



*“Los niños deberían ser parte del plan  
en una sentencia condenatoria”*

*— A., 12 años*



## Teniendo en cuenta a los niños

Desde una “ceguera judicial” hacia un sistema de justicia adaptado a las niñas y niños, hijos de madres y padres condenados

Children of Prisoners Europe  
2019



**Children of Prisoners Europe (COPE)** es una red pan-europea de organizaciones sin fines de lucro que trabaja en nombre de los niños que se encuentran separados de sus padres encarcelados. La red de trabajo promueve perspectivas innovadoras y buenas prácticas que aseguren que los derechos de los niños con padres privados de la libertad, que surgen de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sean respetados para garantizar su bienestar y desarrollo.

Children of Prisoners Europe es una organización sin fines de lucro registrada en Francia bajo la Ley de Asociaciones Francesas de 1901.

SIRET: 437 527 013 00019

Este instrumento fue escrito por Noah Boden con la colaboración de Danielle Bart, Esq., Heleen Lauwereys, LLM y la Dra. Shona Minson. Un agradecimiento especial a Liz Ayre, Danielle Bart y Kate Philbrick, a OBE por su invaluable visión y su orientación editorial. Traducción al español por María Belén Masola.

© Children of Prisoners Europe 2019. Todos los derechos están reservados.



Este instrumento fue producido con el apoyo financiero del Programa Derechos, Igualdad y Ciudadanía de la Unión Europea. Los contenidos son responsabilidad de Children of Prisoners Europe y en ningún caso se pueden considerar un reflejo de la opinión de la Comisión Europea.

## Prefacio

*Cada niña o niño tiene su propia dignidad. Por lo tanto, si un niño debe ser constitucionalmente imaginado como un individuo con una personalidad única, y no meramente como un adulto en miniatura que espera a alcanzar su tamaño completo, no puede ser tratado como una mera extensión de sus padres, umbilicalmente destinado a hundirse o nadar con ellos.*

— Juez Albie Sachs, en el fallo *S v M* de la Corte Constitucional de Sudáfrica (2007)

Ninguna publicación debería titularse *Teniendo en cuenta a los niños*—esto debería ser prerrogativa, y el interés superior del niño debería darse por sentado y ser tenido en cuenta todo el tiempo, por todos, en cualquier lugar y en cualquier condición. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de Naciones Unidas es el Tratado de Derechos Humanos más ampliamente ratificado en la historia. Sin embargo, para algunos—la niñas y niños que sufren un impacto debido a la sentencia condenatoria de uno de sus cuidadores principales, que corren el riesgo de ser privados de la libertad—la toma de conciencia sobre la importancia del interés superior del niño, y su evaluación como una consideración primordial, hoy no es un hecho.

Tal como podrán leer, cerca de un tercio de los jueces entrevistados en un caso de estudio del presente instrumento, consideró “irrelevante” el interés superior del niño en las sentencias condenatorias que recaen sobre sus padres. En los tribunales penales la separación que sufren los niños de sus padres es tratada de diferente manera de aquellos niños que son separados de sus padres en tribunales de familia. ¿Por qué este trato diferencial es interpretado como una discriminación en sí misma?

Este instrumento explora esta pregunta, no sólo destacando la necesidad de que los jueces tengan en cuenta el interés superior del niño, sino también de que prevean concretamente cómo este interés debe ponerse en práctica para que la decisión histórica del Juez Albie Sachs, en el fallo *S v M*, pueda ser una realidad para un mayor número de niños. Analizamos varias jurisdicciones, y enfatizamos algunos de los desafíos inherentes para promover un cambio, mientras apuntamos a concientizar a los jueces sobre las repercusiones del encarcelamiento de un cuidador principal del que dependen niñas y niños.

Este instrumento es un pequeño paso para asegurar que la prisión privativa de la libertad sea una medida aplicada como último recurso, y para fomentar una verdadera acción preventiva para todas las niñas y niños de Europa.

Liz Ayre

Directora ejecutiva, Children of Prisoners Europe

## Resumen Ejecutivo

Desde el momento que un padre es arrestado, los niños deben enfrentarse a los efectos del proceso penal, y pueden ser vulnerables al aislamiento social, al estigma y a la vergüenza. Este instrumento intenta ser un recurso para los jueces, para los abogados de los derechos de las niñas y niños, y para todos los que trabajan en este tema con el fin de compartir perspectivas críticas y herramientas que eviten la “ceguera judicial con los niños” o la llamada “child-blind justice”, y para promover la aplicación de estándares internacionales y regionales de los derechos del niño, para así movernos hacia una concepción de “justicia adaptada a las niñas y niños” o también llamada “child-friendly justice” que incluya a las hijas e hijos de padres encarcelados. Se destacan los compromisos asumidos por la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de Naciones Unidas de 1989 y la Recomendación CM/Rec(2018)5 sobre niños con padres encarcelados<sup>2</sup> del Consejo de Europa que resaltan, “sin perjuicio a la independencia judicial”, la importancia de respetar el interés superior del niño, que incluye la necesidad de considerar alternativas al encarcelamiento para los cuidadores principales. El fallo de 2007 *S v M* de la Corte Constitucional de Sudáfrica es el punto de referencia para la aplicación de estos principios, cuyo punto de partida es “el interés superior del niño” establecido en el Artículo 3.1 de la CDN.

Este instrumento también es una guía para comprometer a los jueces con temas relevantes para la niñez. Los interesados podrán:

- Entender qué pueden o deben hacer los jueces cuando deben condenar a un cuidador principal, y brindar información relevante.
- Ser conscientes de la importancia y de los desafíos asociados al poder discrecional de los jueces;
- Tener en consideración los procedimientos acusatorios e inquisitivos; las definiciones legales de parentalidad; las separaciones durante las prisiones preventivas; las sentencias indeterminadas y su relación con la discreción judicial; y el uso de las Evaluaciones del Interés Superior del Niño.

---

<sup>1</sup> El término ‘child-blind justice’ o la ‘ceguera judicial con los niños’ fue por primera vez utilizado por Adele Jones en un ensayo con el mismo nombre presentado en la Conferencia de la Coalición Internacional de Padres Encarcelados (en inglés INCCIP) en Marzo de 2017 en Rotorua, Nueva Zelanda.

<sup>2</sup> La Recomendación CM/Rec(2018)5 nace sobre las Directrices para una justicia adaptada a las niñas y niños del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2010).

Children of Prisoners Europe (COPE) se dedica a proteger los derechos de los 2.1 millones de niños que, se estima, tienen al menos un día a su madre o padre en prisión en uno de los países que conforman el Consejo de Europa. La visión de COPE—*que a cada niño se le garantice un tratamiento justo e imparcial, protección de sus derechos e igualdad de oportunidades sociales, económicas y culturales*—incluye y asume que a cada niño se le debe respetar sus derechos como individuos. En esta instancia *Teniendo en cuenta a los niños* aplica al mundo de las sentencias condenatorias. Cada niño, cada derecho de las niñas y niños, y sus oportunidades deben tenerse en cuenta durante la sentencia de una madre o padre en conflicto con la ley.

