

Capítulo I

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD Y DE SUS HIJAS E HIJOS

1. El impacto del encarcelamiento en las mujeres embarazadas o madres de niñas y niños pequeños y en sus hijas e hijos

Numerosos estudios desarrollados en el ámbito nacional e internacional dan cuenta de que el encarcelamiento tiene distintas implicancias para varones y mujeres por motivos de género. Se ha señalado que las prisiones se construyeron teniendo en cuenta las vivencias y necesidades de los hombres, que prestan escasa o nula atención a las cuestiones específicas de las mujeres, y que la falta de un enfoque de género puede tener consecuencias graves para las presas¹. Una de las diferencias centrales entre la privación de la libertad de hombres y la de mujeres es la forma en la que el encierro afecta a la familia, en particular, a las hijas y los hijos. Estas circunstancias responden a sociedades desiguales, en las que imperan patrones estereotipados de género, que reservan a las mujeres el rol de responsables primarias de la crianza de los niños y niñas.

El encarcelamiento de mujeres afecta a un número elevadísimo de niñas y niños en todo el mundo². La privación de libertad de cualquiera de sus progenitores impacta seriamente en la relación filial, pero los efectos que el encarcelamiento de una madre tiene en las familias son, en general, más devastadores que los que habitualmente se producen con el encarcelamiento de un padre³. Ellos alcanzan a todos los aspectos de la vida del niño o niña, desde dónde vivirá y cómo se desenvolverá en la escuela, hasta su relación

1 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párrs. 33 y 54.

2 *Ibidem*, párr. 55.

3 Representación Cuáquera ante Naciones Unidas, *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas. Informe para los amigos*, Grupo del Proyecto Mujeres en la Cárcel, agosto 2007, p. 11.

con otros miembros de la familia y su lugar en la comunidad local⁴. Se ha señalado que muchas veces los niños y niñas tienen que mudarse de casa o de barrio, precisamente en esos momentos de estrés es cuando más se necesita de la escuela, los grupos de amistades y las redes de apoyo⁵.

La pérdida o deterioro de la relación con la progenitora, junto con las otras circunstancias reseñadas, acarrea graves consecuencias en su vida cotidiana. Generalmente, las hijas y los hijos de personas encarceladas son discriminados y estigmatizados, y sus cuidadores, maestros y otras personas suelen brindarles menor contención que a los niños cuyos padres no están en la cárcel⁶. Sufren traumas, miedos, vergüenza, culpa y, en muchos casos, comienzan a presentar problemas de salud física y psicológica, así como comportamientos regresivos y antisociales⁷. Están más expuestos a un riesgo de bajo rendimiento académico, de alcoholismo y toxicomanía, y de pérdida de autoestima, mientras que presentan mayores probabilidades de ser encarcelados durante su vida⁸. En adición, corren el peligro de ser separados del grupo familiar, e incluso pueden terminar institucionalizados (CELS et ál. 2011, 157; Cornell Law School et ál. 2014, 38).

La mayor afectación del grupo familiar que se produce con el encarcelamiento de la madre genera también perjuicios específicos en esas mujeres (Azaola 2007, 74) por la estigmatización, el alejamiento social y el sentimiento de vergüenza y culpa que les genera el encierro⁹. Por un lado, tienen un mayor reproche social que los varones, pues no han sabido comportarse de la manera que "se esperaba" (Naredo Molero 1999, 208; Almeda 2002, 252; Espinoza 2005, 23), ni asumieron el cuidado de sus hijos, ni cumplieron con las expectativas que existían hacia ellas en su calidad de madres. Además, el proceso de adaptación a la cárcel suele ser más costoso para ellas. La preocupación por sus hijas e hijos y la pérdida de la responsabilidad maternal son algunas de las causas que provocan una alta incidencia de problemas psicológicos, autolesiones y crisis de ansiedad entre las detenidas (Naredo Mole-

4 Ver *Ibíd.*, p. 13; Robertson, O 2007.

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

8 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, *óp. cit.*, párr. 79.

9 *Ibíd.*, párr. 74.

ro 1999, 209)¹⁰. Por otro lado, el contacto con sus familias y con sus hijas e hijos suele ser escaso por diversas razones, como los costos logísticos y económicos de las visitas, la mayor probabilidad de que la familia las rechace, las barreras administrativas o las dificultades y resistencias de quien/es está a cargo de sus hijas e hijos para llevarlos a las visitas¹¹. De tal manera, “[l]a frustración, la culpa y la impotencia de no poder estar con sus hijos e hijas y darles ‘lo mejor’ constituyen otro castigo, un doble cautiverio”¹².

La situación de las mujeres embarazadas genera una preocupación particular, ya que las cárceles son per se un lugar inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y atención especializada que ellas requieren, mientras que el alumbramiento en el encierro – por los niveles de ansiedad y estrés que genera– tiene directa incidencia en la salud física y emocional de los niños y niñas (Cufino y Martínez 2009; Townhead 2006, 7).

Los efectos de la detención (aun la preventiva) también suele impactar en las posibilidades de reinserción de las mujeres cuando recuperan la libertad, pues se reducen sus posibilidades para encontrar trabajo y vivienda y se profundizan los problemas económicos¹³. La Representación Cuáquera ante Naciones Unidas ha señalado:

Los efectos de incluso un período relativamente corto en prisión son por lo común devastadores para una mujer que no ha sido todavía juzgada, particularmente si es única cuidadora de sus hijos/as. Una mujer que habite en una vivienda no segura o rentada, por lo general la perderá. Si tiene un trabajo, casi con seguridad lo perderá. Luego, al salir de prisión, tendrá problemas para hallar una vivienda segura. Es común que una madre cuyos hijos han sido colocados en instituciones del gobierno o al cuidado de otra(s) persona(s) no pueda recuperar la custodia de ellos a menos que cuente con una vivienda y medios para mantener a los/as niños/as¹⁴.

10 Véase, asimismo, Townhead 2006, 6.

11 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párrs. 78-79.

12 Instituto Nacional de las Mujeres de México y PNUD, *Garantizando los derechos humanos de mujeres en reclusión*, agosto de 2006, p. 62.

13 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párrs. 73-74.

14 Bastick, M. y Townhead, L., *Mujeres en la cárcel: Comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*, Representación Cuáquera ante Naciones Unidas,

En el ámbito local, una investigación del Centro de Estudios Legales y Sociales, el Ministerio Público de la Defensa de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación, en la órbita del servicio penitenciario federal, constató los efectos devastadores que apareja la prisionización de mujeres embarazadas o que tienen hijas e hijos menores de edad. El informe mostró que su encarcelamiento suele producir el desmembramiento del grupo familiar y gravísimas consecuencias en sus hijas e hijos, tanto en lo afectivo y lo psicológico como en lo material. También evidenció que la separación de las niñas y niños (que en la mayoría de los casos es casi total), y los padecimientos que ellos atraviesan tras el encierro de la madre provocan un alto costo que hace que la adaptación y la vida en la cárcel resulten especialmente difíciles para esas mujeres. Esto genera un pluspunitivo que en general no es reconocido por la ley ni considerado por las y los operadores judiciales.

De acuerdo con el informe referido, las reclusas embarazadas o que conviven con sus hijas e hijos en el penal deben enfrentar mayores dificultades que el resto de la población detenida, pues los servicios previstos para esos grupos no satisfacen todas las necesidades que presentan por la condición particular de ser gestante, estar en período de lactancia, o por los deberes que demanda la atención y cuidado de sus hijas e hijos.

