

Buenos Aires, 23 de noviembre de 2015

*"En tiempos de engaño universal, decir la verdad
se convierte en un acto revolucionario".*

George Orwell

LOS NNAPES

El principio de intrascendencia de la pena es una de las mayores ficciones del derecho penal.

"...todas las penalidades impuestas a una persona -desde la horca, la hoguera, la tortura, las mutilaciones, la multa, el destierro, etc.- han tenido y tienen inevitables efectos indirectos sobre el núcleo de seres queridos del penado"¹.

"Ser condenado a ingresar en la cárcel es ser condenado a la mayor degradación"². Tanto para el que ingresa como para su familia; en especial, para sus hijos e hijas: los NNAPES.

"Niños y niñas de padres presos" fue el tema elegido para el Día de Debate General (DDG) 2011 del Comité de las Naciones Unidas por los Derechos de la Niñez. La primera vez que alguno de los órganos del sistema de Naciones Unidas trató el tema³.

¹ Alfano, Sebastián N. - Epsztein, Laura - Ortiz Almonacid, Luciano: *Condenados sin condena. Análisis y reflexión del control social que producen las penas privativas de la libertad sobre familiares de los prisionizados y sus posibles explicaciones*, artículo publicado en Revista electrónica Derecho Penal Online el 27/01/2011, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>.

² Christie, Nils: *"El umbral del dolor"*, Revista Letras Libres, Nro. 10, marzo de 2013, pp. 11.

³ Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez en el Día de Debate General 2011*, Publicaciones Sobre los Refugiados y los Derechos Humanos, 2012.

“Los niños y niñas de personas presas son las víctimas invisibles del delito y del sistema penal. No han hecho nada malo y sin embargo, sufren el estigma de la criminalidad. Sus derechos de crianza se ven afectados tanto por la acción delictiva del progenitor como por la respuesta del estado en nombre de la justicia”⁴.

En el DDG se confirmó que en la mayoría de los países, en ninguna etapa del proceso de justicia penal se registran datos sobre los NNAPES. Y en las naciones donde sí se registra esta información, los datos no son totalmente confiables o transparentes. Se desconoce pues el verdadero número de niños, niñas y adolescentes afectados por el encarcelamiento parental. Primer y fundamental obstáculo para diseñar, aprobar y ejecutar políticas públicas eficaces destinadas a garantizar el efectivo goce de derechos de este colectivo sobrevulnerado de niños.

En este sentido, una de las principales recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño a los Estados en el DDG fue que las instancias del sistema de justicia penal desarrollen sistemas de recolección de datos y monitoreo encaminados a proteger los derechos de los NNA con padres encarcelados⁵.

Una mejor información *“permitiría: una temprana identificación de la necesidad de servicios para los menores, aumentar la coordinación entre instancias, proporcionar información crítica sobre la magnitud y naturaleza de las cuestiones a atender, y proporcionar la base para un mayor financiamiento público y privado”⁶.*

El Comité señaló que los Estados deben crear e implementar leyes/políticas para asegurar que el interés superior del niño sea el punto primordial

⁴ Comisionado de Escocia para la Niñez y la Juventud, presentación escrita, pág. 1. Citado en *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos* de la Quaker United Nations Office, op. cit., pág. 2.

⁵ Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales...*, op. cit., págs. 6 y 74.

a considerar en todas las acciones que pudieran afectar, directa o indirectamente, a los niños y niñas de progenitores encarcelados, en todas y cada una de las etapas del proceso de justicia penal⁷.

Asimismo, estableció una serie de principios entre los que se destacó especialmente que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener una relación con sus progenitores no debe quedar subordinado a las preocupaciones de seguridad del Estado⁸.

Ya sea que estén en prisión con sus progenitores o sean separados de ellos, los niños y niñas de progenitores encarcelados integran un colectivo especialmente vulnerable y tienen derecho a cuidados y protección específicos⁹.