# Contenidos

<b>Capítulo 1.</b>	¿Por qué este instrumento?.....	8
1.1	La importancia de una reforma en las sentencias condenatorias para las hijas e hijos con madres y padres encarcelados.....	9
1.2	¿A quién está dirigido este instrumento?.....	13
1.3	Metas y principios básicos.....	14
<b>Capítulo 2.</b>	interés superior del niño y el proceso de la sentencia condenatoria .....	16
2.1	<i>S v M</i> Sudáfrica: Un fallo que se centra en el interés superior del niño... ..	17
2.2	El principio del interés superior del.....	18
2.3	La relevancia del fallo <i>S v M</i> para los derechos de las niñas y niños.....	19
<b>Capítulo 3.</b>	Comprometiendo a los jueces.....	22
3.1	Prefacio del Capítulo 3.....	23
3.2	Shona Minson: <i>Comprometiendo a los jueces</i> .....	23
3.3	Heleen Lauwereys: <i>El poder discrecional de los jueces y el rol del interés superior del niño en la ley y la práctica en Bélgica</i> .....	27
3.4	Los procesos acusatorios y la protección de los derechos de las niñas y niños.....	31
<b>Capítulo 4.</b>	Consideraciones claves para las sentencias condenatorias.....	34
4.1	¿A quién se considera “madre” o “padre”?.....	35
4.2	La prisión preventiva.....	36
4.3	La sentencia indeterminada y la discreción judicial.....	39
4.4	La Evaluación del Interés Superior del Niño.....	41
<b>Apéndices</b>	.....	44
Apéndice I.	Definiciones y términos importantes.....	45
Apéndice II.	Normas y jurisprudencia clave para la protección de los derechos de las niñas y niños.....	48
Apéndice III.	Lectura recomendada.....	60

*Capítulo 1*  
*¿Por qué este instrumento?*



## 1.1 La importancia de una reforma en las sentencias condenatorias para las hijas e hijos con madres o padres encarcelados

La urgencia de cambiar la dirección en la que los padres son condenados dentro del sistema de justicia penal europeo deriva de la preocupación sobre el bienestar fundamental de sus hijos. Psicólogos, trabajadores sociales, investigadores y otros profesionales especializados en el bienestar de los niños están de acuerdo en que el encarcelamiento de un padre puede causar consecuencias adversas a largo plazo en la vida de los niños cuando no tienen apoyo, y en ese sentido deberían tomarse recaudos que ayuden a mitigar el daño que produce la separación entre un niño y su madre o padre<sup>3</sup>. Dado este contexto, la condena es un momento particularmente crucial en el proceso penal, en tanto impacta directamente en el futuro de un niño cuyo padre o madre se encuentra en conflicto con la ley penal. Los recaudos que se deberían tomar respecto a los niños, no deberían estar solamente enfocados al momento de la condena, sino que deberían estar en el centro durante todo el proceso penal, y cuando la condena privativa de la libertad es la única opción, se deberían dictar sentencias que tengan un impacto mínimo sobre los niños.

Desde el momento que una madre o un padre es detenido, los niños son afectados por el proceso penal y pueden ser vulnerables a sufrir aislamiento social, estigma y vergüenza—por no decir que tienen que lidiar con la separación de un padre encarcelado. La mayoría de los niños sufre la ausencia de sus padres. Sin el adecuado apoyo, la separación puede producir efectos dañinos, desde ansiedad, sentimiento de abandono y estigmatización internalizada hasta lo que fue descrito como “angustia”, “trastorno”, “privación” y “efectos en el desarrollo”<sup>4</sup>. Un estudio se dirige a incluir el encarcelamiento de los padres a la lista de Experiencias Adversas en la Infancia (EAI), como una experiencia de impacto especialmente nocivo como lo son los abusos físicos, emocionales y sexuales<sup>5</sup>, la negligencia física y emocional, las enfermedades mentales, la violencia hacia una madre, el divorcio y el abuso de drogas<sup>6</sup>. Las conclusiones del Proyecto COPING,

---

<sup>3</sup> Una breve nota sobre el lenguaje: cualquier mención que se haga en este instrumento sobre el “encarcelamiento” refiere a cualquier tipo de detención asociada con el sistema penal de justicia, empezando con la detención policial, el encarcelamiento preventivo y la detención durante el juicio, hasta el cumplimiento de condena privativa de la libertad en cárceles, prisiones o penitenciarias.

Para más definiciones en profundidad de alguno de estos términos y otros véase el Apéndice I.

<sup>4</sup> Millar, H., & Dandurand, Y. (2018), ‘The Best Interests of the Child and the Sentencing of Offenders with Parental Responsibilities’, *Criminal Law Forum* 29, pág.232.

<sup>5</sup> Felitti, V.J. et al. (1998), ‘Relationship of Childhood Abuse and Household Dysfunction to Many of the Leading Causes of Death in Adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study’, *American Journal of Preventive Medicine* 14(4), 245-258.

<sup>6</sup> Jones, A. D., & Wainaina-Woźna, A. E. (Eds.) (2013), *Children of Prisoners: Interventions and mitigations to strengthen mental health* [Proyecto COPING], Universidad de Huddersfield, Reino Unido.

financiado por la Unión Europea, revela que los niños con padres encarcelados tienen entre un 25 y un 50 por ciento mayor de riesgo de tener problemas de salud mental que los niños en general, especialmente aquellos niños mayores de 11 años. Se evidenció con claridad que el mantenimiento de las relaciones familiares a través de comunicaciones abiertas con los cuidadores, el sostenimiento de las relaciones con padres encarcelados, y el apoyo de la familia extendida resultan fundamentales para mitigar los riesgos y fomentar la resiliencia en los niños, como otras numerosas estrategias de adaptación que pueden servir de base para mejorar el apoyo a los niños y a los adolescentes que tienen un padre privado de la libertad.

*Los científicos ahora saben que el estrés crónico y constante en la primera infancia que es causado, por ejemplo, por una separación abrupta de los cuidadores, la extrema pobreza o la depresión parental, es tan tóxico para el desarrollo cerebral, como lo es el hecho de ser testigo de violencia, en lo que se refiere a la producción de cambios a nivel neurológico. Los padres son usualmente quienes atenúan este estrés, y su contribución es central en el desarrollo del niño.*

—Ann Adalist-Estrin<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Adalist-Estrin, A., 'The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems', conferencia en la mesa redonda de la Cumbre de Niñez de Pennsylvania, Abril de 2015, Seven Springs, Penn., Estados Unidos.

*¿Por qué a los ojos del mundo el encarcelamiento niega la importancia que tienen los padres para los niños? Si los padres son quienes atenúan el estrés tóxico, ¿la gente no debería estar haciendo algo para colaborar con el mantenimiento de los lazos entre padres e hijos? Porque me siento culpable al necesitar a mi padre mientras todos dicen que estoy mejor sin él, y eso me crea un conflicto de lealtad que me está matando por dentro...*

—E., 19 años<sup>8</sup>

El debate acerca de la condena de una madre o un padre no puede dejar de lado el gran aumento en la tasa de encarcelamiento de mujeres. De acuerdo con el Informe Mundial de Prisiones, el número de mujeres y niñas que se encuentran en prisión preventiva o cumpliendo condena ha aumentado un 53 por ciento desde el 2000 (según datos del 2017), un fenómeno que no puede ser simplemente explicado por el crecimiento de la población mundial<sup>9</sup>. En general, las mujeres en comparación a los hombres, son detenidas en mayor medida por la comisión de delitos no violentos y tienden a compartir los “mismos caminos de la delincuencia común<sup>10</sup>” al pasar por abusos, traumas, dificultades de salud mental y pobreza, lo que atravesado por el encarcelamiento, aumenta su vulnerabilidad<sup>11</sup>. Además, las mujeres con más frecuencia que los hombres, suelen ser las únicas o principales cuidadoras de los niños, y además suelen ser detenidas a mayores distancias de sus hogares, en función de la baja proporcionalidad de la población de mujeres privadas de la libertad lo que conlleva contar con menos recursos en los centros de detención<sup>12</sup>. Estas razones en conjunto implican un incremento de los niños afectados

<sup>8</sup> *Children of Incarcerated Parents Discussion at the White House (8 de Octubre de 2014), comentarios de Ann Adalist-Estrin.*

<sup>9</sup> Walmsley, R. (2017), ‘World Female Imprisonment List: Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners’ (cuarta edición), World Prison Brief and Institute for Criminal Policy Research, 2.

<sup>10</sup> Millar, H., & Dandurand, Y. (2018), 235; véase también, Children of Prisoners Europe (2018), ‘Establishing Baselines: Data collection towards better safeguarding children with a parent in prison’, Montrouge, FR, 12.

<sup>11</sup> Baldwin, L. (2015), ‘Mothering from Prison: Understanding mothers and grandmothers, a prison perspective’, in *Mothering Justice: Working with mothers in criminal and social justice settings*, Baldwin, L.(Ed.), Waterside Press: Sheffield on Loddon, Reino Unido.

<sup>12</sup> Millar, H., & Dandurand, Y. (2018), 235.

por el encarcelamiento de su madre, elevando la urgencia de encontrar soluciones para las madres condenadas; el Relator Especial contra la violencia de Naciones Unidas ha ido más allá al publicar un informe indicando que: “resulta crucial desarrollar medidas alternativas de condena especializadas en género, y, cuando se toman decisiones sobre el encarcelamiento reconocer las historias de victimización de las mujeres<sup>13</sup>”.