La publicación también reparó en el impacto que provoca el encarcelamiento de las mujeres en sus hijas e hijos, que alcanza no solo al vínculo materno-filial, sino que se proyecta en casi todos los aspectos de la vida de las niñas, niños y adolescentes. En el caso de quienes permanecen en la cárcel con sus madres, ese impacto es obvio, ya que padecen las mismas condiciones deficientes del encierro. Por su parte, frente a aquellos que perdieron la convivencia con sus madres, algunas de las consecuencias más reiteradas son el desmembramiento del grupo familiar, la pérdida de contacto con ellas y con sus hermanos, la peregrinación por distintos hogares y cuidadores, el incremento de la vulnerabilidad económica, el abandono de los estudios o dificultades de aprendizaje, situación de explotación laboral infantil, depresión, problemas de salud, institucionalización de niñas y niños, entre otros (CELS et ál. 2011, 151-189).

Como se analizará, las consecuencias que acarrea el encarcelamiento de mujeres embarazadas o madres de niñas y niños, detectadas en inves-

2008, pp. 121-122, disponible en <http://www.icpa.ca/tools/download/1018/WiP-CommentarySMRs200806-Spanish.pdf>, consultado el 15/01/2015.

tigaciones e informes internacionales y locales, pueden configurar graves violaciones a los derechos humanos de esas mujeres y de su grupo familiar.

2. El derecho internacional de los derechos humanos en relación con las mujeres encarceladas

La mayor visibilidad de la situación de las mujeres encarceladas dio lugar a un incipiente desarrollo de estándares, observaciones y recomendaciones en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que se originan en el reconocimiento del impacto diferencial que tiene la institución carcelaria por razones de género. Muchos de esos principios atienden a la situación particular de las mujeres que están embarazadas o que son madres y que, en su enorme mayoría, son las encargadas principales del cuidado de sus hijas e hijos.

Los instrumentos generales de protección de derechos humanos y los que se desarrollaron en particular para la protección de las personas privadas de libertad brindan un marco amplio y sólido de protección de las mujeres encarceladas y de sus hijas e hijos. Así, numerosos tratados internacionales reconocen, entre otros, los derechos a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la integridad, a una vida digna, a la protección de la familia, a la protección especial del embarazo y del interés superior de niñas, niños y adolescentes, la proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el principio de trascendencia mínima de la pena¹⁵.

Por su parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RTM)¹⁶, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas

15 Resultan especialmente importantes en el análisis de esta problemática la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes (y su Protocolo facultativo), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

16 ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus reso-

no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)¹⁷ y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios y Buenas Prácticas)¹⁸, aunque carecen de fuerza vinculante, ofrecen pautas de actuación útiles para evaluar el alcance de los deberes internacionales de los Estados comprometidos con el respeto mínimo que deben brindarles a las personas detenidas¹⁹.

Si bien estos instrumentos configuran un sólido marco de protección de los derechos humanos, la falta general de un enfoque de género en su interpretación y aplicación hizo que las vivencias y experiencias de las mujeres fueran ignoradas con frecuencia, lo que dio lugar a la elaboración de normas internacionales que las abordaron de forma explícita. Entre ellas, se destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), y su Protocolo Facultativo –en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos–, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) –en el sistema regional–. Esta última Convención incluso define a las mujeres privadas de libertad como un grupo especialmente vulnerable²⁰.

luciones 663C (XXIV), 31 de junio de 1957, y 2076 (LXII), 13 de mayo de 1977.

17 ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.

18 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08, 131^o período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

19 Estos instrumentos internacionales de *soft law* han sido utilizados consistentemente por la Comisión y por la Corte Interamericana, como pauta de interpretación en la determinación del contenido y alcances de las disposiciones de la Convención Americana en casos de personas privadas de libertad; en particular las RTM, cuya relevancia y universalidad ha sido reconocida por ambos órganos (CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, óp cit., párr. 37). Por otra parte, específicamente respecto de Argentina, en el caso “Verbitsky” la CSJN ha dicho respecto de las RTM que si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados internacionales incorporados al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, por vía del artículo 18 de esta última norma, se han convertido en el estándar internacional aplicable a las personas privadas de la libertad (Fallos: 328:1146, del 03/05/2005, consid. 39). Resta por destacar que este criterio debe hacerse extensivo a las Reglas de Bangkok, las cuales se consideran un complemento de las RTM.

20 Artículo 9, Convención de Belém do Pará.

Asimismo, como respuesta al aumento general de la población carcelaria femenina y reconociendo que muchos establecimientos penitenciarios del mundo fueron concebidos principalmente para varones, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, en el año 2011, 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)²¹.

Las Reglas de Bangkok complementan a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y a las Reglas de Tokio, y aclaran sus disposiciones a la luz de las circunstancias y necesidades particulares de las mujeres durante el encierro carcelario. Las Reglas de Bangkok traducen el consenso de los Estados sobre la necesidad de incorporar enfoques de género que den cuenta del impacto diferencial que tiene la cárcel en las reclusas.

Por último, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito elaboró un Manual para los Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres Encarceladas, que se ofrece como una herramienta de consulta y de capacitación que reúne las principales directrices de actuación en la materia²².

2.1 Diseño y aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad y a la prisión

Los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos identificados, y las observaciones, recomendaciones y jurisprudencia de los respectivos órganos de seguimiento resultan de especial importancia para delinear el alcance del derecho de las mujeres en conflicto con la ley penal a acceder a medidas alternativas al encierro carcelario así como de las obligaciones correlativas de las autoridades públicas. En este sentido, distintos actores y mecanismos internacionales recomiendan a los Estados diseñar medidas de coerción y de ejecución de la pena alternativas a la privación de libertad o, en su defecto, a la prisión. Algunas de estas iniciativas se dirigen a la población penitenciaria general, mientras que, en

21 ONU, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Resolución 65/229 aprobada por la Asamblea General, Sexagésimo quinto período de sesiones, 16 de marzo de 2011.

22 El Manual de Naciones Unidas puede descargarse en el siguiente enlace: http://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf.

los últimos años, se han elaborado recomendaciones dirigidas de modo específico a aliviar o evitar las afectaciones especiales de las mujeres encarceladas. Y también así, a proteger la integridad y el desarrollo de sus hijas e hijos, que suelen encontrarse bajo su cuidado.

Los Principios y Buenas Prácticas prevén, en términos generales, que los Estados deben adoptar medidas alternativas y sustitutivas a la privación de la libertad, e involucrar a la sociedad y la familia²³. Las Reglas de Tokio, por su parte, recomiendan la introducción de ese tipo de alternativas (por ejemplo, sanciones comunitarias, medidas reparatorias a la víctima, amonestaciones, vigilancia judicial, entre otras), tanto durante el proceso como durante la condena, sin discriminación por motivos de sexo²⁴.

En su último informe sobre el uso regional de la detención cautelar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó que los Estados deben prever medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva y de la sancionatoria o, en su defecto, el arresto en el domicilio²⁵. En particular, la CIDH destacó la necesidad de implementar medidas ajenas a la privación de la libertad en casos de mujeres con responsabilidades familiares:

[...] 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 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 drogas²⁶.

23 Principio II.4, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

24 ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), cit., párr. III.8.