A los hijos e hijas y demás familiares de las personas privadas de libertad se les debe permitir participar activamente en las decisiones que les afecten, de acuerdo con su edad y madurez¹⁰.

Siempre que haya niños y niñas, a fin de evitar el impacto negativo que el encarcelamiento de su padre o madre tiene sobre ellos, se deberá dar prioridad a las medidas sin privación de la libertad, incluso en relación a la detención preventiva¹¹.

Tal es el impacto que el encarcelamiento de un miembro de la familia provoca en el niño, niña o adolescente que los efectos pueden ser iguales a los de la muerte de un ser querido. Sin embargo, mientras que *“con la muerte de un familiar los niños y niñas reciben apoyo; con el encarcelamiento, la familia comúnmente*

⁶ The Osborne Association's New York Initiative for Children of Incarcerated Parents y The Committee for Hispanic Children and Families, Inc, presentación escrita, pág. 3. Citado en *Convictos colaterales...*, op. cit., pág. 6.

⁷ Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales...*, op. cit., pág. 4.

⁸ Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales...*, op. cit., pág. 4.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Rebecca Cheung, POPS, intervención oral GT2. Citado en el informe *Convictos colaterales*, op. cit., pág. 4.

¹¹ Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales...*, op. cit., pág. 4.

*tratará de esconderlo, incluso del mismo niño o niña, limitando con ello el acceso del menor al apoyo o incluso la posibilidad de hablar de sus sentimientos*¹².

Los NNAPES “*tienen un mayor riesgo de desarrollar problemas de salud mental que sus semejantes, y de desarrollar conductas antisociales y de delincuencia que otros niños y niñas*”¹³. El 30% de los niños y niñas con progenitores presos en el Reino Unido tiene problemas de salud mental, en contraste con un 10% de la población general¹⁴.

Los riesgos asociados con el encarcelamiento parental se clasificaron en cinco categorías principales:

1. Riesgo de ser privado de las necesidades y oportunidades básicas.
2. Riesgo de sufrir victimización secundaria y despersonalización.
3. Riesgo de que la situación general del menor de edad se deteriore.
4. Riesgo de quedar distanciado de su progenitor/a encarcelado/a.
5. Riesgo de caer en conductas antisociales¹⁵.

En Estados Unidos, los niños y niñas redactaron la siguiente ‘Carta de los Derechos de los niños y niñas de progenitores presos’¹⁶:

- A que me mantengan seguro e informado, al momento del arresto de mi padre/madre;
- A que escuchen mi opinión cuando se tomen decisiones sobre mi persona;
- A que se me tome en cuenta, cuando se tomen decisiones sobre mi progenitor(a);

¹² Families Outside, presentación escrita, pág. 2. Citado en *Convictos colaterales*, op. cit., pág. 54.

¹³ Action for Prisoners’ Families, presentación escrita, pág. 1. Citado en *Convictos colaterales*, op. cit., pág. 54.

¹⁴ Howard League for Penal Reform, presentación escrita, pág. 5. Citado en *Convictos colaterales*, op. cit., pág. 54/5.

¹⁵ Prison Fellowship International, presentación escrita, pág. 3. Cita incluida en *Convictos colaterales*, op. cit., pág. 2.

- A que me cuiden bien en ausencia de mi progenitor/a;
- A hablar con mi progenitor/a, verlo/a y tocarlo/a;
- A recibir apoyo para enfrentar el encarcelamiento de mi progenitor/a;
- A no ser juzgado, culpado o etiquetado porque mi padre/madre está preso/a;
- A mantener una relación de por vida con mi padre/madre.

El Comité sostuvo que se debe apoyar y alentar a los progenitores y cuidadores a decirles a los niños y niñas la verdad sobre la situación de su progenitor/a, de manera adecuada a su edad, y ayudarles a comprender mejor las repercusiones potencialmente negativas que mentirles puede tener sobre su desarrollo. En tal sentido, recomendó elaborar una guía sobre las maneras apropiadas de informar a los niños y niñas sobre el encarcelamiento de su progenitor/a¹⁷.