Sin embargo, el acto de condenar a una madre o un padre es un momento singularmente complejo para el juez que debe poner en la balanza numerosas consideraciones al mismo tiempo, entre ellas la gravedad del delito y la seguridad de los ciudadanos. Valorar los derechos de los niños frente a las consecuencias del delito—lo que un juez llamó “un ejercicio de balance<sup>14</sup>”—es central para la condena de una madre o un padre. Jueces, políticos y abogados, que son conscientes de las garantías de los ciudadanos, coinciden en que tener en cuenta los derechos de los niños a estar en contacto con sus padres no implica un debilitamiento de las leyes ni equivale a “dar pase libre para salir de prisión”. Como señaló el Juez de Sudáfrica Albie Sachs en el fallo *S v M* en 2007:

“El propósito de enfatizar la responsabilidad que tiene la Corte de reconocer el interés superior del niño [...] no es para permitir irrazonablemente que padres errantes eviten cumplir una pena adecuada. Sino, es para proteger lo más razonablemente posible a niños inocentes de daños evitables<sup>15</sup>”.

En el “ejercicio de equilibrio” que se debe hacer para condenar a un padre existe una tensión que subyace a la cuestión del encarcelamiento no solo a nivel judicial, sino que se extiende hacia políticos, legisladores, trabajadores sociales, agentes penitenciarios y quienes defienden los intereses de los niños con un padre encarcelado: la doble consideración que se debería tener en los tratamientos de la “justicia penal” y la “justicia civil” que implican códigos y procedimientos distintos. Esta diferencia puede verse en los casos de divorcio y en las disputas por la custodia de los niños en los tribunales de familia, “en los que los conflictos de separaciones forzadas entre padres e hijos se resuelven luego de largos litigios que involucran la recolección de pruebas detalladas de los servicios de bienestar de niñez y de los padres”, los cuales usualmente le otorgan

---

<sup>13</sup> In ter Vrugt, P. (2018), ‘Innocent, forgotten and punished: Rights of children of imprisoned mothers in the Netherlands’ (Tesis de Máster, Universidad de Maastricht, Departamento de Derecho Penal y Criminología), 52.

<sup>14</sup> *R (on application P y Q) v Secretary of State for the Home Department* (EWCA Civ 1151, 2001) en Epstein, R. (2014), ‘Mothers in prison: The sentencing of mothers and the rights of the child’, Howard League What is Justice? Working Paper 3, Howard League for Penal Reform, UK, 6.

<sup>15</sup> *S v M* considerando 35.

a los niños el espacio para que expresen sus opiniones, deseos y necesidades<sup>16</sup>. Este doble standard abre dos preguntas fundamentales: ¿Por qué los hijos de las personas privadas de la libertad son tratados de modo diferente en comparación con aquellos que sufren una separación como resultado de un divorcio, y por qué este trato diferencial representa “discriminación o castigo”?<sup>17</sup>.

## 1.2 ¿A quién está dirigido este instrumento?

La toma de conciencia sobre la necesidad de centrarse en el impacto que causan las sentencias condenatorias sobre los niños, cuando un cuidador principal corre el riesgo de ser privado de la libertad, está alcanzando a una masa crítica en algunos contextos europeos — especialmente en Reino Unido, en parte, gracias a la experticia y al trabajo jurídico realizado por Shona Minson, entre otros. COPE ha creado este instrumento como respuesta al aumento de conciencia sobre este tema, y, con el interés de brindarle a los profesionales, a los jueces y abogados de los derechos del niño, puntos clave para que tengan en cuenta en el proceso condenatorio.

Específicamente, este instrumento está orientado a:

- Magistrados y abogados (jueces, defensores, fiscales y juristas);
- Abogados y profesionales de organizaciones no gubernamentales especializadas en los derechos de los niños, incluidos aquellos que trabajan con o para niños con padres encarcelados o en conflicto con la ley;
- Abogados que apuesten a una reforma de las sentencias condenatorias.

En este instrumento se podrá encontrar información de los siguientes temas. Si está buscando información sobre:

- I. La importancia de una reforma en las sentencias condenatorias para las hijas e hijos con padres encarcelados, **ver página 9**.
- II. El interés superior del niño y el proceso condenatorio **ver página 18**.
- III. Comprometiendo a los jueces, **ver página 23**.
- IV. Consideraciones adicionales sobre condenas, **ver página 35**.

---

<sup>16</sup> Reed, C., (2014), ‘Children of prisoners: ‘Orphans of justice’?’ *Family Law*, 69 en Donson, F., & Parkes A. (2016), ‘Weighing in the balance: Reflections on the sentencing process from a children’s rights perspective’, *Probation Journal*, 63(3), 11; véase también, Millar, H., & Dandurand, Y. (2018), pág. 234.

<sup>17</sup> La expresión “discriminación o castigo” se origina en el Artículo 2 de la CDN. La pregunta enunciada y la relevancia del Artículo 2, es el quid del reciente libro de Shona Minson *Maternal Sentencing and the Rights of the Child* (en publicación), Palgrave Socio-Legal Studies: Londres.

- V. Normas y jurisprudencia que avalan una reforma de las sentencias condenatorias, **ver el Apéndice II.**

### **1.3 Metas y principios básicos**

#### **Metas:**

1. Motivar a los responsables de tomar decisiones para que eliminen la práctica de “ceguera judicial con los niños”<sup>18</sup>, a través de la cual el daño que puede ser causado a un niño, como consecuencia de una decisión judicial y penal, jamás es previsto, reconocido o reparado por el sistema penal;
2. Concientizar a los profesionales y a los jueces sobre la importancia de considerar el interés superior del niño durante todo el proceso condenatorio donde los niños son involucrados, como así también dar a conocer las directrices y la jurisprudencia más relevante sobre los derechos del niño;
3. Brindar a los abogados de los niños con padres encarcelados perspectivas críticas, guías y herramientas para afrontar los debates sobre las condenas a la hora de acercarse y trabajar con jueces;
4. Crear procedimientos penales adaptados a las niñas y niños, que sigan las guías de los derechos del niño y se basen en los principios, en las buenas prácticas y en la jurisprudencia; para trabajar hacia la implementación de programas que tengan como propósito el apoyo de los niños con padres encarcelados desde un abordaje multidisciplinario<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Jones, A., ‘Child Blind Justice’, escrito presentado en la conferencia INCCIP, Rotorua, Nueva Zelanda, Marzo 2017.

<sup>19</sup> Adalist-Estrin, A., ‘The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems’, 2015.

### **Principios básicos <sup>20</sup>:**

1. Cada niña y niño debe tener garantizado la protección de sus derechos, la igualdad de oportunidades, y un tratamiento justo e imparcial, independientemente de la clase social, económica, herencia cultural o status de sus padres<sup>21</sup>.
2. Las niñas y los niños con padres encarcelados no deberían ser tratados como un grupo homogéneo<sup>22</sup>; cada niña y niño responde de manera diferente a la separación con su madre o padre en conflicto con la ley penal.
3. Los niños con padres encarcelados, y, sus cuidadores principales que se encuentran o se encontraron privados de la libertad, deberían cumplir un rol central en el proceso de identificación de cualquier problema que estos niños pudieran enfrentar, para así, poder diseñar las soluciones a estos problemas<sup>23</sup>. En la protección de los derechos del niño resulta esencial la colaboración de todos los interesados para lograr un progreso que sea multisectorial.

---

<sup>20</sup> Los principios básicos aquí delineados están inspirados e incluidos en los principios rectores propuestos por Ann Adalist-Estrin en una presentación titulada “The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems”, en la Cumbre Children’s Roundtable de Pennsylvania, en Abril del 2015. Adalist-Estrin es Directora del National Resource Center on Children and Families of the Incarcerated (EEUU), profesora del Departamento de Sociología, Antropología y Justicia Penal de la Universidad de Rutgers y autora del libro *The Impact of Parental Incarceration on Children in the Child Welfare System Curriculum*.

<sup>21</sup> Este principio constituye una visión declarada para Children of Prisoners Europe (COPE).

<sup>22</sup> Adalist-Estrin, A. “The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems”, 2015.

<sup>23</sup> Ibid.