25 CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, párrs. 222 y 224.

26 *Ibidem*, párr. 216.

Las Reglas de Bangkok también marcan la necesidad de elaborar medidas alternativas a la prisión preventiva y a la condena que sean concebidas de forma específica para las mujeres, considerando el historial de victimización que presentan muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado²⁷.

Los organismos especializados en la protección de la infancia se expidieron en idéntico sentido. Así, el Comité de Derechos del Niño señaló que es preciso considerar los posibles efectos que puede tener la privación de la libertad de los padres en sus hijas e hijos, y aplicar medidas opcionales a la privación de la libertad para abordarlos²⁸.

3. Medidas alternativas a la prisión a la luz de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad

La aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad –o, al menos, a la prisión– constituye una forma de evitar o minimizar las graves consecuencias que provoca el encierro carcelario de mujeres embarazadas o madres de niñas y niños, y la consecuente vulneración de sus derechos humanos. De este modo, se instituye como una opción que permite compatibilizar el interés social en la persecución de los delitos, y la vigencia de los derechos humanos de las personas en conflicto con la ley penal y de su grupo familiar.

En general, se suele reparar en la afectación que en estos casos se produce sobre los derechos de niñas y niños, a la luz del imperativo convencional de priorizar su interés superior en todas las decisiones que los involucren. Sin embargo, en aras de ese mandato –sin dudas, de innegable vigencia para casos como los que nos ocupan–, en ocasiones se invisibilizan las afectaciones a los derechos humanos que sufren las mujeres encarceladas.

En lo que sigue, se presentan algunos de los derechos reconocidos en numerosos tratados internacionales de derechos humanos que justifican la adopción de medidas alternativas a la cárcel para mujeres embarazadas o con responsabilidades de cuidado.

27 Título III. Reglas no privativas de la libertad, Reglas 57 a 66, Reglas de Bangkok.

28 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea un a consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, UN CRC/C/GC/14, Distr. General 29 de mayo de 2013, párr. 69.

3.1 Principio de no discriminación

Muchos tratados internacionales de derechos humanos consagran el principio de igualdad y no discriminación por motivos de género o sexo²⁹. En materia específica de personas privadas de libertad, las RTM enfatizan que no se deben hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera³⁰.

En ocasiones, el principio de no discriminación exige, según las circunstancias, que se dispongan tratos diferentes para asegurar la igualdad. Como sostiene el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW): "no es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado"³¹.

Por estos motivos, al analizar las razones de la existencia del arresto domiciliario u otras medidas opcionales a la privación de la libertad o a la prisión, es necesario tener presente que si bien la cárcel aqueja tanto a los varones como a las mujeres, su significación y ciertos aspectos genéricos de su estructura y funcionamiento determinan que unos y otras vivan el encierro en forma diferente, y que sus niveles de afectación personal y social sean disímiles. Esto tiene una serie de consecuencias a la luz del principio de igualdad real que es preciso considerar al momento de evaluar el instituto de la prisión domiciliaria.

En esta línea, los estándares de protección que aquí se presentan tienen como principal objetivo amortiguar las secuelas que la privación de libertad puede dejar en las mujeres y superar los viejos modelos de tratamiento penitenciario basados en normas de carácter pretendidamente neutral que tenían un resultado desigual por razones de género.

En el ámbito regional, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención

29 Artículos 1.1, CADH; 2.1, PIDCP; 2.2, PIDESC; 1, 2, 3 y 4, CEDAW.

30 Regla 6.1, Reglas de Tratamiento de los Reclusos.

31 Comité CEDAW, Recomendación General N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW referente a medidas especiales de carácter temporal, 30° período de sesiones, 2004, párr: 8.

Americana, el Estado tiene un deber genérico de respeto y garantía de los derechos y libertades allí consagrados, sin discriminación, y se encuentra en posición de garante de las personas privadas de la libertad³². Por su parte, la Convención de Belém do Pará, en su artículo 9, establece que las mujeres privadas de libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en razón de su género, y que ello obliga al Estado a adoptar medidas específicas para protegerlas. La misma norma considera, además, otras categorías que refuerzan esa posición de vulnerabilidad, como la migración, el origen étnico o racial, la condición socio-económica, la edad, la discapacidad, el embarazo y la maternidad. En idéntico sentido lo expresan las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), que establecen pautas de actuación para los operadores y operadoras del sistema judicial³³ destinadas a facilitar el acceso a la justicia de sectores históricamente desaventajados.

La vulnerabilidad de las mujeres presas se manifiesta de diversas formas: en la fragilidad que se registra ante los cambios originados en el contexto sociocultural por la prisionización, en el desamparo institucional, y en el debilitamiento de las relaciones interpersonales y familiares (Busso 2001). Las Naciones Unidas han subrayado que, aun cuando se advierten considerables variaciones en la situación de las mujeres presas en los distintos países, las razones y la intensidad de su vulnerabilidad y de sus necesidades específicas se relacionan con factores comunes, tales como: las dificultades en el acceso a la justicia; su historial de victimización; las ne-

32 Según la Corte IDH: "Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna" (Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. No. 112, párr. 152 -citas omitidas-).

33 Las Reglas de Brasilia fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Acordada 5/2009. Al instalar la categoría de vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia reconocen de modo expreso que las barreras para el acceso a la justicia y el ejercicio de cualquier otro derecho no son de carácter individual sino social.

cesidades específicas en materia de salud como resultado de historias de vida marcadas por la violencia doméstica y sexual; el alto nivel de consumo y dependencia de las drogas o el alcohol; la angustia extrema que produce el encarcelamiento; el abuso sexual y la violencia en prisión; la alta probabilidad de tener responsabilidades de cuidado parentales; y la estigmatización, la victimización y el abandono por parte de sus familias³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) abordó la situación de las mujeres detenidas en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*³⁵. Allí afirmó que las condiciones de encierro adquieren una dimensión propia según el género, por lo cual, diversas situaciones que en apariencia son neutras, pueden, sin embargo, afectar a varones y mujeres en forma distinta. Este motivo exige el reconocimiento de las legítimas diferencias de cada persona y un trato basado en ellas³⁶. Por lo tanto, en la privación de la libertad, la discriminación contra las mujeres consiste en la ausencia o incorrecta evaluación, comprensión y atención de sus necesidades particulares.

En este orden, las Reglas de Bangkok exigen que se tenga en cuenta de qué manera inciden el contexto y las historias de vida de las mujeres al analizar la comisión de un delito, así como las graves consecuencias que tendrá el encarcelamiento no solo en sus vidas, sino también en las de las personas que se encuentran –con frecuencia– bajo su cuidado. De acuerdo con estas Reglas, esas circunstancias deben ser valoradas al momento de elaborar y aplicar mecanismos opcionales a la prisión.

Respecto del vínculo existente entre las mujeres privadas de libertad y su historial de victimización previa, las Reglas reconocen que “el número

34 Atabay, T., *Manual para Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres encarceladas*, UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), 2008, p. 5, disponible en http://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf, consultado en 15/01/2015.

35 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la utilización excesiva de la fuerza que resultó en la muerte de decenas de personas presas y de numerosas personas heridas en el marco de un operativo en el centro penitenciario Miguel Castro Castro. La Corte IDH hizo particular énfasis en las afectaciones que sufrieron las mujeres que se encontraban allí reclusas, varias de las cuales se encontraban embarazadas.

