privadas de la libertad.

En el preámbulo de las *Reglas* se exponen las razones por las cuales se reconoció la necesidad de un instrumento que abordara de manera específica las condiciones de encarcelamiento de las mujeres:

*Considerando* que las reclusas son uno de los **grupos vulnerables** que tienen **necesidades y requisitos específicos**,

*Consciente* de que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino, mientras que el **número de reclusas ha aumentado considerablemente** a lo largo de los años,

*Reconociendo* que cierto número de mujeres delinquentes **no plantean un riesgo** para la sociedad y que, como ocurre en el caso de todos los delinquentes, su **encarcelamiento puede dificultar su reinserción social**<sup>58</sup> [...] (énfasis añadido).

La maternidad es un tema recurrente en las *Reglas* y objeto de numerosas disposiciones, algunas dirigidas también a los hombres,

<sup>57</sup> Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusos...*, *op. cit.*

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

especialmente las que se refieren a las responsabilidades maternas y paternas, a los procedimientos de registro personal y algunos servicios médicos.

En la Regla 2, enfocada en los procedimientos de ingreso, se establece:

[...] 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 período razonable, en función del interés superior de los niños**<sup>59</sup> (énfasis añadido).

La Regla 3, relativa al ingreso y aplicable también a los hombres internos, retoma el requerimiento de consignar información acerca del número de hijas e hijos e información personal sobre ellos, ya mencionado en las *Reglas Mandela*.

La Regla 4 es especialmente relevante para el caso de México, puesto que es violada de manera sistemática cuando se trata de delitos del fuero federal:

En la medida de lo posible, las reclusas serán enviadas a centros de reclusión cercanos a su hogar o sus centros de rehabilitación social, teniendo presentes sus **responsabilidades de cuidado de otras personas**, así como **sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados**<sup>60</sup> (énfasis añadido).

En la Regla 5 se subraya la importancia de contar con 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 período de lactancia y menstruación".<sup>61</sup>

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> *Idem*.

En la Regla 9 se contempla el derecho de las niñas y niños que acompañan a su madre a ser sometidos a una revisión médica, preferentemente, por un pediatra.

Con respecto a los registros personales (Reglas 19, 20 y 21) se establece que en las revisiones a las niñas y niños que viven en prisión con sus madres y a los que acuden de visita deberá procederse de manera competente, profesional y respetuosa de su dignidad (Regla 21). Si bien no se disponen medidas más específicas, esta Regla debe ser aplicada en consonancia con la Regla 60 de las *Reglas de Mandela* y con las Reglas 19 y 20 de las *Reglas de Bangkok*, que se refieren a la adopción de métodos de revisión alternos a los registros sin ropa y corporales invasivos.

La Regla 22 retoma la prohibición de aplicar sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, en periodo de lactancia o con hijas e hijos; la Regla 23 determina que "las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares";<sup>62</sup> finalmente, la Regla 24 expresa la prohibición contenida en la Regla 47 de las *Reglas de Mandela* sobre el uso de medios de coerción en los casos de mujeres en situación de parto.

La Regla 28 concierne a la visita de niñas y niños a sus madres:

Las visitas en que se lleven a niños 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. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos.<sup>63</sup>

Esta disposición debe entenderse en función de las niñas y niños que viven afuera de la prisión y que acuden a los centros a visitar a su madre o padre u otro RSE.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 15.

El apartado 3 de la Regla 33 indica los requerimientos de capacitación del personal penitenciario cuando haya niñas y niños que viven con sus madres. Ésta debe incluir sensibilización y nociones básicas sobre la atención de la salud de las niñas y niños en caso de emergencia, así como conocimiento acerca de las necesidades de desarrollo de la infancia.

La segunda sección de las *Reglas* se refiere a categorías especiales, de las cuales la primera es la de reclusas condenadas. La Regla 41 enuncia qué factores deben tomarse para efectuar una clasificación que incorpore las condiciones de las mujeres, a saber:

a) Tener en cuenta que las reclusas plantean un menor riesgo para los demás en general, así como los efectos particularmente nocivos que pueden tener las medidas de alta seguridad y los grados más estrictos de aislamiento en las reclusas;

**b) Posibilitar que a efectos de la distribución de las reclusas y la planificación del cumplimiento de su condena se tenga presente información fundamental sobre sus antecedentes**, como las situaciones de violencia que hayan sufrido, su posible historial de inestabilidad mental y de uso indebido de drogas, **así como sus responsabilidades maternas y de otra índole relativas al cuidado de los niños**;

c) Velar por que en el régimen de cumplimiento de condena de las reclusas se incluyan programas y servicios de rehabilitación que satisfagan las necesidades propias de su género;

d) Velar por que se albergue a las reclusas que requieran atención de salud mental en recintos no restrictivos y cuyo régimen de seguridad sea lo menos estricto posible, así como por que reciban tratamiento adecuado en lugar de asignarlas a centros cuyas normas de seguridad sean más rigurosas por la exclusiva razón de tener problemas de salud mental<sup>64</sup> (énfasis añadido).

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 17.

Ahora bien, esta Regla debe entenderse pensando en las niñas y niños que permanecen afuera como en los que viven adentro con sus madres. La clasificación de las internas y la distribución en los centros no deberá basarse en criterios supuestamente neutrales como el tipo de delito, su fuero y gravedad, sino en cuestiones íntimamente ligadas a la historia de vida de la mujer y a los posibles efectos trascendentes de la pena. La cercanía al domicilio es determinante para que la niña o el niño pueda desarrollar vínculos con los familiares que, cuando tenga que salir de la prisión de manera momentánea o definitiva, se harán cargo de ella o de él. Eso incluye los lazos con las hermanas y hermanos que permanecen afuera. En el mismo tenor, la cercanía al domicilio permite que la separación de la niña o del niño y la madre una vez cumplido el tiempo permitido para que viva con ella en prisión no se traduzca en una ruptura incluso irreversible. Por ello, a la hora de evaluar los criterios de clasificación, el interés superior del niño debe prevalecer, tanto en el supuesto de las niñas y niños que viven afuera como de los que viven en la cárcel. Esto desde luego no es un derecho exclusivo de las hijas e hijos de las *mujeres* privadas de la libertad, sino de todos los NNA con madres y padres encarcelados.

La Regla 42 se refiere al régimen penitenciario y al derecho de las internas de contar con una amplia gama de actividades. Éstas, sin embargo, deberán ser gestionadas con cierta flexibilidad en el caso de las mujeres embarazadas, lactantes y con hijas e hijos. Las mujeres en prisión deberán tener acceso a servicios para el cuidado de sus hijas e hijos en las prisiones para poder participar en las actividades laborales y educativas. Asimismo, se promueve el establecimiento de programas apropiados para las mujeres pertenecientes a estas categorías.

El apartado 3 de la categoría "reclusas condenadas" está enfocado en las mujeres embarazadas, lactantes y con hijas e hijos en la cárcel.

#### *Regla 48*

1. Las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará

y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales.

2. No se impedirá que las reclusas amamanten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello.

3. En los programas de tratamiento se tendrán en cuenta las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión.<sup>65</sup>

A manera de síntesis, en esta Regla se contempla el derecho a i) alimentación idónea, suficiente y saludable para las mujeres y sus bebés; ii) a la actividad física; y iii) a amamantar.

#### *Regla 49*

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.<sup>66</sup>

Al igual que en las *Reglas de Mandela*, el principio rector para determinar si la niña o el niño puede permanecer con la madre en prisión es el interés superior del niño (ISN). Las Reglas siguientes están enfocadas en promover la relación materno-filial y, al mismo tiempo, garantizar condiciones de estancia dignas para las niñas y niños y que promuevan su desarrollo en consonancia con la CDN.

#### *Regla 50*

Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>66</sup> *Idem*.

### Regla 51

1. Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad.

2. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios.<sup>67</sup>

Debe hacerse hincapié en que las *Reglas* enfatizan en las condiciones carcelarias y no instan a que las niñas y niños tengan acceso a los servicios en el exterior de la prisión. Esto, por un lado, es entendible por el ámbito de aplicación de las *Reglas* y también porque, dadas las carencias de todo tipo en las que se suelen encontrar las cárceles, desde las instalaciones hasta los recursos humanos, un primer paso es garantizar condiciones dignas adentro de los centros, para que las niñas y los niños se desenvuelvan en un ambiente lo menos afectado por las complejidades de las dinámicas carcelarias y lo más cercano a condiciones externas. Aun así, se percibe la ausencia de disposiciones orientadas a desencarcelar a las niñas y niños independientemente de la condición de la madre, por ejemplo, teniendo acceso a escuelas, servicios médicos y actividades de esparcimiento en el exterior del recinto penitenciario.

### Regla 52

1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente.

2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 19.

disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares.

3. En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público.<sup>68</sup>

Como se desprende del apartado 1, las disposiciones legislativas respecto de la edad máxima para la estancia de las niñas y los niños con la madre en la cárcel deben ser interpretadas en función del interés superior del niño. Esto es relevante para el caso de México: la *Ley Nacional de Ejecución Penal* prevé un límite de tres años,<sup>69</sup> sin embargo, esto no implica que todas las mujeres privadas de la libertad tendrán un arreglo seguro para sus hijas e hijos en el exterior una vez que éstos alcancen la edad legal para su salida. Por ende, si bien el marco legal contribuye a orientar a las personas privadas de la libertad y a los diversos agentes estatales, éste debe ser discutido caso por caso y con apego al interés superior del niño. En marzo de 2017, la Primera Sala de la SCJN se pronunció sobre el caso de una mujer privada de la libertad en Puebla, cuya hija ya no fue autorizada a residir con la madre los fines de semana a partir de que cumplió tres años. En el capítulo IV se analiza a fondo la resolución de la Corte; huelga anticipar aquí que, si bien la Primer Sala no invalidó la existencia de un límite de edad en el marco regulatorio para la estancia de niñas y niños en prisión con sus madres, demostró que éste no puede fungir como el único criterio para determinar la salida de una niña o niño de la cárcel, y que la separación no puede darse de manera abrupta. Dicha resolución retoma el sentido de la CDN en relación a niñas y niños que viven en prisión con sus madres, en particular los artículos 6, 9, 12, 18, 19 y 20.

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Nacional...*, *op. cit.*, arts. 10 y 36.

Los apartados 2 y 3 del artículo 10 de la LNEP también tocan puntos trascendentes y que, generalmente, son poco respetados en México. La salida de la prisión suele darse de manera abrupta; asimismo, suele ser concebida como una fase de la relación materno-filial, es decir, un momento particular de una relación afectiva entre dos individuos, uno de los cuales –la mujer privada de la libertad– es responsable del otro y no como una responsabilidad del Estado. Los diversos agentes estatales no suelen intervenir, más que, en dado caso, como gestores de la salida, pero no como garantes del interés superior del niño, de la preservación del lazo materno-filial y de la salud mental de la madre. No suele cumplirse con el apartado 2 de la Regla antes citada, ya que una vez cumplida la edad marcada por ley se procede a sacar a la niña o niño sin una revisión minuciosa de que las condiciones en las que va a vivir en el exterior sean efectivamente las más idóneas para su bienestar, seguridad y desarrollo. Esto contraviene también las disposiciones de la CDN.

El apartado 2 de la Regla 53 se refiere a la expulsión de una niña o niño que viva con una reclusa extranjera no residente, sugiriendo que éste sea reubicado en su país de origen, siempre teniendo en cuenta su interés superior y en consulta con la madre.

Por último, cabe citar las Reglas 61 y 64, ya que ambas hacen referencia a criterios de género que debieran considerarse para la imposición de una sanción penal en la fase procesal y de condena:

#### *Regla 61*

**Al condenar a los 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 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** (énfasis añadido).<sup>70</sup>

Las responsabilidades de cuidado asociadas a la maternidad y los derechos reproductivos de las mujeres, en particular en relación al embarazo, parto y puerperio son algunos de los puntos que más se retoman en las *Reglas de Bangkok*, puesto que definen, en buena medida, la experiencia particular del encarcelamiento para las mujeres. Estas medidas de protección y atención a los derechos de las mujeres madres y embarazadas, así como al interés superior del niño, se enmarca, como ya lo hemos visto, en el *corpus juri* internacional sobre derechos humanos. El artículo 12, apartado 2, de la CEDAW establece que "[...] los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia". El artículo 10, apartado 3, del PIDESC reconoce el derecho a protección especial para las mujeres madres antes y después del parto. Asimismo, el artículo 25 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales.

#### PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS

Este cuerpo de principios fue aprobado en 2008 y pertenece al sistema americano de protección de los derechos humanos. En el texto se entiende por "privación de la libertad":

<sup>70</sup> Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas...*, op. cit., p. 21.

**Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona**, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, **ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa** o cualquier otra autoridad, **ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria.** [...] (énfasis añadido).<sup>71</sup>

Las niñas y niños que viven en prisión con sus madres responden a esta definición, ya que se encuentran *de facto* bajo el control de las autoridades administrativas que dirigen las cárceles. Asimismo, no disponen de la libertad ambulatoria, no porque el Estado oficialmente les prive de ella, sino porque, al no proveerles con las instalaciones y los medios para vivir al mismo tiempo con sus madres y en contacto estable con el mundo exterior –por ejemplo, acudiendo a una guardería fuera de los centros o llevándolos periódicamente a realizar actividades deportivas y de esparcimiento– los mantiene privados de la libertad.

Por lo anterior, todas las disposiciones previstas en este documento son pertinentes para el grupo estudiado. En cuanto a referencias específicas de las niñas y niños en prisión con sus madres, cabe mencionar las siguientes. En el Principio X, "Salud" se recogen los derechos de las mujeres y niñas privadas de la libertad a una atención médica especializada y que responda a sus necesidades en materia de salud reproductiva. También se reconoce el derecho de las niñas y niños a que, en caso de nacer adentro de un centro penitenciario, esto no se registre en el acta de nacimiento.

En el último párrafo se establece:

Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros

<sup>71</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, CIDH, Washington D.C., Estados Unidos de América, 2008, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

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.<sup>72</sup>

En el Principio XI, "Albergue" se afirma que las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades específicas de las niñas y niños, entre otras categorías especiales.

El Principio XXII prohíbe el aislamiento de las mujeres embarazadas y de las madres que conviven con sus hijas e hijos en los centros penitenciarios.

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 10.

DISPOSICIONES LEGISLATIVAS MEXICANAS  
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS  
DE LA NIÑEZ Y PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

**D**ado el marco internacional, esta sección se ocupa de describir y analizar la legislación vigente nacional en el tema que nos interesa en esta investigación. Los derechos de niñas y niños están enunciados y garantizados en el texto constitucional, en leyes específicas, en la ya citada *Ley Nacional de Ejecución Penal* y en las sentencias de la Suprema Corte. En este capítulo me enfoco únicamente en los textos legislativos; las resoluciones judiciales, en cambio, son estudiadas en el capítulo cuarto.

## CONSTITUCIÓN

Los derechos de las personas privadas de la libertad, por un lado, y de niñas y niños, por el otro, son explicitados en artículos específicos de la *Constitución*, analizados a continuación. Su pleno ejercicio y cumplimiento, así como las condiciones para su pleno desarrollo y exigibilidad, se concretan, además, bajo el marco del artículo 1o., en el cual se establece:

**Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.<sup>73</sup>

En materia penitenciaria los derechos humanos son un elemento a menudo polémico, como si su implementación entrara en conflicto con la esencia misma de las prisiones y las condiciones de su funcionamiento. Si bien pocas personas saldrían a defender la tortura como

<sup>73</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> /, Art. 1o.

método de investigación o la corrupción, el auto-gobierno y la violencia como técnicas de control penitenciario, en la práctica existen como procedimientos y estructuras de disciplina. La incorporación de los derechos humanos en el discurso puede, paradójicamente, diluir la transparencia sobre las violaciones a los mismos. Por ello, el contenido consagrado en este artículo no debe convertirse en una reproducción formal, oral o escrita, de tratados y disposiciones, sino en una herramienta explotada en su plenitud, en un ejercicio que impulsa y sostiene un cambio cultural sobre qué entendemos por justicia y cómo la experimentamos.

### INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En el Artículo 4o. constitucional se consagra el interés superior de la niñez:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.<sup>74</sup>

El texto constitucional reproduce de manera fiel las disposiciones de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, reafirmando el principio del interés superior de la niñez en todas las decisiones del Estado. Si bien luego se acota la aplicación de este principio a las políticas públicas dirigidas a la niñez, ya hemos visto cómo la OG 5 explica

<sup>74</sup> *Ibidem*, Art. 4o.

que el ISN debe ser utilizado como derecho, principio y norma de procedimiento incluso en las decisiones y acciones que conciernen a las niñas y los niños *indirectamente*.

#### CERCANÍA AL DOMICILIO

Para el tema estudiado, debemos relacionar el ISN con el artículo 18 constitucional, rector del sistema penitenciario. Este artículo no contiene ninguna mención directa a los NNA de adultos o adolescentes privados de la libertad, sin embargo, retoma, el derecho a la cercanía del domicilio:

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.<sup>75</sup>

56

El artículo se refiere únicamente a las personas sentenciadas, privando de este derecho o, por lo menos, no garantizándolo a las personas en prisión preventiva. Además, la especificación "en los casos y condiciones que establezca la ley" otorga al legislador la facultad de limitar o circunscribir este derecho.<sup>76</sup>

Al respecto, en 2012 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una jurisprudencia al resolver doce amparos en revisión. Los peticionarios eran internos que habían sido trasladados de una cárcel estatal en Zacatecas a un Centro Federal de Readaptación Social (CEFERESO) en Veracruz. La SCJN otorgó el amparo, reafirmando

<sup>75</sup> *Ibidem*, Art. 18.

<sup>76</sup> Cfr. Hernández Chong Cuy, María Amparo, "El derecho humano a cumplir las penas de prisión en un lugar cercano al domicilio", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/33/07%20MARIA%20AMPARO%20HERNANDEZ%20CHONG%20CUY.pdf>, pp103-120

el derecho de la cercanía al domicilio "a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social".<sup>77</sup>

La excepción por delincuencia organizada, que se sostiene con la jurisprudencia de la Corte, se encuentra reforzada en el apartado siguiente del texto constitucional:

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. **Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor**, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley<sup>78</sup> (énfasis añadido).

La restricción de las comunicaciones no afecta únicamente a la persona privada de la libertad, sino a los NNA que mantienen un vínculo con ella. Es evidente que la *Constitución*, en las restricciones aplicadas cuando se trata de delitos de delincuencia organizada no está permeada por un análisis fundamentado en el interés superior del niño (ISN) como principio primordial; al contrario, conlleva el potencial para su violación. Esto se percibe también a la hora de averiguar los criterios de clasificación, en especial la separación de categorías, ilustrada en el siguiente punto.

## CLASIFICACIÓN

El ya citado artículo 18 establece los criterios de clasificación penitenciaria: i) por situación procesal; ii) por edad; iii) por sexo y iv) por tipo de delito, cuando se trata de delincuencia organizada, tanto en fase

<sup>77</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Clasificación Penitenciaria. Pronunciamento*, CNDH, Ciudad de México, México, 2016, p. 10.

<sup>78</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Constitución Política...*, *op. cit.*, art. 18.

preventiva como de condena. Con respecto al primer punto, se afirma que los sitios para las personas procesadas estarán totalmente separados de aquéllos para personas sentenciadas. Las y los adolescentes serán procesados y juzgados por el sistema integral de justicia para adolescentes y, en caso de ser internadas o internados, serán ubicadas y ubicados en instalaciones distintas de los centros de reinserción para adultos. Asimismo, se establece que "las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres".<sup>79</sup> Esto lleva a una primera contradicción en desventaja de las mujeres, puesto que se establece la separación por sexo sólo en el caso de mujeres sentenciadas, no así de las procesadas. Como veremos en unas páginas, esta redacción se repite en la LNEP. Asimismo, en el capítulo 2 tendremos oportunidad de revisar con más detenimiento la importancia de que las mujeres vivan en cárceles totalmente separadas de las instalaciones que albergan a población masculina y, a su vez, que las mujeres madres que viven con sus hijas e hijos sean ubicadas en instalaciones *ad hoc* con características especiales, para reducir al máximo el contacto de las niñas y niños con la dimensión carcelaria. Como se señala en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Centro Penitenciario de la Región Andina Vs. Venezuela*:

[...] La Corte considera oportuno enfatizar **la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres privadas de libertad embarazadas y en lactancia durante su detención**. Asimismo, es deber del Estado proteger a las mujeres contra toda forma de discriminación y violencia, más aún cuando se encuentran bajo la custodia estatal, razón por la cual **deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas por personal femenino**<sup>80</sup> (énfasis añadido).

Los NNA con madres y padres encarcelados no son mencionados específicamente en el texto constitucional. Las disposiciones que

<sup>79</sup> *Idem*.

<sup>80</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Solicitud de medidas provisionales respecto de Venezuela. Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina*, 6 de septiembre de 2012, [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/andina\\_se\\_01.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/andina_se_01.pdf), pp. 9-10.

regulan su vida en prisión y el contacto con el sistema penitenciario en el caso de los que viven afuera se encuentran plasmadas en los dos textos analizados a continuación: la *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*<sup>81</sup> (LGDNNA, de aquí en adelante) y la *Ley Nacional de Ejecución Penal*<sup>82</sup> (LNEP, de aquí en adelante).

## LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

La LGDNNA reconoce a los NNA como sujetos de derechos y retoma numerosos principios de la CDN: el ISN como derecho primordial que deberá, por ende, prevalecer en caso de que exista más de una interpretación; la participación de los NNA en los casos que los afecten; y el abordaje integral para garantizar el ISN a través de medidas legales, administrativas, estructurales y presupuestales, entre otras.

Rebasa los fines de este trabajo realizar una revisión integral de la ley; únicamente se mencionan los artículos que tienen una referencia inmediata, directa o indirecta, con el sujeto estudiado. Por ejemplo, en el artículo 18 se establece:

En todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez. Dichas autoridades elaborarán los mecanismos necesarios para garantizar este principio.<sup>83</sup>

El capítulo IV "Del Derecho a vivir en Familia" se reconoce el derecho de los NNA a no ser separados de los adultos significativos

<sup>81</sup> Cfr. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, *Diario Oficial de la Federación*, México, 4 de diciembre de 2014, [http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/lib\\_LeyGralCuidadolInfantil.pdf](http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/lib_LeyGralCuidadolInfantil.pdf)

<sup>82</sup> Cfr. Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Nacional...*, *op. cit.*

<sup>83</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General de los Derechos de Niñas...*, *op. cit.*, Art. 18.

encargados de sus cuidados y, en caso de separación, el derecho a convivir y mantener relaciones y el contacto directo con sus familiares. Estos derechos pueden ser limitados o modificados sólo cuando medie una resolución de la autoridad competente y siempre que se persiga el ISN. Asimismo, los NNA tienen el derecho a que su opinión sea tomada en cuenta en el proceso de toma de decisión sobre la separación. Con respecto a las niñas y niños vinculados a personas privadas de la libertad, se afirma:

Asimismo, niñas, niños y adolescentes tienen derecho a convivir con sus familiares cuando éstos se encuentren privados de su libertad. Las autoridades competentes en materia jurisdiccional y penitenciaria deberán garantizar este derecho y establecer las condiciones necesarias para que esta convivencia se realice en forma adecuada, conforme a las disposiciones aplicables. Este derecho sólo podrá ser restringido por resolución del órgano jurisdiccional competente, siempre y cuando no sea contrario a su interés superior.<sup>84</sup>

En el artículo 122 se determina el deber de las Procuradurías de prestar asesoría e intervenir oficiosamente en todos los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en que participen niñas, niños y adolescentes. Asimismo, se determina la obligación de las Procuradurías de supervisar la implementación de las medidas especiales de protección de los NNA que hayan sido separados de sus familiares. Estas obligaciones están directamente relacionadas con las niñas y niños que pasan de vivir en prisión con sus madres a vivir en el exterior de manera temporal o permanente.

## LEY NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL

La LNEP fue aprobada en junio de 2016, en el marco de la culminación de la transición del sistema inquisitorio al sistema acusatorio. Con

<sup>84</sup> *Ibidem*, Art. 23.

este dispositivo, cuya aprobación quedaba pendiente desde 2011, se complementa la reforma al artículo 21 incluida en la reforma constitucional de 2008. Dicho artículo afirma, en su párrafo tercero:

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.<sup>85</sup>

Como lo explica la magistrada Hernández Chong Cuy,<sup>86</sup> con la reforma al Artículo 21 se subraya que la etapa de ejecución penal forma parte del proceso penal; asuntos como los traslados o el otorgamiento de reductivos de la pena ya no son prerrogativas de las autoridades administrativas sino de los organismos judiciales. De esta manera, se transita de una concepción organizacional del sistema penitenciario, es decir, de gestión de personas,<sup>87</sup> a un sistema de pleno reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas privadas de la libertad. En palabras de Hernández Chong Cuy:

Poco a poco, el derecho constitucional penitenciario se fue transformando de ser un derecho organizacional, en el sentido de repartir competencias entre Federación y Estados, y en el sentido de fijar las bases para la organización de las prisiones, a un derecho constitucional de orden dogmático, en el sentido de que establece, contiene y afirma derechos humanos o fundamentales tutelados en esa propia sede a favor de los sentenciados. Esto es, pasa de ser un derecho constitucional meramente organizacional, a un derecho constitucional de derechos, que garantiza a todo sentenciado condiciones mínimas y exigibles respecto a la forma en que habrá de compurgar su pena de prisión.<sup>88</sup>

Con la *Ley Nacional de Ejecución Penal* se plasma el sentido de la reforma constitucional y se rebasa otro límite conceptual y fáctico: el

<sup>85</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Constitución Política...*, *op. cit.*, art. 21.

<sup>86</sup> Cfr. Hernández Chong Cuy, María Amparo, "El derecho humano...", *op. cit.*

<sup>87</sup> Cfr. Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Séptima reimpresión, Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.

<sup>88</sup> Hernández Chong Cuy, María Amparo, "El derecho humano...", *op. cit.*, pp. 105-106.

de la prisión preventiva. Como emana de algunas redacciones de la *Constitución* (revítese el Artículo 18) el énfasis está puesto en las personas sentenciadas. La ley previa a la LNEP tenía un nombre difícilmente confundible en ese sentido: *Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados*. La LNEP, en cambio, abarca el sistema penitenciario nacional en la fase de prisión preventiva y de ejecución de una pena condenatoria. Aun así, permanece cierto legado de la visión anterior: al igual que el artículo 18 constitucional, el artículo 5 de la LNEP contempla la separación de las mujeres y los hombres únicamente cuando se trata de mujeres sentenciadas.

Este ordenamiento legislativo enuncia en diversos artículos los derechos de las niñas y niños que viven en prisión con sus madres. El artículo 10, "Derechos de las mujeres privadas de la libertad en un Centro Penitenciario" establece los siguientes derechos específicos de las mujeres. Reproduzco los que hacen mención de sus hijas e hijos.

### 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, (sic) 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.

La Autoridad Penitenciaria coadyuvará con las autoridades correspondientes, en el ámbito de su competencia, para proporcionar las **condiciones de vida que garanticen el sano desarrollo de niñas y niños**.