También destacó la necesidad de investigar más sobre este tema, de manera tal que promueva la participación y no dañe a los hijos e hijas de progenitores presos ni a quienes los rodean¹⁸.

En relación al momento del arresto, el Comité recomendó elaborar protocolos u otras guías para que la medida se lleve a cabo protegiendo el interés superior del niño, estableciendo acuerdos sobre el cuidado de los niños, niñas y adolescentes y la satisfacción de otras necesidades relacionadas con ellos, así como al modo de conducirse de las fuerzas de seguridad. Los protocolos de arresto deberán garantizar los derechos y la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, asegurando que su progenitor/a no sea humillado/a. Se debe hacer participar a los niños y niñas en el desarrollo de dichos protocolos¹⁹.

¹⁶ Family and Corrections Network (<http://www.fcnetwork.org/Bill%20of%20Rights/billofrights.pdf>), citado en Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales...*, op. cit., pág. 5.

¹⁷ Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales...*, op. cit., pág. 7.

¹⁸ Quaker United Nations Office: *Convictos colaterales...*, op. cit., pág. 8.

¹⁹ *Ibíd.*, págs. 9/11.

Con respecto a los niños y niñas que viven en la cárcel con sus madres, el Comité recomendó que las decisiones relativas a que continúen viviendo en la prisión o la abandonen y, en tal caso, cuándo, deben partir de un análisis individualizado, caso por caso, del mejor interés del niño o niña. Asimismo, destacó que los niños y niñas que dejan la cárcel, solos o junto con su progenitor/a encarcelado/a, deben recibir preparación y apoyo antes, durante y después de su partida, al igual que los progenitores. La separación debe planearse con antelación e incluir la identificación de cuidadores alternativos adecuados, con quienes el niño o niña pase tiempo en el que será su nuevo lugar de residencia²⁰.

Analizados los graves efectos que el encarcelamiento provoca en los NNAPES, debemos advertir que no sólo la intrascendencia de la pena es una ficción. También lo es el principio de igualdad. El sistema penal es selectivo por definición y tiene su propia clientela. *“...nuestras cárceles en general están llenas de gente pobre. Dejamos que los pobres paguen con el único producto que se acerca a estar distribuido equitativamente en la sociedad: el tiempo, que se quite para crear dolor.*

“Es sumamente improbable que el ciudadano común y corriente vaya a la cárcel. Por eso, así como las personas privadas de libertad son excluidas del sistema, invisibilizadas detrás de los muros, sus hijos son estigmatizados e invisibilizados los daños que sufren como consecuencia del encarcelamiento de sus padres”²¹.

Nos encontramos así ante un sistema que impone dolor de manera selectiva, sin considerar los daños colaterales que genera. El poder punitivo del Estado centra su mirada en el adulto, omitiendo considerar prioritariamente el interés superior del niño. De esta manera, incumple los compromisos asumidos al

²⁰ *Ibíd*em, pág. 34.

²¹ Christie, Nils: “Justicia participativa”, disponible en <http://www.vivilibros.com/excesos/04-a-06.htm>. Extraído de: *Los límites del dolor*. Nils Christie, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2001.

ratificar la Convención sobre Derechos del Niño e incurre en responsabilidad internacional por omisión.

Según estima un estudio realizado por el Church World Service (CWS) y la Asociación Gurises Unidos, *“Invisibles: ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de niños, niñas y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y El Caribe”*, en nuestro país hay alrededor de 67.000 niños, niñas y adolescentes que tienen al menos uno de sus padres privado de libertad. La cifra es un cálculo "conservador" realizado sobre la base de estudios que permiten acceder en forma indirecta a la información.