36 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No 160, párr. 223.

de reclusas que ha sido víctima de violencia en el hogar es desproporcionado” (Bloom 2003; Corston 2007; Rungay 2004; Fundación SURT 2005)³⁷, y señalan que al momento de elaborar medidas alternativas a la prisión, deberá prestarse especial atención al historial de victimización que suelen tener las mujeres³⁸.

Por su parte, las Reglas atienden en distintas oportunidades al rol de cuidado que pueden ejercer las mujeres en conflicto con la ley penal respecto de otras personas, y a la necesidad de considerar esa circunstancia a la hora de pensar en mecanismos alternativos a la prisión³⁹, evitar el alejamiento de su comunidad y grupo familiar⁴⁰, considerar atenuantes en casos de condenas⁴¹ y favorecer el acceso a la libertad condicional anticipada⁴². Dado que las mujeres son las principales encargadas del cuidado de sus hijas e hijos, las Reglas de Bangkok prevén consideraciones específicas para estos casos, que serán abordadas luego con más detalle.

En otro orden, es claro que las reclusas suelen padecer una marginalidad múltiple, donde el género y el estatus socioeconómico del que provienen son solo algunos de los factores que se acumulan a otras variables que incrementan su riesgo de ser discriminadas. Sobre este aspecto, las Reglas de Bangkok también advierten que las autoridades deben reconocer que las mujeres privadas de libertad de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura⁴³.

37 Regla 44, Reglas de Bangkok. El alto porcentaje de mujeres encarceladas que han sufrido violencia familiar y sexual es señalado por numerosos trabajos. Sobre el tema, véase asimismo, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, *óp. cit.*, párr: 5. En nuestro país, Beatriz Kalinsky subraya esta particularidad en una investigación desarrollada en la Unidad N° 16 de la ciudad de Neuquén. En su informe cita otros trabajos que indican la presencia de antecedentes de haber sufrido violencia en el caso de muchas de las mujeres detenidas (Kalinsky 2006, 185, y sus citas).

38 Regla 57, Reglas de Bangkok.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*, Regla 58.

41 *Ibidem*, Regla 61.

42 *Ibidem*, Regla 63.

43 *Ibidem*, Reglas 54 y 55.

Dado que el encarcelamiento produce un impacto diferenciado por motivos de género, las Reglas de Bangkok constituyen una guía interpretativa central, en tanto reconocen que es preciso adoptar medidas especiales que atiendan a las necesidades propias de las mujeres detenidas⁴⁴, como forma de asegurar el acceso efectivo a sus derechos sin discriminación.

De tal modo, el tercer subtítulo de las Reglas de Bangkok (a partir de la Regla 57) presenta las medidas no privativas de la libertad, y allí se establece que los Estados “[...] deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y a la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes [...]”⁴⁵.

Esta directiva implica mucho más que el arresto en el domicilio, pues apunta a modalidades opcionales a la privación de la libertad, y hacia ese objetivo deberían dirigirse tanto las modificaciones legales como las estrategias de defensa. Aunque el arresto domiciliario no constituye un cese de la detención cautelar ni su suspensión, configura una alternativa para situaciones especiales en las que el encierro carcelario es sustituido por uno domiciliario. El arresto domiciliario es una respuesta que se ofrece frente a las afectaciones diferenciales que sufren las mujeres por motivos de género. De esta forma, se evita un tratamiento neutral en términos formales que, en los hechos, tiene consecuencias discriminatorias, si no se consideran las trayectorias y vivencias propias de las mujeres.

3.2. Principio de dignidad, de protección de la familia y proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Según el principio de dignidad, toda persona privada de libertad debe ser tratada humanamente y no debe ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁶.

De acuerdo con el desarrollo del DIDH, la tortura no solo se configura mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos

44 *Ibidem*, Regla 1.

45 *Ibidem*, Regla 57.

46 El principio de dignidad está consagrado en el artículo 10, PIDCP (“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”) y en el artículo 5.2 de la CADH (“Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”), entre otros.

que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral⁴⁷. En tal sentido, tanto la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura prevén esa posibilidad⁴⁸. De igual forma lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos al evaluar los alcances de la proscripción de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes contenida en el artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al considerar que “[l]a prohibición enunciada en el artículo 7 se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral”⁴⁹.

Si bien toda sanción penal implica un menoscabo o privación de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta ilícita, los daños y sufrimientos padecidos mientras se encuentran privadas de la libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando las condiciones de encierro produzcan un deterioro en su integridad física, psíquica y moral⁵⁰. De acuerdo con la Corte IDH, es responsabilidad del Estado que “la *manera* y el *método* de la privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”⁵¹. Estas consecuencias contrarían la finalidad de las penas privativas de la libertad, que consiste en “la reforma y la readaptación social de los condenados”⁵², y deben ser valoradas por las juezas y los jueces al momento de aplicar las penas⁵³.

La evaluación de un tratamiento determinado frente a la prohibición de aplicar penas crueles, inhumanas o degradantes exige un análisis es-

47 Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides v. Perú*. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 100.

48 Artículo 2, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y artículo 1, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

49 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 20, *Comentarios Generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, artículo 7- Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 173, 1992, párr. 5.

50 Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 101.

51 Corte IDH, *Caso Vera Vera v. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 22, párr. 42. Énfasis agregado.

52 Artículo 5.6, CADH.

53 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, óp. cit., párr. 314.

pecializado, que tome en cuenta las circunstancias de cada caso, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima y sus circunstancias personales⁵⁴.

Uno de los aspectos que ese análisis debe incluir es el impacto diferenciado que tiene la cárcel por motivos de género. En el *Caso del Penal Miguel Castro Castro* la Corte Interamericana reconoció que las mismas prácticas penitenciarias, aplicadas a mujeres y varones de igual manera, pueden tener consecuencias más gravosas en las mujeres por razones de maternidad. En particular, consideró que la incomunicación con los familiares, que también afectó a los varones, tuvo mayores consecuencias en el caso de las internas madres, a quienes la falta de contacto con sus hijas e hijos les provocó un sufrimiento psicológico adicional⁵⁵. La Corte IDH concluyó que en esas circunstancias se había violado la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵⁶.

Por ello, en los casos de reclusas con hijas o hijos menores de edad u otras personas a su cargo, es preciso considerar, entre otras cuestiones, el impacto del encierro carcelario en su integridad psíquica y moral, dadas las serias secuelas que suele acarrear la prisionización para ellas y para su grupo familiar. En tales condiciones, la pena carcelaria podría configurar un trato cruel e inhumano.

Esas consecuencias deben ser valoradas, además, a la luz del deber estatal de protección de la familia. Tanto el PIDCP como la Convención Americana disponen que la familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado⁵⁷, y que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada ni en la de su familia⁵⁸.

54 CIDH, *Caso Luis Lizardo Cabrera v. República Dominicana*, caso 10.832, Informe No. 35/96, 7 de abril de 1998, párr 83.

55 Corte IDH, *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, óp. cit., p. 330.

56 *Ibidem*, párr. 333.