## Capítulo 2

### *El Interés Superior del niño y el proceso de la sentencia condenatoria*



## 2.1 *S v M* Sudáfrica: Un fallo que se centra en el interés superior del niño

El fallo *S v M* de la Corte Constitucional de Sudáfrica de 2007 quizás sea el precedente penal más importante y destacado en el que los derechos de los niños tomaron un papel central<sup>24</sup>. Luego de que una madre soltera con tres hijos fuera condenada a 4 años de prisión por múltiples causas de fraude, y antes de que pudiera acceder a la libertad condicional bajo supervisión, el Juez Albie Sachs anuló la sentencia fundando su decisión en la insuficiente atención que se había dado a su condición de cuidadora principal. Invocando el interés superior del niño, la Corte estableció la importancia de poner en el centro los derechos de los niños—en y por sí mismos, independientemente de las acciones de sus padres—en contraposición de considerarlos como intereses de terceros o como “circunstancias personales del imputado<sup>25</sup>” en los procedimientos judiciales.

La ley en Sudáfrica opera bajo la jurisprudencia sentada en el precedente *S v Zinn* (1969), que promueve que la sentencia se dicte basándose en “una tríada que consiste en el delito, el delincuente y los intereses de la sociedad<sup>26</sup>”, que puede ser entendida como una extensión lógica de los cuatro presupuestos de la ley penal: retribución, inhabilitación, disuasión y rehabilitación<sup>27</sup>. Siguiendo este modelo de procedimiento de sentencia, la acusada M, fue condenada por la Corte Regional y apeló su sentencia ante la Corte Suprema, mientras que estuvo privada de su libertad durante 8 meses antes de que su apelación fuera recibida por la Corte Constitucional. Según el *amicus curiae* presentado en el expediente ante la Corte Constitucional, tanto la Corte Regional como la Corte Suprema prestaron “escasa atención” al hecho de que la acusada era la cuidadora principal de varios niños pequeños<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> *S v M 2008 (3) SA 232 (CC)*.

<sup>25</sup> *S v M* considerando 29.

<sup>26</sup> *S v Zinn 1969 (2) SA 537 (A)* en 540G-H.

<sup>27</sup> *S v M* considerando 10; véase también Kadish, S.H. et al. (2012), *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials* (9na ed.) y Campbell, A.W. (2012), *Laws of Sentencing*, § 2:1 en Lerer, T. (2013), ‘Sentencing the Family: Recognizing the Needs of Dependent Children in the Administration of the Criminal Justice System’, *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 9(1), pág.27.

<sup>28</sup> *S v M* considerando, 98.

## 2.2 Principio del Interés Superior del niño

La doctrina establecida en el fallo *S v M* por la Corte Constitucional sobre los efectos del encarcelamiento en los hijos de personas acusadas de cometer un delito representa un punto de partida hacia la incorporación del interés superior del niño como parte del lenguaje en el dictado de una sentencia. El principio del interés superior del niño—que la CDN denomina “norma de procedimiento”, es un principio fundamental, “es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales<sup>29</sup>”—no es un instrumento formal pero es un estándar legal general y extensamente aceptado, consagrado como un derecho en el Artículo 3.1 de la CDN (1989). Este principio establece que:

*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.*

Una de las características que define al principio del interés superior del niño—y el aspecto que puede hacer que su aplicación en los tribunales sea un enigma—es su doble naturaleza indeterminada (el interés superior de cada niño es subjetivo) y no discrecional (como indica la CDN, “el interés superior del niño *debe ser* una consideración primordial<sup>30</sup>”). Así, mientras que la aplicación del interés superior del niño es y debe estar sujeto a la situación de cada niña y niño, esta flexibilidad contribuye a que el interés superior del niño pueda ser manipulado<sup>31</sup> o totalmente ignorado. A pesar de su complejidad, este principio puede jugar un papel central en el desarrollo de códigos legales que instruyan el dictado de sentencias, específicamente lo que el Consejo de Europa denominó “normas de procedimiento deontológicas y éticas” relacionadas con el interés superior del niño<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Cardona Llorens, J., ‘Presentation of General Comment No. 14: strengths and limitations, points of consensus and dissent emerging in its drafting’ en el Consejo de Europa, *The best interests of the child: A dialogue between theory and practice*, Sormunen, M. (Ed.), (2016), pág.17.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pág.12.

<sup>31</sup> La Observación General No.14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) [29 de Mayo 2013, CRC/C/GC/14], el párrafo 34 indica que la flexibilidad del concepto de interés superior del niño “puede dejar margen para la manipulación; el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdénaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia”.

<sup>32</sup> El Consejo de Europa, *The best interests of the child: A dialogue between theory and practice*, 5.

El principio del interés superior del niño aparece con un lenguaje idéntico tanto en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990)<sup>33</sup>, como en la Constitución de la República de Sudáfrica (1996), donde “el interés superior del niño tiene una importancia fundamental en cada asunto concerniente a los niños” (28[2], énfasis agregado). Resulta significativo que el lenguaje de principio fundamental, sea introducido en la Ley de Menores de 1989 de Reino Unido como una “consideración primordial<sup>34</sup>”, y haya resultado clave en la decisión del Juez Sachs en el fallo *S v M*, en donde él se refirió al lenguaje del principio fundamental como una consideración “empática” y “significativamente más fuerte” al compararlo con un “consideración primordial” en el lenguaje del interés superior del niño de la CDN<sup>35</sup>.

### **2.3 La relevancia del fallo *S v M* para los derechos de las niñas y niños**

El fallo *S v M* resulta un caso emblemático para la formulación de las sentencias en Sudáfrica, ya que incorpora el interés superior del niño dentro de su lenguaje como “un estándar que debiera aplicarse en todas las sentencias de los tribunales<sup>36</sup>”. El Juez Sachs incluyó directrices para las futuras sentencias en las que los niños se encuentren involucrados, haciendo saber que los tribunales deben:

1. Averiguar si la persona acusada es un cuidador principal;
2. Tener disponible esa información (interrogando directamente a la acusada o al acusado, con pruebas obtenidas por la fiscalía, etc.) para decidir el grado de parentalidad de la persona imputada y qué efectos puede causar una pena privativa de la libertad en los niños;
3. Asegurarse que los niños reciban un cuidado adecuado en los casos en que sea claramente necesario dictar una sentencia con prisión privativa de la libertad, de acuerdo a lo establecido en la tríada del fallo *Zinn*;
4. Determinar la sentencia apropiada si la condena pertinente es claramente no privativa de la libertad; y,

---

<sup>33</sup> La Organización por la Unidad de África [Unión Africana], Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño [OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49] (1990).

<sup>34</sup> Alternativamente se refiere al “principio de bienestar”, sección 1(1) *La Ley de Menores de 1989 de Reino Unido, S. 108(2)* establece, ‘Cuando un tribunal resuelve cualquier cuestión relacionada con a) el nacimiento de un niño; o, b) la administración de los bienes de un niño o cualquier ingreso que provenga de allí, el bienestar del niño debe ser la consideración primordial a la que se deba atender al momento de decidir’.

<sup>35</sup> *S v M* considerando 25.

<sup>36</sup> *Ibid.*, considerando 33.

5. Tener en cuenta como consideración primordial el principio del interés superior del niño al momento de decidir cuál es la condena apropiada en consonancia con la tríada del fallo *Zinn*<sup>37</sup>.

Además, la Corte Constitucional al momento de decidir advirtió que el Tribunal Regional y la Corte Suprema no se adecuaron al principio del interés superior del niño—el Juez Sachs concluyó que los tribunales “tomaron una decisión incorrecta por no prestar suficiente atención a los requerimientos constitucionales<sup>38</sup>”—y dejaron la sentencia original a instancias de apelación, y *M* tuvo que apelar dos veces hasta llegar a la Corte Constitucional. Estos requerimientos alientan a fiscales y tribunales a integrar el principio del interés superior del niño a sus decisiones, e impulsa a que los jueces no solamente tengan en cuenta esta información, sino que además registren esos detalles<sup>39</sup>.