A partir del pedido de ocho organizaciones de la sociedad civil que conformaron la Plataforma Regional por la Defensa de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con referentes adultos privados de libertad²², el pasado 22 de octubre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dedicó por primera vez una audiencia temática a la situación de hijos e hijas de personas privadas de libertad en las Américas.

En tal contexto, los integrantes de la Plataforma NNAPES formularon las siguientes peticiones a la Comisión:

1. Urgir a los Estados de la Región, en línea con lo recomendado por el Comité de los Derechos del Niño, a recabar y producir información estadística periódica y registros sobre niños y niñas con padres y madres encarcelados y que dicha información esté disponible y sea utilizada para diseñar acciones de apoyo a las necesidades específicas de estos niños y niñas.

2. Exhortar a los Estados a que tomen medidas para favorecer que sus sistemas de protección de Derechos de la Niñez, Judicial y Penitenciario

²² Asociación Civil de Familiares de Detenidos (Argentina), Gurises Unidos (Uruguay), Artesana (Guatemala), Instituto de Promoción Humana (Nicaragua), Caminante (República Dominicana), Projeto Meninos e Meninas de Rua (Brasil), Red Nacional de Apoyo a la Niñez y la Adolescencia (Panamá), Church World Service (Oficina Regional para América Latina y el Caribe).

trabajen en forma integrada, coordinada y efectiva para garantizar todos los Derechos de la niñez y adolescencia puestos a prueba durante las diferentes etapas del encarcelamiento paterno o materno.

3. Recordar a los Estados que los niños y niñas con un referente adulto encarcelado son titulares de derechos que deben ser tutelados por el Estado, especialmente en el accionar diario de los sistemas de protección de Derechos de la Niñez, Judicial y Penitenciario.

4. Instar a los Estados a tener en cuenta y promover el conocimiento y aplicación efectiva de las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, a partir del Día de Debate General sobre “Los hijos de padres encarcelados”, de septiembre de 2011. En especial, las referidas a alternativas a la detención, el Derecho del niño al desarrollo y a la no discriminación, determinación del Interés Superior del Niño en cada etapa del proceso penal, el respeto por las opiniones de la niñez y adolescencia, la capacitación y formación de profesionales en contacto con ellos y ellas.

Asimismo:

5. Exhortar a los Estados a la aplicación de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las mujeres delincuentes conocidas, como “Reglas de Bangkok”, en especial, en lo relativo a las que hacen referencia a la situación de las madres que viven con sus hijas e hijos dentro de los centros penales, así como a la sostenibilidad de vínculo con quienes viven fuera de los centros de privación de libertad.

6. Que las relatorías sobre los Derechos de la Niñez, Derechos de las Mujeres y de las Personas Privadas de Libertad en Sistemas Penitenciarios y al sub Comité de Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas, lleven a cabo visitas conjuntas a tres países de la región a fin de generar una experiencia y antecedente concreto de una acción de vigilancia integral y multidisciplinaria en seguimiento a las problemáticas planteadas en esta audiencia.

7. Exhorte a los Estados a que, durante la prisión preventiva de padres y/o madres, los Sistemas Judiciales, Penitenciarios y de Protección de Derechos de la Niñez actúen en forma integral y coordinadas, para garantizar el mantenimiento del vínculo familiar, en función del Interés Superior del Niño, así como la no afectación de los demás Derechos de la Niñez vulnerados por el encarcelamiento paterno o materno.

Luego de evaluar los graves daños que los NNAPES sufren a raíz del encarcelamiento de alguno de sus padres, advirtiendo el incumplimiento del interés superior del niño por parte del Estado, la Asesoría Legal y Técnica y la Oficina de Personas Privadas de Libertad convocaron a representantes de distintos organismos y organizaciones de la sociedad civil especializados en el tema para definir conjuntamente un plan de acción destinado a garantizar los derechos de este colectivo específico de niños, niñas y adolescentes.