Para los efectos de las fracciones I y IV de este artículo, **las mujeres en reclusión podrán conservar la custodia de sus hijas e hijos en el interior de los Centros Penitenciarios. La Autoridad Penitenciaria, atendiendo el interés superior de la niñez, deberá emitir el dictamen correspondiente.**

Si la **hija o el hijo tuviera una discapacidad, se podrá solicitar a la Autoridad Penitenciaria la ampliación del plazo de estancia al cuidado de la madre**. En todo caso, se resolverá ponderando el interés superior de la niñez.

En el supuesto de que la madre no deseara conservar la custodia de sus hijas e hijos, estos serán entregados a la institución de asistencia social competente, en un término no mayor a veinticuatro horas, en donde se harán los trámites correspondientes, de acuerdo con la legislación aplicable.

La Autoridad Penitenciaria deberá garantizar que en los Centros Penitenciarios para mujeres haya **espacios adecuados para el desarrollo integral de los hijas o hijos** (sic) de las mujeres privadas de su libertad, o en su defecto, para el esparcimiento del niño o niña en las visitas a su madre.

En el supuesto en el que las Autoridades determinen el **traslado de una mujer embarazada o cuyos** (sic) **hijas o hijos vivan en el Centro Penitenciario con ella, se garantizará en todo momento el interés superior de la niñez.**

Las disposiciones aplicables preverán 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**<sup>89</sup> (énfasis añadido).

Además de lo previsto en el artículo 10, la ley retoma en otros momentos los derechos de las mujeres en prisión. El artículo 36 se refiere específicamente a las "Mujeres privadas de la libertad con hijos e hijas":

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 de no contar con las instalaciones o con personal médico y que la condición de salud de la mujer o del producto de la concepción requieran de atención, ésta se garantizará en instituciones públicas del Sector Salud.

**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.**

<sup>89</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Nacional...*, op. cit., art. 10.

**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.**

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.**

II. 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.

III. 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.

IV. 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.

**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.**

Los Centros habilitarán servicios o se adoptarán disposiciones para el cuidado de las niñas y niños, a fin de que las mujeres privadas de la libertad puedan participar en actividades de reinserción social apropiadas para las embarazadas, las madres lactantes y las que tienen hijas o hijos.

En el supuesto de que la madre no deseara conservar la custodia de su hija e hijo y a petición de ella se facilitará la comunicación con el exterior para que se ponga en contacto con la familia de origen y se hará del 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.

Las sanciones disciplinarias que se adopten a mujeres embarazadas y de quienes hayan obtenido la autorización de permanencia de su hija o hijo, deberán tener en cuenta en todo momento su condición, así como sus obligaciones como madre. **No podrá figurar la prohibición del contacto con sus familiares especialmente con sus hijas o hijos. Sólo se podrán restringir los medios de contacto familiar por un período limitado y en la estricta medida en que lo exija el mantenimiento de la seguridad y el orden.**

**No podrán aplicarse sanciones de aislamiento a las mujeres embarazadas, a las mujeres en período de lactancia o las que convivan con hijas o hijos.**

No se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén en término o durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

El personal penitenciario deberá proceder de manera competente, profesional y respetuosa al realizar actos de revisión donde se encuentren niñas y niños.

**Las visitas en que participen niñas, niños y adolescentes, 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.

El Centro Penitenciario, en el protocolo correspondiente, establecerá 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.

Lo anterior, no implica la pérdida de la guardia y custodia de la madre privada de la libertad, ni el egreso definitivo del Centro<sup>90</sup> (énfasis añadido).

En el Capítulo V relativo a traslados se establece que las personas deberán cumplir la resolución judicial en los centros más cercanos a su domicilio y se contempla la posibilidad del traslado voluntario, es decir, solicitado por la persona sentenciada. El artículo 53 "Traslado forzoso de madres privadas de la libertad" establece lo siguiente:

Queda prohibido el traslado forzoso de mujeres embarazadas o de las mujeres privadas de la libertad cuyas hijas o hijos vivan con ellas en el Centro Penitenciario. Si la mujer privada de la libertad solicitase el traslado, se atenderá al interés superior de la niñez.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> *Ibidem*, Art. 36.

<sup>91</sup> *Ibidem*, Art. 53.

En el artículo 59, "Régimen de visita", se incluyen referencias específicas a las mujeres basadas en las *Reglas de Bangkok*, por ejemplo: i) disposiciones reglamentarias flexibles que alienten y faciliten las visitas familiares; ii) que en ningún caso se condicione el derecho a la visita íntima de las mujeres en prisión al uso obligatorio de métodos anticonceptivos; iii) la prohibición de que las niñas, niños y adolescentes acompañen a sus padres en la visita íntima.

Como medida disciplinaria se incluye el aislamiento temporal. En el artículo 43 se retoma la prohibición ya prevista por el artículo 36 de imponer el aislamiento a mujeres embarazadas, lactantes y que conviven con sus hijas e hijos, en estricto apego a la Regla 22 de las *Reglas de Bangkok*.

Por último, cabe señalar el contenido del artículo 144 sobre sustitución de la pena:

El Juez de Ejecución podrá **sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad**, previstas en esta Ley cuando durante el periodo de ejecución se actualicen los siguientes supuestos:

**I. Cuando se busque 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. Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.**

II. Cuando la permanencia de la persona sentenciada con la hija, hijo o persona con discapacidad, no representa un riesgo objetivo para aquellos.

[...]

En todos los casos a que se refiere este artículo se considerará el interés superior de la niñez y en su caso 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.

Sólo podrán aplicarse los sustitutivos descritos en las fracciones anteriores cuando se actualicen los supuestos durante la ejecución de la pena, así como a las personas que al momento de ser sentenciadas se ubiquen en las hipótesis previstas en este artículo, siempre que subsistan las causas durante la ejecución.

No procederá la sustitución de pena por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas<sup>92</sup> (énfasis añadido).

Este artículo retoma la Regla de Bangkok 64 sobre la imposición de una sentencia no privativa de libertad en los casos de mujeres con hijas e hijos a su cargo, y la amplía, puesto que hablando de "personas" incluye también a los hombres. Aun así, al excluir los delitos de secuestro, delincuencia organizada y trata de personas viola la primacía del ISN.

En conclusión, es posible afirmar que la LNEP contiene los presupuestos para garantizar condiciones de vida adecuadas para las niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Para cumplirlas, se requiere de erogaciones presupuestarias *ad hoc*. Con el artículo transitorio segundo se otorgan plazos para la entrada en vigor de las fracciones III y X y del párrafo séptimo del artículo 10 y de hasta dos años para la totalidad de los artículos 36 y 59,<sup>93</sup> entre otros. A la hora de concluir

<sup>92</sup> *Ibidem*, Art. 144.

<sup>93</sup> Transitorio segundo. Las fracciones III y X y el párrafo séptimo del artículo 10; los artículos 26 y 27, fracción II del artículo 28; fracción VII del artículo 108; los artículos 146, 147, 148, 149, 150 y 151 entrarán en vigor a partir de un año de la publicación de la presente Ley o al día siguiente de la publicación de la Declaratoria que al efecto emitan el Congreso de la Unión o las legislaturas de las entidades federativas en el ámbito de sus competencias, sin que pueda exceder del 30 de noviembre de 2017. Los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 36, 59, 60, 61, 75, 77, 78, 80, 82, 83, 86, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 128, 136, 145, 153, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 192,

este estudio (marzo de 2017) la LNEP no ha entrado en vigor en todos los estados y se siguen aplicando las leyes estatales en la materia o una combinación de las leyes estatales y de la ley nacional.

En el caso de las niñas y niños que viven en prisión son sus madres, esta restricción temporal legal de derechos se ve agravada por lo siguiente: como se aprecia de la lectura de los artículos 10 y 36 sus vidas siguen bajo el control de la autoridad penitenciaria, puesto que la ley no prevé ni garantiza el ISN por intervención judicial. Cuestiones cruciales como la entrada o salida de las niñas y los niños de los Centros no están sujetas a una decisión judicial. La LNEP incluso se contradice: con respecto a la ampliación de plazo de la estancia de una niña o niño con discapacidad, el artículo 10 afirma que la autoridad penitenciaria podrá otorgar la autorización; en el artículo 36, en cambio, se otorga esta facultad al juez de ejecución. Por supuesto ésta debiera ser la regla en todos los casos, tanto para revisar la entrada, la permanencia y la salida como para cualquier otra situación que afecte directa o indirectamente a las niñas y niños en prisión con sus madres.

Antes de esbozar un apartado de reflexiones que resuma críticamente el marco internacional y nacional presentado en estas páginas, huelga mencionar una última disposición legislativa: el artículo 166 del

---

193, 194, 195, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206 y 207 entrarán en vigor a más tardar dos años después de la publicación de la presente Ley o al día siguiente de la publicación de la Declaratoria que al efecto emitan el Congreso de la Unión o las legislaturas de las entidades federativas en el ámbito de sus competencias, sin que pueda exceder del 30 de noviembre de 2018.

En el orden Federal, el Congreso de la Unión emitirá la Declaratoria, previa solicitud conjunta del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal o la instancia que, en su caso, quede encargada de coordinar la consolidación del Sistema de Justicia Penal, y la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario.

En el caso de las entidades federativas, el órgano legislativo correspondiente, emitirá la Declaratoria previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del Sistema de Justicia Penal en cada una de ellas.

En las entidades federativas donde esté vigente el nuevo Sistema de Justicia Penal, el órgano legislativo correspondiente deberá emitir dentro de los siguientes diez días el anexo a la Declaratoria para el inicio de vigencia de la presente Ley.

*Código Nacional de Procedimientos Penales*, que prevé las siguientes excepciones a la prisión preventiva oficiosa:

### **Artículo 166. Excepciones**

En el caso de que el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, el Órgano jurisdiccional podrá ordenar que **la prisión preventiva se ejecute en el domicilio** de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan.

De igual forma, procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de **mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia**.

**No gozarán** de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del Juez de control puedan **sustraerse de la acción** de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su **riesgo social**<sup>94</sup> (énfasis añadido).

Este artículo contiene dos límites importantes. El primero es el alcance. La excepción tiene que ser expandida a las mujeres madres en general y a aquéllas que tengan bajo su responsabilidad a personas dependientes. Hay que tomar en cuenta que muchas mujeres en prisión son jefas de hogares monoparentales. Asimismo, debe ser aplicada en los casos de hombres únicos o principales cuidadores de personas dependientes. En segundo término, se debería invertir el enfoque y la "excepción" convertirse en la regla, es decir, se debiera aplicar la excepción de oficio y extenderla a las mujeres madres y cabezas de familia. En caso de que el juez o jueza tenga motivos para considerar que la prisión preventiva es la medida más adecuada, tendría que argumentarlo de manera sólida y no con base en categorías vagas y

<sup>94</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de marzo de 2014, <http://www.diputados.gob.mx>, Art. 166.

discriminatorias como "riesgo social". Por último, no se toma en cuenta el ISN en la redacción del artículo, haciendo hincapié únicamente en los derechos de las mujeres.

## REFLEXIONES

### FINALES

Los textos analizados en este capítulo dan cuenta de cuáles deben ser los ejes para un abordaje normativo integral de la situación de las niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Aun así, como ya se señaló, cabe remarcar con más fuerza su condición de sujeción al Estado en su faceta punitiva y, por ende, su vulnerabilidad en cuanto sujetos de derecho. Desde las prisiones, estas niñas y niños son asimilados como apéndices de sus madres y padres encarcelados y, desde el exterior, como niñas y niños sin más, sin miradas apropiadas al contexto particular en el cual se desenvuelve su vida social y privada: un contexto marcado por el encierro y lo que éste acarrea. La vulnerabilidad de su condición es extrema; son presos *fácticos* del sistema penal.

La *Convención sobre los Derechos del Niño* cuenta con dos protocolos, ambos ratificados por México: el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados* y el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la*

*prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.*<sup>95</sup> Se requiere uno enfocado en los NNA con RSE. Si bien es cierto que la normativa internacional y nacional dista mucho de garantizar el ejercicio y goce de los derechos, incluso los más primarios, la invisibilización abre la puerta para violaciones que quedan impunes incluso en el nivel simbólico y moral, y permiten la reproducción de las violencias, las carencias y el abandono de la familia, de la sociedad y del Estado.

Algunos puntos ineludibles abordados en el marco internacional y nacional son, en primer lugar, la *transversalidad y primordialidad del interés superior del niño (ISN) en las decisiones que los afectan directa e indirectamente, incluyendo entre ellas la imposición de una medida cautelar o de una sentencia condenatoria privativa de la libertad a un referente significativo*; luego, *el respeto de la opinión de las niñas y los niños y su derecho a ser escuchados*; estos dos ejes deben estar presentes en todo momento y ser utilizados como herramientas de trabajo, además de derechos a perseguir. Con respecto a la relación materno-filial o cuando se trata de personas, hombres o mujeres únicas responsables de niñas y niños –bajo el supuesto más amplio de la LNEP expuesto en el artículo 144–, se insiste en distintos instrumentos en la *excarcelación de la maternidad y la infancia mediante medidas alternativas*. En el siguiente capítulo se abunda en este aspecto mediante ejemplos de diversos países. Resalta también la importancia de la *cercanía al domicilio*, a la cual se ha aludido en numerosas ocasiones, ya que esta cumple con varios fines: i) la preservación de los lazos familiares, clave para el bienestar material, emocional y mental de la persona interna; ii) la posibilidad de que la niña o el niño que vive en prisión con su madre pueda realizar salidas temporales con otros familiares, incluyendo sus hermanas y hermanos; iii) el derecho de las niñas y niños con madres y padres encarcelados de mantener el contacto directo a través de la visita familiar. Por último, la metodología indicada es la de *caso por caso*, y no la tradicional, basada en la aplicación homogénea y categórica del

<sup>95</sup> Cfr. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención sobre los derechos...*, *op. cit.*

texto legal, pues esta rigurosidad textual, como se ve en el cuarto capítulo, puede devenir en violaciones a los derechos y al bienestar de niñas y niños.

Para el caso del marco jurídico mexicano, los avances alcanzados con la LNEP se ven comprometidos por una restricción en el caso de los niños y niñas con madres y padres encarcelados, ya que la judicialización de la pena prevista con la modificación al artículo 21 constitucional en el marco de la reforma penal de 2008, no los incluye: decisiones cruciales como su ingreso y salida son remitidas a la autoridad penitenciaria. Ésta se yergue, entonces, como juez y parte, reproduciendo ese esquema de control absoluto que antes ejercía sobre la prisión penitenciaria.

En conclusión, si las niñas y niños que viven en prisión con sus madres son presos fácticos *per se*, lo son también bajo el marco legal actual, salvo los casos previstos en los artículos 36 y 144 de la LNEP. Ahora bien, la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 genera la facultad y la obligación de incorporar los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por México al marco jurídico nacional, bajo el principio *pro persona*,<sup>96</sup> con lo cual estas discrepancias quedarían resueltas, por lo menos en los casos en que no entren en contradicción con el texto constitucional. Sin embargo, a veces ni el marco legal ni el control de convencionalidad alcanzan a cruzar las puertas de las prisiones. Los siguientes capítulos tienen el propósito de visibilizar las condiciones del encierro de las niñas y niños en prisión con sus madres, a través de una mirada internacional y nacional.

---

<sup>96</sup> Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *Diario Oficial de la Federación*, México, 10 de junio de 2011.



## **II. Experiencias internacionales** de niñas y niños en prisión con sus madres



## INTRODUCCIÓN

**E**n este capítulo se presentan algunos ejemplos de la problemática de las niñas y niños que viven en prisión con sus madres en distintos países. Las fuentes son principalmente documentales y legislativas, aunque se basan también en entrevistas sostenidas a lo largo de los meses de investigación con expertas y expertos internacionales, así como en una visita realizada a una cárcel de mujeres en Montevideo, Uruguay, a principios de septiembre de 2016, gracias al apoyo del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).



DÍA DE DEBATE GENERAL  
DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO  
EN TORNO A NIÑAS Y NIÑOS  
DE MADRES Y PADRES ENCARCELADOS

El Comité de los Derechos del Niño (ComitéDN) convoca de manera bienal a un Día de Debate General. El primero se realizó en 1992 y el último hasta la fecha en 2016; cada sesión aborda una temática distinta. El objetivo de estas jornadas temáticas es proveer a los Estados con directrices para cumplir a cabalidad las obligaciones asumidas a través de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Para este fin, se invita a participar a representantes gubernamentales, mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, agencias y organismos de las Naciones Unidas, asociaciones de la sociedad civil, instituciones de derechos humanos, expertas y expertos y niñas y niños. En septiembre de 2011 se habló de hijas e hijos con madres y padres privados de la libertad. Por la complejidad de la temática se dividió a las y los asistentes en dos grupos de trabajo: el primero estaba enfocado en niñas y niños que viven en prisión o que visitan a sus progenitores privados de la libertad, y el segundo en los que viven en el exterior.<sup>97</sup>

<sup>97</sup> Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion "Children of Incarcerated Parents"*, 30 de septiembre de 2011, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>, p. 1.

Bajo esos dos grandes rubros se abordaron los siguientes puntos de discusión: i) el impacto del involucramiento de la madre o el padre en cualquier etapa del proceso penal sobre las hijas e hijos, incluyendo la detención, la investigación, las medidas cautelares preventivas, el proceso y la sentencia, el encarcelamiento, la liberación y la reinserción a la familia y a la comunidad; ii) el impacto general del encarcelamiento de la madre o del padre sobre la vida de una niña o niño; y iii) enfrentarse con la situación de la madre o del padre en casos de pena capital.<sup>98</sup>

**GRUPO DE TRABAJO UNO:**  
NIÑAS Y NIÑOS QUE VIVEN EN PRISIÓN  
CON SUS MADRES

Con respecto al grupo uno, en la discusión se enfatiza el derecho de las niñas y niños a no ser tratados como si estuviesen en conflicto con la ley penal y a no ser discriminados como resultado de las acciones de sus madres y padres. Asimismo, se resalta que la dignidad de las niñas y los niños y el interés superior del niño deben ser la consideración principal para hacer frente a las situaciones en las cuales sus necesidades no están satisfechas. También se reafirma el derecho de toda niña y niño de vivir con sus madres y padres, de crecer en familia y en un ambiente social que favorezca su desarrollo.

Existe consenso alrededor de la necesidad de aplicar medidas alternativas en los casos en que la reclusión afecta los derechos de las niñas y niños de la persona encarcelada. Asimismo, se insiste en buscar alternativas de cuidado, por ejemplo, con otros familiares, antes de ingresar a la niña o niño al centro de detención con su madre. En caso de que la niña o niño viva en prisión con su madre, deben proveerse las instalaciones y servicios adecuados, sobre todo en materia de salud, higiene, alimentación, educación y esparcimiento. También se recomienda

<sup>98</sup> *Idem.*

trabajar con las madres y padres para que desarrollen las herramientas necesarias para cumplir con su rol de cuidadoras y cuidadores. Otros temas, como los derechos reproductivos de las mujeres embarazadas y la capacitación del personal en derechos de niñas y niños, también fueron abordados.

Cabe señalar que en la discusión se enfatiza que imponer un límite máximo legal rígido para la permanencia de niñas y niños en prisión con sus madres puede afectar negativamente sus derechos y reducir la protección del Estado de estas niñas y niños. Esto nos remite a la necesidad, ya señalada, de adoptar una metodología de caso por caso y de someter esta decisión a una revisión judicial que tome en cuenta qué opciones reales de cuidado tienen las niñas y niños en la prisión pero también en el exterior, para que su salida o permanencia en el centro sea decidida con base en sus circunstancias y velando por su interés superior, y no meramente como un ejercicio práctico e irreflexivo de la ley.

## PRESENTACIONES DE EXPERTAS Y EXPERTOS

83

En el Día General de Debate, antes del trabajo en grupo, también se realizaron presentaciones individuales por parte de panelistas invitados, cuyo contenido permite visibilizar temáticas relevantes a partir de casos concretos.<sup>99</sup>

Uno de los ponentes, Abdullah Kosho, habló de la experiencia de Pakistán y comenzó su presentación recordando que los derechos de las niñas y niños que viven en prisión con sus madres no suelen ser tomados en cuenta. En Pakistán el límite de edad para que una niña o

---

<sup>99</sup> Además de las intervenciones presenciales, el Comité recibió también decenas de participaciones escritas, mismas que pueden ser consultadas en la página del Día de Debate General en discusión. Para el caso de México, huelga mencionar el envío de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

niño pueda vivir con su madre era, por lo menos hasta 2011, de seis años, aunque en las cárceles vivían niñas y niños de hasta once años. Como lo explica el ponente en su presentación,<sup>100</sup> esto se debe a que las mujeres acusadas de matar a sus esposos o a familiares de ellos no cuentan con apoyo en el exterior para dejar a sus hijas e hijos; por lo tanto, la autoridad les otorga la autorización para que permanezcan con ellas en prisión. La falta de alternativas para el cuidado de niñas y niños afecta a las mujeres privadas de la libertad en general. Esto es un punto importante, puesto que visibiliza la relevancia de repensar la pertinencia de encarcelar a mujeres madres responsables de sus hijas e hijos.

Las condiciones generales de reclusión están caracterizadas por el hacinamiento, la falta de higiene y de suministro de insumos básicos, lo cual repercute directamente en las niñas y niños, puesto que no se cuenta con instalaciones especiales para las madres y sus hijas e hijos. Algunas de estas niñas y niños son incluso fruto de violaciones por parte del personal de custodia o son hijas e hijos de madres con VIH que no reciben atención médica adecuada. Por lo general, al ser abandonados por sus familiares y al no existir políticas estatales dirigidas a ellos, las niñas y niños que viven en prisión con sus madres están aislados del exterior, y conocen únicamente la dimensión carcelaria.

En la presentación de Ann Skelton, Directora del Centro para los Derechos del Niño en Sudáfrica,<sup>101</sup> se retoma el Artículo 30 de la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*<sup>102</sup> citada en el capítulo primero; asimismo, se analizan dos resoluciones de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Ambos casos serán descritos con más detalle

<sup>100</sup> Cfr. Khoso, Abdullah, "Introductory statement - prison service profesional", Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño, 30 de septiembre de 2011, [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/Submissions/AKHOSO\\_DGD2011.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/Submissions/AKHOSO_DGD2011.pdf)

<sup>101</sup> Cfr. Skelton, Ann, "Introductory statement - legal expert", Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño, 30 de septiembre de 2011.

<sup>102</sup> Cfr. Organización para la Unidad Africana, *Carta Africana...*, op. cit.

en el cuarto capítulo. Cabe anticipar que como resultado de uno de ellos los tribunales sudafricanos tienen la obligación de ponderar la idoneidad de una medida privativa de la libertad cuando ésta afecta el interés superior del niño; si el encarcelamiento es perjudicial para los derechos de niñas y niños, los tribunales deben optar por una alternativa a la prisión, siempre que no se trate de un caso tan grave que vuelva esta opción totalmente inapropiada.

La tercera intervención de apertura del Día de Debate General sobre niñas y niños de madres y padres encarcelados se centró en los efectos positivos y negativos derivados de la permanencia de las niñas y niños con sus madres en prisión.<sup>103</sup> Entre los primeros cabe resaltar el fomento de la relación materno-filial y menores riesgos para las niñas y los niños de ser enviados a instituciones o de ser abandonados. Dicho de otra manera, la vida en prisión puede ofrecer mejores y mayores cuidados que la vida en el exterior, en algunos casos. Pero también puede ser causa de afectaciones físicas, emocionales y psicológicas. Esto depende en buena medida de elementos endógenos y exógenos a la relación materno-filial: entre los primeros huelga mencionar la situación específica de la madre –condición económica, salud, uso de drogas, problemas de salud mental, edad, historia de vida, circunstancias en las que se embarazó y número de hijas e hijos, entre otros factores– y cómo ésta influye en sus posibilidades reales de ejercer una maternidad de cuidados y afecto y su deseo de hacerlo. No es legítimo ni realista exigir un único modelo de maternidad a mujeres con historias de vida muy diversas, a menudo marcadas por antecedentes de violencia, abandono y precariedad económica extrema. Entre los factores exógenos se destacan las instalaciones en las cuales son recluidas las madres, sus hijas e hijos, por un lado y, por otro lado, las opciones de cuidado alterno en el exterior. Con respecto al primer punto, en la exposición de la experta brasileña,<sup>104</sup> se hace hincapié en las secciones especiales para mujeres embarazadas y guarderías para las niñas y

<sup>103</sup> Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Report and Recommendations...*, op. cit., p. 2.

<sup>104</sup> *Idem*.

niños como ejemplos de buenas prácticas. Para poder garantizar a las niñas y niños reducir los riesgos de vivir en prisión y maximizar los beneficios deben abordarse de manera integral los factores endógenos y exógenos, es decir, trabajar con la madre y su núcleo familiar –si existe– y generar condiciones de cuidado y alojamiento pensadas para las niñas y los niños. Más adelante los ejemplos de países latinoamericanos y europeos ofrecen algunas orientaciones en este rubro.

Las últimas presentaciones antes de la discusión en grupo fueron las de Siân Knott y Raheel Hussain, ambos adolescentes del Reino Unido que cooperan con el COPING Project, una investigación sobre salud mental y resiliencia de hijas e hijos de madres y padres encarcelados realizada entre 2010 y 2012 con fondos de la Comunidad Europea en Suecia, Alemania, Rumania y Reino Unido.<sup>105</sup> Ambos niños partieron de su experiencia personal para tejer reflexiones que remiten a las inquietudes, sufrimiento y angustias vividas por las hijas e hijos con madres y padres encarcelados. Si bien la mirada es la de una niña y un niño que no vivieron en prisión, sus aportaciones son pertinentes para el grupo estudiado también. En la presentación se refieren a todas las etapas del proceso judicial: detención, proceso, encarcelamiento, reintegración a la familia.

El impacto del contacto con el sistema de justicia penal se detona desde la detención: este momento es clave para las niñas y los niños por distintas razones. En primer lugar, es un evento traumático, cuya intensidad variará de acuerdo a las condiciones de violencia o, por el contrario, contención con las que se lleve a cabo el arresto. Para reducir los efectos negativos del arresto se recomienda disponer de protocolos de actuación en casos de detención que tomen en cuenta los derechos del niño. Estos protocolos deben también prever la recolección de información sobre las niñas y niños que están presentes al momento de la detención y los que no. De no registrarse oportunamente –y de manera

<sup>105</sup> Cfr. Jones, Adele D. y Wainania Woźna, Agnieszka (eds.), *Children of Prisoners. Interventions and mitigations to strengthen mental health*, University of Huddersfield, Reino Unido, 2012, <http://childrenofprisoners.eu>.

confidencial– los datos básicos de las niñas y los niños y permitir que la madre o el padre tome disposiciones temporales acerca de sus cuidados, se produce el riesgo de que las niñas y niños sean extraviados y puedan convertirse en víctimas de explotación laboral y violencia sexual.