Por último, dado que la acusada cumplió una parte de la pena impuesta en la condena original, y que, “más encarcelamiento hubiera probablemente provocado más daño del que la familia hubiera podido soportar, con efectos devastadores para la vida de los niños<sup>40</sup>”, se resolvió por mayoría sustituir la condena de prisión de la acusada por una condena no privativa de la libertad con supervisión correccional, incluyendo servicios a la comunidad y—con una inclinación a teorías de justicia restaurativa— el pago directo a las personas que estafó con los fondos obtenidos fraudulentamente. Al concluir, el Juez Sachs resaltó el compromiso expresado en el aforismo “ejercicio de balance”:

*Ningún mandato constitucional puede por o en sí mismo aislar a los niños de las conmociones y los peligros de los duros entornos familiares y del vecindario. Lo que puede hacer la ley es crear condiciones para proteger a los niños del abuso y maximizar sus oportunidades para que disfruten una vida feliz y productiva... En situaciones en las que la ruptura de una familia es inevitable, el Estado está obligado a minimizar lo que más pueda las consecuencias negativas sobre los niños<sup>41</sup>.*

---

<sup>37</sup> Ibid., considerando 36; véase también, Donson, F., & Parkes, A. (2016), pág. 6-7.

<sup>38</sup> *S v M* considerando 48.

<sup>39</sup> Brett, R. (2018), *Best Interests of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice*. Autopublicado.

<sup>40</sup> Ibid., considerando 54.

<sup>41</sup> Ibid., considerando 20.

Otro elemento relevante en el fallo *S v M* es la evaluación sobre el interés superior del niño (ver Capítulo 4.4). Todo lo concerniente al interés superior del niño fue fundado por el *curador ad litem* designado por la Corte, y complementado por el informe de un trabajador social presentado por el *amicus curiae*, y por otros informes del equipo de trabajadores sociales del Departamento de Desarrollo Social de Sudáfrica. El fallo *S v M* no incluye directivas prescriptivas acerca de lo que los tribunales deben requerir en futuros casos, como la designación de un *curador ad litem* o de trabajadores sociales, y sugiere bajo la discreción de futuros tribunales las modalidades en la que se puede recopilar información sobre el interés superior del niño a través de la designación de expertos externos<sup>42</sup>. Sin embargo, la sentencia fue inequívoca en su convicción de que “un verdadero principio centrado en el interés superior del niño requiere una evaluación cercana e individual acerca del contexto real de la vida de cada niño involucrado. Aplicar una fórmula predeterminada en aras de la certeza, independientemente de las circunstancias, sería, de hecho, contrario al interés superior del niño<sup>43</sup>”.

---

<sup>42</sup> Donson, F., & Parkes, A. (2016), pág. 6-7.

<sup>43</sup> *S v M* considerando 24

*Capítulo 3*  
*Comprometiendo a los jueces*



### **3.1 Prefacio del Capítulo 3**

En el Capítulo 3 de este instrumento se analizará el resultado de dos encuestas realizadas a diferentes jueces en dos contextos distintos de Europa. La primera elaborada por la Dra. Shona Minson, Becaria Postdoctoral de la Academia Británica en el Centro de Criminología de la Universidad de Oxford; y la segunda realizada por Heleen Lauwereys, Investigadora y Mágister en Derecho Internacional de los Negocios y Doctora del Instituto Internacional de Investigación en Criminología y Derechos Humanos, ambos de la Universidad de Ghent. La tercera sección de este capítulo puede ser pensada como un debate sobre los sistemas acusatorios e inquisitivos y sobre los efectos que tiene cada uno sobre los derechos de los niños.

### **3.2 Shona Minson: *Comprometiendo a los jueces***

El siguiente informe muestra dos aspectos que los abogados, las ONGs y otros profesionales de la justicia penal necesitan tener en cuenta para asegurarse que los jueces se involucren correctamente con el impacto que una sentencia condenatoria puede llegar a tener sobre los hijos de padres encarcelados. El informe está basado en la experiencia propia de la autora al trabajar con el poder judicial de Inglaterra, Gales y Escocia.

- 1. Los jueces no pueden actuar fuera de los límites de su jurisdicción. Es por eso muy importante que aquellas personas que buscan interactuar con los jueces entiendan que tienen permiso de requerir que se tome en consideración los impactos que cualquier sentencia pueda tener sobre los niños a cargo de una madre o un padre condenado.***

Los límites jurisdiccionales de los jueces están determinados e influenciados por diferentes instrumentos, que no siempre se aplican en todos los países:

- i) Jurisprudencia Nacional
- ii) Legislación
- iii) Jurisprudencia Europea
- iv) Directrices para sentencias condenatorias
- v) Memorándums de Entendimiento Nacional u otros instrumentos no-oficiales;
- vi) Recomendaciones del Consejo de Europa; y,
- vii) Convenciones Internacionales particularmente relacionadas a los niños, las CDN.

Los Artículos de la CDN que están relacionados con las sentencias condenatorias de madres y padres son:

*Artículo 2:* De no discriminación: El estado tiene el deber de garantizar que cada niña y niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo como consecuencia de la condición o actividades realizadas por sus padres.

*Artículo 3:* En todas las medidas concernientes a las niñas y niños que tomen las instituciones públicas una consideración primordial a la que se atenderá es al interés superior del niño.

*Artículo 10:* Cada niña y niño tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que las y los afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

*Artículo 20:* El niño tiene el derecho a una asistencia especial proveniente del Estado si es separado de sus padres.

Respecto al Artículo 2 de los derechos de los niños, se puede hacer una comparación entre distintas situaciones cuando el niño es separado de sus padres por el Estado, y el interés superior del niño tiene una consideración primordial, ya que puede ser útil para que otros jueces lo tengan en cuenta a la hora de tomar decisiones. En el contexto inglés estas comparaciones han sido exitosamente demostradas en la práctica de tribunales de familia.

La Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre niños con padres encarcelados ha sido adoptada el 4 de Abril del 2018. Los apartados relevantes sobre el dictado de una sentencia a padres con niños a su cargo son los siguientes:

*1. Se deben respetar los derechos humanos de los niños con padres encarcelados, y se debe atender a sus particulares situaciones y necesidades. A estos niños se les debe dar la oportunidad de expresar su punto de vista, directa o indirectamente, en relación a las decisiones que pueden llegar a afectarlos. Las medidas que garantizan la protección del niño, deben ser integrales, incluyendo*

*el respeto por sus intereses, su privacidad y la vida en familia, y deberían ser medidas que apoyen el rol de la madre o padre encarcelado desde el comienzo de la detención hasta después de ser liberados.*

*2. Cuando se contempla la posibilidad de una sentencia condenatoria privativa de la libertad, el interés superior del niño y sus derechos deben ser tomados en cuenta, y, siempre que sea posible y apropiado deben ser implementadas medidas alternativas a la detención, especialmente en los casos en los que la madre o padre condenado sea el principal cuidador del niño.*

*12. Sin perjuicio a la independencia del poder judicial, antes de que se imponga una orden judicial o una sentencia al padre o madre, se debe tener en cuenta los derechos y necesidades de los niños y el potencial impacto que puede ser causado sobre ellos. El poder judicial debe examinar la posibilidad de una suspensión razonable de la prisión preventiva o de una condena condicional, y su posible reemplazo por sanciones o medidas comunitarias.*

Aunque la legislación, las directrices, las recomendaciones o las convenciones establezcan que el juez debe considerar el impacto que produce la sentencia sobre los niños a cargo de una persona imputada, no se debería asumir que todos los jueces lo saben o entienden. Por eso, resulta fundamental poner a disposición de los responsables de tomar decisiones: la jurisprudencia, la legislación, las directrices para sentencias condenatorias, las recomendaciones y los artículos más relevantes de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

***2. Si los jueces pueden considerar los derechos de los niños cuando una madre o un padre está siendo condenado, tendrán que tener en cuenta el impacto que la sentencia tendrá sobre la niña o niño a su cargo. No se debe asumir que los jueces tendrán en consideración el impacto producido en sus decisiones, y es por ello importante brindarles toda la información pertinente para que lo puedan tener en cuenta a la hora de resolver.***

Hay tres tipos de información que puede resultar útil para los jueces al momento de resolver:

- i) Investigaciones académicas europeas e internacionales han demostrado que el encarcelamiento de los padres, produce en los hijos que estén a su cargo problemas

asociados con el trauma y la pérdida, la exclusión social y el aumento de la vulnerabilidad, estrés por causas económicas, apegos desarticulados, conductas internalizadas (depresión, ira, malestar), conductas externalizadas (conductas antisociales, acciones criminales, abuso de drogas y alcohol), deserción escolar, dificultades en la interacción social y muerte antes de los 65 años<sup>44</sup>;

- ii) Estadísticas nacionales sobre las consecuencias producidas sobre niñas y niños de padres encarcelados, permitirá contextualizar cualquier decisión en una sentencia condenatoria, por ejemplo, la distancia que la madre o padre tendrá hasta su casa en caso de ser encarcelado, el costo que tendrán las visitas a prisión, el tipo de apoyo o ausencia de apoyo que existe para los niños cuyos padres se encuentran en prisión;
- iii) Informes sobre el impacto producido por el encarcelamiento sobre los niños cuyos padres están siendo condenados. Asegurarse que el tribunal cuente con la siguiente información:
  - Los nombres y edades de los niños;
  - El plan para su cuidado en caso de que su madre o padre fuese encarcelado, que incluya información sobre los cuidadores próximos y su aptitud en términos financieros, edad y salud;
  - Si los hermanos serán separados como consecuencia del encarcelamiento de sus padres;
  - Si su educación será interrumpida por el encarcelamiento de sus padres;
  - Cualquier necesidad particular emocional o de salud de los niños; y
  - Si los niños podrán visitar a sus padres si se encuentran en prisión.