El pasado 27 de octubre, se llevó a cabo la primera reunión en la que estuvieron presentes:

- Luciano Cadoni, Oficial de Programas de Protección de los Derechos de la Niñez de la Church World Service (CWS) para Latinoamérica y el Caribe;
- Andrea Casamento, Presidenta de la Asociación Civil de Familiares de Detenidos (ACIFAD) y en representación del Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC);
- Guillermo Gentile, Secretario de Atención contra la Violencia Institucional de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires;
- Matías Surigaray y Jessica Gamarra, integrantes de dicha Secretaría;
- Carola Lew, representante de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC);
- José Aguer, Jefe del Área de Protección General de DDHH del DPN;
- Mariano García Blanco, Jefe del Área Legal y Técnica del DPN;

- Carlos Asbir y María Eugenia Múgica, integrantes de la Oficina de Personas Privadas de Libertad.

En tal contexto, se discutió sobre las principales dificultades advertidas en los distintos ámbitos de intervención durante el abordaje de casos en los que hay NNAPES involucrados. El interés superior del niño no es siquiera considerado por el sistema penal ni por el sistema penitenciario al momento de tomar decisiones que involucran a este colectivo. Menos, el derecho a ser oído.

Entre los principales obstáculos, se destacó la falta de aplicación de medidas alternativas al encierro por parte de los poderes judiciales, así como la ausencia de una mirada integral en relación al delito a partir de la cual se priorice, tal como establece la CDN, el interés superior del niño al momento de tomar cualquier decisión que involucre a NNAPES.

Como primeras líneas de acción conjunta, se decidió focalizar en la obtención de estadísticas y en la necesaria incorporación en el fuero penal del paradigma de la protección integral del niño establecido en la CDN y en la Ley 26.061. Se acordó que el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias²³ es un ámbito de propuestas e ideas de incidencia fundamental, en el cual se debería proponer comenzar a trabajar la temática mancomunadamente con la finalidad de garantizar los derechos de los NNAPES.

En tal sentido, el pasado 3 de noviembre, la Asesoría Legal y Técnica y la Oficina de Personas Privadas de Libertad participaron del último encuentro de dicho Sistema. Luego de exponer minuciosamente los graves daños que sufren los

²³ Está integrado por la Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal; su Subcomisión, compuesta por una magistrada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y jueces de tribunales orales y; un juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y correccional Federal; los jueces nacionales de ejecución penal; la Procuración General de la Nación, representada por la Procuraduría contra la Violencia Institucional; la Defensoría General de la Nación, representada por la Comisión de Cárceles; la Procuración Penitenciaria de la Nación; y, en carácter de miembros consultivos, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Centro de Estudios Legales y Sociales.

NNAPES a raíz del encarcelamiento de alguno de sus progenitores, destacando el incumplimiento del interés superior del niño por parte del Estado, sus representantes fueron invitados a integrar la Comisión formada en el Encuentro XXV para trabajar en la Recomendación sobre niños, niñas y adolescentes (ver acta adjunta).

El próximo 1 de diciembre los integrantes de la Mesa NNAPES tendrán un nuevo encuentro de trabajo.

“...una cárcel es una cárcel. Una institución para infligir dolor. ...Y el dolor lo es en todas las cárceles. Pero en el infierno hay grados y algunos de los lugares que he visto en Latinoamérica están en lo más alto”²⁴.

La abolición del sistema penal suele entenderse como una utopía²⁵. Ante ese argumento, la Asesoría Legal y Técnica y la Oficina de Personas Privadas de Libertad invitan al lector a recordar las palabras de Anatole France:

“La utopía es el principio de todo progreso y el diseño de un futuro mejor”.

²⁴ Christie, Nils: “*El umbral del dolor*”, Revista Letras Libres, Nro. 10, marzo de 2013, pp. 11.

²⁵ AAVV, *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989. Prólogo de Mariano Ciafardini y Alejandro Alagia, pág. 7.