El encarcelamiento de una madre o un padre puede conllevar el deterioro de las condiciones de vida materiales de la niña o del niño, así como de su equilibrio emocional y psicológico. Esto no es sólo consecuencia de las acciones de la persona adulta a cuyo cargo están las niñas y los niños, sino de las políticas llevadas a cabo por el Estado y por la sociedad civil para acompañar a las niñas y niños en esta situación de estrés, incertidumbre, discriminación y, a menudo, estigma. En la presentación de Siân y Raheel se exponen los siete "por qué" de las niñas y niños hijas e hijos de madres y padres encarcelados.<sup>106</sup> i) ¿Por qué el personal penitenciario no nos trata como seres humanos?; ii) ¿Por qué no podemos tener visitas privadas? Es difícil platicar cuando estás con otras personas; iii) ¿Por qué no podemos tener un grupo de apoyo de niñas y niños que viven lo mismo que nosotros? Todo lo que quiero es una amiga o un amigo; iv) ¿Por qué no hay ayuda? Mi mamá no puede trabajar y no tenemos dinero; v) ¿Por qué no había nadie con quien poder hablar cuando se llevaron a mi papá?; vi) ¿Por qué el personal penitenciario no habla con las familias para así conocernos?; vii) ¿Por qué puedo ver a mi papá sólo una vez al mes? Tengo miedo que se olvide de mí.

## RECOMENDACIONES SURGIDAS DEL DÍA DE DEBATE GENERAL

Los puntos conclusivos principales del Día de Debate General sobre niñas y niños de madres y padres encarcelados remiten a cuestiones que ya han sido abordadas en el capítulo anterior y que se yerguen como medidas clave para poder garantizar que estas niñas y estos

<sup>106</sup> Knott, Siân y Hussain, Raheel, "Introductory statement – youth representatives", Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño, 30 de septiembre de 2011, <http://www.ohchr.org>, p. 4 (traducción realizada por la autora).

niños sean plenamente reconocidos por el Estado como titulares de derecho y no como apéndice o accesorios de sus madres y padres en conflicto con la ley.

En primer lugar, la aplicación de *medidas alternativas* con base en una aproximación *caso por caso*; esto tomando en consideración plenamente *el impacto que los distintos tipos de sentencia tienen sobre la niña o niño*. Las decisiones deben ser *individuales* y no pueden darse en el nivel de lo abstracto, como suele suceder en el derecho penal tradicional.

Los derechos de las niñas y niños deben ser tomados en cuenta *desde la detención*, puesto que ésta representa uno de los momentos más dramáticos e incluso más violentos; en el siguiente capítulo se visibiliza esta necesidad para el caso de México, a través de una revisión de recomendaciones de comisiones de derechos humanos que dan cuenta de cómo las fuerzas aprehensoras ejercen a menudo violencia y amenazas de muerte en contra de las niñas y niños de las personas acusadas de un delito. Por ello, el ComitéDN recomienda que los Estados identifiquen las mejores prácticas en materia de arresto que garanticen el cumplimiento de los derechos de niñas y niños.

Con respecto a las niñas y niños que viven en prisión, se recomienda específicamente que los Estados aseguren el aprovisionamiento de servicios adecuados, incluyendo salud y educación. Asimismo, el ComitéDN recomienda que los Estados parte otorguen la debida consideración a las circunstancias en las cuales el interés superior del niño puede estar mejor garantizado permitiendo que la niña o el niño viva en prisión con su progenitor. Se debe prestar la debida consideración a las condiciones de encarcelamiento en general y a la necesidad específica del contacto de la madre o del padre con la niña o niño durante la primera infancia. También se recomienda que estas decisiones sean tomadas incluyendo la opción de la revisión judicial.<sup>107</sup>

<sup>107</sup> Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Report and Recommendations...*, op. cit., p. 7.

## EJEMPLOS INTERNACIONALES

### DE DISPOSICIONES PARA NIÑAS Y NIÑOS QUE VIVEN EN PRISIÓN SUS MADRES

**E**l objetivo de esta sección es contribuir a aterrizar ulteriormente el marco jurídico internacional, proponiendo los ejemplos de cuatro países: España, Italia, Uruguay y Chile.

#### ESPAÑA

En España, las mujeres en prisión representan alrededor del 7% del total de las personas privadas de la libertad, más específicamente 7.59% en junio de 2016. Después de un aumento exponencial de la población penitenciaria en los años noventa y principios del siglo veintiuno, que alcanzó su máximo en 2008, actualmente se está registrando una disminución. La *Ley Orgánica General Penitenciaria* de España contempla el derecho de las madres a mantener a sus hijas e hijos con ellas hasta que cumplan los tres años de edad.<sup>108</sup> Por ello la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ha procurado generar modelos

---

<sup>108</sup> Entrevista con Concepción Yagüe Olmos, funcionaria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de España, realizada por Skype el 7 de octubre de 2016.

que brinden a las niñas y niños un ambiente y los servicios adecuados. Desde los ochenta se gestaron las Unidades de Madres adentro de las prisiones, es decir módulos para las madres que viven con sus hijas e hijos;<sup>109</sup> asimismo, existen Unidades Dependientes, es decir pequeños hogares gestionados por ONG's donde residen mujeres en semilibertad, Escuelas Infantiles e incluso un Módulo Familiar donde la madre y el padre comparten la crianza cuando ambos se encuentran privados de la libertad.<sup>110</sup>

En 2004, bajo el impulso del gobierno socialista, se generó un proyecto nuevo y a la vanguardia: las Unidades Externas de Madres, un modelo totalmente externo y separado del entorno carcelario.<sup>111</sup>

Actualmente cerca de un centenar de niñas y niños comparten condena con sus madres en uno de los modelos disponibles.<sup>112</sup> A finales de 2015, del total de 111 niñas y niños que vivían en prisión con sus madres, más de la mitad se encontraba en un módulo para madres en una cárcel común.<sup>113</sup>

Estos módulos, aunque adaptados a su uso, carecen de espacios suficientes al aire libre, las habitaciones (antiguas celdas adaptadas) impiden una correcta libertad de movimientos, y la normativa, asimilada en gran parte a los demás módulos es marcadamente restrictiva.<sup>114</sup>

Alrededor de treinta niñas y niños viven en las Unidades Externas de Madres. Éstas son espacios pequeños para unas veinte, treinta

<sup>109</sup> Cfr. Ministerio del Interior, *Unidades Externas de Madres*, Ministerio del Interior, Madrid, España, 2010, [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Unidades\\_Externas\\_de\\_Madres\\_accesible.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Unidades_Externas_de_Madres_accesible.pdf) p. 6.

<sup>110</sup> *Idem*.

<sup>111</sup> *Ibidem*. pp. 6-7.

<sup>112</sup> Cfr. Zuil, María y Liborio, Bárbara, "Niños en prisión: una condena invisible", *El Mundo*, 23 de agosto de 2016, <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/08/21/57b327a8e5fdeae5328b45d4.html>

<sup>113</sup> Cfr. Zuil, María y Liborio, Bárbara, "La mitad de los niños que viven en prisión está en cárceles comunes", *El Mundo*, 21 de agosto de 2016, <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/08/21/57a4ba95268e3eba498b4773.html>

<sup>114</sup> Ministerio del Interior, *Unidades Externas...*, *op. cit.*, p. 6.

mujeres, de altos costos de mantenimiento. Por ello, si bien en un principio el proyecto contemplaba seis unidades, en la actualidad existen tres: una en Aranjuez, a 64 kilómetros de Madrid, una en Sevilla y una en Palma de Mallorca. Existen otras dos, una en Tenerife y otra en Alicante, ambas construidas en 2012 con un costo total de casi ocho millones de euros.<sup>115</sup> Sin embargo, ambas permanecen cerradas.

A finales de 2015, alrededor de diez niñas y niños vivían en Unidades Dependientes, todos en Madrid.<sup>116</sup> Las Unidades de Madres representan una opción que, si bien es cara en su gestación y mantenimiento, resulta ser la mejor alternativa para las madres privadas de la libertad, sus hijas e hijos en aquellos casos en que no aplica una sanción en libertad. ¿Quiénes son las mujeres candidatas para estas Unidades? En primer lugar, i) mujeres condenadas que tengan a su cargo niñas y niños menores de tres años y que estén clasificadas en segundo grado, preferentemente con la posibilidad de acceder a tercer grado; ii) mujeres procesadas sólo en determinadas circunstancias y previa autorización del juez de la causa; excepcionalmente, mujeres en alguna modalidad de tercer grado; iii) mujeres embarazadas, a partir del sexto mes de embarazo en las cuales concurren las circunstancias previas; iv) excepcionalmente mujeres con niñas y niños de hasta seis años de edad, en los casos donde se valore que la permanencia de la niña o niño con su madre es una mejor opción que la separación; esta excepción se extiende a mujeres que ya viven con una hija o hijo menor de tres años y que solicitan el ingreso de otro de hasta seis años; la valoración es realizada por el Equipo de Tratamiento interno junto con Servicios Sociales Comunitarios.<sup>117</sup>

Como se desprende del material divulgativo *Unidades Externas de Madres* de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias:

<sup>115</sup> Cfr. Zuil, María y Liborio, Bárbara, "La mitad de los niños...", *op. cit.*

<sup>116</sup> *Idem.*

<sup>117</sup> Cfr. Ministerio del Interior, *Unidades Externas...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

La finalidad primordial de estas unidades es la mejora de las condiciones de desarrollo físico, madurativo y psicológico de los hijos de mujeres sujetas a sanción penal. Se trata de obtener la máxima normalización de los menores allí ingresados. Por ello se potenciarían, de forma gradual, las salidas de las madres acompañando a sus hijos en las actividades ordinarias que sean precisas para su plena integración en la comunidad. También se facilitará la asistencia de las madres a los recursos sociales externos de inserción laboral, cursos formativos y actividades culturales<sup>118</sup> [...].

Cuando la niña o niño cumpla la edad de tres años existen varias opciones: la primera, salir con la madre, si ésta cumplió su condena; la segunda, ser acudido por familiares, siempre que éstos sean considerados idóneos; en tercer lugar, ser recibido por una familia de acogida. Como lo explica Concepción Yagüe Olmos, de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, esta opción es especialmente indicada para el caso de mujeres extranjeras con condenas largas. La familia de acogida no sólo se encarga del mantenimiento de la niña o niño, sino de mantener el lazo entre éste y su madre, y se puede traducir en una familia de apoyo para la mujer privada de la libertad cuando ésta salga.

Si bien indubitavelmente también en el sistema penitenciario español existen fallas, por ejemplo, quejas con respecto a los alimentos y al acceso a la salud,<sup>119</sup> no cabe duda de que ofrece ejemplos que pueden ser útiles para el caso de México para pensar en modelos alternativos a la prisión centrados en las necesidades de las niñas y los niños.

## ITALIA

También en Italia las mujeres representan alrededor del 5% de la población penitenciaria total,<sup>120</sup> del total de 193 institutos penitenciarios,

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>119</sup> Cfr. Zuñil, María y Liborio, Bárbara, "La vida entre rejas", *El Mundo*, 22 de agosto de 2016, <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/08/21/57a4c133268e3e40548b4740.html>

<sup>120</sup> Cfr. Ministero della Giustizia, "Donne e carcere - Temi per Stati Generali dell'Esecuzione Penale - Tavolo 3", 2015, [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep\\_tavolo3\\_relazione.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo3_relazione.pdf), p. 8.

existen únicamente cinco centros femeniles, mientras que el resto de las mujeres están ubicadas en módulos aislados al interior de centros varoniles.<sup>121</sup> Aquí las mujeres viven en una realidad pensada para los hombres; en cambio sus necesidades específicas, prevalentemente relacionadas con sus hijas e hijos, permanecen desatendidas. En muchos casos se encuentran encerradas en cárceles alejadas de sus familias y comunidades y mantener el contacto es difícil y caro.

Al igual que en España, algunas de las secciones femeniles cuentan con guarderías que brindan a las niñas y niños atención médica, espacios acordes a ellos y áreas de juego, además de acceso a guarderías en el exterior; aun así, permanecen incrustados en la realidad arquitectónica y en el régimen penitenciario.

En 2011 se aprobó la *Ley No. 62 Detenidas madres (Detenute madri)*,<sup>122</sup> con el fin de valorar y atender la relación de las madres privadas de la libertad con sus hijas e hijos. En Italia las madres pueden mantener a sus hijas e hijos con ellas en reclusión hasta los tres años de edad, aunque se admiten niñas y niños de hasta seis años. En septiembre de 2016 había 44 mujeres en prisión (27 extranjeras y 17 italianas) viviendo con sus hijas e hijos, un total de 46 niñas y niños.<sup>123</sup> La ley prevé una serie de figuras que buscan conciliar la necesidad de limitar la presencia de niñas y niños en prisión con la reclusión de la madre acusada de haber delinquido, sin menoscabar los derechos de niñas y niños y tratando de reducir el impacto del ámbito carcelario. De acuerdo con la ley las madres detenidas, o lo padres, de faltar la madre, deben ser recluidas en "Institutos de custodia atenuada para detenidas madres" (*Istituti a custodia attenuata per detenute madri, ICAM*)

<sup>121</sup> *Ídem*

<sup>122</sup> Cfr. Parlamento Italiano, *Legge 62-2011 – Detenute madri*, 21 de abril de 2011, <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2011-04-21;62>.

<sup>123</sup> Cfr. Ministero della Giustizia, "Detenute madri con figli al seguito – 30 settembre 2016", septiembre de 2016, [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.page.jsessionid=WXZJy+mqZY+-LlqU94CgIsA?facetNode\\_1=4\\_54&facetNode\\_2=0\\_2&contentId=SST1279598&previousPage=mg\\_1\\_14](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page.jsessionid=WXZJy+mqZY+-LlqU94CgIsA?facetNode_1=4_54&facetNode_2=0_2&contentId=SST1279598&previousPage=mg_1_14).

que tienen características distintas a las de la cárcel y se inspiran en las casas habitación civiles. El régimen penitenciario es de tipo familiar-comunitario y está centrado en el rol de las y los progenitores; la estructura es la de un departamento, con personal de seguridad y custodia vestido de civil. En estos institutos se permite el acceso de mujeres embarazadas y con niñas y niños de hasta diez años de edad. Los ICAM son, en buena medida, establecimientos para una medida cautelar o para expiar la parte residual de una condena en un contexto extra-carcelario. En Italia prevalece la excarcelación de las mujeres madres, por lo tanto, estas estructuras son aprovechadas sobre todo por las detenidas extranjeras que no tienen acceso a la detención domiciliaria.

Otra figura es la *Casa Famiglia Protetta* (Casa Familia Protegida), pensadas para medidas cautelares y medidas alternativas cuando la persona no tiene la posibilidad de cumplir la medida en su domicilio o algún otro lugar privado. Se encuentran ubicadas en sitios con acceso a los servicios sociales y sanitarios y las estructuras se inspiran en modelos comunitarios y en el cumplimiento del interés superior del niño.

## CHILE

De acuerdo a la ONG En Marcha,<sup>124</sup> que trabaja con niñas y niños con referentes significativos encarcelados, uno de cada 100 niños en Chile tiene a su madre o padre en prisión. A junio de 2016 había 48,691 personas privadas de libertad; de éstas 44,811 son hombres (92%) y 3,880 mujeres (8%).<sup>125</sup> A diciembre de 2014, 87% de las mujeres privadas de la libertad y 63% de los hombres afirmó tener hijas e hijos. Se estima que en total alrededor de 43,551 niñas y niños tienen a su padre y/o madre privado de libertad.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> <http://www.enmarcha.cl>.

<sup>125</sup> Cfr. En Marcha, "¿Cuántos son en Chile? Cifras de una Realidad Invisible", En Marcha, Santiago, Chile, 2016, <http://onaf.uda.edu.ar/wp-content/uploads/2016/10/CUANTOS-SON-EN-CHILE1.pdf>, p. 2.

<sup>126</sup> *Ibidem*. p. 3.

De acuerdo con la directora de En Marcha, Francisca Hidalgo, "si bien Chile es el único país de América Latina que tiene un programa desde el Estado que trabaja con esta población específica, sigue siendo un tema invisible, con desafíos importantes en la articulación intersectorial que permita garantizar los derechos de niños y niñas".<sup>127</sup>

Los programas disponibles son "Abriendo Caminos", dirigido a niñas y niños que viven en el exterior, "Conozca a su Hijo", que trabaja con mujeres y hombres privados de la libertad y el programa PAMEHL ("Programa de Atención a Mujeres Embarazadas e Hijos Lactantes") que promueve el apego de la madre con su hija o hijo.

"Abriendo Caminos" es parte del Sistema de Seguridad y Oportunidades del Ministerio de Desarrollo Social. "Nace [en] el año 2008 y desde 2012 se ejecuta en todo el país. Tiene como objetivo generar acciones de prevención y reparación en las condiciones de desarrollo de niños, niñas y adolescentes que tienen un adulto significativo privado de libertad. Para ello promueve el desarrollo de habilidades y capacidades que les permitan alcanzar mejores condiciones de vida, con una estrategia de intervención integral y personalizada. De este modo, en función de las particularidades, necesidades, recursos y capacidades de cada uno de los integrantes de la familia se definen las distintas acciones y acompañamientos".<sup>128</sup> El programa tiene una duración de dos años y trabaja con todas las niñas y niños con un familiar encarcelado, no sólo con las hijas e hijos.

El programa "Conozca a su Hijo" es ejecutado por la Gendarmería y tiene como objetivo vincular a las madres y padres privados de la libertad con sus hijas e hijos a través de talleres y encuentros familiares.

En Chile existen 29 centros que cuentan con secciones materno-infantiles; en éstas opera el programa PAMEHL ("Programa de Atención

<sup>127</sup> Citada en la página de la ONG, <http://www.enmarcha.cl>.

<sup>128</sup> En Marcha, "¿Cuántos son en Chile? ...", *op. cit.*, p. 5.

a Mujeres Embarazadas e Hijos Lactantes"), implementado desde 2001. El programa surge ese año por iniciativa del Servicio Nacional de Menores (SENAME) y desde 2015 está a cargo de la Gendarmería:

**Las secciones materno infantiles son espacios diferenciados del resto de la población penal**, donde madres e hijos/as pueden convivir **hasta los 2 años**. Pudiendo ingresar **cuando caen privadas de libertad, estando embarazadas, con hijos lactantes o que conciben estando en reclusión**. Cada mujer decide **voluntariamente** si desea ingresar al Programa o si prefiere que su hijo/a este fuera del recinto penitenciario con un cuidador/a que ella designe. El programa cuenta con una **dupla psicosocial** por región con dedicación exclusiva al Programa (trabajadora social y psicóloga) más una Gendarme. Quienes deben acompañar a las mujeres en su proceso de embarazo y lactancia, abordando temáticas como **crianza responsable, lactancia, apego y velar por que se establezca una cuidadora fuera del centro penal para los niños/as [que] estén por cumplir 2 años**. La alimentación, pañales, ropa y medicamentos que requieran los niños y niñas son entregados por Gendarmería a todas las mujeres que son parte del Programa. Es importante señalar que existen centros penales que cuentan con salas cunas de dependencia JUNJI (La Serena, Rancagua, Valdivia y Puerto Montt) e Integra (Valparaíso, CPF Santiago), donde los niños y niñas pueden comenzar a asistir regularmente desde su nacimiento. Además todos los niños/as pueden salir regularmente del centro penal bajo el cuidado de un adulto que la madre designe<sup>129</sup> (énfasis añadido).

## URUGUAY

Uruguay es un país con una alta tasa de encarcelamiento, como el resto de América Latina. De acuerdo con la décimo primera lista de población penitenciaria mundial, la tasa de encarcelamiento mundial promedio es de 144 personas por cien mil habitantes.<sup>130</sup> En América del Sur es de 242.<sup>131</sup> El país con la tasa de encarcelamiento más alta es Brasil

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>130</sup> Cfr. Walsmsley, Roy, "World Prison Population List...", *op. cit.*, p. 2.

<sup>131</sup> *Idem*.

(301), seguido por Uruguay (291), Guyana Francesa (277), Guyana (259) y Chile (247).<sup>132</sup> Las mujeres privadas de la libertad representan alrededor de 6.2% del total de la población penitenciaria de Uruguay<sup>133</sup>.

El viernes 2 de septiembre de 2016 tuve la oportunidad de realizar un breve recorrido por la Unidad 5, la cárcel de mujeres ubicada en las afueras de Montevideo. La visita fue concertada por el Comisionado Parlamentario Penitenciario, Juan Miguel Petit, un hombre sumamente comprometido con los derechos en general, y con la población en prisión en particular. En el marco de la visita pude atestiguar un momento de retroceso en la política penitenciaria hacia las mujeres con hijas e hijos viviendo con ellas en prisión. En 2010 abrió la cárcel conocida como El Molino, una unidad pequeña que albergaba alrededor de 30 mujeres privadas de la libertad con sus hijas e hijos. Éstos acudían a guarderías fuera de la prisión, conociendo de tal manera la vida en el exterior. El Molino fue la primera y única cárcel exclusiva para madres y contaba con el apoyo de los vecinos y de la comunidad en general. En 2016 cerró sus puertas y empezó una lenta y aparentemente inexorable política de remodelación de una parte de la Unidad 5 para albergar a las mujeres madres. Pude conocer esta estructura, incrustada en un centro penitenciario grande y en pésimas condiciones. Las mujeres, sus hijas e hijos, vivirán en un área separada, que aun así no podrá escapar a lo carcelario, sus ruidos, sus olores y, a menudo, su desesperanza. Para evitar que las niñas y niños vean desde sus cuartos el exterior del recinto penitenciario, se ha construido una pared: llena de colores, eso sí, pero que quita la luz y corta la mirada. En lugar de celdas habitarán recámaras donde tendrán que caber, bastante ajustadas, sus cunas y las camas de las mamás, alrededor de cuatro por cada recámara.

<sup>132</sup> *Ibidem*, pp. 5-7.

<sup>133</sup> Cfr. Walsmsley, Roy, "World Female Imprisonment List. Third Edition", Institute for Criminal Policy Research, Londres, Reino Unido, 2015, [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_female\\_imprisonment\\_list\\_third\\_edition\\_0.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_third_edition_0.pdf), p6

Sin duda este espacio es mejor que el actual módulo de madres de la Unidad 5 –frío, feo, con rejas, guardias penitenciarias uniformadas y condiciones precarias– y de muchas otras realidades penitenciarias del continente. No obstante lo anterior, es de esperarse que sea una situación provisional y que las niñas y niños puedan, mientras sus madres no gocen de medidas alternativas, ser nuevamente alojados en un centro pensado a partir de ellas y de ellos, y que les permita acudir a actividades en el exterior.

## REFLEXIONES

### FINALES

Los ejemplos presentados en este capítulo no son más que una pequeña muestra de la pluralidad de experiencias y situaciones con las que se enfrentan las niñas y niños con familiares privados de la libertad. Claramente la pena privativa de la libertad es una pena trascendente. No existe una sola área de la vida de los familiares de una mujer u hombre privado de la libertad que no resienta los efectos de la cárcel. En el informe de Church World Service y Gurises Unidos *Invisibles ¿hasta cuándo?* se hace hincapié en cómo *la mayoría de los NNA con referente adulto encarcelado procede de un contexto de vulneración de derechos que se agrava ante el encarcelamiento de los adultos referentes*.<sup>134</sup>

La reconfiguración de los roles en el grupo familiar y la modificación de la situación económica hace que estos NNA tengan que asumir nuevas tareas, vinculadas a lo productivo y reproductivo, que afectan su participación en ámbitos que actúan como

---

<sup>134</sup> Cfr. Church World Service y Gurises Unidos, *Invisibles: ¿hasta cuándo? ...*, op. cit., p. 72.

garantes de sus derechos (educación, recreación, salud, participación).<sup>135</sup>

Por ello, la insistencia en medidas alternativas y en que el impacto de la privación de la libertad sea medido en función de la afectación de niñas y niños de la persona en conflicto con la ley.

En términos normativos, resalta la tendencia de establecer una edad límite para su permanencia en la cárcel, si bien sujeta a mayores o menores grados de flexibilidad de acuerdo con circunstancias específicas. En términos estructurales, emergen experiencias interesantes que pueden traducirse en opciones para los países de América Latina. Los módulos para madres son indubitablemente una opción que puede favorecer el suministro de bienes y servicios en un espacio más idóneo para la niñez. Sin embargo, los casos mostrados señalan que no escapan de la dimensión penitenciaria. Además, una sección materno-infantil no puede reducirse al espacio penitenciario *per se*, sino debe fomentar las actividades extra-muro de las niñas y niños, a través de programas sólidos y continuos, en cooperación con otras instancias estatales y de la sociedad civil.

Las palabras clave son, a la luz de la experiencia internacional:  
*i) excarcelación de la madre o, en su defecto, o bien como paso previo*  
*ii) establecimientos para madres o padres con hijas e hijos que estén totalmente separados de los centros penitenciarios, con personal vestido de civil y con acceso para las niñas y niños a actividades educativas y de esparcimiento en el exterior, incluso con el acompañamiento de la madre.*

---

<sup>135</sup> *Idem.*

### III. Niñas y niños en prisión con sus madres en México



## INTRODUCCIÓN

**E**n este capítulo se analiza la situación de las niñas y niños que viven en prisión con sus madres en México desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa. Primero se describe la situación actual del sistema penitenciario mexicano para identificar el contexto general en el cual se desarrollan estas niñas y niños. Se trata de espacios en condiciones precarias desde todos los puntos de vista: infraestructura, servicios médicos, higiene, espacios, institucionalidad e igualdad de género. Lo anterior conlleva severas y constantes violaciones a los derechos humanos de las niñas y los niños. En un segundo momento, se revisan estudios y recomendaciones de derechos humanos que muestran las particularidades de la situación de las hijas e hijos de madres y padres en conflicto con la ley desde la detención hasta la prisión. Dentro de la amplia gama de condiciones penitenciarias, que varían prácticamente en cada centro, las niñas y niños se sitúan bajo marcos regulatorios dispares y condiciones de vida prevalentemente contrarias a los estándares mínimos aceptables. Asimismo, son usados a menudo como medios para ejercer violencia de género institucional en contra de las mujeres madres.



## EL SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO: UNA PERSPECTIVA CUANTITATIVA

**E**n México existen 274 centros de reinserción social, de los cuales 17 son femeniles.<sup>136</sup> Las mujeres privadas de la libertad y, en consecuencia, sus hijas e hijos, viven prevalentemente en cárceles denominadas mixtas, es decir, secciones, módulos o construcciones ubicadas en un recinto penitenciario con población mayoritariamente masculina. De acuerdo a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en 2016 la mayoría de las mujeres privadas de la libertad se encontraba distribuida en 75 centros con población mixta.<sup>137</sup>

Estos datos plantean dos posibles espacios de violación de derechos consagrados en la Constitución: primero, la separación por categorías; si bien es cierto que hombres y mujeres pueden estar separados dentro de un mismo recinto, las cárceles mixtas en México distan mucho

---

<sup>136</sup> Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2017*, CNDH, Ciudad de México, México, 2017, [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP\\_2017.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/sistemas/DNSP/DNSP_2017.pdf), p. 620.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 624.

de ofrecer una separación real y contundente. El segundo aspecto concierne al derecho a la cercanía del domicilio. La existencia de tan pocas cárceles femeniles implica necesariamente que una cárcel mixta puede garantizar el cumplimiento de este derecho; esto siempre y cuando la mujer no sea, por ejemplo, originaria de Chiapas y detenida en una cárcel mixta de Baja California, pues en ese supuesto se violarían ambos derechos a la vez, el de separación y el de cercanía. Actualmente, en México no existen las condiciones para que las mujeres privadas de la libertad puedan ser alojadas en centros de reclusión cercanos a su domicilio y, al mismo tiempo, acondicionados de manera adecuada para ellas, sus hijas e hijos. El principal argumento para justificar y mantener esta situación es que las mujeres en prisión representan un porcentaje significativamente menor en comparación con los hombres privados de la libertad. En la siguiente tabla se reproducen las cifras de la población penitenciaria correspondiente a julio de 2016.