57 Artículos 23.1, PIDCP y 17.1, CADH.

58 Artículos 17, PIDCP y 11.2, CADH.

Como fue señalado, la detención suele provocar secuelas devastadoras, ya que implican el desmembramiento del grupo familiar, la pérdida de contacto filial y gravísimas consecuencias en las mujeres encarceladas y en sus hijas e hijos menores de edad⁵⁹. El derecho a la protección de la vida familiar obliga a los Estados a considerar esos efectos, mientras que el principio de dignidad y la prohibición de la tortura y tratos crueles e inhumanos conllevan el deber estatal de evitar formas de privación de la libertad (como la prisión) que produzcan un nivel de sufrimiento que excedan el inherente a la detención⁶⁰.

En consecuencia, las autoridades judiciales deberían evaluar los efectos que provoca la detención en unidades penitenciarias en el caso de mujeres embarazadas o a cargo de hijas o hijos pequeños o de otras personas. Y, en su caso, determinar una modalidad de la pena o del encierro alternativa a la cárcel, a fin de no infringir la prohibición de tratos crueles e inhumanos y preservar el derecho a la vida familiar.

3.3 Protección especial durante el embarazo

Varios tratados internacionales de derechos humanos reconocen a las mujeres una *especial protección* por un período razonable, antes y después del alumbramiento⁶¹. A partir de esa obligación de protección especial, se han desarrollado abundantes estándares que buscan asegurar la integridad física, psíquica y moral de las mujeres embarazadas en conflicto con la ley penal y la excepcionalidad de su encarcelamiento.

Al respecto, la Corte Interamericana reconoció que las mujeres embarazadas que se encuentran en prisión representan un grupo especialmente vulnerable que debe ser protegido por el Estado⁶², y que, por su condición, las mismas situaciones que afectan al resto de la población carcelaria pueden implicar una afectación diferencial en sus derechos⁶³.

59 Véase *supra*, apartado 1 de este capítulo.

60 Corte IDH, *Caso Vera Vera v. Ecuador*, óp. cit., párr. 42.

61 Artículos 12.2, CEDAW; 10.2, PIDESC; 25.2, DUDH; y 7, DADDH.

62 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 97.

63 Véase Corte IDH, *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, óp. cit., párr. 290, 292, 298, 319, 331 y 332.

Asimismo, la Comisión Interamericana tramitó un caso vinculado con la procedencia del arresto domiciliario para mujeres embarazadas en la petición de *Karina Montenegro y otras (Ecuador)* en el año 2013, que finalmente se resolvió por medio de un acuerdo de solución amistosa. La petición se originó en la privación de la libertad en distintos centros de detención de cuatro mujeres gestantes, pese a que la legislación ecuatoriana prevé en esos supuestos la detención domiciliaria. En el acuerdo, que fue homologado por la Comisión a la luz de los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana, el Estado aceptó que la detención les generó un daño a su integridad física, psíquica y moral, y que constituyó una vulneración a la Convención Americana y al artículo 7 de la Convención de Belém Do Pará⁶⁴.

El Comité de Derechos Humanos también señaló que las mujeres encarceladas que cursen un embarazo deben ser tratadas humanamente y con respeto a su dignidad, sobre todo durante el alumbramiento y en el cuidado de sus hijos recién nacidos⁶⁵.

Las Reglas de Bangkok recogen esta especial preocupación y contienen exigencias específicas en la atención de las necesidades especiales de las mujeres gestantes, y establecen, entre otras cosas, que “se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas”⁶⁶.

Ante este panorama, en caso de no prosperar medidas que no sean restrictivas de la libertad, el arresto domiciliario se presenta como una alternativa al encierro carcelario que permite cumplir con el mandato internacional de brindar protección especial a la maternidad y a las mujeres durante el embarazo y, de tal manera, satisfacer sus derechos.

64 CIDH, *Informe No. 61/13 de Solución Amistosa*, Caso 12.631, “*Karina Montenegro y otras (Ecuador)*”, 16 de julio de 2013.

65 Comité de Derechos Humanos, *Observación General N°28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, 29 de marzo de 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

66 Regla 64, Reglas de Bangkok. Las Reglas de Bangkok reconocen de manera enfática los cuidados especiales que debe proveerse a las mujeres gestantes encarceladas, las que se encuentran en período de lactancia y las que conviven allí con sus hijos. Por este motivo prohíben la aplicación de ciertas sanciones sobre ellas tales como el aislamiento o la segregación disciplinaria (Regla 22) y de medios de coerción (Regla 24).

3.4 Derechos de las mujeres extranjeras o pertenecientes a grupos minoritarios

Las reclusas extranjeras constituyen un grupo que, por sus condiciones particulares (falta de lazos afectivos y familiares cercanos, posible desconocimiento del idioma y del funcionamiento de las instituciones, hostilidad social por su condición de migrante, etcétera), está expuesto a una mayor vulnerabilidad⁶⁷. Ello se debe a que la intersección entre sexismo y racismo exagera los problemas que comúnmente enfrentan las mujeres privadas de libertad y agrava las condiciones en las que viven el encierro. Por ello, la discriminación que sufren las extranjeras en el ámbito penitenciario da lugar a la llamada “doble condena”, es decir, a un plus punitivo impuesto por la condición de mujer y de extranjera (Ribas et ál. 2005).

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial dispone que, en función de las obligaciones estatales en materia de no discriminación, los Estados deben prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar la igualdad ante la ley de las personas, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en particular, en el tratamiento en los tribunales y demás órganos que administran justicia⁶⁸.

Hasta hace unos años, las estipulaciones internacionales relacionadas con el encarcelamiento no tomaban en cuenta de un modo específico la situación de aislamiento que padecen las mujeres extranjeras en prisión, ni el impacto que el encarcelamiento produce sobre sus hijas e hijos y su familia⁶⁹. Sin embargo, en los últimos tiempos, los órganos internacionales de protección de derechos humanos han comenzado a reconocer las dificultades que enfrentan y exigen a los Estados a que adopten medidas

67 Reglas 6 y 10, Reglas de Brasilia.

68 Artículo 2, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965. Incorporada con jerarquía constitucional a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional en 1994.

69 Así por ejemplo, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado entre el 26 de agosto y el 6 de septiembre de 1985, elaboró un anexo de recomendaciones sobre el trato a los reclusos y reclusas extranjeras; sin embargo este documento no contenía un conjunto de normas diferenciadas por género, es decir, elaboradas de acuerdo con las necesidades propias de varones y mujeres.

especiales de protección. En el Preámbulo de la Recomendación General N° 31, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD) instó a los Estados:

[...] a combatir todas las formas de discriminación en la administración y el funcionamiento de la justicia penal que puedan sufrir en todos los países del mundo las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos, en particular los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas) [...] así como los demás grupos vulnerables especialmente expuestos a la exclusión, la marginación y la falta de integración en la sociedad, y prestando especial atención a la situación de las mujeres y los niños de los grupos mencionados, que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y su sexo o su edad⁷⁰.

En este marco, el Comité criticó el uso excesivo de la detención cautelar y advirtió que la exigencia de cauciones monetarias, así como de otros requisitos para obtener la libertad durante el proceso, puede provocar resultados especialmente injustos para las mujeres extranjeras, quienes con frecuencia se hallan en situación de extrema precariedad económica⁷¹.

Asimismo, con relación al cumplimiento de las penas de encierro, el Comité estableció que los Estados deberían hacer todo lo posible para que las mujeres se beneficien del régimen especial de ejecución de la pena al que tienen derecho, en atención a las dificultades especiales con que se enfrentan las madres de niñas y niños pequeños y las mujeres que pertenecen a ciertas comunidades minoritarias, especialmente a pueblos originarios⁷².