Si los jueces pudiesen contar con estos recursos de información, sería una buena práctica que el resto de los profesionales involucrados en el proceso judicial, como abogados y funcionarios, pudieran acceder también a la obtención de estos datos, para que así todas las partes tengan conocimiento de la necesidad de considerar el impacto que las sentencias condenatorias de los adultos pueden tener sobre los niños que estén a su cargo.

---

<sup>44</sup> Véase Parke & Clarke-Steward, 2001; Travis & Waul, 2004; Miller, 2006; Comfort, 2007; Dallaire, 2007a, 2007b; Comisionado de la Infancia de Escocia, 2008; Murray & Farrington, 2008; Nesmith & Ruhland, 2008; Barnardo's, 2009; Dallaire & Wilson, 2010; Hissel et al., 2011; Raikes & Lockwood, 2011; Sampson, 2011; Smith & Gampell, 2011; Wakefield & Wildeman, 2011; Arditti, 2012; Johnson & Easterling, 2012; Flynn, 2013; Morgan, 2014; Wakefield & Wildeman, 2014; Dennison & Smallbone, 2015; Flynn, 2015; Minson & Condry, 2015; Minson et al., 2015; Dennison & Besemer, 2018; Oldrup & Frederiksen, 2018; Van de Weijer et al., 2018; Masson, 2019; Minson, en publicación.

### **3.3 Heleen Lauwereys: *El poder discrecional de los jueces y el rol del interés superior del niño en la ley y en la práctica en Bélgica***

Estas entrevistas forman parte de la investigación doctoral de la autora sobre el rol que tiene el principio del interés superior del niño cuando se condena a los padres y cuidadores primarios de un niño en Bélgica<sup>45</sup>.

*Una mujer de 26 años de edad con raíces polacas, embarazada y con un hijo de dos años de edad, tiene deudas, se encuentra con un empleo de media jornada en una compañía de limpieza y tiene pocos contactos en Bélgica. Fue declarada culpable de importar una pequeña cantidad de cannabis para consumo personal de una amiga desde Holanda hasta Bélgica. El fiscal solicitó que se la condenara a un año de prisión y una multa de 1000 euros. ¿Qué condena pondrías tú?*

Se requirió a diecisiete jueces penales que dicten una sentencia para este y otros dos casos, y además que respondan algunas preguntas abiertas. El análisis de las entrevistas muestra que explícitamente se le presta muy poca atención al interés superior del niño en las sentencias. Los jueces generalmente no toman en cuenta a los hijos de los imputados, ni a sus intereses al momento de dictar una condena. También, los jueces tienen diferentes percepciones del impacto que sufren los niños como consecuencia de una sentencia condenatoria, y de si ese impacto resulta relevante a la hora de tomar decisiones.

#### ***El principio del interés superior del niño como un derecho constitucional simbólico***

Bélgica ha ratificado la CDN y ha incluido una disposición sobre el interés superior del niño en su Constitución. Sin embargo, la Corte Suprema belga no está de acuerdo con que el Artículo 3(1) de la CDN y el Artículo 22 bis (4) de la Constitución deban ser la base para tomar decisiones sobre los niños, debido a que el interés superior resulta muy impreciso para constituir una base para los derechos individuales, y se necesitaría contar con una disposición procesal concreta sobre el interés superior del niño para su aplicación. El Código Penal belga no obliga específicamente a los

---

<sup>45</sup> Instituto Internacional de Investigaciones en Criminología de la Universidad de Ghent, Para ver más publicaciones sobre como el interés superior del niño es aplicado en las sentencias en Bélgica véase: [biblio.ugent.be/person/000170872570](http://biblio.ugent.be/person/000170872570).

tribunales penales a tener en cuenta el interés superior del niño a la hora de condenar a padres y/o cuidadores principales.

Sin embargo, se aproxima un cambio. En la propuesta de un nuevo código penal, que actualmente está siendo debatido en la Comisión de Justicia del Parlamento, se incluye una norma que requeriría a los jueces considerar el impacto que tienen las sentencias sobre los acusados, su entorno y la comunidad en general (aunque no se especifique particularmente los derechos de los niños, se aclara que ‘entorno’ incluye a la familia del acusado<sup>46</sup>). El texto de la propuesta explica que el juez al dictar una sentencia debe determinar qué tipo de condena conlleva las consecuencias menos negativas para todas las partes involucradas. Si dos condenas diferentes tienen el mismo resultado, la condena con menos impacto negativo debería ser la elegida<sup>47</sup>.

A pesar de que actualmente el Código Penal no establece estas obligaciones, los jueces belgas tienen un poder discrecional significativo al momento de dictar la sentencia, y pueden adaptar condenas individuales para el delito cometido, las condiciones del caso y las circunstancias personales del acusado. Este poder discrecional permite a los jueces considerar el interés superior del niño a la hora de determinar la pena, la condena y la suspensión de ambas.

### ***Entrevistas a jueces con metodología múltiple***

El solo hecho de que exista la opción de considerar el interés superior del niño en la condena no significa, por supuesto, que los jueces necesariamente la pongan en práctica. Para investigar si los jueces penales interpretan y aplican el interés superior del niño, se realizaron entrevistas cualitativas a diecisiete jueces correccionales (cinco mujeres y doce hombres) que se encontraban en distintos distritos de Bélgica. Los jueces fueron invitados a participar en un estudio relacionado a circunstancias atenuantes en general. La entrevista estaba dividida en tres partes, en las que se usaron preguntas abiertas y distintos casos.

Las entrevistas empezaron con una pregunta general para debatir qué circunstancias personales del imputado normalmente tienen en consideración los encuestados, si es que la tienen. Luego, se les requirió que dictaran una condena en tres escenarios ficticios diferentes en los que la supuesta persona acusada tenía al menos un hijo menor de edad, y que fundamentaran su decisión

---

<sup>46</sup> Voorstel van wet tot invoering van een nieuw Strafwetboek, Boek 1 en Boek 2, Parl. St. Kamer (2018-19), págs. 54-3651/001.

<sup>47</sup> Ibid., pág. 116.

para comprender sus procesos de pensamiento. Todas las encuestas fueron presentadas con los mismos escenarios ficticios que explicaban el delito cometido y el contexto del caso en un par de párrafos. El personaje ficticio de los casos permitió la inclusión de una serie de variables potencialmente relevantes en casos relacionados a la naturaleza y gravedad del delito, el perfil general del padre y la situación familiar. Tras la evaluación de las condenas impuestas, se compartió el foco de la investigación con los encuestados, y se hicieron preguntas abiertas sobre cuestiones relacionadas con el rol del interés superior del niño en la condena. Los jueces fueron informados sobre el análisis del interés superior del niño en la investigación, luego de que se evaluaran los distintos casos.