**TABLA 1.**  
**PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN MÉXICO**

Población total						
Hombres			Mujeres			Total
221,337			12,132			233,469
(95%)			(5%)			
Personas en prisión por delitos del fuero común						
En prisión preventiva			Con sentencia			Total fuero común
Hombres	Mujeres	Sub-total	Hombres	Mujeres	Subtotal	188,842 (80.89%)
65,629	4,382	70,011 (29.99%)	113,951	4,880	118,831 (50.9%)	
Personas en prisión por delitos del fuero federal						
En prisión preventiva			Con sentencia			Total fuero federal
Hombres	Mujeres	Sub-total	Hombres	Mujeres	Subtotal	44,627 (19.12)
20,656	1,702	22,358 (9.58%)	21,101	1,168	22,269 (9.54%)	

Fuente: Elaboración propia a partir de Comisión Nacional de Seguridad, "Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional", CNS, Ciudad de México, México, julio de 2016, <http://www.cns.gob.mx>.

Las mujeres representan 5% del total de la población penitenciaria y la mayoría se encuentra detenida en calidad de procesada o sentenciada por delitos del fuero común. Como lo señala la CNDH:

Las mujeres al ser reclusas en espacios habilitados en centros mixtos, que no reúnen condiciones mínimas acordes a sus necesidades, de manera general no cuentan con instalaciones deportivas, patios, comedores, talleres, aulas, visita familiar e íntima, entre otros, lo que además les impide acceder regularmente a las actividades encaminadas a la reinserción social.

Cabe mencionar que también hay establecimientos exclusivos para mujeres, algunos de los cuales cuentan con instalaciones para los menores de edad que viven con sus madres, como guarderías y áreas de juegos, aunque generalmente carecen de la atención médica y alimentación especializada que requieren.<sup>138</sup>

No cabe duda que desde una perspectiva cuantitativa las mujeres privadas de la libertad no son tomadas en cuenta; esto se refuerza a nivel cualitativo, y conlleva implicaciones para las niñas y niños que viven con ellas. Al paradigma "son pocas, no cuentan", prevaleciente a nivel mundial, en México se añade otro hecho particularmente gravoso para las mujeres: desde el sexenio anterior (2006-2012) se comenzó a aplicar una política de clasificación de acuerdo al fuero, es decir que personas acusadas o sentenciadas por delitos del fuero común sean reclusas en centros estatales y aquéllas acusadas o sentenciadas por delitos del fuero federal en centros federales. Este criterio no está contemplado en el artículo 18 constitucional; es eminentemente un criterio de gestión penitenciaria funcional a la autoridad y que ha conllevado, entre otros aspectos, la proliferación de cárceles federales, incluso con participación de la empresa privada. Éstas son conocidas como Centros de Prestación de Servicios (CPS) y el centro federal ubicado en Morelos pertenece a esta categoría; es conocido, de hecho, como CPS16. Si bien la Constitución prevé la posibilidad de convenios entre la federación y

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 619.

los estados para que las personas puedan ser alojadas en la cárcel más cercana a su domicilio, lo cierto es que si el delito es federal o de delincuencia organizada, tanto la autoridad penitenciaria como los jueces privilegian la ubicación de acuerdo al fuero que a consideraciones jurídicas orientadas a la reinserción social. Más adelante se aborda el caso de una mujer detenida en Veracruz.

## PANORAMA CUALITATIVO DE LAS CÁRCELES EN MÉXICO

La CNDH es la fuente más exhaustiva de información sobre la situación que guardan las cárceles en México; por la naturaleza misma de sus labores ejerce un monitoreo permanente y, al adoptar una metodología uniformada, permite comparaciones que, en cambio, estudios de campo enfocados en un centro o en un número limitado de centros, no permiten realizar. Cada año la Comisión emite un Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP); el último disponible es de 2017.<sup>139</sup> Entre las deficiencias encontradas en los 198 Centros de Reinserción Social (CERESOS) visitados por personal de la CNDH se señalan el hacinamiento, la falta de separación entre población procesada y sentenciada, así como "deficientes condiciones materiales, equipamiento e higiene de las áreas de dormitorios, sancionados, sujetos a protección, cocina y comedores, insuficiente personal de seguridad y custodia, hacinamiento, falta de actividades laborales y de capacitación para el trabajo."<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> *Ibidem.*

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 6.

Con respecto a los Centros Federales de Reinserción Social (CEFESOS), se hace hincapié en la falta de personal médico, la carencia de actividades laborales, la falta de acceso a actividades deportivas y "deficiencias respecto de la vinculación de las personas privadas de la libertad con la familia y sociedad".<sup>141</sup> Esto depende en buena medida del régimen con el que operan estos centros, caracterizado por el confinamiento prolongado en la celda, comunicaciones telefónicas breves y visitas con calendarización sin días fijos, lo cual dificulta que las y los familiares puedan programarse para acudir a la visita de manera compatible con sus actividades laborales y de cuidado.<sup>142</sup> Dicho régimen afecta especialmente a las mujeres, puesto que, como ya se señaló, existe un solo centro federal para esta población. Esto responde en numerosos casos a una clasificación inadecuada, ya que como se apunta en estudios nacionales e internacionales y se señala en las ya citadas *Reglas de Bangkok*,<sup>143</sup> las mujeres representan un menor riesgo para la sociedad.

La CNDH ha emitido una serie de pronunciamientos que visibilizan problemáticas del sistema penitenciario no sólo relacionadas con las condiciones penitenciarias, sino con el uso de la prisión y los preceptos con los cuales operan los centros de reinserción en México.<sup>144</sup> Huelga señalar que la Comisión se ha pronunciado en contra de la clasificación de acuerdo al fuero del delito, puesto que ésta contraviene el marco internacional y nacional y no constituye un parámetro de cla-

<sup>141</sup> *Idem*.

<sup>142</sup> Cfr. Giacomello, Corina, *Los secretos de Almoloya. El testimonio de una mujer recluida en una cárcel de máxima seguridad*, Debate, Ciudad de México, México, 2009.

<sup>143</sup> Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas...*, *op. cit.*

<sup>144</sup> Los pronunciamientos pueden ser consultados en la página de la Comisión (<http://www.cndh.org.mx>), en la pestaña "Recomendaciones" y los temas tratados son: *Antecedentes penales*; *Perfil del personal penitenciario en México*; *Racionalización de la pena de prisión*; *Derecho a la protección de la salud de las personas internas en centros penitenciarios de la República Penitenciaria*; *Supervisión penitenciaria*; *Situación de las personas con discapacidad psicosocial e inimputables en centros penitenciarios de la República Mexicana y Clasificación penitenciaria*.

sificación acorde con los derechos humanos y la reinserción.<sup>145</sup> La clasificación de la población de acuerdo al fuero responde a exigencias de administración penitenciaria; sin embargo contraviene el derecho de cercanía al domicilio. En el pronunciamiento sobre clasificación penitenciaria se hace hincapié en que la clasificación por fuero causa para las mujeres un desarraigo familiar, "al alejarlas, en la mayoría de los casos, de su entorno social".<sup>146</sup> Huelga señalar que esta situación se verifica también en el caso de los hombres, puesto que los centros federales suelen estar ubicados en sitios difíciles de alcanzar, implicando trayectos largos y costosos para las familias.

En resumen, tal y como lo expresa Lucía Alvarado, familiar de un interno en un CEFERESO e integrante del grupo Madres y Hermanas de la Plaza Luis Pasteur,<sup>147</sup> en México se vive una esquizofrenia penitenciaria: por un lado, las prisiones estatales "las de total desgobierno, caos y mugre" y, por el otro, las cárceles federales "de rigor excesivo, de control total".<sup>148</sup>

Con respecto a la situación de las mujeres privadas de la libertad, la CNDH ha emitido dos informes especiales<sup>149</sup> en años recientes que visibilizan la discriminación en razón de género sufrida por esta población. El apartado "Hechos" del *Informe Especial* de 2015 muestra los numerosos espacios de violación:

<sup>145</sup> Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Clasificación penitenciaria. Pronunciamiento*, CNDH, Ciudad de México, México, 2016, [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento\\_20160207.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160207.pdf).

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>147</sup> Cfr. Alvarado, Lucía, "Por una prisión con ley. Madres y hermanas de la Plaza Luis Pasteur", en Giacomello, Corina (ed.), *Derechos políticos y ciudadanía de mujeres privadas de la libertad. De objetos de normas a sujetos de derechos*, TEJF, Ciudad de México, México, 2015, <http://portales.te.gob.mx/genero/sites/default/files/MEMORIAS%20%20Foro%20Internacional.pdf>

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>149</sup> Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe especial...*, *op. cit.* y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el estado que guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la República Mexicana*, CNDH, Ciudad de México, México, 2013, <http://www.cndh.org.mx>.

El personal de esta Comisión Nacional, con base en los señalamientos realizados por las mujeres internas, lo que pudo observarse y lo informado por los servidores públicos adscritos a los centros visitados, tuvo conocimiento de hechos que dificultan las condiciones de vida digna y segura, así como de situaciones que vulneran los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad y de sus hijos que permanecen con ellas, relacionados con **maltrato; deficiencias en las condiciones materiales** de los centros de reclusión; **falta de áreas para el acceso a servicios y actividades; condiciones de desigualdad** de las áreas femeniles respecto de las instalaciones destinadas a los hombres; **deficiencias en la alimentación; sobrepoblación y hacinamiento; autogobierno; cobros y privilegios; prostitución; inadecuada separación y clasificación; irregularidades** en la imposición de **sanciones disciplinarias; diversidad de criterios sobre la permanencia de los menores de edad que viven con sus madres** y falta de apoyo para que accedan a los servicios de guardería y educación básica; **inexistencia de manuales de procedimientos; deficiencias** en la prestación del **servicio médico; insuficiente personal de seguridad; falta de capacitación** a servidores públicos adscritos a los centros de reclusión; **anomalías en la supervisión** de los centros de reclusión; **deficiencias** relacionadas con las **actividades de reinserción social; ausencia de modificaciones y adaptaciones para el desplazamiento de personas con discapacidad física;** inadecuada atención a las personas con discapacidad psicosocial, así como **inexistencia de programas contra las adicciones** y para el tratamiento de desintoxicación<sup>150</sup> (énfasis añadido).

Las mujeres son también víctimas de violencia y tortura sexual; si bien la tortura sexual es infligida también sobre los hombres, las mujeres son las víctimas principales de estos actos, en relación con la violencia históricamente ejercida por los hombres en contra de las mujeres y su connotación como objeto sexual.

<sup>150</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe especial...*, 2015, *op. cit.*, pp. 10-11.

Ahora bien, las condiciones penitenciarias afectan de manera acrecentada a las niñas y niños que viven en prisión con sus madres, puesto que la mayoría de los centros i) no otorga condiciones de vida digna a las personas privadas de la libertad; ii) recrudece la discriminación de las mujeres privadas de la libertad; y iii) no cuenta con instalaciones, servicios ni mucho menos políticas y programas dirigidos a las hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad.

Antes de visibilizar las condiciones en las que viven las niñas y niños en prisión con sus madres, en el siguiente apartado se muestran las situaciones de violencia, tortura y tortura sexual sufridas por hombres y mujeres en la detención y cómo éstas son vividas también por sus hijas e hijos.



## VIOLENCIA DE GÉNERO Y CONTRA NIÑAS Y NIÑOS EN LA DETENCIÓN

**E**sta sección se basa en recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de comisiones estatales, así como en el informe de Amnistía Internacional *Sobrevivir a la muerte. Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México*.<sup>151</sup> Los siguientes ejemplos muestran casos de tortura sexual contra mujeres en la fase de la detención y cómo ésta repercute sobre sus hijas e hijos.

La Recomendación 33/2015,<sup>152</sup> dirigida a la Secretaría de Marina, se refiere a "La detención arbitraria y retención ilegal de V1, V2, V3, V4, V5 y V6; cateo ilegal de V2; tortura de V1, V2, V5 y V6 y violencia sexual de V1, V2 y V5, en el estado de Veracruz". El 13 de mayo de 2012 V1 estaba desayunando en un puesto de comida en Boca del Río, Veracruz:

---

<sup>151</sup> Amnistía Internacional, *Sobrevivir a la muerte. Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México*, Amnistía Internacional Ltd, Londres, Reino Unido, 2016.

<sup>152</sup> Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Recomendación No. 01/2016", CNDH, Ciudad de México, México, 27 de enero de 2016, <http://www.cndh.org.mx>.

[...] Cuando una persona se le acercó apuntándole a la cabeza con un arma, posteriormente le cubrió la cabeza con una manta negra y le dijo que si no hacía lo que ellos decían la matarían, refiriéndoles la quejosa que **estaba embarazada, sin que eso detuviera la agresión**. Que la jalaban del cabello, momento en el que escuchó la voz de otra persona que dijo que no la golpeará porque había mucha gente; la subieron a un vehículo donde la siguieron golpeando y le preguntaron por el nombre de un individuo a quien denominaban "*El Marino*", refiriéndole que **si no contestaba irían por su hijo y por su madre para matarlos**.

5. Que fue trasladada a un cuartel de la SEMAR, sin decirle las razones o el motivo de su detención, allí le propinaron golpes y descargas eléctricas en su "*parte*" (sic) y en los senos; también sumergieron su cabeza en un tanque, momento en que escuchó que una mujer afirmó que sí estaba **embarazada**, por lo que **los elementos navales gritaron que le iban a sacar "ese bastardo", introduciéndole algo en su "parte", al parecer sus dedos**<sup>153</sup> (énfasis añadido).

Elementos de la Marina emitieron descargas eléctricas sobre los senos y en la vagina de V1; tocaron su cuerpo de manera lasciva introduciéndole los dedos en la vagina y pegándole en los senos. Amenazaron con violarla y matar a su familia.

En su declaración preparatoria, V1 reiteró los actos de agresión física de que fue objeto dentro de las instalaciones de la SEMAR, añadiendo que diversos elementos navales la desnudaron, la "*manosearon*", metieron su cabeza a un tanque de agua y posteriormente le pusieron una bolsa negra en la cabeza, que así la dejaban sin poder respirar y después se la quitaban, amenazándola con llevar a su hijo y violarlo frente a ella, de igual forma, **al referirle a sus agresores que se encontraba embarazada, éstos le dijeron que "le sacarían al monstruo de la panza", pegándole en el estómago**<sup>154</sup> (énfasis añadido).

<sup>153</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 41.

Los golpes en el estómago a una mujer embarazada no son casos aislados. La Recomendación 15/2013<sup>155</sup> de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla muestra el caso de una mujer (V2) detenida por la Policía Municipal. Los agentes jalonearon a la víctima y le retorcieron el brazo. Cuando la pareja (V1) de la víctima, también detenida, les dijo que estaba embarazada no le creyeron:

[...] Le contestaron que **las machorras no se embarazan** y que estaba loco por creer que estaba embarazada. Después de ser subidos a la patrulla, fueron llevados a las instalaciones de la Comandancia, ubicada en la Presidencia del municipio de Tehuizingo, Puebla, en donde **a base de empujones los ingresaron a la cárcel**; posteriormente **la señora V2, empezó a sentirse mal, presentando dolencias en vientre y cadera, presentando sangrado vaginal**; circunstancias que hicieron del conocimiento a **los elementos policíacos** que se encontraban en la Comandancia Municipal, sin que prestaran algún tipo de atención o auxilio médico; que por el contrario, **se reían** y realizaban comentarios fuera de lugar, transcurriendo así varias horas, hasta que **un elemento de la Policía Municipal, entró a la celda donde se encontraba la señora V2, la insultó e infirió varias patadas en su vientre**, por lo que a partir de ese instante no se pudo detener la hemorragia que presentaba; pasó el tiempo y se quedó callada hasta que después se quejó con un fuerte grito de dolor, **manifestando de celda a celda al señor V1, que ya había salido su hijo**; al siguiente día por la mañana, el agraviado le hizo del conocimiento al juez Calificador, **que su esposa había tenido un aborto y que necesitaba atención médica**, contestando que más tarde lo trataban, por lo que después de más de dos horas, ingresó el comandante de la Policía Municipal, a la celda donde se encontraba la señora V2, para llevársela a la clínica de los Servicios de Salud Pública, lugar en donde la revisaron y le indicaron que necesitaba un ultrasonido y legrado, regresando a la Comandancia; que ya después de una hora aproximadamente **la agraviada fue trasladada**

<sup>155</sup> Cfr. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, "Recomendación No. 15/2013", CDH Puebla, Puebla de Zaragoza, México, 30 de junio de 2013, <http://www.cdhpuebla.org.mx>.

**en una camioneta del Sistema para el Desarrollo de Integral de la Familia, al Hospital General de Acatlán, Puebla, sin que pudiera ingresar, en atención a que no era acompañada por algún familiar, circunstancia que motivó que el juez Calificador antes referido, dejara en libertad a V1, sin ningún procedimiento o pago de multa, para dirigirse al lugar en donde se encontraba su esposa<sup>156</sup> (énfasis añadido).**

En ambos casos se atestigua la tortura sexual en contra de una mujer, agravada por el hecho de estar embarazada, al punto de provocar un aborto en el segundo caso. Pero las agresiones de los agentes aprehensores se extienden sobre las niñas y niños que están presentes al momento de la detención. Por ejemplo, la Recomendación 5/2012<sup>157</sup> de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco se refiere a la detención de una mujer. Al momento del arresto sus hijos de 2, 4, 8 y 12 años estaban presentes y vieron cómo los agentes aprehensores apuntaban una pistola contra la cabeza de su mamá. En la Recomendación 62/2007<sup>158</sup> del Estado de Puebla se señala que también una niña de 6 años y un niño de 7 fueron víctimas de violencia durante la aprehensión de sus padres, además de ser testigos de los golpes infligidos a su madre y a su padre.

Otro aspecto a destacar es la violación de los derechos reproductivos de las mujeres con hijas e hijos lactantes y, por ende, del interés superior del niño en la fase de detención. En este sentido huelga mencionar la Recomendación 07/2016 de la CNDH, dirigida a la Procuraduría General de la República (PGR) y a la Comisión Nacional de Seguridad (CNS) "SOBRE EL CASO DE VIOLACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, A LA LEGALIDAD Y AL ACCESO A LA JUSTICIA, EN AGRAVIO DE V1; INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN

<sup>156</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>157</sup> Cfr. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, "Recomendación No. 5/2012", CEDHJ, Guadalajara, México, 27 de febrero de 2012, <http://cedhj.org.mx>.

<sup>158</sup> Cfr. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, "Recomendación No. 62/2007", CDH Puebla, Puebla de Zaragoza, México, 14 de noviembre de 2007, <http://www.cdhpuebla.org.mx>.

AGRAVIO DE V2 Y V3 Y A LA LACTANCIA DE V1 Y V2".<sup>159</sup> El 27 de octubre de 2015 V1 fue detenida en su domicilio por policías municipales de Gutiérrez Zamora, Veracruz, por su probable responsabilidad en la comisión de delitos contra el consumo y la riqueza nacional; los agentes no presentaron la orden de aprehensión. V1 fue trasladada al día siguiente al entonces Centro Federal Femenil (CEFEFE) ubicado en el estado de Nayarit. V1 tenía semanas de dar a luz y estaba en recuperación de la cesárea; asimismo su hija, V2, sólo se alimentaba de leche materna. En el Centro Federal Femenil "no se permitió el ingreso de V2 a efecto de que fuera amamantada por V1 durante su permanencia en ese centro de reclusión".<sup>160</sup> El 5 de noviembre de 2015 V1 obtuvo su libertad bajo caución, después de 9 días privada de su libertad al interior del CEFEFE, tiempo que dejó de amamantar a V2. La CNDH argumenta la responsabilidad de las autoridades penitenciarias, puesto que éstas tenían conocimiento de que V1 se encontraba en fase post-operatoria y que estaba amamantando; no obstante, no tomaron ninguna medida para garantizar la salud de la inculpada: "ninguna acción tendente a que V1 se extrajera la leche, realizar vendajes de mamas, valoración horarias de signos vitales y medidas generales preventivas, entre otras, para su control, y comunicar a sus superiores que V1 tendría que alimentar a V2 de forma inmediata, indicaciones que por su profesión de perito médico eran obligatorias conforme a los principios básicos de salud".<sup>161</sup>

La detención de V1 puso en riesgo a V2, puesto que ésta se alimentaba únicamente de leche materna. Huelga señalar que familiares de V1 acudieron al centro para solicitar el ingreso de V2, más las autoridades no tomaron ninguna medida en ese sentido. Como lo afirma la CNDH:

<sup>159</sup> Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Recomendación No. 07/2016", CNDH, Ciudad de México, México, 29 de febrero de 2016, <http://www.cndh.org.mx>.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 10.

**75. El interés superior de la niñez, como norma, fue violentado** en cuanto a la implementación de las multicitadas medidas, ya que no se consideraron que éstas no eran protectoras, ni aseguraban un entorno sano o seguro de V2, al estar alejada de V1, así como la falta de convivencia y el trastorno de estrés agudo que le provocó el evento traumático de la detención a V3, como lo constató un psicólogo de esta Comisión Nacional.

**76.** No pasa desapercibido que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada el 4 de diciembre de 2014, establece en el artículo 18 que; "*las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez*"; situación que dejaron de cumplir AR1 y AR2, en virtud de la omisión de brindar el goce del derecho a la salud y el de la lactancia a V1 y V2, lo que requirió que esta Comisión Nacional emitiera las medidas cautelares para facilitar el acceso de V2 al CEFEFE; sin embargo a pesar de que fueron aceptadas por las autoridades del centro, no llegó a concretarse tal acceso debido a que SP4 decretó la libertad provisional bajo caución de V1<sup>162</sup> (énfasis añadido).

Esta Recomendación es un ejemplo de los efectos de la ya mencionada práctica de recluir con base en el fuero, pasando por alto consideraciones de otra índole relacionadas con los derechos de las personas inculpadas y, en los casos donde aplica, el interés superior de la niñez. No se puede omitir el hecho que, pese a que estas recomendaciones están dirigidas a instancias de gobierno, los hechos violatorios de derechos humanos fueron posibles también por la participación de autoridades judiciales, que validaron las detenciones y otorgaron medidas cautelares alternas a la prisión sólo una vez que el agravio ya estaba consumado. Las recomendaciones señaladas no son más que unos pocos ejemplos de decenas de recomendaciones que muestran el uso de la tortura en las detenciones y, por ende, su ilegalidad. Aun así, las personas dete-

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 25.

nidas con una violencia que a menudo recae sobre sus hijas e hijos son procesadas y, a menudo condenadas por integrantes del poder judicial.

Es el caso de las mujeres entrevistadas para el citado estudio de Amnistía Internacional, que se basa prevalentemente en un cuestionario contestado por escrito por 66 mujeres y en entrevistas a profundidad con 34 mujeres recluidas en el CPS16, es decir, el Centro Federal Femenil ubicado en el estado de Morelos. De éstas, 72% afirmó ser madre y la mayoría (52%) es la principal o única cuidadora de sus hijas e hijos, siendo madres solteras o separadas/divorciadas. 93% de las entrevistadas afirmaron haber sido golpeadas durante la detención, principalmente en la cabeza (79%) y en el estómago, espalda y tórax (62%). 33 denunciaron haber sido violadas durante la detención; la mayoría de los casos de violación son adjudicados a agentes de la Secretaría de Marina. Los insultos, las amenazas y los manoseos fueron denunciados en la gran mayoría de los casos.

Para el tema del estudio, cabe subrayar que 8 de las entrevistadas afirmaron haber sufrido un aborto a causa de la detención; en otros casos relatan cómo sus hijas e hijos fueron aprehendidos junto con ellas y llevados a las estaciones de policía antes de dejarlos marchar, o bien cómo se encuentran institucionalizados porque la familia no puede hacerse cargo de ellos. Si bien es cierto que los testimonios de las mujeres no pueden ser comprobados y que este estudio, como todos los estudios empíricos basados en entrevistas, puede contener afirmaciones carentes parcial o totalmente de veracidad, las narraciones de las mujeres no distan de los hechos recopilados por las comisiones de derechos humanos y por las múltiples evidencias que a lo largo de los años se han acumulado para dar cuenta de la tortura como práctica generalizada en México, tal y como lo señaló el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez.<sup>163</sup> En su informe sobre tortura

---

<sup>163</sup> Cfr. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez. *Misión a México*, Asamblea

en México de diciembre de 2014 el Relator manifiesta su preocupación en relación a la violencia sexual:

[...] El uso de la **violencia sexual** como forma de tortura, principalmente respecto a **mujeres detenidas**. La tortura sexual incluye desnudez forzada, insultos y humillaciones verbales, manoseos en los senos y genitales, introducción de objetos en genitales y violación sexual reiterada y por varias personas. La mayoría de estos casos no han sido investigados ni sancionados, o bien han sido calificados como conductas de menor gravedad, y presentan retos particulares para las víctimas, quienes son frecuentemente revictimizadas cuando presentan denuncias o se someten a exámenes médicos<sup>164</sup> (**énfasis añadido**).

Las detenciones se traducen en fuentes de traumas psicológicos y emocionales para las niñas y los niños de las personas encarceladas; pero a esta experiencia se añaden, en México, las violencias directas e indirectas perpetradas por las y los agentes aprehensores y el sistema de justicia en su conjunto: mediante golpes, amenazas, prácticas indebidas, separación forzada, abortos ocasionados por los golpes o, al revés, embarazos causados por la violación. *La infancia, en fin, como objeto utilizado para causar más daño o como sujeto afectado por no ser tomado en cuenta a la hora de avalar una detención, la prisión preventiva o el traslado a un centro federal.*

¿En qué se traduce esta cadena de violencias directas o por omisión en los centros de reinserción? El informe especial de la CNDH<sup>165</sup> sobre mujeres privadas de la libertad es preciso en señalar las deficiencias encontradas en los centros con respecto a las condiciones de las niñas y los niños que viven con sus madres. En las visitas realizadas para la elaboración del informe se registraron 410 niñas y niños viviendo con sus madres. En 10 centros de los estados de Baja California,

General de Naciones Unidas, Ginebra, Suiza, 29 de diciembre de 2014, <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>165</sup> *Cfr.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe especial...*, 2015, *op. cit.*

Chiapas, Distrito Federal, Jalisco, Nayarit, San Luis Potosí, Yucatán y Zacatecas, no se permite la estancia de menores de edad con sus madres internas. Se detectó la presencia de menores de edad en 51 centros de reclusión; "sin embargo, la estancia de estos menores únicamente se permite cuando nacen mientras sus madres se encuentran internas, hasta una edad determinada que, dependiendo de cada establecimiento, oscila entre los seis meses y los seis años de edad, aunque se tuvo conocimiento de que en los establecimientos de Acapulco de Juárez y Chilpancingo de los Bravo, ambos en Guerrero, los menores de edad pueden permanecer hasta los 8 y 12 años de edad, respectivamente".<sup>166</sup> La Comisión señala que no se proporciona alimentación específica para las niñas y niños; con respecto a la educación, se afirma:

En 53 establecimientos en los que se permite la estancia de menores de edad con sus madres, ubicados en Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, **no se brinda apoyo para que tengan acceso a los servicios de guardería y/o educación básica mientras permanecen en esos lugares**<sup>167</sup> (énfasis añadido).