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana advirtió sobre el particular riesgo enfrentado por diversos grupos de mujeres, como las

70 Comité CERD, Recomendación General N° 31, *Prevención de la Discriminación Racial en la Administración y el Funcionamiento del Sistema de Justicia Penal*, 17 de agosto de 2005, A/60/18, pp. 98 -108. Énfasis agregado.

71 Los Estados partes deberían velar porque "c) Los elementos de caución exigidos frecuentemente a los inculcados antes de iniciarse el proceso como condición para que permanezcan en libertad (domicilio fijo, trabajo declarado, lazos familiares estables) se consideren teniendo en cuenta la situación de precariedad a que puede dar lugar su pertenencia a esos grupos, en particular cuando se trata de mujeres y niños". Comité CERD, Recomendación General N° 31, óp. cit., párr. 26.

72 *Ibíd.*, párr. 41.

migrantes, las indígenas y las afro-descendientes, en el ejercicio de sus derechos humanos; riesgo que debe ser considerado por los Estados en la adopción de políticas, programas e intervenciones vinculadas con el acceso a la justicia y el funcionamiento del poder judicial. En ese sentido, la Comisión ha enfatizado:

[Las mujeres migrantes] sufren a su vez una intersección de formas de discriminación combinadas con su sexo y condición de migrantes, como su edad, nacionalidad, nivel educativo y económico, entre otros; dimensiones que deben ser examinadas por los Estados en el diseño de intervenciones con miras a mejor proteger sus derechos humanos en el ámbito de la justicia⁷³.

Las Reglas de Bangkok también se ocupan de las afecciones específicas que afrontan las mujeres extranjeras, y las pertenecientes a grupos minoritarios o a pueblos indígenas. En cuanto a las primeras, la Regla 53 señala que, cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijas o hijos en él y ellas así lo soliciten. Con relación a las segundas, la Regla 54 prevé la necesidad de contar con programas y servicios que atiendan a las diversas tradiciones religiosas y culturales de esas mujeres.

4. Medidas alternativas a la prisión a la luz de los derechos humanos de las hijas e hijos de las mujeres privadas de libertad

Muchos de los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos se ponen en riesgo cuando un progenitor es encarcelado. Los derechos de las niñas y niños a vivir y desarrollarse plenamente pueden obstaculizarse tanto si se los encarcela con la madre, para evitar la separación, como cuando se les impide todo contacto con ella. Por las asimetrías de género en los roles de cuidado, la detención de las madres impacta fuertemente en la vida diaria de sus hijas e hijos. Cuando ellas

73 CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 83, y CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párr. 308.

no poseen redes de contención que puedan asumir esos cuidados en su ausencia, es frecuente que los niños y las niñas sean institucionalizados.

Las normas internacionales, en particular la CDN y las Reglas de Bangkok, establecen estándares de actuación orientados a garantizar el interés superior de los niños y niñas cuyas madres se encuentran detenidas. El Comité de los Derechos del Niño también se ha preocupado por esta situación en diversos informes y recomendaciones. En el año 2011, el Comité dedicó su día de debate general al tema "Hijos e hijas de padres encarcelados". Durante las discusiones, se reconoció que las y los niños pequeños son las primeras víctimas del encarcelamiento de sus padres, pese a que el artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño ordena a los Estados a "adoptar 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 [...]". La vicepresidenta del Comité consideró que la falta de datos y métodos para comprender la amplitud de los problemas que enfrentan las hijas e hijos de padres presos demuestra que ellos constituyen un grupo olvidado, y que sus problemas rara vez se tienen en cuenta durante los procedimientos penales en los que, por el contrario, se pone énfasis en la determinación de la culpabilidad o de la inocencia individual y en la sanción de quienes infringen la ley⁷⁴. Con posterioridad, el mismo Comité se pronunció a favor de la aplicación de métodos alternativos a la prisión en los casos de personas con responsabilidades familiares⁷⁵.

En este tipo de situaciones puede verse vulnerado el principio de personalidad o intrascendencia de la pena en virtud de la afectación desproporcionada de una multiplicidad de derechos –indivisibles e interrelacionados– de los niños y niñas, tales como el derecho a la protección familiar; a la vida en condiciones dignas; a la integridad psíquica y corporal; al desarrollo; a ser oído, entre otros. Este principio prohíbe que, por medio de la sanción penal, se castigue en forma indirecta a quienes no hayan cometido un delito, ya que la pena debe restringirse solo a la persona condenada y no puede extenderse a otros sujetos⁷⁶.

74 Comité de los Derechos del Niño, *Day of General Discussion of children of incarcerated parents*, 2011. Puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/2011CRCDGDRreport.pdf>

75 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, óp. cit., párr. 69.

76 Consagrado en el artículo 5.3, CADH. También se lo denomina de trascendencia

Si bien hay acuerdo en que es inevitable que la condena que pesa sobre una persona sea también sufrida por la familia y otros allegados, existe un nivel tolerable, que se altera de forma sustancial en algunos casos concretos, en los que, sin duda, se vulnera este principio. Así ocurre respecto de los hijos e hijas de personas encarceladas, para quienes las consecuencias de crecer lejos de sus progenitores, de visitarlos en el ámbito de la cárcel y de ser “institucionalizados” pueden ser irreparables⁷⁷.

El nivel de afectación de los derechos de las y los hijos de las mujeres presas exige que las autoridades consideren penas alternativas al encierro carcelario, con el fin de no comprometer el principio de trascendencia mínima de la pena, el del interés superior del niño o niña y el deber de protección especial a la infancia. A continuación, se analizará la conveniencia de otorgar modalidades alternativas a la privación de la libertad o, cuando no sea posible, el arresto domiciliario, de acuerdo con los estándares internacionales vinculados con la protección de la infancia.

4.1. Principio del interés superior del niño o niña

El artículo 3 de la CDN determina: “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”. De manera acorde, el artículo 19 de la Convención Americana establece que los niños deben contar con medidas especiales para su protección, además de ser titulares de los derechos consagrados en el texto de ese instrumento⁷⁸.

mínima de la pena.

⁷⁷ Ver *supra*, apartado 1 de este Capítulo.

⁷⁸ Además de su vínculo estrecho con la CDN, el principio del interés superior es también una norma importante en otros instrumentos internacionales. En el artículo 5 (b) de la CEDAW se estipula que en la “...educación y desarrollo de sus hijos [...] el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos” y, a su vez, en el artículo 16 (d) se especifica que “...en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares [...] los intereses de los hijos serán la consideración primordial”. Por lo demás, aunque la frase no aparece en forma expresa en el PIDCP, ni en la Convención Americana, los órganos de aplicación de ambos tratados se han referido a este concepto en varias oportunidades. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana sostuvo reiteradamente, al interpretar el artículo 3 de la CDN, que aquella expresión implica que el desarrollo de los niños y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios

El principio del interés superior de niñas y niños configura una pauta rectora que debe orientar tanto la elaboración de las normas como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de las y los niños⁷⁹. Para la Corte IDH este principio obliga a que todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos tengan una consideración primordial hacia su interés superior⁸⁰. En sentido coincidente, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que la aplicación de este principio requiere la adopción de medidas activas por parte de los órganos gubernamentales en aquellos casos en los que sus derechos e intereses podrían verse afectados por cualquier política o decisión pública en concreto, como una medida administrativa o una decisión de los tribunales⁸¹.