Cinco de los diecisiete jueces consideraron irrelevante el interés superior del niño para decidir sobre la condena e indicaron que no lo considerarían. A pesar que los otros jueces respondieron que sí tienen en cuenta a los niños al dictar una sentencia, el análisis de las respuestas demuestra que esto no necesariamente significa que tengan en cuenta el impacto que una condena tiene en ellos. En muchos casos, los niños son considerados como un indicador para evaluar el riesgo a la reincidencia y las posibilidades de rehabilitación, o para determinar si el acusado sería capaz de cumplir la condena, como en el caso de una mujer embarazada condenada al servicio comunitario. No solo los jueces que se opusieron a considerar el interés superior, sino también aquellos que sí lo encontraron relevante, dieron varios argumentos contra la consideración del interés superior del niño en casos generales o individuales. Entre ellas, estas fueron algunas de las respuestas:

*“Yo considero, que a pesar de que sea triste para el niño y la familia, esta persona sabía que esto podría llegar a pasar en el momento de cometer el delito, y se debería hacer cargo de las consecuencias”.*

*“No me parece que esté bien tener un bebé en ese contexto [prisión], pero mis colegas y yo, mejor dicho, no creemos que esté bien, porque si no sería muy fácil tener un bebé y después escapar”.*

*“También se puede decir que alguien que tiene hijos se lo trata diferente a alguien que no los tiene”.*

Estos contraargumentos muestran que los jueces todavía tienen dificultades en aplicar el principio del interés superior del niño al dictar una sentencia, ya que pueden ir en contra de sus

sentidos de igualdad y justicia. Solo siete jueces mencionaron a los hijos de la persona imputada al principio de la entrevista, cuando se les preguntó sobre las circunstancias generales atenuantes. Asimismo, los niños no siempre fueron mencionados, o fueron mencionados con muy pocos detalles durante la evaluación del ejercicio. A pesar que los jueces puedan considerar relevante el interés superior del niño o incluso importante cuando se les preguntó sobre él, esta encuesta demuestra que es poco probable que en la práctica diaria el interés superior del niño se tenga en cuenta al momento de dictar una condena.

Resulta también interesante ver cómo los jueces deconstruyeron el interés superior del niño en la condena. Los jueces ofrecieron diferentes visiones sobre el impacto que pueden sufrir los hijos en las distintas condenas, y tuvieron diversas opiniones sobre si estos impactos serían relevantes en el contexto de una sentencia condenatoria. Si bien muchos jueces admitieron que la separación entre los padres y los hijos durante la encarcelación puede causar problemas emocionales y hasta puede llegar a ser traumática, algunos jueces también lo encontraron irrelevante para la sentencia, quitándole importancia a la gravedad del potencial impacto: “Si el niño no corre peligro, y se trata solamente del niño extrañando a su padre, entonces no iría por ese lado tan fácilmente”. Los jueces parecieron estar más preocupados por los hijos más pequeños, asumiendo que los más grandes serían menos afectados por el encarcelamiento del padre o la madre. Varios jueces hombres indicaron que ellos se inclinan más a tomar en cuenta el impacto de la condena impuesta en una madre, como figura más importante en la vida de un niño. La discapacidad, la personalidad y los distintos puntos de vista de los hijos fueron solo mencionadas una vez por diferentes encuestados. Los jueces también indicaron que recibieron información insuficiente sobre los niños y el potencial impacto que la condena pudiese causar sobre el interés superior de éstos para poder realizar una evaluación adecuada:

*“Pero el rol de los niños en la sentencia condenatoria es muy personal; tiene que ver con la naturaleza del delito [...]. A veces también tiene que ver con el grado con el que el padre involucrado lo haya hecho por sus hijos”.*

Cómo el interés superior impacta o debería impactar en la sentencia condenatoria fue poco claro en el estudio, ya que hubo inconsistencias no solo entre los encuestados, sino también en las decisiones tomadas por el mismo encuestado en diferentes casos. Los entrevistados indicaron que su obligación es imponer una sentencia adecuada para el imputado, a la luz de los objetivos que quieren alcanzar con la condena. Las circunstancias específicas del caso, como la gravedad del

delito o los antecedentes penales del padre o la madre imputada, puede llevar a la decisión de que el impacto en la vida del niño y su bienestar, no atenúe la sentencia. Este análisis devela que el interés del niño no es fácilmente compatible con los objetivos del derecho penal y los diferentes tipos de condena; no está claro para los jueces qué peso se le debería atribuir al interés superior para dictar la sentencia adecuada con el fin de permitir que la decisión cumpla los objetivos establecidos. Las circunstancias alrededor del caso pueden variar a tal punto que la decisión tiene que ser adaptada a cada caso en particular.

El análisis de estas entrevistas demuestra cómo los jueces toman las decisiones al momento de dictar una sentencia condenatoria y el rol que tiene o puede jugar el interés superior del niño en este contexto. No solo es relevante la pregunta de si los jueces los tienen en cuenta, sino que también es especialmente interesante como ellos interpretan y aplican el principio en la práctica al dictar una sentencia. Los resultados han planteado algunas preguntas específicas y cuestiones relacionadas a la aplicación del interés superior del niño. Las entrevistas demuestran que se necesita más investigación sobre el impacto que tienen las condenas, especialmente poniendo el foco en las suposiciones que realizan los jueces. Los resultados de dichos estudios deben ser ampliamente compartidos entre los profesionales implicados en el sistema de justicia penal. Finalmente, la falta de información sobre el caso particular de cada niño debería ser suplida examinando las formas en que pueden utilizarse los informes previos a la condena o las evidencias más específicas sobre el impacto en la niñez.

### **3.4 Los procesos acusatorios y la protección de los derechos de las niñas y niños**

Algunos expertos señalan que, cuando un cuidador principal se encuentra en conflicto con la ley, la estructura de oposición de los procesos acusatorios, especialmente en países con sistemas de *common law*, como Reino Unido, Irlanda y Estados Unidos inclusive, resulta perjudicial para obtener resultados positivos para los niños<sup>48</sup>. A pesar de que en general algunos profesionales en jurisdicciones acusatorias siguen siendo flexibles apoyando esta estructura, voces importantes,

---

<sup>48</sup> Por ejemplo, Kieran McGrath señala que “el sistema acusatorio, por su dependencia a los conflictos, es inadecuado para aplicarse en los procedimientos que relacionados con el cuidado de los niños”, en “Protecting Irish children better: The case for an inquisitorial approach in childcare proceedings”, Revista del Instituto de Estudios Judiciales 5(1) (2005), pág.149.

que incluyen a jueces destacados dentro de estos sistemas, han apelado por enfoques menos conflictivos y más inquisitoriales para resolver temas que producen un impacto en las familias<sup>49</sup>.

Estas discusiones encuentran apoyo en distintas investigaciones. La jurista Janet Weinstein, en su trabajo sobre los procedimientos acusatorios relacionados al divorcio y la custodia, cita numerosos casos en los que la naturaleza de estos procedimientos impacta negativamente en todos los involucrados, lo que incluso lleva a forzar a los litigantes a situaciones poco flexibles y a menudo a una posición extremadamente antagónica, creando barreras para compartir información y excluyendo a terceros importantes del proceso. Weinstein dice que “desde el punto de vista de los niños y los padres, los procesos acusatorios no promueven un funcionamiento saludable para la familia<sup>50</sup>”. Es lógico que los enfoques acusatorios probablemente también conduzcan a que la administración de justicia penal produzca un impacto negativo sobre los niños. Este punto está implícito en el caso de *S v M* (Sudáfrica, 2007), donde el tribunal resaltó que, en los casos en los que la persona condenada es un cuidador principal “la postura acusatoria debería ser más flexible cuando está involucrado el interés superior del niño<sup>51</sup>”.

Tal como muestra la investigación Heleen Lauwereys, la “ceguera de la justicia penal con los niños<sup>52</sup>” prevalece independientemente de si los casos son juzgados en procesos acusatorios o inquisitivos—una realidad que complica la idea de que los tribunales penales se centren en el interés superior del niño y obliga a los interesados a que trabajen con los jueces para sensibilizarlos y promover el cambio. Si los responsables de tomar decisiones al momento de dictar una sentencia condenatoria quieren “promover una crianza positiva” que esté alineada con la Recomendación CM/Rec (2018)5<sup>53</sup> del Consejo de Europa, deben tener en cuenta la naturaleza de los procesos legales bajo los cuales el tribunal opera. Los interesados, especialmente aquellos en jurisdicciones con sistemas de *common law*, deben encontrar las formas de incorporar

---

<sup>49</sup> Esto fue señalado por uno de los Ministros del Tribunal Supremo del Reino Unido, en sus comentarios sobre la necesidad de una reforma en el poder judicial de Inglaterra. Véase: “Inquisitorial system may be better for family and civil cases, says top judge”, en *The Guardian*, 4 de Marzo 2014, [www.theguardian.com/law/2014/mar/04/inquisitorial-system-family-civil-cases-judge-lord-thomas](http://www.theguardian.com/law/2014/mar/04/inquisitorial-system-family-civil-cases-judge-lord-thomas), accedido 18 noviembre 2019.