En noviembre de 2016 la CNDH emitió el *Estudio Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las Condiciones de Hijas e Hijos de las Mujeres Privadas de la Libertad en los Centros de Reclusión de la República Mexicana*,<sup>168</sup> en el cual se señala que en agosto de 2016 la población de niñas y niños en prisión con sus madres ascendía a 618, casi el doble de la que se registró en 2013 (396). En la realización del estudio se registraron i) insuficiencia de infraestructura que garantice una estancia digna; ii) deficiencias en el servicio médico

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>168</sup> Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Estudio Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las Condiciones de Hijas e Hijos de las Mujeres Privadas de la Libertad en los Centros de Reclusión de la República Mexicana*, CNDH, Ciudad de México, México, 2016.

y en educación inicial y preescolar; iii) deficiencias en la alimentación y iv) inadecuada atención y clasificación:

**30.** Existen centros en los cuales pueden verse a niñas y niños de diferentes edades deambular sin restricciones por el área femenil. Llama la atención que las estancias "adaptadas" para mujeres (dentro de un reclusorio varonil), por lo general son muy limitadas en espacios, encontrando ahí personas procesadas y sentenciadas, con hijas e hijos, sin que se cumpla con la garantía establecida en el artículo 18 constitucional de separar a las internas de manera adecuada y contraviniendo así, las reglas 11 y 28 de las "Reglas Mandela".

**31.** Existen centros como el de Topo Chico en Nuevo León, en donde los espacios son notoriamente insuficientes y el hacinamiento se hace presente de manera importante; de igual forma, se presenta esta situación por ejemplo, en Chiapas donde hay 8 espacios en dormitorios y un total de 23 niños.<sup>169</sup>

Se señala que no existen instalaciones médicas para las niñas y los niños, de lo cual se infiere que tampoco existe medicamento para ellos. Asimismo, se afirma que en 51 centros no se brinda ningún tipo de apoyo para que tengan acceso a servicios de guardería y de educación preescolar. En algunos centros se opta por mandar a las niñas y niños a servicios escolares en el exterior, aunque la continuidad de esta actividad depende de la disponibilidad de transporte y de personal.

Recomendaciones de diversas comisiones de derechos humanos proporcionan más ejemplos concretos de la condición de desprotección en la cual viven inmersos las hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad. Por ejemplo, en la recomendación 13/2015<sup>170</sup> de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca las inter-

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>170</sup> *Cfr.* Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, "Recomendación No. 13/2015", DDHPO, Oaxaca de Juárez, México, 10 de diciembre de 2015, <http://www.derechoshumanosoaxaca.org>.

nas manifiestan que a aquéllas que vivían con sus hijas e hijos dentro del penal les impusieron un plazo de quince días para sacarlos, sin importar las circunstancias específicas en las que cada interna vive la maternidad en reclusión, como se refleja en el siguiente ejemplo:

La "Interna I" [...] señaló que desde hace aproximadamente un año, en dicho penal se encuentra viviendo su hijo, un niño "N1" de cinco años de edad diagnosticado con parálisis cerebral y quien se encuentra en silla de ruedas, y según lo referido por la interna desde que "N1" llegó a vivir a dicho penal no recibe terapia de rehabilitación, y hace ya varios meses que no recibe atención médica.<sup>171</sup>

En 2008 la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México emitió la Recomendación 12/2008<sup>172</sup> basada en los agravios en contra de "Madres privadas de libertad y sus hijos e hijas que viven en el Centro Femenil de Readaptación Social Santa Martha Acatitla":

Los días 7 y 9 de noviembre de 2007, la CDHDF recibió 3 quejas en las cuales 4 internas del Centro Femenil de Readaptación Social Santa Martha Acatitla (CEFERESO) refieren que fueron sancionadas como consecuencia de riñas entre ellas y una interna más. **El Consejo Técnico Interdisciplinario del CEFERESO (CTI) decidió sancionarlas con la separación de sus hijos durante tres meses.**

**1.2.** Conforme a la versión de las 4 primeras internas peticionarias, **el CTI decidió externar a su hija e hijos para ser entregados a sus familiares con la advertencia de que si ellos no se podían hacer cargo de los menores de edad, se les remitiría a una institución de asistencia pública.** La Dirección del CEFERESO refirió que en realidad se egresó a la hija y al hijo de las internas 2 y 1, respectivamente, y se restringió el acceso de los niños de las internas 3 y 4. Al momento de que se tomó la decisión de separarlos

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>172</sup> Cfr. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, "Recomendación No. 12/2008", CDHDF, Ciudad de México, México, 8 de agosto de 2008, <http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx>.

de sus madres, dos de ellos apenas contaban con 9 meses de edad, otro niño tenía 2 años, 2 meses; mientras que la niña tenía 1 año, 2 meses.

**1.3.** Tras la recepción de las quejas, **la Comisión envió medidas precautorias a la Directora del Centro de Reclusión a fin de que se suspendiera la medida, en razón de que ninguna sanción puede establecerse por encima del interés superior de las niñas y los niños, y que solamente en circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, los menores de edad deben ser separados de sus madres.** Además este Organismo señaló que la medida estaba en contra de la seguridad jurídica de las sancionadas debido a que las sanciones establecidas en el Reglamento de los Centros de Reclusión no prevé[n] la separación de los menores de edad de sus madres; **la separación de madres e hijos es una pena trascendental porque no solamente afecta a la persona sancionada sino también a sus hijas e hijos, por ello no puede ser una sanción disciplinaria.**

[...] Ninguna de estas medidas fueron atendidas por la autoridad, hasta que el 25 de noviembre de 2007 **murió el hijo de la interna 1, por broncoaspiración.** Al siguiente día la CDHDF envió nuevamente medidas precautorias al Subsecretario de Gobierno, responsable en esas fechas de los centros de reclusión de la ciudad, reiterando que se suspendiera la separación de la niña y los niños de sus madres. En esa misma fecha a solicitud de la Comisión, **se autorizó el reingreso de los menores**<sup>173</sup> (énfasis añadido).

Nuevamente la medida sancionadora se revierte cuando el daño está consumado, en esta ocasión llegando al extremo de la muerte del niño.

En el informe de Juan E. Méndez sobre tortura, se hace hincapié en la falta de perspectiva de género en las políticas penitenciarias:

En el Centro Santa Martha, las internas, incluyendo las madres, viven en condiciones de hacinamiento, comparten colchones y

<sup>173</sup> *Ibidem*, pp. 3-4.

viven con escasez de agua y alimentación apropiada. Más del 60% de las mujeres detenidas en el país se encuentran en centros mixtos, donde suelen estar reclusas en espacios reducidos y compartir espacios comunes con la población masculina. El Relator Especial observó falta de atención médica ginecológica y psicológica especializada, así como falta de atención a las necesidades higiénicas y biológicas femeninas. Asimismo, observó una atención precaria a mujeres embarazadas y madres lactantes. El control sobre las capacidades reproductivas suele ser estricto: se impone el uso de anticonceptivos para el acceso a la visita íntima o se exige el uso de métodos concretos, como inyecciones o dispositivos intrauterinos, aun si la mujer prefiere métodos menos invasivos. Hay ausencia de programas de apoyo a la rehabilitación con enfoque de género y de medidas tendientes a mantener los lazos con el entorno familiar y comunitario, muchas veces dificultándose las visitas o deteniendo a la mujer en centros alejados de su familia.<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial...*, op. cit., p. 16.



## REFLEXIONES

### FINALES

Los ejemplos presentados en este capítulo no dejan espacio para la duda: si bien no se excluye la existencia de casos positivos de prácticas de investigación, detención y reclusión, los informes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los hechos presentados en las recomendaciones nacionales y estatales en la materia, nos llevan a dos principales conclusiones: la primera es que *las niñas y niños de las personas en conflicto con la ley no son tomados en cuenta en las políticas y prácticas judiciales*. Esto se vislumbra desde la fase de procuración de justicia, tanto en la detención como en el procesamiento. El caso de la mujer trasladada a la cárcel femenil de Nayarit es ejemplar en cuanto a violación de los derechos reproductivos, violencia de género, violación del interés superior del niño, clasificación basada en un criterio funcional a la gestión administrativa, así como de la violación del derecho a la cercanía al domicilio.

La segunda conclusión es que *las niñas y los niños, e incluso los fetos, son utilizados como herramienta para incrementar la intensidad*

*de la tortura psicológica y sexual.* Esto en un contexto, como lo es el mexicano, de impunidad cuando se trata de violencia contra las mujeres y de tortura como práctica de investigación, detención y reclusión. Lo anterior se traduce en eventos traumáticos para las niñas y niños, hijas e hijos de progenitores en conflicto con la ley, de violencia directa e indirecta y de condiciones de reclusión, junto con sus madres, indignas.

## IV. Resoluciones judiciales



## INTRODUCCIÓN

**E**n los capítulos previos se han analizado los principios y las normativas jurídicas que orientan la aplicación transversal del interés superior del niño (ISN). Este concepto tiene una acepción tripartida: derecho, principio y norma de procedimiento. Su connotación como derecho *primordial* conlleva que debe ser tomado en cuenta en todas las decisiones administrativas, legislativas y judiciales que afectan *directa* o *indirectamente* a las niñas y niños y que cualquier interpretación aplique el ISN por encima de otras consideraciones.

Para el caso del sujeto de este estudio, es decir, las niñas y niños que viven en prisión con sus madres, huelga mencionar que éste es sólo un grupo de un sujeto colectivo más grande, a saber, las niñas, niños y adolescentes (NNA) con referente significativo encarcelado (RSE); este colectivo incluye a las niñas y niños que viven en el exterior, las hijas e hijos de adolescentes privadas y privados de la libertad y aquellas niñas y niños que no guardan una relación filial con las personas privadas de la libertad que desempeñan un papel relevante en sus vidas. Entre los

temas salientes que conciernen específicamente a las niñas y niños que viven en prisión con sus madres hemos señalado i) la edad permitida; ii) los procedimientos de salida de la prisión; iii) la preservación de lazos con el exterior –en las áreas de educación, salud y esparcimiento, principalmente–, incluyendo con su familia; iv) las instituciones (tipos y características) donde son alojadas las madres con sus hijas e hijos; y v) la aplicación de medidas alternativas. A nivel internacional se insiste en la importancia de recurrir a sanciones no privativas de la libertad en los casos de mujeres embarazadas y con hijas e hijos.

El objetivo de este capítulo es analizar si y cómo estos temas, y en general el impacto del encarcelamiento sobre las hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad son tomados en cuenta e incorporados en la argumentación de resoluciones judiciales. Puesto que se pretende ofrecer ejemplos que puedan fungir de apoyo para que las juzgadoras y los juzgadores de los tribunales mexicanos incorporen el ISN en sus deliberaciones, el énfasis está puesto en casos positivos. Analizo primero un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), luego ejemplos de otros países y, finalmente, el caso mexicano.

## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

### CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO VS. PERÚ

**E**sta sentencia de la Corte Interamericana<sup>175</sup> fue emitida el 25 de noviembre de 2006 y se refiere a hechos acontecidos a partir del 6 de mayo de 1992 en el marco de la ejecución del "Operativo Mudanza 1" "dentro del Penal Miguel Castro Castro, durante el cual el Estado, supuestamente, produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 internos, y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos. Los hechos también se refieren al trato cruel, inhumano y degradante experimentado por las presuntas víctimas con posterioridad al "Operativo Mudanza 1".<sup>176</sup> Dicho Operativo consistió de un ataque de diversas fuerzas de seguridad del Estado (Policía Nacional,

---

<sup>175</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Castro Castro vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, 25 de noviembre de 2006, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 2.

Ejército, cuerpos especiales, entre otros) con bombas, granadas y armas de alta velocidad, entre otros armamento de guerra. El Estado Peruano afirmó que el Operativo tenía como objetivo trasladar a mujeres privadas de la libertad en el Pabellón 1 a otra cárcel de máxima seguridad, y justificó el uso de la violencia afirmando que había un motín en el interior del centro. Sin embargo, no se demostró ante la Corte que efectivamente hubiera en curso un motín y otras circunstancias que ameritaran el uso de la fuerza. Por ello, el Operativo es calificado como un ataque para atentar contra la vida e integridad de las internas e internos que se encontraban en los pabellones 1A y 4B. Las mujeres fueron particularmente afectadas por el Operativo:

**El ataque inició contra el pabellón de mujeres 1A del Penal Miguel Castro Castro. Las internas que se encontraban en ese pabellón, incluidas las embarazadas, se vieron obligadas a huir del ataque en dirección al pabellón 4B. Este traslado fue especialmente peligroso por las condiciones del ataque antes descritas; las internas sufrieron diversas heridas. Un dato que muestra las condiciones extremas en que se desarrolló el ataque fue que **las prisioneras tuvieron que arrastrarse pegadas al piso, y pasar por encima de cuerpos de personas fallecidas, para evitar ser alcanzadas por las balas. Esta circunstancia resultó particularmente grave en el caso de las mujeres embarazadas quienes se arrastraron sobre su vientre.****

[...] Es importante aclarar que de la prueba aportada al Tribunal y de los testimonios de los internos se desprende que las internas embarazadas también fueron víctimas del ataque al penal. **Las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos**<sup>177</sup> (énfasis añadido).

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 104.

Huelga señalar que este caso es el primero recibido por la Corte en el cual las víctimas principales son las mujeres<sup>178</sup> y establece en la sentencia que el Estado violó, entre otros tratados, los artículos 1, 6 y 8 de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*.

En la sentencia también se discuten los impactos del Operativo sobre los familiares de las mujeres y hombres privados de la libertad, y el sufrimiento derivado de la incomunicación:

La incomunicación severa tuvo efectos particulares en las **internas madres**. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración **la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad**, lo cual implica, entre otras medidas, **asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo**. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un **sufrimiento psicológico adicional a las internas madres**<sup>179</sup> (énfasis añadido).

---

<sup>178</sup> Cfr. "Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso Castro y Castro, del 25 de noviembre de 2006", p. 2

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 112.



## SUDÁFRICA

**E**n el capítulo segundo se mencionó la existencia de un antecedente que marcó un hito en la aproximación judicial al interés superior del niño cuando se trata de niñas y niños que pueden verse afectados por el encarcelamiento de sus progenitores. Se trata del caso *S v M*.<sup>180</sup>

### CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

El caso se desarrolla frente a la Corte Constitucional de Sudáfrica. La señora M<sup>181</sup> es madre de tres niños de 16, 12 y 8 años y no estaba casada con ninguno de los padres de los niños; es decir, era su única y principal cuidadora. Entre 1999 y 2002 fue condenada en tres ocasiones por delitos de fraude, por los cuales fue sentenciada respectivamente

---

<sup>180</sup> *Cfr.* Constitutional Court of South Africa, "Case CCT 53/06 [2007] ZACC 18", Sudáfrica, 26 de septiembre de 2007, <http://www.saflii.org>.

<sup>181</sup> La Corte Constitucional de Sudáfrica ordenó que el caso fuera citado como "El Estado v M" para proteger la identidad de los tres hijos de la solicitante.

i) al pago de una multa y sentencia privativa de la libertad suspendida por cinco años; ii) un periodo breve de encarcelamiento y fianza; y, finalmente, iii) cuatro años de prisión. Después de tres meses de prisión, el Alto Tribunal de Ciudad del Cabo (*Cape High Tribunal*) le otorgó la libertad bajo fianza por el tiempo de la apelación. Sucesivamente, el mismo tribunal resolvió que había sido injustamente condenada por una parte del delito y redujo el término del encarcelamiento a un año. Debido a este cambio, la señora M dejaría la prisión después de ocho meses de encarcelamiento. M solicitó el permiso de apelar la orden de encarcelamiento ante la Corte Suprema de Apelación (*Supreme Court of Appeal*) y le fue negado sin argumentos. A su vez, la peticionaria apeló ante la Corte Constitucional (*Constitutional Court*).

Al aceptar la apelación, el Presidente de la Corte solicitó a las partes que presentasen argumentos sobre los siguientes temas únicamente:

- I. ¿Cuáles son las obligaciones de un tribunal de sentencia a la luz de la sección 28(2) de la Constitución y otras disposiciones legislativas, cuando la persona sentenciada es la cuidadora principal de niñas y niños?
- II. Si estas obligaciones fueron cumplidas en esta ocasión.
- III. Si se determina que estas obligaciones no fueron observadas, ¿qué decisión debería tomar esta Corte, si es que debe tomar alguna?<sup>182</sup>

El artículo en discusión es el número 28 de la Constitución de Sudáfrica, en el cual se definen los derechos de niñas y niños (concebidos como las personas menores de 18 años) y, en la sección segunda, los intereses superiores de la niñez (*Child's Best Interests*) como asuntos de importancia suprema en todas las cuestiones que conciernen a niñas y niños.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 3. La sentencia original es en inglés; la traducción fue realizada por la autora.

Entre las partes que presentaron argumentos para la discusión huelga mencionar el *amicus curiae* del *Centre for Child Law* de la Universidad de Pretoria y las presentaciones orales y escritas de su directora, Ann Skelton, ya mencionada en el análisis del Día de Debate General sobre niñas y niños de madres y padres encarcelados. Asimismo, la Corte nombró un *curator ad litem* para los tres niños, que investigó y reportó sobre la situación de los niños y su vínculo con la madre.

## ARGUMENTACIÓN

En este apartado se reproducen algunos de los extractos de la sentencia elaborados por el juez Sachs, responsable del proyecto y figura histórica en Sudáfrica, nombrado a la Corte Constitucional por Nelson Mandela. Las reflexiones en torno al alcance del concepto de Interés Superior del Niño y su aplicabilidad para el caso específico son pertinentes para el caso mexicano y pueden contribuir a orientar a las autoridades judiciales sobre cómo relacionar este principio y su carácter primordial con la situación de personas en conflicto con la ley que son principales cuidadoras de niñas y niños.

Con respecto al primer punto de los tres señalados por el Presidente de la Corte, el estudio del ministro Sachs comienza con revisar la forma actual de emitir sentencias —o, podríamos definirlo a la luz de la sentencia estudiada, *pre-S v M—*. Ésta se basa en 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. Estos tres componentes integran el paradigma que subyace en los criterios judiciales para el establecimiento de una sentencia condenatoria.<sup>183</sup> La pregunta, entonces, es si el artículo 28 de la Constitución añade un elemento extra a las responsabilidades del ente sentenciador por encima de la triada de *Zinn* y, en caso afirmativo, cómo habría de satisfacer dichas responsabilidades. El juez procede, entonces, a un estudio

<sup>183</sup> Cfr. *ibidem*, p. 6.

del interés superior del niño (ISN). En Sudáfrica el ISN ha sido incorporado ampliamente en las resoluciones en torno a custodia y mantenimiento. Sin embargo, se afirma, el orden constitucional ha ampliado el alcance de este principio. El artículo 28 indica que la aplicación de la ley debe ser siempre sensible a la niñez. Las leyes deben ser interpretadas y desarrolladas de tal manera que favorezcan la protección y desarrollo de los derechos de las niñas y niños. Asimismo, los tribunales deben operar en todo momento en forma respetuosa de los derechos de niñas y niños.<sup>184</sup> El juez Sachs afirma que debe llevarse a cabo un cambio de mentalidad cuando nos aproximamos a la situación de niñas y niños indirectamente afectados por el encarcelamiento de sus cuidadores principales. Afirma:

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 hijos.<sup>185</sup>

Las niñas y niños, por ende, no pueden, y no deben, ser tratados por el sistema de justicia como apéndice de sus madres y padres y, por lo tanto, como su exclusiva responsabilidad; al contrario, el Estado debe desempeñar un papel activo para garantizar a esas niñas y niños las condiciones para reparar los efectos de una vida familiar trastornada y evitar que sus instituciones tengan conductas que pueden poner a las niñas y niños en peligro. Por ende, el artículo 28 contiene la obligación de realizar todos los esfuerzos posibles para evitar separaciones familiares que pueden amenazar o poner en riesgo a las niñas y niños. Más adelante se sostiene también que la vaguedad del principio del interés

<sup>184</sup> Cfr. *ibidem*, p. 9.

<sup>185</sup> Cfr. *ibidem*, p. 11.

superior del niño representa su fuerza, y no su debilidad. Una verdadera aproximación basada en la niña o niño requiere, por ende, un examen individualizado de la situación real del caso particular. Aplicar una fórmula predeterminada que no tome en cuenta las circunstancias, en aras de buscar certeza, sería, de hecho, contraria al interés superior del niño involucrado en el asunto.<sup>186</sup>

La reflexión toca otro punto relevante para las juzgadoras y juzgadores mexicanos: cómo interpretar la acepción de primordial del ISN. Se afirma que tomar literalmente el fraseo "en todos los asuntos que conciernen a la niñez" implicaría abordar todas las leyes y todas las políticas públicas, puesto que muy pocas medidas no tendrían un impacto directo o indirecto sobre niñas y niños. Esto no conlleva que el impacto directo o indirecto de cualquier medida o acción que concierna a una niña o niño debe invalidar todas las demás consideraciones. Si el principio del ISN como primordial se expande demasiado se corre el riesgo de que se transforme en una frase retórica y vacía de aplicación débil y deje de ser un instrumento efectivo de protección de la niñez. El problema, explica el juez Sachs, es entonces, cómo aplicar el principio de primordialidad de una manera significativa, sin obliterar indebidamente otros intereses valiosos protegidos por la Constitución. La Corte Constitucional ha llegado a la determinación, en otros casos, de que el mandato del ISN es limitable.

Ahora bien, dado lo anterior, ¿cuál es la aproximación correcta a la hora de determinar una sentencia cuando la persona condenada es una cuidadora o cuidador principal? En primer lugar, se define como *principal cuidadora o cuidador a la persona con la cual viven las niñas y los niños y que lleva a cabo las acciones cotidianas necesarias para asegurar que las niñas y niños sean alimentados y cuidados y que asistan a la escuela regularmente*. Esta fórmula debe ser revisada a la luz de los casos individuales. En el *amicus curiae* presentado para el caso

<sup>186</sup> Cfr. *ibidem*, p. 15.

en cuestión, se hizo hincapié en que las niñas y niños de una persona en conflicto con la ley no son "circunstancias" de esas personas –como se solía interpretar en apego a la triada *Zinn*–, sino individuos cuyos intereses deben ser considerados de manera independiente; de esta manera, para poder contestar la pregunta puesta por el Presidente de la Corte, debe rebasarse la triada *Zinn*. El juez Sachs retoma en esta parte de la sentencia el artículo 30 de la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño* ya citado en el primer capítulo:

Art. 30. Hijos de madres reclusas.

Los Estados Parte en la presente Carta se comprometerán a dar un trato especial a las madres embarazadas y de niños recién nacidos o pequeños que sean declaradas culpables de infringir la ley penal, y en particular:

- garantizarán que, cuando dichas madres sean condenadas, en primer lugar se considerará una sentencia de no reclusión;
- establecerán y promoverán medidas alternativas al internamiento institucional para el tratamiento de dichas madres;
- establecerán instituciones alternativas especiales para dichas madres;
- garantizarán que no se impondrá una sentencia de muerte a dichas madres;
- garantizarán que el objetivo esencial del sistema penitenciario será la formación, la integración de la madre en la familia y la reinserción social.<sup>187</sup>

Más adelante, se afirma:

Siempre habrá que dar una atención específica y bien informada para asegurar que la forma de castigo impuesta sea la menos

<sup>187</sup> Organización para la Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos...*, *op. cit.*, art. 30.

lesiva para los intereses de niñas y niños, dado el rango legítimo de opciones en las circunstancias disponibles al tribunal.<sup>188</sup>

Ahora bien, esto no se traduce, ni debe entenderse, como una manera de fomentar la impunidad o de que las madres y los padres huyan de sus responsabilidades so pretexto de que son principales cuidadores de niñas y niños: el juzgador aclara que no es la sentencia lo que pone en riesgo los derechos de niñas y niños, sino la imposición de una sentencia sin poner la debida atención a la necesidad de tomar especialmente en cuenta los intereses de niñas y niños. El propósito de enfatizar el deber de un tribunal de reconocer los intereses de niñas y niños, por ende, no es permitir que las madres y padres que toman decisiones eviten el castigo que les corresponde. Más bien es proteger a las niñas y niños inocentes de daños que pueden ser evitados, dentro de lo posible en determinadas circunstancias.<sup>189</sup>

Se afirma también que debe llevarse a cabo un ejercicio de equilibrio caso por caso, que se traduce en un asunto de contexto y proporcionalidad. Se trata de mantener la vida familiar y de tomar en cuenta a las niñas y niños, no de ignorarlos. Finalmente, con respecto al caso particular, se concluye que en la sentencia que condena a M a pena privativa de la libertad no se llevó a cabo una investigación suficientemente exhaustiva sobre quién mantendría a los tres niños y el impacto potencial de separarlos, ni se tomaron en cuenta los efectos que esto tendría sobre su rendimiento escolar y otras actividades.

## SENTENCIA

El juez resuelve dar efecto retroactivo al tiempo de sentencia ya cumplido, suspender el resto de la sentencia para que M no tenga que regresar a prisión y añadir una orden de supervisión correccional. Dicha

<sup>188</sup> Constitutional Court of South Africa, "Case CCT 53/06...", *op. cit.*, p. 21.

<sup>189</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

decisión, aclara, se basa en que claramente yace en el interés superior de los niños que ellos continúen recibiendo los cuidados de su madre. El tribunal recibió tres informes que dan cuenta de las cualidades de la inculpada como madre y del apego que sus hijos tienen hacia ella. Si M fuera encarcelada, el impacto de su encarcelamiento para sus hijos sería emocional, psicológico, material, educativo y recaería sobre todo su desarrollo. Se reafirma también que la sentencia previa no tomó en cuenta la evidencia que tenía frente a sí.

Esta 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.*<sup>190</sup>

Pese al impacto positivo de esta sentencia en casos posteriores y en la manera de concebir y aplicar el ISN en resoluciones que concierne a personas con niñas y niños a cargo, en 2011 un caso parecido, *MS v S*,<sup>191</sup> fue juzgado de manera distinta. Existen numerosos paralelismos entre los dos casos; la señora MS tenía en ese entonces 33 años y estaba casada con el padre de sus hijos. También fue acusada de fraude en varias ocasiones. La diferencia entre M y MS es que la primera no estaba casada, es decir era madre soltera y, por ello, única cuidadora de sus hijas e hijos. MS, en cambio, estaba casada. Aun así, los reportes presentados a la Corte mostraban que el padre era un hombre ausente, involucrado a menudo en relaciones extra-maritales y que no ofrecía la certeza de que los niños serían cuidados debidamente. Como lo afirma el juez responsable de la sentencia, Khampepe:

<sup>190</sup> Cfr. Skelton, Ann, "Introductory statement...", *op. cit.*

<sup>191</sup> Cfr. Constitutional Court of South Africa, "Case CCT 63/10 [2011] ZACC 7", Sudáfrica, 29 de marzo de 2011, <http://www.saflii.org>.