El deber calificado de protección de las niñas y niños se refuerza respecto de quienes están en circunstancias que los vuelven particularmente vulnerables, como es el caso de aquellos separados de sus progenitores a causa de su prisionización, o que conviven con sus madres en un ambiente de riesgo, como una institución carcelaria.

El Comité de Derechos del Niño puntualizó sobre la situación de los hijos e hijas de mujeres en conflicto con la ley penal y sobre la necesidad de buscar alternativas a la prisión para asegurar su interés superior:

[...] cuando la acusada tenga la responsabilidad de atender a un hijo, se recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño y que ello se

rectores para la elaboración de normas y su aplicación. Véase Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC 17/2002, Serie A No. 17, 28 de agosto de 2002, párr. 56.; *Caso Mendoza y otros v. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No 260, párr. 142; *Caso Furlán y familiares v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 126.

79 Corte IDH, OC 17/2002, óp. cit., párrs. 57 y 58.

80 *Ibidem*.

81 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, adoptada el 3 de octubre de 2003, párr. 12. Este principio constituye una pauta hermenéutica que se utiliza para apoyar, justificar o aclarar un determinado abordaje en las cuestiones que hacen a la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes, y para resolver conflictos en la exégesis y aplicación de leyes y prácticas no estipuladas en la Convención.

tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena⁸².

En sentido coincidente se pronunció en la Observación General N° 14:

Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados⁸³.

Por su parte, las Reglas de Bangkok se refieren de modo expreso sobre esta cuestión:

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 niños⁸⁴.

En definitiva, el interés superior del niño y la niña obliga a las autoridades a analizar las consecuencias que puede tener para ellos el encarcelamiento de su progenitora y sopesarlas con el objetivo de la medida, de modo de valorar qué efectos pueden sufrir los niños y niñas frente a una determinación que impactará en el vínculo filial y en todos los aspectos de su vida.

4.2 Derecho de niñas y niños a crecer en el seno familiar

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños y niñas a vivir en familia y a ser cuidados por sus padres. En su prólogo, los Estados han afirmado que “la familia, como grupo

82 Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, párrafo 48. Véase también, Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Filipinas, CRC/C/15/Add.259, párrafos 53-54.

83 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, óp. cit., párr. 69.

84 Regla 64, Reglas de Bangkok.

fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad". El artículo 8 del instrumento establece: "Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"; mientras el artículo 9 dispone que los niños y niñas no deben ser separados de sus progenitores contra la voluntad de estos "salvo cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

En sentido coincidente, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador prevé: "Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre [...]". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconocen el derecho a la protección de la familia⁸⁵.

De acuerdo con la interpretación de la Corte Interamericana, la protección de la vida familiar exige al Estado no solo que se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño o niña, sino también que adopte medidas positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos⁸⁶. Esta obligación implica que el Estado "debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar"⁸⁷.

La separación de niñas y niños de sus progenitores constituye una restricción grave al derecho a crecer en el seno de una familia, y es común que ocurra al inicio del encarcelamiento o una vez que los niños

85 Artículos 17, CADH y 23, PIDCP.

86 Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*. Excepción Preliminar; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 218.

87 *Ibidem*.

han alcanzado una determinada edad⁸⁸. Como toda medida restrictiva de derechos, y de acuerdo con el artículo 30 de la Convención Americana así como con la jurisprudencia constante de la Corte IDH, debe estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo, y superar los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁸⁹. Estos exámenes deben aplicarse al supuesto concreto de separación de niños y niñas de su familia para determinar su legitimidad, en tanto esta constituye una de las interferencias estatales más intensas sobre el derecho a la protección familiar. En esos términos, para que no resulte desproporcionada, la medida debe cumplir con los siguientes recaudos: (a) estar justificada en el interés superior del niño, (b) ser excepcional, y (c) en lo posible, ser temporal. La Corte Interamericana se expidió en este sentido en varias oportunidades, al afirmar que “[...] el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso la separación debe ser excepcional y, en la medida de lo posible, temporal”⁹⁰.

Naturalmente, las razones invocadas para justificar la separación no pueden ser discriminatorias. Cualquier decisión estatal que disponga la separación de niñas y niños respecto de sus padres sobre la base de consideraciones subjetivas, estereotipadas o no probadas en forma debida desatiende el deber de priorizar el interés superior y queda impregnada de arbitrariedad⁹¹. Asimismo, una decisión de tal magnitud, en atención al deber de privilegiar al niño o niña, debe analizar las consecuencias positivas y negativas que acarrea y sopesarlas con el objetivo que persigue, de modo de valorar qué efectos puede sufrir el niño o niña frente a una determinación que lo obligue a alterar el vínculo con sus progenitores.

88 En Argentina, el límite de edad es cuatro años. Véase el Capítulo II de este informe.

89 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 273, y sus citas.

90 Corte IDH, Opinión consultiva OC 17/2002, óp. cit., párr. 77; *Caso Fornerón e Hija v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No 242, párr. 116; *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No 221, párr. 125, entre otros.

91 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 109.

Las decisiones que se adoptan respecto de las mujeres detenidas pueden tener un notable impacto en la unidad o en la separación de sus familias y, en consecuencia, en el ejercicio de este derecho por parte de las niñas y niños potencialmente afectados. Como fue indicado, el encarcelamiento de las madres suele derivar en la pérdida de todo contacto con ellas, y con frecuencia también produce el desmembramiento del grupo familiar (la pérdida de contacto entre hermanas, hermanos y otros familiares)⁹². Por este motivo, se busca garantizar que permanezcan con sus madres fuera de las prisiones mediante la concesión de medidas alternativas al encierro carcelario.

Como fue señalado, las Reglas de Bangkok contienen numerosas directrices orientadas a evitar que las mujeres en conflicto con la ley penal se separen de las personas que dependan de su cuidado⁹³. En particular, las Reglas disponen: "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"⁹⁴. De este modo, se preserva el interés superior del niño o niña y su derecho a crecer y desarrollarse en su ámbito familiar.

4.3 Derecho a la vida, a la integridad y al desarrollo integral de niñas y niños

La importancia del derecho de las niñas, niños y adolescentes a recibir cuidados y a estar en compañía de su familia está íntimamente relacionada con la protección de los derechos a la vida, la salud, la integridad y al desarrollo integral.

Diversos instrumentos internacionales reconocen el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la vida. Es evidente que se trata de un derecho fundamental, sin el que los demás derechos pierden todo significado. Pero el Estado no solo tiene la obligación de protegerla, es decir, de no privar arbitrariamente de la vida, sino que también tiene el deber de actuar para crear las condiciones que la garanticen un contexto de dignidad⁹⁵.

92 Ver *supra*, apartado 1 de este Capítulo.

93 Reglas 57, Reglas de Bangkok.

94 *Ibidem*, Regla 64.

95 Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros ("Niños de la Calle") v. Guatemala*. Fondo.

Por otra parte, la salud, tal como ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud⁹⁶, tiene una clara relación con el desarrollo y el futuro de las niñas y niños: su cuidado (en todas sus expresiones) hacen a las mejores posibilidades de su crecimiento saludable y sustentan su futuro personal y el desarrollo de sus aptitudes intelectuales y físicas. En consonancia, la salud física y el bienestar psicosocial de las niñas y niños son, en muchos aspectos, interdependientes, y pueden correr peligro en condiciones de vida adversas, descuido, trato negligente o abusivo, o espacios que brinden escasas oportunidades de realización personal –todas ellas, circunstancias que suelen rodear a las hijas e hijos de mujeres privadas de libertad–.

La separación de las hijas e hijos de sus madres a causa del encarcelamiento también puede constituir una afectación a su derecho a la integridad personal. En el caso *Castro Castro*, la Corte Interamericana estimó que la falta de comunicación y la restricción de visitas de las mujeres detenidas con sus allegados provocó, además de una afectación a sus derechos, una violación a la integridad psíquica de sus familiares⁹⁷. Con respecto a las hijas e hijos de esas mujeres, la Corte IDH agregó que “este tipo de medidas de incomunicación causó una particular afectación en los niños por la privación del contacto y relación con sus madres internas, y por ello presume dicho sufrimiento respecto de los hijos de las internas que tenían menos de 18 años de edad en la época de la incomunicación”⁹⁸. En el caso, la incomunicación había sido temporal como consecuencia de una sanción. Sin embargo, el principio es claramente trasladable a la situación de muchos niños y niñas que pierden todo contacto con sus madres o lo mantienen en forma muy esporádica por distintas dificultades (cfr. CELS et ál. 2011, 95-102 y 169-171) que, en los hechos, ocasionan el mismo menoscabo⁹⁹.

Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144.

96 “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York y firmada el 22 de julio de 1946.

97 Corte IDH, *Caso del Penal Castro Castro v. Perú*, óp. cit., párr. 340.

98 *Ibíd.*, párr. 341.

99 Una investigación desarrollada en cárceles federales encontró que el 67% de las mujeres presas que son madres de menores de edad no recibió nunca visitas de sus hijas e hijos, un 11% respondió que recibe visitas de ellos cada 2 o 3 meses o con una frecuencia menor, y sólo el 22% contestó que son visitadas por sus hijas e hijos menores de edad al

En cuanto al derecho al desarrollo, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca su importancia durante la primera infancia al consagrar que “todos los niños tienen derecho a desarrollarse en la máxima medida posible” y que “los Estados reconocen su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. En la actualidad, existe acuerdo a la hora de considerar que el concepto de desarrollo humano puede ser definido como el proceso de ampliación de las posibilidades de elegir de los individuos, que permite expandir la gama de oportunidades abiertas a las personas para vivir una vida saludable, creativa y con los medios adecuados para desenvolverse en su entorno social¹⁰⁰.

En este marco, el derecho al desarrollo integral conlleva un proceso amplio de realización de los derechos de los niños y niñas al punto de permitirles crecer de manera saludable y protegida, libres de temores, y desarrollar su personalidad, talentos y capacidades mentales y físicas en todo su potencial. En esa línea, el Comité de los Derechos del Niño entendió que el término “desarrollo” debe interpretarse en sentido cualitativo, es decir, se debe considerar el crecimiento físico junto con el desarrollo emocional, cognitivo, social y cultural de los menores de edad¹⁰¹.

Como puede apreciarse, los derechos a la vida, a la salud, a la integridad y al desarrollo están profundamente concatenados; cualquier interferencia en alguno de ellos deteriora el ejercicio de los otros. Esta vinculación cobra especial vigencia en los casos de niñas y niños que podrían ser separados de sus progenitores a causa del encierro carcelario, porque las evidencias registradas dan cuenta de la enorme afectación que ello les produce en todos los planos de la vida.

4.4 Derecho a ser oído

El derecho de los niños a ser oídos en los procesos penales en los que

menos una vez al mes (cf. CELS et ál. 2011, 169).

100 El Comité sobre Derechos del Niño observó que el derecho a desarrollarse debe definirse de manera similar al de “desarrollo humano” consagrado en el artículo 1º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, del 4 de diciembre de 1986.

101 Comité de los Derechos del Niños, Observación General N° 5, óp. cit., párr. 12.

se decide el encarcelamiento de sus progenitores adquiere una importancia fundamental por las diversas afectaciones que generaría en sus vidas la decisión judicial, en especial, cuando se trata de la madre. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula:

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.

En la Observación General N° 12, el Comité sobre los Derechos del Niño consideró que esta norma establece el deber del Estado de garantizar que los niños y niñas se manifiesten con libertad en todos los asuntos que los afecten personalmente, y que, además, su opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez¹⁰².

Para que el niño o niña pueda ejercer con eficacia este derecho, se le debe asegurar la información necesaria acerca de los motivos sobre los que debe expresar su opinión y sobre los efectos que esta tendrá en la decisión final¹⁰³. Además, debe ser informado acerca de la posibilidad de expresarse por medio de un representante, sobre las personas que estarán presentes, sobre cuándo, dónde y cómo se lo escuchará¹⁰⁴. Adicionalmente, el espacio donde se desarrolle este acto deberá ser amigable para

102 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, adoptada en el 51º período de sesiones, 20 de julio de 2009. En el mismo sentido ver la Directriz No. 7 de las *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños*. En forma complementaria, el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que en los procedimientos que impliquen la separación de un padre o una madre de su hijo/a se deberá dar la oportunidad de participar a todas las partes interesadas, incluyendo a sus padres, la familia extendida y otras personas en contacto directo con el niño o la niña o que sean relevantes en su vida, cfr. Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General N° 12, óp. cit., párr. 54.

103 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, óp. cit., párr. 41.

104 *Ibidem*.

los niños y niñas, lo más informal posible y deberá utilizarse un lenguaje acorde a su edad, madurez e instrucción¹⁰⁵.

El interés de los niños y niñas en ser oídos en los procesos en los que se determina el encarcelamiento de sus padres resulta evidente por las consecuencias directas que puede tener en sus vidas. Como fue señalado, el encarcelamiento de cualquier progenitor, pero en particular el de la madre, provoca una afectación desproporcionada en los derechos de quienes dependen de sus cuidados, de allí que la palabra de estos niños y niñas sea clave para determinar cuál es su interés superior.

5. Conclusiones

Distintos informes y diagnósticos revelan que las mujeres detenidas poseen en sus trayectorias de vida patrones comunes vinculados con un historial de victimización y con responsabilidades de cuidado de otras personas, que aconsejan la adopción de medidas no privativas de la libertad –o, cuando ello no sea posible, opcionales a la prisión–, a fin de evitar que se refuerce su vulnerabilidad o que la pena suponga un castigo adicional y desproporcionado.

En adición, las nefastas consecuencias que en general acarrea el encierro de mujeres en sus hijas e hijos obligan a los Estados a considerar de qué modo impactará en ellos la privación de la libertad –aun de forma preventiva–, y a evaluar medidas alternativas al encarcelamiento, cuando así lo imponga el interés superior de los niños y niñas.

Sobre esta base, se les fijan obligaciones específicas a los Estados para brindar un tratamiento penitenciario que tome en cuenta las necesidades y experiencias de las mujeres en conflicto con la ley penal y de las personas dependientes de su cuidado. Si los Estados no las respetan, pueden ser responsables por la vulneración de los derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la integridad física y psíquica, a no ser sometidas a torturas y otros tratamientos crueles e inhumanos, y a la protección especial del embarazo y la familia; así como también pueden ser responsables de afectar los derechos de las niñas y niños, en tanto el encarcelamiento de sus madres de forma recurrente afecta su normal desarrollo e interés superior.

105 *Ibidem*, párrs. 34 y 42.