No debería presumirse que el padre cuidaría adecuadamente a sus hijas e hijos sólo sobre la base de la convivencia y el matrimonio. Incluso empezar el análisis de si un cuidador o cuidadora principal debiera recibir un sentencia privativa de la libertad de esta manera, con base en que está casada con una pareja que vive con ella, sin mirar a las realidades de la vida de esa familia, es una evaluación demasiado normativa de cómo se distribuye la responsabilidad en el matrimonio. *El hecho de que un cuidador o cuidadora principal esté casado y que resida con su pareja es únicamente uno de los factores a tomar en cuenta y no es decisivo para la consideración sobre la sentencia de cuidadores o cuidadoras principales. La presencia física del padre no significa que el padre sabrá cuidar de manera adecuada a las niñas y niños*<sup>192</sup> (cursivas añadidas).

Sin embargo, la Corte decidió mantener la condena a una sentencia privativa de la libertad, con nueve votos a favor y uno en contra.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 23. Traducción a cargo de la autora.



## ARGENTINA

### CONTEXTO

Los casos analizados en esta sección se refieren a la aplicación de la *Ley No 26.472*, promulgada en 2009. Esta norma introdujo modificaciones en el *Código Penal de la Nación*, en el *Código Procesal Penal de la Nación* y en la *Ley de Ejecución Penal (Ley No 24.660)*, "que habilitan al juez a disponer el *arresto domiciliario* para las *mujeres embarazadas, para las madres de niñas y niños hasta los cinco años de edad, o que tengan a cargo a personas con discapacidad*".<sup>193</sup> Huelga resaltar que entre los fundamentos del proyecto de ley se manifiestan paralelamente tres órdenes de derechos:

Entre los fundamentos del proyecto unificado se hacía referencia al **derecho a la vida y al derecho a la salud** de las personas privadas de la libertad, y se manifestaba que **el ámbito carcelario**

---

<sup>193</sup> Ministerio Público de la Defensa, *Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*, Defensoría General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 47.

no era el adecuado para el alojamiento de personas que necesitan especial atención y cuidado, tales como las **mujeres embarazadas o con niñas o niños pequeños a su cargo**. Por otra parte, vinculado con los derechos mencionados, se reconocía que la **proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes** podría determinar la necesidad de un régimen especial para evitar que ciertas condiciones infringieran tal prohibición. Paralelamente, se mencionaba que las pretensiones de castigo representadas por el aparato de justicia penal debían ceder en algunas circunstancias frente a derechos de mayor importancia, y que el principio de **intrascendencia de la pena**, aunado al **interés superior del niño** y la **debida protección de las personas con discapacidad**, demandaban la búsqueda de soluciones alternativas a la prisionización<sup>194</sup> (énfasis añadido).

Asimismo, se reconocían entre los beneficios de la ley la despresu- rización del sistema penitenciario argentino, caracterizado por el hacinamiento y la violencia en los centros.<sup>195</sup> Las disposiciones de la ley abarcan también la fase preventiva y las demarcaciones locales, pese a ser una ley del orden federal enfocada en la privación de la libertad a raíz de una sentencia condenatoria.<sup>196</sup>

En la obra citada se señalan también las críticas a la ley en cuestión:

Uno de los principales cuestionamientos es que parece conferir discrecionalidad al juez a la hora de otorgar el arresto domiciliario. En su redacción utiliza términos tales como "podrá disponer" o "podrán" en los artículos 32 de la Ley de Ejecución de la Pena y 10 del Código Penal, respectivamente. [...].

En primer lugar, tal como se reseñó en el Capítulo I, **los estándares internacionales de derechos humanos obligan al Estado a proteger especialmente a las mujeres embarazadas, a niñas, niños**

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>195</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 49-50.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 51.

**y adolescentes, y a personas con discapacidad.** Ello determina que la **regulación legal deba ser interpretada en el marco de esta obligación** de protección calificada que los tratados internacionales atribuyen a las mujeres y a la infancia, y de las obligaciones de los Estados de legislar y realizar acciones positivas en su favor, como así también de no vulnerar sus derechos. [...] En segundo lugar, parece razonable concluir, a la luz de esos estándares, que **en ciertos casos el bienestar de mujeres, niñas y niños debe anteponerse a la pretensión punitiva del Estado, dados los efectos devastadores y desproporcionados que posee el encarcelamiento sobre esos grupos.** En los términos del Capítulo I de este Informe, principios como el de dignidad (artículos 11, CADH; 1, DUDH y 10.1, PIDCP), el de interés superior del niño o niña (artículo 19, CADH), el de trascendencia mínima de la pena (artículo 5.3, CADH), así como la prohibición de trato cruel, inhumano o degradante (artículos 5, DUDH, 5.2, CADH, y 7 PIDCP) exigen interpretar la ley nacional en ese sentido.

Finalmente, una interpretación armónica con la normativa nacional especializada en materia de infancia conduce a igual conclusión. La ley No 26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, establece que, aun mediando imputación de un delito o condena penal, **debe evitarse la separación de las progenitoras y progenitores de sus hijas e hijos, a menos que la convivencia sea imposible o que viole los derechos de las niñas y niños.** El juego armónico de los artículos 10 del Código Penal, 32 de la Ley de Ejecución de la Pena y 11 de la ley No 26.061 lleva a concluir que **la facultad otorgada a la magistratura para disponer el arresto domiciliario a favor de una mujer que tiene hijas o hijos pequeños se limita a constatar si se encuentran amenazados o violados los derechos de esos niños y niñas por la convivencia conjunta con su madre. De no existir tal amenaza ni acreditarse alguna otra imposibilidad, el juez debe otorgar el arresto domiciliario**<sup>197</sup> (énfasis añadido).

A estas críticas se suman otras relacionadas con el límite de edad de 5 años, el hecho de que la ley esté enfocada en *las mujeres* y no en

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 53-54.

todas las personas con niñas, niños o personas con discapacidad a cargo y que quedan excluidas las mujeres embarazadas extranjeras o con hijas e hijos, por no tener domicilio o arraigo en el país. También para las mujeres argentinas que no puedan comprobar un domicilio "adecuado" se dificulta la aplicación de la ley. Finalmente, la ley responde, por un lado, a una realidad empírica –el hecho de que las mujeres son quienes predominantemente se hacen cargo de las hijas e hijos– pero refuerza simultáneamente estereotipos de género. Como se afirma en la obra mencionada:

Para enfrentar estas dificultades, se han propuesto distintos argumentos interpretativos, que permiten armonizar las disposiciones legales con los estándares internacionales. Sin embargo, como veremos en los capítulos subsiguientes, la actual hermenéutica judicial se encuentra todavía lejos de los estándares deseados y, consecuentemente, lejos de garantizar la protección que la ley No 26.472 está llamada a brindar.<sup>198</sup>

A continuación, se presentan algunos ejemplos que se refieren al límite etario.

## CASOS

Como ya se señaló, la ley marca los 5 años de edad como límite para que la madre sea sancionada a la pena preventiva de la libertad en su domicilio en lugar de la prisión. Este límite debe ser entendido en sentido orientador y no como una barrera infranqueable aplicada de manera irreflexiva. Varias sentencias se han pronunciado en este sentido, ampliando la aplicación de la ley más allá de lo textual:

Así, la **Sala "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico** entendió que una interpretación que deniegue el acceso al arresto domiciliario a mujeres con hijos mayores de

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 67.

cinco años resultaría **"rigurosamente literal" y contraria a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos**<sup>199</sup> (énfasis añadido).

Asimismo, la **Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal** –en adelante, CFCP– sostuvo que "[...] **la edad de la niña no obsta la concesión de la prisión domiciliaria** en los casos en que su interés de jerarquía constitucional se encuentre comprometido [...]"<sup>200</sup> (énfasis añadido).

En la misma dirección, la Sala I de la CFCP sostuvo que "[...] **el interés superior del niño es un concepto flexible que debe ser redefinido en cada caso puntual atendiendo a sus particularidades específicas**"<sup>201</sup> (énfasis añadido).

La CFCP también se pronunció en un supuesto en el que se concedió el arresto domiciliario a la madre de un niño menor de cinco años, pero se dispuso que ella tenía que reingresar a la prisión cuando alcanzara esa edad. La Sala II de la CFCP rechazó esa interpretación, pues entendió que **el límite legal de los cinco años de edad debe ser entendido de modo orientativo y nunca aplicarse ex ante en forma automática para todos los casos, porque un menor de edad puede requerir del cuidado y protección de su madre pasado dicho límite etario**<sup>202</sup> (énfasis añadido).

En el caso "C.P.R", la Sala III de la Cámara Federal de La Plata también **concedió el régimen de la prisión domiciliaria a la madre de una niña mayor a cinco años** y declaró la inconstitucionalidad

<sup>199</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, Causa No. 9515, "Incidente de solicitud de prisión preventiva de Helena Opoku Jhontson", rta. 03/03/2009. En sentido similar, ver: Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, Incidente No. 244/08-I-01, "B., M.A. s/ prisión domiciliaria", rta. 09/10/2009 y Juzgado Federal de Rawson, Chubut, Expte. 278 f.68 año 2009, "Dra. Mirta Seniow de Gando solicita detención domiciliaria de M.I.M.", rta. 01/09/2009. En *ibidem*, p. 72.

<sup>200</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa No. 16.346, "Castillo, María Victoria s/ recurso de casación", rta. 03/05/2013. Se reitera idéntica interpretación en el fallo "Aguirre, Mirta Gabriela", Causa No. CCC15214/2013/TO2/1/CFC1, rta. 02/07/14. En *ibidem*, p. 73.

<sup>201</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa No. 15.965, "Sánchez, Sandra Beatriz s/ recurso de casación", rta. 22/08/2012. En *idem*.

<sup>202</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa No. 16.452, "Marasco, Clarisa Noemí s/ recurso de casación", rta. 17/07/2013. En *idem*.

de los artículos 10.f del Código Penal y 32.f de la ley No 24.660. La Cámara expresó que cualquier desconocimiento o restricción en la legislación de derecho interno sobre la protección superior del niño carece de toda operatividad para desplazar los efectos de normas internacionales con jerarquía superior a las leyes (de conformidad con el art. 75 inc. 22, CN). En el caso en concreto, el tribunal explicó que **la hija de C.P.R. tenía once años de edad y, por lo tanto, gozaba de todos los derechos comprendidos en el bloque de constitucionalidad.** Agregó que **el límite de cinco años de edad no es infranqueable y que debe realizarse un test de razonabilidad en cada caso concreto, que tenga en cuenta los principios constitucionales de igualdad, interés superior del niño, interpretación de las normas *pro persona* y *pro libertate*, proporcionalidad de la medida coercitiva y prohibición de trascendencia de [é]sta a terceros.** En consecuencia, concluyó que "[n]o puede admitirse mediante una aplicación rigorista de la ley el desamparo de los menores".<sup>203</sup>

Con respecto a la discapacidad de una persona a cargo como condición para la aplicación de la ley, huelga destacar el caso "A., M.", en el cual se concedió la prisión domiciliaria a M.A. porque su madre padecía problemas psiquiátricos:

La solicitud se había fundamentado en el **principio de trascendencia mínima de la pena** dado que la ausencia de M. A. impactaba de forma negativa en la salud de su madre como una extensión de la pena, mientras que su presencia hacía efectivo el pleno ejercicio del derecho a la salud. En este caso, la CFCP, lejos de exigir un nivel de discapacidad determinado, consideró que "[...] lo que la norma contenida en la Ley No 24.660 pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre"<sup>204</sup> (énfasis añadido).

Estos ejemplos son pertinentes para México, puesto que en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP) también se contempla

<sup>203</sup> Cámara Federal de La Plata, Sala III, Causa No. 1406/2012/5, "Costa Ponce Rodríguez s/ recurso de casación", rta. 22/10/2013. En *ibidem*, pp. 73-74.

<sup>204</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa No. 15.026, "Aguilera, Maximiliano s/ recurso de casación", rta. 01/08/2011. En *ibidem*, p. 75.

la detención domiciliaria como una medida privativa de la libertad alternativa a la prisión para mujeres embarazadas o con hijas e hijos lactantes; asimismo, la *Ley Nacional de Ejecución Penal* en su artículo 144, fracción I, prevé la posibilidad de sustituir la privación de la libertad con una medida alterna:

Cuando se busque 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. Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley (énfasis añadido).

Las sentencias de los tribunales argentinos pueden ayudar a la construcción de argumentos para superar la barrera de la edad y no caer en una interpretación textual que, por excesos de formalismos, ponga en riesgo a las niñas y niños. Esto aplica también para el artículo 166 del CNPP, cuya redacción es restrictiva y que, de aplicarse literalmente, puede perjudicar a las niñas y niños a cargo de sus madres más allá del periodo de lactancia, ya que su bienestar se vería expuesto a riesgos si su principal cuidadora fuese encarcelada.



## CANADÁ

**E**n diciembre de 2013, la ministra Carol Ross de la Corte Suprema de British Columbia emitió una sentencia que marcó un hito: se trata del caso de dos ex internas del centro penal Alouette Correctional Centre for Women ("ACCW") y sus hijos. Las dos mujeres presentaron su demanda en nombre de todas las mujeres privadas de la libertad de la provincia que desean que sus hijas e hijos permanezcan con ellas durante el cumplimiento de la sentencia y en nombre de las hijas e hijos de esas madres.<sup>205</sup>

## CASO

Desde 1973 opera en las cárceles de la provincia canadiense de Columbia Británica un programa que permite que las hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad vivan con ellas en prisión; este programa

---

<sup>205</sup> Supreme Court of British Columbia, "Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety), 2013 BCSC 2309", Canadá, 16 de diciembre de 2013. La sentencia original está en inglés; la traducción fue realizada por la autora.

es conocido como "Programa Madre-Bebé" (*Baby-Mother Program* en inglés). El Programa está disponible para las mujeres que dan a luz durante el internamiento y sólo si el caso cuenta con la opinión favorable de la Secretaría del Desarrollo de los Niños y de la Familia (*Ministry of Children and Family Development*) de acuerdo con la *Ley del Niño, la Familia y el Servicio a la Comunidad* (*Child, Family and Community Service Act*). Las peticionarias cuestionaron la constitucionalidad de la clausura del Programa en Alouette Correctional Centre for Women, el centro femenino donde estaban recluidas. La mayor parte de la evidencia presentada en el proceso estaba relacionada con cuándo fue tomada la decisión de cerrar el programa y por cuáles motivos.<sup>206</sup> Los principales hallazgos reportados en la sentencia son que el Programa había operado con éxito y con resultados positivos para las madres, sus hijas e hijos. La decisión de suspender el Programa fue tomada por un funcionario del servicio penitenciario de la provincia de British Columbia, entre marzo de 2006 y julio de 2007 y no estaba basada en una evaluación objetiva; simplemente se afirmó que el servicio penitenciario (*Corrections*) no tenía bajo su mandato a las niñas y niños de las reclusas y que no tenía intención de prolongar el Programa. No hubo ninguna evaluación de los beneficios o riesgos de cerrar el Programa antes de su clausura.

Las partes involucradas en el caso concordaron en que el perfil de las mujeres privadas de la libertad era coincidente: menos violentas que los hombres en prisión, vulnerables, con bajos niveles de educación y empleo, con problemas de salud mental y con historias de violencia y abuso. Asimismo, las mujeres aborígenes estaban sobre-representadas entre la población penitenciaria femenil. Se argumentó abundantemente ante la Corte en torno a los beneficios de la lactancia materna y de los efectos positivos del lazo materno-infantil para el desarrollo de la niña o del niño, así como de los potenciales efectos nocivos de interrumpir bruscamente dicho vínculo. También se hizo hincapié en la impor-

<sup>206</sup> Cfr. *Idem*.

tancia de procesos de toma de decisiones individualizados cuando se trata del interés superior de la niñez.

Entre los fundamentos de la sentencia yacen también las obligaciones y principios emanados del marco internacional de protección y defensa de los derechos humanos; en particular cabe señalar para este estudio: i) el reconocimiento de la familia como institución fundamental que debe ser protegida por el Estado; ii) la protección especial a la cual tienen derecho las madres antes y después del parto y sus hijas e hijos; iii) el interés superior del niño como principio que merece una consideración primordial en todas las decisiones tomadas por el Estado que afectan a niñas y niños; iv) el derecho de niñas y niños a no ser separados de sus padres en contra de su voluntad, excepto si la separación es de conformidad con el interés superior del niño y con el debido proceso.

## RESOLUCIÓN

La jueza Ross afirma en la sentencia que la decisión de cerrar el Programa es inconstitucional al violar los derechos a la seguridad de la persona y a la libertad, los principios de justicia fundamental (artículo 7 de la Constitución) y el derecho a la igualdad (artículo 15):

Las niñas y los niños han sido y serán separados de sus madres durante un periodo formativo crítico de sus vidas, interfiriendo así con el apego a sus madres, y privándoles de los beneficios físicos y psicológicos asociados a la lactancia materna. Las madres han sufrido y seguirán sufriendo las consecuencias de la separación de sus hijas e hijos. La decisión de cancelar el Programa Madre-Bebé fue una decisión del Estado que constituyó una violación de los derechos a la seguridad de la persona de las madres y de sus hijas e hijos.

La decisión de cerrar el Programa es definida como arbitraria y desproporcional, basada en consideraciones que no tomaron en cuenta los derechos constitucionales de las madres y de las niñas y niños:

Las madres sentenciadas en la provincia y sus hijas e hijos son miembros de un grupo vulnerable y en condición de desventaja. [...] El Programa Madre-Bebé representaba un paso significativo hacia el mejoramiento de las condiciones de vida de las madres que cualificaban para el mismo y de sus hijas e hijos. La cancelación del Programa afectó los intereses de seguridad de la persona de las madres y de las niñas y niños. Se tradujo en la separación de madres e infantes que de otra manera habrían podido estar juntos, por lo tanto les privó a ambos de los beneficios asociados con el Programa y los expuso a los riesgos asociados con la separación. La cancelación aumentó la desventaja sufrida por esta población vulnerable. Concluyo que constituyó un acto de discriminación en la cual la conducta del Estado amplía la brecha entre grupos históricamente marginados y el resto de la sociedad, en lugar de cerrarla.

La jueza otorgó un plazo de seis meses al servicio penitenciario para corregir su acto inconstitucional.

Esta sentencia fue muy importante para Canadá, puesto que puso sobre la mesa de debate un tema poco visto: el de las niñas y niños que viven con sus madres en prisión. Los argumentos de la ministra Ross rompen con los prejuicios de que la cárcel es necesariamente nociva para las niñas y niños que viven en ésta con sus madres o que sólo es una opción "menos peor" que otras, como la institucionalización, por ejemplo. Y también rompe con otro lugar común, según el cual la responsabilidad de las niñas y de los niños recae únicamente sobre sus madres. La ministra, a partir de la importancia que reviste para el bienestar de las hijas, los hijos y sus madres –cuando así lo deseen– de cultivar el vínculo materno-infantil en el primer periodo formativo de las niñas y de los niños a través del contacto físico y emocional y con la lactancia materna, pone al Estado como sujeto responsable de garantizar las condiciones para que ese vínculo se dé y se fortalezca. Asimismo, culpa al Estado de poner en riesgo la salud mental y física de las madres y el bienestar de sus hijas e hijos a partir de una decisión administrativa violatoria de derechos fundamentales. El Estado, al tener bajo su custodia a las madres, debe responsabilizarse de adoptar las políticas idóneas para el bienestar de sus hijas e hijos.

## MÉXICO

**E**n esta sección se analizan cuatro casos, tres de los cuales fueron discutidos por la Suprema Corte de Justicia. La primera es fruto de una búsqueda realizada con el siguiente método: en el buscador de la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se introdujeron primero las palabras "interés superior del menor" y después "interés superior del niño". De ambas se analizaron los resultados de las pestañas "Expedientes" y "Jurisprudencia". De una primera revisión de 833 archivos, se eliminaron los que se repetían o que no se referían a interés superior del niño o del menor, y que sin embargo fueron arrojados por el buscador. Este primer filtro derivó en el análisis de 553 archivos. De éstos, se identificaron dos que tienen relación directa con el tema estudiado. Los demás son casos en materia civil y familiar relacionados con asuntos de patria potestad, custodia, visitas y convivencia, pensiones alimenticias y, en algunos casos, adopciones. En algunos casos existe la relación con el derecho penal, pero por lo general se trata de niñas o niños víctimas de un delito o de niñas y niños en conflicto con la ley.

La tercera sentencia fue emitida el 8 de marzo de 2017 por la Primera Sala. Se trata del caso de una niña que vivía los fines de semana en prisión con su madre en un Puebla; cuando la niña cumplió tres años –término máximo permitido por el reglamento de los centros de reinserción sociales de Puebla para que las niñas y niños permanezcan viviendo con su madre–, el director le negó el acceso al centro. La Primera Sala se pronunció en un sentido acorde con los estándares analizados en este estudio. La última resolución corresponde a la decisión de la Suprema Corte sobre una acción de inconstitucionalidad presentada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos acerca de algunos artículos de la LNEP. La acción fue resuelta por el pleno de la Corte el 4 de abril de 2017.

TESIS AISLADA 1a. CLXVIII/2012 (10a.)

**SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y CONDENA CONDICIONAL. LOS ARTÍCULOS 70, ÚLTIMO PÁRRAFO Y 90, FRACCIÓN I, INCISO B), DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, QUE IMPIDEN SU OTORGAMIENTO A QUIEN HUBIERE SIDO CONDENADO EN SENTENCIA EJECUTORIADA POR DELITO DOLOSO PERSEGUIBLE DE OFICIO, NO SON CONTRARIOS A LOS DERECHOS DE FAMILIA DEL SENTENCIADO NI AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

Las razones que el legislador tomó en cuenta para **impedir la concesión de la sustitución de la pena de prisión y del beneficio de la condena condicional a los sentenciados que hayan sido juzgados por un delito doloso perseguible de oficio en el caso de la sustitución**, en términos de los citados preceptos, se basaron en **lo injusto que resulta que quienes cometen delitos aprovechen tal concesión para obtener su libertad y volver a delinquir**, y a la facultad del legislador de generar limitaciones en la ley, siempre y cuando resulten razonables y proporcionales. Bajo ese tamiz, los artículos 70, último párrafo y 90, fracción I, inciso b), del Código Penal Federal, no son contrarios a los derechos de familia de los sentenciados ni al interés superior del menor, porque la debida salvaguarda de esos postulados no depende del otorgamiento de la sustitución de la pena de prisión o de los beneficios de la condena condicional que prevén dichos numerales, sino

**de que tales derechos no se vean afectados por disposiciones que eviten el contacto del condenado con los integrantes de su núcleo familiar, lo cual es un medio para lograr su reinserción, que constituye el fin constitucional esperado**<sup>207</sup> (énfasis añadido).

Esta tesis deriva del amparo en revisión 2672/2011, mismo que fue negado al quejoso por resolución unánime de la Primera Sala.<sup>208</sup> El proyecto era de autoría del ministro Ortiz Mayagoitia y se votó el 11 de abril de 2012. Vale la pena reproducir los argumentos del Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito contenidos en el proyecto de la Primera Sala:

I. El **derecho penal es personalísimo**, juzga a la persona por lo que hizo o por la conducta que observó, mas no a su familia, ni descendientes.

II. **No existe obligación de que sean juzgados los intereses que invoca el quejoso a favor de la familia o de los niños del imputado, por ser ajenos al proceso penal, ya que no son parte ni sujetos procesales; esto es, carecen de un interés jurídicamente protegido.** [...]

V. La negativa de los beneficios por tratarse de sujeto reincidente, impide legalmente su concesión y no violenta los derechos humanos de la familia al no existir entre unos y otros relación alguna; **sin que se desconozca que la privación de la libertad de un miembro de la familia afecta materialmente a su integración y a su modo de vida; empero la acción punible del primero y sus consecuencias, es ajena a la esfera jurídica de esta última**<sup>209</sup> (énfasis añadido).

Estos argumentos se encuentran en contradicción con el análisis realizado en este texto y reproducen una interpretación rígida del

<sup>207</sup> Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tesis Aislada 1a. CLXVI-II/2012 (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, XI, México, agosto de 2012, p. 508.

<sup>208</sup> *Cfr.* Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Amparo directo en revisión 2672/2011", México, 11 de abril de 2012, <http://www2.scjn.gob.mx>.

<sup>209</sup> *Ibidem*, pp. 11-12.

derecho penal y de la trascendencia de la pena. Llama la atención que se reconozca a los hijos como personas sin un interés jurídicamente protegido, contrario a todos los casos en donde la Suprema Corte ha establecido la primacía del interés superior del niño.

En la argumentación del Ministro Ortiz Mayagoitia no se realiza en ningún momento alusión alguna a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a la metodología caso por caso ni al interés superior del niño (ISN) como principio primordial. Tampoco se adopta el ISN como norma de procedimiento. Al contrario, se reproducen mentalidades formalistas que conllevan a la implementación textual de la ley, lo cual, como se deriva de las sentencias argentinas, se puede traducir en violación de derechos. Veamos un ejemplo de los argumentos desarrollados para negar el amparo:

[...] Esta Primera Sala, sin desconocer que la familia es la base de la sociedad y que la misma moldea la conducta y la personalidad de sus integrantes; estima que el hecho de que se le negaran los beneficios; ciertamente, **podrá repercutir en una modificación en los patrones de conducta de los miembros de su familia, pero no implica que ésta va a sufrir un daño o perjuicio con su reclusión;** por otro lado la sociedad sí se beneficia, pues se evita la impunidad y se cumple con el fin constitucional de la reinserción social, pues en reclusión el quejoso puede ejercer sus derechos de familia y otros más en aras de lograr nuevamente su resocialización<sup>210</sup> (énfasis añadido).

El juzgador no tiene elementos para sustentar sus afirmaciones, puesto que no se ha realizado un estudio del impacto que la reclusión tendría para la familia del quejoso, especialmente para sus hijos. Con esto no se quiere afirmar que la resolución tendría que haber ido necesariamente en sentido contrario, pues tampoco se cuenta con elementos para pronunciarse al respecto, puesto que el juzgador no los propició. A diferencia de los casos de Sudáfrica, Canadá y Argentina analizados

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 61.

previamente, esta sentencia no está basada en la evidencia, sino en la aplicación abstracta y textual de la ley.

Finalmente, el texto de la tesis es discriminatorio, ya que se asume que una persona que delinque volverá a hacerlo en cuanto recupere la libertad. Esto viola el principio de presunción de inocencia pero sobre todo es un cuestionamiento contundente del artículo 18 constitucional en lo relativo a la reinserción. Con esta sentencia, la Primera Sala cae en contradicción: por un lado, reproduce el discurso estereotipado y discriminatorio de que una persona con antecedentes penales será para siempre un delincuente; por el otro, desvirtúa el concepto de la reinserción como fin de la pena, puesto que en los términos planteados en la sentencia parece que una persona que sale de la cárcel volverá a delinquir. Aun así, los argumentos para encarcelarlo están fundamentados, supuestamente, en los principios de readaptación y reinserción del sentenciado.

TESIS AISLADA 1.7o.C.109 C

**ARRESTO DICTADO EN JUICIO DEL ORDEN FAMILIAR EN CONTRA DEL PROGENITOR QUE TIENE LA GUARDA Y CUSTODIA, ANTES DE SU IMPOSICIÓN DEBEN TOMARSE LAS MEDIDAS PERTINENTES PARA LA PROTECCIÓN DE SUS MENORES HIJOS A FIN DE NO PONER EN RIESGO SU INTEGRIDAD, SEGURIDAD Y SALUD.**

La medida de apremio consistente en la imposición del arresto hasta por treinta y seis horas, constituye un medio idóneo y eficaz para conminar al progenitor que tiene la guarda y custodia de sus menores hijos, a que cumpla con el régimen de visitas y convivencias fijado en juicio; sin embargo, previamente a hacer efectiva la medida de arresto, en aras de salvaguardar el interés superior de los menores, **el Juez debe tomar las providencias necesarias para que otra persona se haga cargo de ellos**, pudiendo ser los abuelos o bien prever su resguardo en una institución social, puesto que durante el tiempo en que el progenitor contumaz permanezca privado de su libertad se encuentra impedido para

desempeñar la guarda y custodia, poniendo en riesgo la integridad, seguridad y salud de los menores.<sup>211</sup>

Esta tesis, si bien referida a un caso de derecho familiar, es pertinente para el tema estudiado. Como se muestra en los capítulos segundo y tercero de este estudio, el momento de la detención es crítico: de no tomarse las medidas apropiadas para los cuidados de las niñas y niños dependientes del referente adulto en conflicto con la ley, éstos pueden ser extraviados irremediablemente o incluso caer víctimas de explotación laboral o sexual.

#### AMPARO EN REVISIÓN 644/2016

Aquí se expone el caso de la niña que, por haber cumplido tres años de edad, ya no fue autorizada para ingresar los fines de semana a vivir en prisión con su madre.<sup>212</sup> Se reproducen extractos de la sentencia que refieren las circunstancias del caso, la decisión de la Primera Sala y los argumentos que condujeron a ella.

#### CASO

El 16 de octubre de 2006, A. y C. contrajeron matrimonio dentro del Centro de Reinserción Social de la Ciudad de Puebla, en donde se encuentran compurgando una pena de 50 años de prisión desde el año 2001, por la comisión de los delitos secuestro, homicidio y robo.

Años más tarde, el 18 de junio de 2011, **A. y C. tuvieron una niña**, a quien registraron con el nombre de B. **Desde entonces, la menor vive con su madre dentro del Centro de Reinserción Social de la Ciudad de Puebla.**

<sup>211</sup> Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Tesis Aislada 1.7o.C.109 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, México, julio de 2008, p. 1675. *Gaceta del semanario judicial de la Federación, México, mayo de 2008.*

<sup>212</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 644/2016", SCJN, 8 de marzo de 2017, <https://www.scjn.gob.mx>.

En agosto de 2014, poco después de cumplir los 3 años de edad, **B. fue inscrita por su abuelo \*\*\*\*\* en un kínder cercano a su casa**, con la finalidad de que pudiera iniciar sus estudios. Por tal motivo, **la menor comenzó a salir del centro de reclusión los domingos de cada semana, regresando los días jueves para reunirse nuevamente con su madre.**

El 27 de agosto del año 2014, A., se entrevistó con el Director del Centro de Reinserción Social de la Ciudad de Puebla, a fin de solicitarle de manera verbal que su hija B. continuara viviendo con ella los fines de semana. El Director del Centro de Reinserción le contestó que ello era imposible porque la menor había cumplido 3 años de edad, y en atención al artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla, tal circunstancia era un impedimento para que la niña permaneciera al lado de su madre dentro del centro de reinserción. Por lo tanto, **el Director determinó que en el futuro se negaría el acceso a la niña al Cereso.**

En atención a lo anterior, A., por su propio derecho y en representación de su menor hija B, solicitó el amparo el 28 de agosto de 2014 [...] (énfasis añadido).<sup>213</sup>

## ARGUMENTACIÓN

En la sección "Consideración y fundamento" de la sentencia, el proyecto, de autoría del Ministro Záldivar Lelo de Larrea, empieza recordando que "Es una doctrina consolidada en esta Suprema Corte que el interés superior del menor debe prevalecer en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los niños",<sup>214</sup> por lo cual, se afirma "la resolución del presente asunto debe tener como eje y propósito fundamental privilegiar el interés de B., una menor que ha habitado en el interior de un centro de reclusión con su madre".<sup>215</sup> Por lo tanto, la argumentación parte desde el enfoque de los derechos de

<sup>213</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 13.

la niña. Se toma en cuenta el derecho de niñas y niños al disfrute de la relación materno-filial y su importancia para el desarrollo de niñas y niños; al mismo tiempo, sin embargo, se reconoce que los centros de reclusión no suelen contar con condiciones dignas y que, al contrario, pueden vulnerar otros derechos de niñas y niños. Éstos pueden tener otras necesidades que no será posible cumplir dentro de las prisiones, por ejemplo el derecho a la educación. "Sin embargo, dada la importancia de la relación maternal para el menor y lo devastador que puede resultar una separación, el Estado está obligado a implementar una separación sensible y gradual, así como a garantizar un contacto cercano y frecuente entre madre e hijo, siempre que lo anterior sea lo más benéfico para aquél a la luz del caso concreto".<sup>216</sup>

A partir de estas consideraciones, la sentencia se desarrolla en tres puntos: en primer lugar, el mantenimiento de la niña o niño en la familia biológica; en segundo lugar, los desafíos planteados por las condiciones de reclusión y, finalmente, cómo desde la perspectiva de interés superior del menor se aboga por la salida de la menor del centro en condiciones que garanticen el mayor grado de satisfacción para la niña.

La resolución se remite a diversos instrumentos internacionales y nacionales, así como a literatura especializada sobre niñas y niños con referente adulto encarcelado, y afirma:

La situación de reclusión coloca en un contexto complejo a la relación entre una madre y su hijo. Sin embargo, esta circunstancia, por sí misma, no debe ser una excusa para que los menores disfruten plenamente de su relación maternal. Por lo tanto, los desafíos que comporta la privación de la libertad deben ser subsanados a través de medidas de protección reforzadas, encaminadas a garantizar que madre e hijo puedan sobrellevar una relación positiva, en condiciones dignas y adecuadas.

---

<sup>216</sup> *Idem.*

En efecto, tal como se estableció previamente, todos los niños tienen el derecho de permanecer y crecer con sus padres; más aún, los niños tienen el derecho fundamental a crecer con una familia y en un ambiente social conveniente para su desarrollo.

En esta línea, ante la especial condición de vulnerabilidad que enfrentan los niños y sus madres en este contexto, el deber de diligencia del Estado se ve especialmente reforzado. Consecuentemente, en ese caso particular el Estado debe tomar medidas concretas que garanticen el derecho del niño a mantener un contacto frecuente, personal y directo con su madre; máxime cuando se trate de una niña o niño pequeño que requiere sustancialmente de la cercanía materna.<sup>217</sup>

#### SENTENCIA

La argumentación llega a cuatro consideraciones principales: i) la remoción del menor, una vez que éste cumpla tres años de edad, debe realizarse con **sensibilidad y gradualidad**; ii) la forma en la que se ejecute la separación debe basarse en una **evaluación minuciosa de las condiciones reales del caso**; iii) debe procurarse que **madre e hijo mantengan un contacto cercano, frecuente y directo**, al máximo de las posibilidades de cada caso; iv) es importante que se tome en cuenta la **opinión de la niña o niño interesado** y ponerlo con un cuidador alternativo, no importa qué tan pequeño sea.

Por lo anterior, si bien no se invalida la disposición del reglamento de los centros de reinserción social de Puebla, por el cual a los tres años procede la salida de las niñas y niños que vivan en prisión con sus madres, sí se otorga el amparo a la quejosa en contra de la decisión del director del centro de no permitir el ingreso de su hija.

Esta sentencia se destaca, en primer lugar, por el abordaje al tema, puesto que se vincula, a diferencia de la primera, en interés superior

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

del niño como eje rector del análisis. Si bien pudiera argumentarse con fundamento que el caso mismo se presta para dicho análisis, aquí se sugiere que no se trata únicamente de una vinculación formal; también se registra una mayor sensibilidad con el tema de niñas y niños en prisión con sus madres. En segundo término, la sentencia resalta el papel del Estado como agente responsable de crear las condiciones para una estancia digna de las niñas y niños en prisión con sus madres, así como de cerciorarse que tanto la salida como los cuidados alternos de la niña o niño se realicen en circunstancias que garanticen los derechos de niñas y niños. Esto es relevante, puesto que generalmente, en los discursos sobre este tema, se privilegia una visión reducida, por la cual se identifica únicamente como una problemática de "madres y bebés", dejando fuera del debate al Estado. En cambio, como se puede apreciar a través del análisis del marco legal y de los demás recursos utilizados en este estudio, hablar de niñas y niños en prisión con sus madres no consiste de evaluar los impactos positivos o negativos de dicha convivencia únicamente a partir del contexto de la reclusión y de la relación materno-filial, sino de problematizar dicha relación y de realizar propuestas en su beneficio y del interés superior del niño a partir de la responsabilidad del Estado en cuanto garante de las personas privadas de la libertad y de ente que debe, a la par que la familia y la sociedad, proveer las condiciones necesarias para el goce y ejercicio de los derechos de todas las niñas y los niños.

Asimismo, al determinar los cuatro puntos que deben guiar la separación (i) gradualidad y sensibilidad; ii) revisión de las condiciones en las que viviría la niña o niño; iii) mantenimiento del contacto con la madre; iv) escuchar la opinión de la niña o niño) se supedita la imposición legal de un término de edad máximo permitido y su aplicación formal a una metodología que, de ser aplicada oportunamente, puede garantizar la revisión caso por caso promovida a nivel internacional e impedir que niñas y niños cuyas madres no tengan un cuidado alternativo seguro para sus hijas e hijos no se vean expuestos a una expulsión forzada del centro de reclusión y a una institucionalización que amenaza con romper de manera categórica el lazo con la madre.

el 18 de julio de 2016, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentó una acción de inconstitucionalidad con respecto a los artículos 36, tercer párrafo, 137, párrafo segundo, 139 en la porción normativa que señala "no remuneradas", 141, fracción VII, y 144, fracción I, en la porción normativa que indica "de 12 años de edad" de la LNEP.<sup>218</sup> Los derechos fundamentales que se estiman violados son i) prohibición de penas trascendentales; ii) obligación de garantía del Estado; iii) derecho a la protección de datos personales; iv) derecho a la igualdad; v) derecho a la reinserción social; vi) derecho a la vida privada; vii) principio de legalidad; viii) **principio de interés superior del niño**; ix) principio *pro persona*.<sup>219</sup> El análisis se limita a aquéllos relacionados con ISN.

Con respecto al artículo 36 se manifiesta que reducir la posibilidad de que sólo las niñas y niños que nacieron en internamiento vivan en prisión con sus madres es discriminatorio contra las y los demás hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad y, por ende, violatorio del ISN:

Consecuentemente, esta precisión normativa genera la exclusión de aquellos menores que no hayan nacido durante el internamiento, en relación a aquellos que sí; derivado de esta distinción los derechos previstos para los menores en los centros penitenciarios únicamente resultarían aplicables a aquellos nacidos durante el internamiento.

Cabe destacar que el artículo 10 del mismo ordenamiento contiene los derechos específicos de las mujeres privadas de su libertad en un centro penitenciario entre ellos conservar la guardia y custodia de su hija o hijo menor de tres años a fin de que puedan permanecer con la madre en el Centro Penitenciario, derecho

<sup>218</sup> Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Demanda de acción de inconstitucionalidad 61/2016", 2016, <http://www.cndh.org.mx>.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 3.

que se vería transgredido con limitarlo únicamente por las circunstancias de nacimiento de sus hijas o hijos.<sup>220</sup>

Más adelante, se hace referencia a la Tesis 1a./J. 31/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que determina que el ISN es el único parámetro que rige determinaciones relativas a la guarda y custodia:

Como puede observarse, los únicos parámetros que rigen el otorgamiento de la guarda y custodia, no se ven circunscritos por circunstancias de nacimiento sino por el interés superior del menor, en definitiva, todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, sino exclusivamente el bienestar de los hijos.<sup>221</sup>

La acción de inconstitucionalidad aquí citada apunta en la dirección correcta, ya que si bien el artículo 10 de la misma LNEP no restringe el derecho de las madres de vivir con sus hijas e hijos en prisión a los casos en que el nacimiento se haya producido durante el internamiento, tampoco explicita que ese derecho abarca a todas las niñas y niños. El artículo 36, en cambio, marca claramente la distinción. Por ende, una aplicación o una interpretación estricta de la ley que no tome en cuenta el ISN tiene altas probabilidades de convertirse en un trato discriminatorio en contra de las niñas y niños nacidos antes de la detención de la madre.

Con respecto al artículo 144, la CNDH afirma lo siguiente:

La porción normativa "de 12 años de edad" de la fracción I, del artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, es excluyente porque margina a los mayores de trece años y menores de dieciocho años, lo cual resulta violatorio de los artículos 1o y 4o. constitucionales.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 40.

Si bien es cierto que la legislación nacional marca una diferencia entre niñas, niños y adolescentes definida por el rango de edad, la *Convención sobre los derechos del niño* aclara que debe entenderse por niña o niño toda persona menor de dieciocho años. En aras de garantizar el principio *pro persona*, esta última definición es la que debe asumirse para reducir los efectos del encarcelamiento de un referente significativo sobre todas las niñas y niños.

La autora de este estudio considera que la acción de inconstitucionalidad, si bien expresa preocupaciones fundadas, dejó de atender otros puntos importantes, señalados por quien escribe en la sección sobre la LNEP. En primer lugar, la falta de coherencia interna de la ley con respecto a qué autoridad es competente para tomar decisiones acerca de la entrada, permanencia y salida de las niñas y niños: si la autoridad penitenciaria o la autoridad judicial en la figura de los juzgados de ejecución. Aquí se sostiene que la segunda es la indicada, en apego a la reforma penal de 2008. La acción de inconstitucionalidad no se pronuncia sobre este punto, y tampoco sobre la exclusión expresa de ciertos delitos, a saber secuestro, trata de persona y delincuencia organizada, para la concesión de la sustitución de la pena prevista por el artículo 144 de la LNEP. Se considera que la primacía del ISN debiera eruirse como fundamento para cuestionar esta prohibición categórica y para abogar por una metodología de caso por caso. Los tiempos actuales en México, particularmente el ahínco político sostenido constitucionalmente en contra de estos delitos –y que en tiempos previos se vertía contra el tráfico de drogas ilícitas– preanunciaría una batalla perdida para quien tratase de invalidar dicha prohibición. No obstante, se estima que es una batalla que debe darse y que podría abrir las puertas para cuestionar una mentalidad punitiva movida por las pasiones en aras de una coherencia sistémica orientada a la universalidad de los derechos humanos, el principio *pro persona* y el debido proceso.

#### RESOLUCIÓN DE LA ACCIÓN

El 4 de abril de 2017, la SCJN resolvió la acción de inconstitucionalidad. Para este estudio se revisó la reproducción taquigráfica de la

sesión.<sup>223</sup> Rebasa los fines de este estudio exponer minuciosamente los debates en torno a cada punto; no obstante, se invita a las lectoras y a los lectores a consultarla, puesto que, más que en una sentencia, la versión taquigráfica permite conocer y sentir las inclinaciones de cada Ministro. Aquí únicamente se exponen y comentan las decisiones finales respecto de las cuestiones vinculadas con las niñas y niños.

De la lectura aislada del artículo 36, párrafo tercero, se podría inferir que sólo las mujeres que hayan tenido hijos durante su internamiento pueden permanecer con ellos en el centro penitenciario; no obstante, no se puede dejar de lado la existencia del artículo 10 de la misma ley, que reconoce el mismo derecho a todas las mujeres sin importar las circunstancias del nacimiento del menor.

En esa misma línea, el proyecto advierte la necesidad de interpretar la disposición impugnada en su contexto, toda vez que no tendría sentido que el legislador restringiera en el artículo 36 los derechos de las mujeres privadas de la libertad y de sus hijos nacidos antes del internamiento, reconocidos en el artículo 10 de la misma ley.

Así, de la interpretación armónica de la Ley Nacional de Ejecución Penal, se concluye que toda mujer privada de su libertad que tenga hijos cuenta con el derecho a que permanezcan con ella en el centro penitenciario.<sup>224</sup>

La propuesta del proyecto, de autoría del Ministro Záldivar Lelo de Larrea, fu aprobada sin mayor discusión en este punto, contando con el apoyo de los demás ministros. Quien escribe difiere de la opinión de la Suprema Corte, justamente a partir de una consideración del ministro ponente, quien afirma que la función primaria del artículo 36 es operativizar los derechos contenidos en el artículo 10;<sup>225</sup> no obstante,

<sup>223</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Acción de inconstitucionalidad 61/2016", SCJN, 4 de abril de 2017, versión taquigráfica, <https://www.scjn.gob.mx>.

<sup>224</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 11.

en esa concretización operativa, el legislador restringe la tipología de mujeres y, por ende, de niñas y niños, que gozan del mismo. Si bien, como lo señala el ministro Laynez,<sup>226</sup> el párrafo 4 del artículo 36<sup>227</sup> garantizaría una implementación armónica de los artículo 10 y 36, lo cierto es que en la implementación diaria de la ley debería asegurarse un blindaje integral de las mujeres privadas de la libertad y de las niñas y niños que viven en prisión con ella, pues yace en el interés de las autoridades penitenciarias reducir el número de niñas y niños que viven en los centros, por representar una responsabilidad muy grande, además de un potencial costo en bienes, servicios e infraestructura. En cuanto la ley entre en vigor en todo el país, no deberá sorprender si en la aplicación concreta de la ley se atestiguará una implementación literal del párrafo tercero del artículo 36, independientemente de los contenidos del artículo 10 y del párrafo cuarto del artículo 36. Huelga precisar que antes de la aprobación de la LNEP ya se reducía el derecho a vivir con la madre a las niñas y niños nacidos durante el internamiento de éstas aun si dicha disposición no era fruto de una disposición legal o reglamento. Ahora que lo sí lo es, y que la Suprema Corte lo revalidó, la exclusión de las niñas y niños nacidos antes del internamiento tiene más probabilidades de proliferar. Por ende, se estima que la decisión de la Corte es obviamente apegada al derecho, más distante de la realidad de las prisiones y de las pugnas que allí se liberan. Se considera también que esta posición no es plausible, puesto que el derecho no opera en abstracto y, por lo tanto, no puede resolverse en esa esfera.

Con respecto a la fracción I del artículo 144 de la LNEP, huelga recordar su contenido:

- I. Cuando se busque 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

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>227</sup> "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", artículo 36, párrafo IV de la LNEP.

no les permita valerse por sí mismos. Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

La CNDH impugna la porción que dice "12 años de edad" en aras de dejar la norma extensiva a todas las niñas y niños en conformidad con la definición de niño de la CDN, es decir, toda persona menor de 18 años. El proyecto del ministro Záldivar propone lo siguiente:

El proyecto propone **calificar fundado el concepto de invalidez, porque nos encontramos frente a una distinción implícita entre niños menores de 12 años y los mayores a esa edad.**

Lo anterior, en tanto que los mayores de esa edad no podrán recibir atención y cuidado de sus padres, en razón de su edad y se está excluyendo del goce de sus derechos. Por esto y las razones adicionales que se dan en el proyecto, **se propone la invalidez de la porción normativa, donde se establece "de discapacidad", que se refiere también a la fracción I del artículo 144, porque esto permitirá que todas las personas sentenciadas que tengan hijos que no puedan valerse por sí mismos, y no tengan un cuidado alternativo, puedan acceder a alguna pena o medida de seguridad no privativas de la libertad** (énfasis añadido).<sup>228</sup>

El proyecto propone dejar el límite de doce años para todas las niñas y niños en general y quitar la porción "de discapacidad" para que, en teoría, todas las niñas y niños que no puedan valerse por sí mismo se verían protegidos por el alcance de la medida. En palabras del ministro Záldivar:

De cualquier forma, al haber quitado la exclusividad para personas con discapacidad, cualquier chico que pudiera tener 13 o 14 años que requiera un cuidado adicional, por no poderse valer por sí mismo, entraría en la hipótesis.<sup>229</sup>

<sup>228</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Acción de inconstitucionalidad...", *op. cit.*, p. 45.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 53.

Sin embargo, quien escribe sugiere que esto acontecería en el plano teórico mas no necesariamente empírico, puesto que de implementarse la división ente niñas, niños y adolescentes prevista por la LGDNNA, únicamente se consideraría como niñas y niños que no pueden valerse por sí mismos a aquéllos de hasta doce años de edad, ya que luego serían considerados adolescentes.

Varios ministros se pronunciaron en sentido contrario al proyecto, proponiendo quitar la porción normativa invocada por la CNDH y dejar "de discapacidad". El ministro Medida Mora, por ejemplo, sugirió invalidar ambas. Finalmente, se registraron cinco votos a favor de eliminar la porción "de discapacidad" y cinco a favor de dejar la porción "doce años", por lo cual ambas quedaron desestimadas por no alcanzar la votación suficiente.

Quien escribe considera que la protección de niñas y niños hubiera ameritado eliminar ambas porciones a la luz de lo analizado en este estudio y que la discusión pudiera haber contribuido a definir qué se entiende por persona principal o única cuidadora, puesto que es el núcleo duro de lo que debe demostrarse para obtener la sustitución de la pena.



## REFLEXIONES

### FINALES

Las sentencias internacionales presentadas en este capítulo son ejemplos seleccionados *ad hoc* para mostrar cómo se puede implementar el ISN en concordancia con la *Convención sobre los derechos del Niño* y demás instrumentos e interpretaciones presentados en el primer capítulo. En la sentencia de Sudáfrica S v M y las resoluciones de Argentina se parte del texto legal y se realiza una interpretación amplia que garantiza la aplicación del ISN como principio primordial. Para lograrlo, los tribunales se basan en evidencia que va más allá de las circunstancias estrictas del delito y de la persona en conflicto con la ley, y que rebasa la aplicación estricta de la ley; asimismo, como se plantea en el caso sudafricano, la interpretación fundamentada en el ISN requiere un cambio de mentalidad y la inclusión de las niñas y niños de personas en conflicto con la ley en la triada tradicional, conformada por la sociedad, la víctima, y el delito. También el caso de Canadá el ISN es aplicado como principio, derecho y norma de procedimiento. Finalmente, su carácter de primacía se destaca en el sentido al que apunta la resolución.

Casos como los que se muestran en este capítulo distan de ser la norma; son excepciones positivas que pueden enseñar un camino a seguir para que el ISN no quede en letra muerta cuando se trata de niñas y niños de madres y padres encarcelados. La búsqueda de ejemplos parecidos en el caso de México ha sido menos fructuosa. Desde luego la revisión de más de 500 archivos no agota todas las opciones; para quien escribe no cabe duda de que a nivel local y federal puedan existir ejemplos valiosos que pueden sentar antecedentes positivos. Sin embargo, su localización no ha sido posible. En lo inmediato nos encontramos con una sentencia de la Primera Sala que reproduce argumentos parcialmente estereotipados y que comprometen el artículo 18 constitucional. No es opinión de la autora de que todas las personas en conflicto con la ley deben recibir una sanción alterna por el sólo hecho de ser principales o únicos cuidadores de sus hijas e hijos; tampoco se pretende abogar por la impunidad. No obstante, retomando el ejemplo de *S v M, el Estado* – en sus múltiples capas y diferentes actores – no puede desprenderse de su responsabilidad hacia estas niñas y niños; y esas responsabilidades atañen a todos los servidores públicos, ministros incluidos. Por ende, antes de la emisión de una sentencia condenatoria privativa de la libertad, e incluso cuando se trata de una alternativa al encarcelamiento, debe estudiarse cuál es el impacto de la medida sobre las hijas e hijos de las personas condenadas, para evitar que el Estado agrave por medio de sus acciones el ejercicio de los derechos de las niñas y niños y su bienestar físico, psicológico, emocional y económico. Las madres y los padres pueden fallar a sus hijas e hijos; el Estado no puede agravar esa situación por medio de sus decisiones, sino tiene el deber de reparar, en la medida de lo posible, las afectaciones que la familia puede infligir sobre sus integrantes más vulnerables. En este sentido, la sentencia del 8 de marzo de 2017 es mucho más sensible y profunda, puesto que aborda la cuestión desde los derechos de la niña y la necesidad de abordar la separación con una metodología de caso por caso y con delicadeza (como lo afirman las *Reglas de Bangkok*). La acción de inconstitucionalidad se la CNDH, si bien deficiente en sus planteamientos, abrió una oportunidad para mejorar el texto de las LNEP con respecto a la situación de niñas y niños en prisión con sus

madres, puesto que en su versión actual es un texto incoherente e incluso contradictorio. Asimismo, se hubiera podido garantizar la protección del Estado a todas las niñas y niños en consonancia con los tratados internacionales, específicamente con la CDN, misma que se yergue por encima de la LGDNNA y de la LNEP. Finalmente, se considera que se perdió la oportunidad de concretar la opinión de la SCJN sobre el ISN en la dimensión penitenciaria. No por ello debe desestimarse lo importante de que en un lapso de un mes se haya planteado dos veces este tema en el seno del máximo tribunal del país.



# Conclusiones y propuestas



**E**ste estudio parte de la constatación de que las niñas y niños con madres y padres privados de la libertad son un sujeto invisible, sobre los cuales recae el impacto de la condena.

A lo largo de cuatro capítulos se han realizado cruces desde lo internacional y lo nacional para alcanzar a plasmar lo que podríamos llamar "parámetros de visibilidad", que den cuenta de estas niñas y niños en el ámbito normativo, empírico y jurídico. El análisis ha llevado a unas reflexiones que son retomadas en esta sección.

## CONCLUSIONES

### PRESOS COLATERALES

En primer lugar, la revisión del marco internacional y nacional lleva a dos conclusiones: por un lado, se reafirma la invisibilidad de estas niñas y niños como sujetos de derecho y su sujeción a la faceta punitiva del

Estado, lo cual incrementa su vulnerabilidad. Desde las prisiones, estas niñas y niños son asimilados como apéndices de sus madres y padres encarcelados y, desde el exterior, como niñas y niños sin más, sin miradas apropiadas al contexto particular en el cual se desenvuelve su vida social y privada: un contexto marcado por el encierro y lo que éste acarrea.

Pese a que las niñas y niños con madres y padres encarcelados no alcanzan en el marco internacional y nacional una connotación plena como sujetos de derecho, esto no implica que no se hayan desarrollado debates y orientaciones sobre cómo mejor abordar su condición. Algunos puntos ineludibles abordados en el marco internacional y nacional son, en primer lugar, la *transversalidad* y *primacía del interés superior del niño (ISN) en las decisiones que los afectan directa e indirectamente, incluyendo entre ellas la imposición de una medida cautelar o de una sentencia condenatoria privativa de la libertad a un referente significativo*; luego, *el respeto de la opinión de las niñas y los niños y su derecho a ser escuchados*; estos dos ejes deben estar presentes en todo momento y ser utilizados como herramientas de trabajo, además de derechos a perseguir. Con respecto a la relación materno-filial o cuando se trata de personas, hombres o mujeres únicas responsables de niñas y niños –bajo el supuesto más amplio de la LNEP expuesto en el artículo 144–, se insiste en distintos instrumentos en la *excarcelación de la maternidad y la infancia mediante medidas alternativas*.

Se insiste también en la importancia de la *cercanía al domicilio*, ya que ésta cumple con varios fines: i) la preservación de los lazos familiares, clave para el bienestar material, emocional y mental de la persona interna; ii) la posibilidad de que la niña o el niño que vive en prisión con su madre pueda realizar salidas temporales con otros familiares, incluyendo sus hermanas y hermanos; iii) el derecho de las niñas y niños con madres y padres encarcelados de mantener el contacto directo a través de la visita familiar. Por último, la metodología indicada es la de *caso por caso*, y no la tradicional, basada en la aplicación homogénea y categórica del texto legal, pues esta rigurosidad textual,

como se analiza en el cuarto capítulo, puede devenir en violaciones a los derechos y al bienestar de niñas y niños.

Se enfatiza también que imponer *un límite máximo legal rígido para la permanencia de niñas y niños en prisión con sus madres puede afectar negativamente sus derechos y reducir la protección del Estado de estas niñas y niños*. Las decisiones sobre la permanencia o salida de las niñas y niños en prisión con sus madres debe ser sometida a una *revisión judicial que tome en cuenta qué opciones reales de cuidado tienen las niñas y niños en la prisión pero también en el exterior, para que su salida o permanencia en el centro sea decidida con base en sus circunstancias y velando por su interés superior, y no meramente como un ejercicio práctico e irreflexivo de la ley*.

Para el caso del marco jurídico mexicano, los avances alcanzados con la LNEP se ven comprometidos por una restricción en el caso de los niños y niñas con madres y padres encarcelados, ya que la judicialización de la pena prevista con la modificación al artículo 21 constitucional en el marco de la reforma penal de 2008, no los incluye: decisiones cruciales como su ingreso y salida son remitidas a la autoridad penitenciaria. Ésta se yergue, entonces, como juez y parte, reproduciendo ese esquema de control absoluto que antes ejercía sobre la prisión penitenciaria. Lamentablemente, la acción de inconstitucionalidad promovida por la CNDH no contribuyó a resolver este punto.

## INFANCIA CAUTIVA

Claramente la pena privativa de la libertad es una pena trascendente. No existe una sola área de la vida de los familiares de una mujer u hombre privado de la libertad que no resienta los efectos de la cárcel. La vulnerabilidad de su condición es extrema; son presos *fácticos* del sistema penal y de su abuso, así como de la omisión sistemática de sus derechos por parte de todo el sistema de justicia, desde la procuración hasta la administración carcelaria. Como se señala en el citado informe

de Church World Service y Gurises Unidos *Invisibles ¿hasta cuándo?*,<sup>230</sup> se hace hincapié en cómo *la mayoría de los NNA con referente adulto encarcelado procede de un contexto de vulneración de derechos que se agrava ante el encarcelamiento de los adultos referentes.*

La vida en prisión puede ofrecer mejores y mayores cuidados que la vida en el exterior, en algunos casos. Pero también puede ser causa de afectaciones físicas, emocionales y psicológicas. Esto depende en buena medida de elementos endógenos y exógenos a la relación materno-filial: entre los primeros huelga mencionar la situación específica de la madre –condición económica, salud, uso de drogas, problemas de salud mental, edad, historia de vida, circunstancias en las que se embarazó y número de hijas e hijos, entre otros factores– y cómo ésta influye en sus posibilidades reales de ejercer una maternidad de cuidados y afecto y su deseo de hacerlo. No es legítimo ni realista exigir un único modelo de maternidad a mujeres con historias de vida muy diversas, a menudo marcadas por antecedentes de violencia, abandono y precariedad económica extrema. Entre los factores exógenos se destacan las instalaciones en las cuales son reclusas las madres, sus hijas e hijos, por un lado y, por otro lado, las opciones de cuidado alterno en el exterior.

En términos estructurales, se han analizado ejemplos que pueden traducirse en opciones para los países de América Latina. Los módulos para madres son indubitablemente una opción que puede favorecer el suministro de bienes y servicios en un espacio más idóneo para la niñez. Sin embargo, los casos mostrados señalan que no escapan de la dimensión penitenciaria. Además, una sección materno-infantil no puede reducirse al espacio penitenciario *per se*, sino debe fomentar las actividades extra-muro de las niñas y niños, a través de programas sólidos y continuos, en cooperación con otras instancias estatales y de la sociedad civil. Para poder garantizar a las niñas y niños reducir los riesgos

<sup>230</sup> Cfr. Church World Service y Gurises Unidos, *Invisibles: ¿hasta cuándo? ...*, op. cit.

de vivir en prisión y maximizar los beneficios deben abordarse de manera integral los factores endógenos y exógenos, es decir, trabajar con la madre y su núcleo familiar –si existe– y generar condiciones de cuidado y alojamiento pensadas para las niñas y los niños.

Las palabras clave son, a la luz de la experiencia internacional:

- i) *excarcelación de la madre o, en su defecto, o bien como paso previo*
- ii) *establecimientos para madres o padres con hijas e hijos que estén totalmente separados de los centros penitenciarios, con personal vestido de civil y con acceso para las niñas y niños a actividades educativas y de esparcimiento en el exterior, incluso con el acompañamiento de la madre.*

Actualmente en México no existen las condiciones para que las mujeres privadas de la libertad puedan ser alojadas en centros de reclusión cercanos a su domicilio y, al mismo tiempo, acondicionados de manera adecuada para ellas, sus hijas e hijos. Si bien no se excluye la existencia de casos positivos de prácticas de investigación, detención y reclusión, los informes de la Comisión de los Derechos Humanos y los hechos presentados en las recomendaciones nacionales y estatales en la materia, nos llevan a dos principales conclusiones: la primera es que *las niñas y niños de las personas en conflicto con la ley no son tomados en cuenta en las políticas y prácticas judiciales*. Esto se vislumbra desde la fase de procuración de justicia, tanto en la detención como en el procesamiento.

También se muestran casos donde *las niñas y los niños, e incluso los fetos, son utilizados como herramienta para incrementar la intensidad de la tortura psicológica y sexual*; esto en un contexto, como lo es el mexicano, de impunidad cuando se trata de violencia contra las mujeres y de tortura como práctica de investigación, detención y reclusión. Lo anterior se traduce en eventos traumáticos para las niñas y niños, hijas e hijos de progenitores en conflicto con la ley, de violencia directa e indirecta y de condiciones de reclusión, junto con sus madres, indignas.

Se ha resaltado en este estudio la importancia de que el poder judicial actúe como garante para evitar de las violaciones de las cuales son objeto las niñas y niños con madres o padres encarcelados mediante la validación de pruebas obtenidas con la tortura, la imposición de medidas cautelares privativas de la libertad sin ponderar todos los hechos ni el impacto de las mismas y la imposición de sanciones desproporcionales que no incluyen en su argumentación las afectaciones sobre el interés superior del niño desde la perspectiva de la trascendencia de la pena. Por ello es fundamental incluir el ISN de las niñas y niños con referente significativo encarcelado en el cambio de paradigma fomentado por la reforma penal de 2008 y la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, así como con la aprobación de la LNEP y de la LGDNNA.

El caso sudafricano es paradigmático en cuanto muestra que las niñas y niños no pueden, y no deben, ser tratados por el sistema de justicia como apéndice de sus madres y padres y, por lo tanto, como su exclusiva responsabilidad; al contrario, el Estado debe desempeñar un papel activo para garantizar a esas niñas y niños las condiciones para reparar los efectos de una vida familiar trastornada y evitar que sus instituciones tengan conductas que pueden poner a las niñas y niños en peligro.

La sentencia de Canadá rompe con los prejuicios de que la cárcel es necesariamente nociva para las niñas y niños que viven en ésta con sus madres o que sólo es una opción "menos peor" que otras, como la institucionalización, por ejemplo. Y también rompe con otro lugar común, según el cual la responsabilidad de las niñas y de los niños recae únicamente sobre sus madres. La ministra Ross, autora de la resolución analizada, coloca al Estado como sujeto responsable de garantizar las condiciones para que ese vínculo se dé y se fortalezca a partir de la importancia que reviste para el bienestar de las hijas, los hijos y sus madres – cuando así lo deseen – de cultivar el vínculo materno-infantil en

el primer periodo formativo de las niñas y de los niños a través del contacto físico y emocional y con la lactancia materna.

Casos como los que se muestran en el cuarto capítulo distan de ser la norma; son excepciones positivas que pueden enseñar un camino a seguir para que el ISN no quede en letra muerta cuando se trata de niñas y niños de madres y padres encarcelados.

En el caso de México, las sentencias de la SCJN de 2017 son un claro ejemplo de los pasos que hay que dar. Fungen como un punto de partida para atender la necesidad de trabajar con el poder judicial nacional desde el ámbito formativo, de sensibilización y del derecho comparado para sentar la consciencia y la capacidad de integrar *la obligación de que antes de la emisión de una sentencia condenatoria privativa de la libertad, e incluso cuando se trata de una alternativa al encarcelamiento, debe estudiarse cuál es el impacto de la medida sobre las hijas e hijos de las personas condenadas, para evitar que el Estado agrave por medio de sus acciones el ejercicio de los derechos de las niñas y niños y su bienestar físico, psicológico, emocional y económico*. Las madres y los padres pueden fallar a sus hijas e hijos; el Estado no puede agravar esa situación por medio de sus decisiones, sino tiene el deber de reparar, en la medida de lo posible, las afectaciones que la familia puede infligir sobre sus integrantes más vulnerables.

## PROPUESTAS

Las reflexiones anteriores permiten elaborar las siguientes propuestas.

- Ampliar el ámbito de la **investigación** al estudio empírico y al grupo más amplio de niñas y niños con referente significativo encarcelado, incluyendo los que no viven en prisión con sus madres y a temas específicos, entre otros:
  - ◊ Los traslados;
  - ◊ La visita;

- ◇ Los procedimientos de ingreso y salida a los centros;
- ◇ Las vinculaciones con otros ámbito clave de sus vidas como la educación, el esparcimiento o bien el involucramiento en actividades laborales fuera del marco legal y el estigma derivado del encarcelamiento de sus referentes significativos;
- En la **procuración de justicia** se recomienda revisar que los procedimientos de detención y cateo incluyan consideraciones y medidas conducentes al respeto del interés superior del niño;
- Asimismo, combatir la impunidad en los casos de tortura ;y
- Considerar la aplicación de alternativas a la prisión preventiva y del criterio de oportunidad en los casos de personas principales o únicas cuidadoras de niñas y niños;
- En el ámbito **legislativo** urge propiciar la emisión por parte de los gobiernos estatales de la declaratoria con la cual entra en vigor la *Ley Nacional de Ejecución Penal*; y
- Realizar las modificaciones oportunas a la *Ley Nacional de Ejecución Penal* para que las decisiones acerca de las niñas y niños con madres y padres en prisión queden bajo control judicial;
- En el ámbito **penitenciario** se recomienda una pronta y homologada aplicación de la LNEY; y
- La creación de las instalaciones, protocolos y procedimientos necesarios para que las niñas y niños con referente adulto encarcelado no sean objeto de violaciones;
- En la materia que nos ocupa, es decir, el ámbito de la **impartición de justicia**, se visibiliza la necesidad de *concientizar y sensibilizar*

a las impartidoras e impartidores de justicia sobre *la importancia de incluir el interés superior del niño en las resoluciones que afectan directa e indirectamente a niñas y niños con referentes adultos encarcelados*; para lo anterior se sugiere:

- ◇ Socializar este estudio con instancias legislativas, de procuración de justicia, administración penitenciarias y judiciales;
- ◇ Tener un acercamiento individual y grupal con jueces de control, jueces de la causa, tribunales de alzada y jueces de ejecución para i) conocer su opinión sobre el tema; ii) detectar sentencias positivas y iii) proceder a la emisión de un protocolo de actuación para casos que involucren a niñas y niños hijas e hijos de personas en conflicto con la ley;
- ◇ Simultáneamente, generar un mecanismo de detección, recopilación y socialización de sentencias vinculadas al tema para visibilizar las buenas prácticas existentes a nivel nacional.

Para concluir, cabe retomar una guía de preguntas publicada en la segunda versión digital del *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que puede funcionar como base para que el órgano juzgador no reproduzca, mediante el ejercicio tradicional del derecho, el abanico de violencias causadas por el funcionamiento legal e ilegal del aparato de justicia en contra de niñas y niños invisibles:

## PREGUNTAS

Algunas de las preguntas que pueden guiar al juzgador y juzgadora a la hora de estudiar el caso en que está involucrada una mujer en conflicto con la ley son:

## APROXIMACIÓN AL CASO

¿Cuál es la historia de vida de la mujer que cometió el delito?

¿Ha sido víctima de violencia de género?

¿Qué implicaciones tiene esto para su salud mental y para las decisiones que afectan su vida?

¿Bajo qué circunstancias se involucró en el delito?

¿Puede tratarse del caso de una mujer "pagadora"?

## ESCRUTINIO PERSONAL

A la hora de acercarme al caso (como juzgador o juzgadora), ¿lo pienso desde mi posición e historia de vida, o logro empatizar con la situación de la acusada?

¿En el caso estudiado, se presentan figuras estereotipadas que pueden sesgar mi decisión, por ejemplo "la buena madre" vs "la mala madre"?

## EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

¿Esta mujer en conflicto con la ley, tiene hijos o hijas?

Si la respuesta es afirmativa, ¿quién se encargaría de ellas y ellos?

¿En el centro de reclusión, existen las condiciones para la debida atención de las necesidades específicas de los niños y niñas que viven con sus madres?

¿Qué decisión es más congruente con el interés superior del niño?

¿Está embarazada o recién ha dado a luz? ¿Qué decisión es más congruente con su estado?

#### MEDICIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

¿Es la privación de la libertad (preventiva o como castigo) la mejor respuesta para las circunstancias del caso?

¿Cuáles son los daños colaterales de la privación de la libertad para esta mujer, su entorno inmediato y la sociedad?

¿Cuáles son sus necesidades específicas (en relación con su salud mental, reproductiva o con el uso dependiente de sustancias, por ejemplo)?

¿Es la prisión el mejor sitio para atenderlas?

¿Qué medida alternativa satisface mejor los fines de la pena elucidados en la *Constitución* y, al mismo tiempo, garantizan su cumplimiento sin perjudicar el interés superior de la niñez y los derechos de las mujeres?

#### EJECUCIÓN DE LA PENA

El centro de detención que le corresponde, ¿cuenta con las instalaciones y servicios para garantizar el pleno respeto de los derechos humanos consagrados en la *Constitución* y en los tratados internacionales?

¿Se está respetando plenamente el Artículo 18 constitucional?

¿Qué derechos se están violentando en el régimen de prisión impuesto?

¿Qué acciones puedo tomar para limitar los daños colaterales del encarcelamiento?

El objetivo de estas preguntas es poder incorporar la perspectiva de género en la ejecución penal y que cada juzgador y juzgadora pueda responder afirmativamente a una última pregunta crucial:

"¿He aplicado todas las medidas e instrumentos disponibles para garantizar los derechos de la mujer involucrada, el interés superior de la niñez, la no trascendencia de la pena y así favorecer el proceso de reinserción social?".<sup>231</sup>

<sup>231</sup> Giacomello, Corina, "Justicia con perspectiva de género en la ejecución penal", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar...*, op. cit., pp. 164-166.

# Referencias bibliográficas



Amnistía Internacional, *Sobrevivir a la muerte. Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México*, Amnistía Internacional Ltd, Londres, Reino Unido, 2016, <http://amnistia.org.mx>.

Castañer, Analia y Griesbach, Margarita (coords.), *Presos invisibles. Hijos e hijas de mujeres reclusas*, INACIPE, Ciudad de México, México, 2016.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, "Recomendación No. 12/2008", CDHDF, Ciudad de México, México, 8 de agosto de 2008, <http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx>.

Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, "Recomendación No. 15/2013", CDH Puebla, Puebla de Zaragoza, México, 30 de junio de 2013, <http://www.cdhpuebla.org.mx>.

Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, "Recomendación No. 62/2007", CDH Puebla, Puebla de Zaragoza, México, 14 de noviembre de 2007, <http://www.cdhpuebla.org.mx>.

Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, "Recomendación No. 5/2012", CEDHJ, Guadalajara, México, 27 de febrero de 2012, <http://cedhj.org.mx>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, CIDH, OEA, Washington D.C., Estados Unidos de América, 2013, <http://www.oas.org>.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Estudio Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las Condiciones de Hijas e Hijos de las Mujeres Privadas de la Libertad en los Centros de Reclusión de la República Mexicana*, CNDH, Ciudad de México, México, 2016.

\_\_\_\_\_, "Recomendación No. 01/2016", CNDH, Ciudad de México, México, 27 de enero de 2016, <http://www.cndh.org.mx>.

200

\_\_\_\_\_, "Recomendación No. 07/2016", CNDH, Ciudad de México, México, 29 de febrero de 2016, <http://www.cndh.org.mx>.

\_\_\_\_\_, *Clasificación penitenciaria. Pronunciamiento*, CNDH, Ciudad de México, México, 2016, <http://www.cndh.org.mx>.

\_\_\_\_\_, *Demanda de acción de inconstitucionalidad 61/2016*, 2016, <http://www.cndh.org.mx>.

\_\_\_\_\_, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2015*, CNDH, Ciudad de México, México, 2015, <http://www.cndh.org.mx>.

\_\_\_\_\_, *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre las mujeres internas en los centros de*

*reclusión de la República Mexicana*, CNDH, Ciudad de México, México, 2015, <http://www.cndh.org.mx>.

\_\_\_\_\_, *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el estado que guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la República Mexicana*, CNDH, Ciudad de México, México, 2013, <http://www.cndh.org.mx>.

Comisión Nacional de Seguridad, "Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional", CNS, Ciudad de México, México, julio de 2016, <http://cns.gob.mx>.

Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados en virtud del Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales*, México, 8 de junio de 2006, <http://www.unicef.org>.

\_\_\_\_\_, *Observaciones Finales sobre los exámenes periódicos Cuarto y Quinto consolidados de México*, 8 de junio de 2015, <http://www.unicef.org>.

\_\_\_\_\_, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion "Children of Incarcerated Parents"*, 30 de septiembre de 2011, <http://www.ohchr.org>.

\_\_\_\_\_, "Examen de los informes presentados por lo Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Tailandia", marzo de 2006, <http://docstore.ohchr.org>.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez. *Misión a México*, Asamblea General de Naciones Unidas, Ginebra, Suiza, 29 de diciembre de 2014, <http://sintortura.mx>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Consultiva OC-17/2002", 2002, <http://www.corteidh.or.cr>.

\_\_\_\_\_, *Niños y niñas, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana N° 5*, ColDH, Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, San José, Costa Rica, 2015, <http://www.corteidh.or.cr>.

Church World Service y Gurises Unidos, *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*, CWS, Gurises Unidos, sin ciudad, sin país, 2013, <http://www.cwslac.org>.

Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, "Recomendación No. 13/2015", DDHPO, Oaxaca de Juárez, México, 10 de diciembre de 2015, <http://www.derechoshumanosoaxaca.org>.

En Marcha, "¿Cuántos son en Chile? Cifras de una realidad invisible", En Marcha, Santiago, Chile, 2016, <http://www.enmarcha.cl>.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (comps.), *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, UNICEF, DIF Nacional, Ciudad de México, México, 2014, <https://www.unicef.org>.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF Comité Español, Madrid, España, 2006, <http://www.un.org>.

Giacomello, Corina (ed.), *Derechos políticos y ciudadanía de mujeres privadas de la libertad. De objetos de normas a sujetos de derechos*, TEPIJ, Ciudad de México, México, 2015, <http://portales.te.gob.mx>.

---

\_\_\_\_\_, *Los secretos de Almoloya. El testimonio de una mujer recluida en una cárcel de máxima seguridad*, Debate, Ciudad de México, México, 2009.

Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Séptima reimpresión, Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.

González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, México, 2008.

Hernández Chong Cuy, María Amparo, "El derecho humano a cumplir las penas de prisión en un lugar cercano al domicilio", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 33, <http://www.ijf.gob.mx>.

Jones, Adele D. y Wainania Woźna, Agnieszka (eds.), *Children of Prisoners. Interventions and mitigations to strengthen mental health*, University of Huddersfield, sin ciudad, Reino Unido, 2012, <http://childrenofprisoners.eu>.

Khoso, Abdullah, "Introductory statement-prison service professional", Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño, 30 de septiembre de 2011, <http://www.ohchr.org>.

Knott, Siân y Hussain, Raheel, "Introductory statement-youth representatives", Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño, 30 de septiembre de 2011, <http://www.ohchr.org>.

Ministerio del Interior, *Unidades Externas de Madres*, Ministerio del Interior, Madrid, España, 2010, <http://www.institucionpenitenciaria.es>.

Ministerio Público de la Defensa, *Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*, Defensoría General de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2015, <http://www.mpd.gov.ar>.

Ministero della Giustizia, "Detenute madri con figli al seguito – 30 settembre 2016", septiembre de 2016, <https://www.giustizia.it>.

Ministero della Giustizia, "Detenuti presenti – aggiornamento al 31 luglio 2016", julio de 2016, <https://www.giustizia.it>.

Ministero della Giustizia, "Donne e carcere – Temi per Stati Generali dell'Esecuzione Penale – Tavolo 3", enero de 2015, <https://www.giustizia.it>.

Murray, Joseph, Bijleveld, Catrien C.J.H., Farrin, David P. y Loeber, Rolf, *Effect of parental incarceration on Children. Cross-national comparative studies*, American Psychological Association, Washington D.C., Estados Unidos, 2014.

Pérez Correa, Catalina, *Mujeres Invisibles. Los verdaderos costos de la prisión*, 2015, <https://publications.iadb.org>.

Skelton, Ann, "Introductory statement - legal expert", Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño, 30 de septiembre de 2011, <http://www.ohchr.org>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Interés superior del menor. Su alcance y función normativa aplicable en materia de patria potestad, reconocimiento de paternidad y guarda y custodia*, Serie *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, SCJN, Ciudad de México, México, 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, segunda edición digital, SCJN, Ciudad de México, México, 2014, <http://www.sitios.scjn.gob.mx>.

The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, *A short guide to General Comment No.1 on Children of incarcerated and imprisoned parents and primary caregivers*,

African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, Penal Reform International, Londres, Reino Unido, 2014, <http://www.penalreform.org>.

Tonry, Michael (ed), *Crime and Justice. A review of research*, vol. 37, University of Chicago Press, Chicago, Estados Unidos, 2008.

UK Aid, Foundation for Human Rights Initiative y Penal Reform International, *A shared sentence. Children of imprisoned parents in Uganda*, Foundation for Human Rights Initiative, Penal Reform International, sin ciudad, sin país, 2015, <http://www.penalreform.org>.

Walsmsley, Roy, "World Female Imprisonment List. Third Edition", Institute for Criminal Policy Research, Londres, Reino Unido, 2015, <http://www.prisonstudies.org>.

Walsmsley, Roy, "World Prison Population List. Eleventh Edition", Institute for Criminal Policy Research, Londres, Reino Unido, 2016, <http://www.prisonstudies.org>.

Zuil, María y Liborio, Bárbara, "La mitad de los niños que viven en prisión está en cárceles comunes", en *El Mundo*, 21 de agosto de 2016, <http://www.elmundo.es>.

\_\_\_\_\_, "La vida entre rejas", en *El Mundo*, 22 de agosto de 2016, <http://www.elmundo.es>.

\_\_\_\_\_, "Niños en prisión: una condena invisible", en *El Mundo*, 23 de agosto de 2016, <http://www.elmundo.es>.

NORMAS  
Y TRATADOS

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, ONU, Nueva York,

Estados Unidos de América, 2010, <http://www.alternativecare-guidelines.org>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, CIDH, Washington D.C., Estados Unidos de América, 2008, <http://www.acnur.org>.

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de marzo de 2014, <http://www.diputados.gob.mx>.

\_\_\_\_\_, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917, <http://www.diputados.gob.mx>.

\_\_\_\_\_, *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 10 de junio de 2011, <http://dof.gob.mx>.

\_\_\_\_\_, *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 4 de diciembre de 2014, <http://www.diputados.gob.mx>.

\_\_\_\_\_, *Ley Nacional de Ejecución Penal*, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de junio de 2016, <http://www.diputados.gob.mx>.

\_\_\_\_\_, *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de junio de 2016, <http://www.diputados.gob.mx>.

Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de*

*prevención del delito y justicia penal*, ONU, Nueva York, Estados Unidos de América, 2007.

\_\_\_\_\_, *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes y sus Comentarios*, UNODC, sin ciudad, sin país, 2011, <http://www.unodc.org>.

Organización de los Estados Americanos, *Convención americana sobre derechos humanos*, OEA, San José, Costa Rica, 1969, <https://www.oas.org>.

Organización de las Naciones Unidas, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)*, ONU, Ginebra, Suiza, 2015, <https://www.unodc.org>.

\_\_\_\_\_, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 1979, <http://www.un.org>.

\_\_\_\_\_, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ONU, 1966 <http://www.ohchr.org>.

\_\_\_\_\_, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ONU, 1966, <http://www.ohchr.org>.

Organización para la Unidad Africana, *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*, Organización para la Unidad Africana, Addis Abeba, Etiopía, 1990, <http://www.acnur.org>.

Parlamento Italiano, *Legge 62-2011 – Detenute madri*, 21 de abril de 2011, <http://leg16.camera.it>.

## RESOLUCIONES JUDICIALES

Constitutional Court of South Africa, "Case CCT 53/06 [2007] ZACC 18", Sudáfrica, 26 de septiembre de 2007, <http://www.saflii.org>.

Constitutional Court of South Africa, "Case CCT 63/10 [2011] ZACC 7", Sudáfrica, 29 de marzo de 2011, <http://www.saflii.org>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Solicitud de medidas provisionales respecto de Venezuela. Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina*, 6 de septiembre de 2012, <http://www.corteidh.or.cr>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Acción de inconstitucionalidad 61/2016", SCJN, 4 de abril de 2017, versión taquigráfica, <https://www.scjn.gob.mx>.

\_\_\_\_\_, "Amparo en revisión 644/2016", SCJN, 8 de marzo de 2017, <https://www.scjn.gob.mx>.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tesis Aislada 1a. CLXVIII/2012 (10a.)*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, XI, México, agosto de 2012.

\_\_\_\_\_, "Amparo directo en revisión 2672/2011", México, 11 de abril de 2012, <http://www.scjn.gob.mx>

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Tesis Aislada 1.7o.C. 109 C*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, México, julio de 2008.

Supreme Court of British Columbia, "Inglis v. British Columbia (Minister of Public Safety), 2013 BCSC 2309", Canadá, 16 de diciembre de 2013, <http://www.quno.org>.

Niñas y niños que viven en prisión con sus madres.  
Una perspectiva jurídica comparada, primera edición. La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se utilizaron tipos Futura Std de 8, 8.5, 9, 10, 11, 13, 14 y 23 puntos. Noviembre de 2018.