<sup>50</sup> Weinstein, J. (1997), ‘And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System’, en *University of Miami Law Review* 52(79), pág.134.

<sup>51</sup> *S v M* considerando 36(2).

<sup>52</sup> Jones, A., ‘Child Blind Justice’, 2017.

<sup>53</sup> El artículo 41 de la Recomendación CM/Rec (2018)5 del Comité de Ministros de la Unión Europea sobre niños con padres encarcelados establece que: “para promover una crianza positiva, al momento de dictar una sentencia condenatoria se debe tener en cuenta la inclusión de programas y otras intervenciones que apoyen y desarrollen una relación positiva entre padre- hijo”.

mecanismos no adversariales que se adecuen a tener en cuenta la incorporación del interés superior del niño involucrado<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Weinstein J. (1997), pág. 159-160.

*Capítulo 4*  
*Consideraciones clave para las sentencias condenatorias*



## 4.1 ¿A quién se considera “madre” o “padre”?

Así como los tribunales tienen en cuenta que la persona imputada es madre o padre, o cumple el rol de padre de niños pequeños, la cuestión empieza en cómo se define aquel rol en términos legales. En *S v. M*, la imputada que era madre soltera de tres hijos, fue definida como la “cuidadora principal” de los niños—es decir la persona con quien los niños viven y realizan sus tareas cotidianas<sup>55</sup>. La importancia de definir este rol es que mientras en algunos casos puede haber otra persona que cuide al niño, en el caso de padres encarcelados, generalmente ser separado del cuidador principal va en contra del interés superior del niño. Parte importante de la definición de este lenguaje, recae en la protección de la vida del niño. Cualquier cambio sutil en el uso del lenguaje en torno a los padres y a los cuidadores principales puede significar un cambio fundamental en la experiencia del niño.

Tal como sucede con el uso del lenguaje respecto al “cuidador principal”, en Estados Unidos hubo un cambio notable en el discurso sobre el derecho infantil, en la utilización del término “padre putativo” ampliando la definición de paternidad tradicional. Esta idea viene de un libro muy reconocido en el ámbito del derecho del niño de 1979, *Before the Best Interests of the child*, en donde el autor define al “padre putativo” como el cuidador principal con quien “de manera continua, en el día a día, a través de la interacción y la reciprocidad, satisface tanto las necesidades psicológicas que tiene un niño con su madre o padre, como las necesidades físicas<sup>56</sup>”. Este enfoque permite, que el término “cuidador principal” este abierto a abuelos, padrastros y tutores legales que estén fuera de la familia, expandiendo las condiciones de cuidado más allá de los límites definidos por la maternidad y paternidad biológica o adoptiva.

Las madres tienden a ser las cuidadoras más importantes de sus hijos, entonces la cuestión de condenar a un cuidador principal tiende a implicar la condena de una madre. Resulta importante destacar algunos estándares como, las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Véase el Apéndice II) que incluyen un lenguaje riguroso sobre el encarcelamiento de las madres tal como se indica en el análisis de las normas internacionales y regionales que están a continuación. Aunque, en general, el lenguaje de la mayoría de los estándares internacionales y regionales no hacen una diferencia entre madre y padre, eligiendo hacer referencia a “padres” y “cuidadores principales” en general, son pocos y

---

<sup>55</sup> *S v M* considerando 28.

<sup>56</sup>Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, J. (1979), *Before the Best Interests of the child*, Nueva York: Free Press in Lerer, T. (2013).

menos frecuentes los casos en los que el hijo o hijos de un hombre imputado cumplen un rol importante en su sentencia condenatoria. En parte, esto es simplemente porque los padres asumen con menos frecuencia el papel de cuidador principal. Ha habido un caso en Noruega en el que la pena de prisión de un padre se retrasó para dar tiempo a que se organice el cuidado de su hijo: finalmente el abuelo del niño asumió su cuidado en lugar de que éste fuera trasladado a un hogar de acogida<sup>57</sup>, pero esto es una excepción, no la regla.

## 4.2 La prisión preventiva

Tomar en consideración el contexto familiar de un padre o una madre que entra en conflicto con la ley penal debería comenzar en el momento en que la policía interviene en la detención, y debería continuar con todas las instancias procesales e instituciones por las que la persona imputada atraviesa, incluido el juicio, la privación de la libertad y su posterior salida de prisión<sup>58</sup>. En el proceso penal seguido a un padre o una madre, resulta fundamental tener en cuenta el interés superior del niño durante la prisión preventiva o prisión provisional<sup>59</sup>. La prisión preventiva puede causar efectos devastadores en las familias, muchas de las cuales viven de manera precaria —las personas que viven en situación de pobreza están inevitablemente sobrerrepresentadas durante el proceso de detención por su incapacidad de pagar la fianza—y los niños pueden llegar a cargar con el trauma de la separación inicial, especialmente si la madre o el padre es el único cuidador y no se llegan a los acuerdos requeridos para el futuro cuidado del niño.

Muchos sistemas judiciales han demostrado un uso excesivo de la prisión preventiva, lo que muchos investigadores tienden a manifestar como fenómenos propios de “políticas punitivistas o de aversión al riesgo” lo que también refleja ineficiencias masivas, desorganización y bajos

---

<sup>57</sup> Brett, R. (2018), ‘Best Interests of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice’, *Families Outside*: Edinburgo, Reino Unido, pág. 7.

<sup>58</sup> Se han realizado esfuerzos sistemáticos para evaluar la situación familiar de aquellos en conflicto con la ley penal desde el primer contacto con la policía, comenzando por un entrenamiento de prácticas adaptadas para el bienestar de los niños y el desarrollo de procedimientos estándares para cuando la policía entra en contacto con ellos, como también para asegurar que el niño reciba el cuidado apropiado después del arresto del padre o madre. Para más información, véase ‘Children of Imprisoned Parents’ (2011), The Danish Institute for Human Rights, Children of Prisoners, Universidad de Ulster y Bambinisenzasbarre (2011) y ‘Police, Judges & Sentencing: Arrests, Trials & Children’s Rights’ (2013), Children of Prisoners Europe, Justice for Children of Prisoners Newsletter(3).

<sup>59</sup> En este Instrumento los términos “prisión preventiva” y “prisión provisional” son usados indistintamente para indicar la detención llevada a cabo antes y durante el juicio hasta el dictado de la sentencia. Véase Apéndice I para la explicación de los términos.

recursos en los sistemas judiciales y sus procesos<sup>60</sup>. Baldwin y Epstein (2015) resaltaron que las altas tasas de prisión preventiva de mujeres en el Reino Unido—un estudio mostró que el 71 por ciento de las mujeres en prisión preventiva en Tribunales inferiores y el 41 por ciento en Tribunales de la Corona no fueron condenadas por los delitos por los que fueron acusadas<sup>61</sup>—pueden estar atravesadas por la forma de pensar de los jueces, que consideran que las acusadas llevan una vida caótica y como consecuencia le niegan la posibilidad de acceder a la libertad bajo fianza, entendiendo que su permanencia en detención podría beneficiar su acceso a los servicios penitenciarios y a la vivienda<sup>62</sup>. El uso excesivo de prisión preventiva ha reflejado también prácticas discriminatorias, por ejemplo, en las detenciones de romaníes en Hungría<sup>63</sup> y Bulgaria<sup>64</sup>, donde el hecho de suponer que eran de alto riesgo, llevaron a un largo y arduo periodo de prisión preventiva aumentando también los índices de detención.

En Holanda, los detenidos en prisión preventiva representan un 30% del total de la población penitenciaria, una tasa muy alta en comparación a otros países de Europa occidental, demostrando la escasa aplicación de condenas no privativas de la libertad y un enfoque punitivista para las personas en conflicto con la ley penal<sup>65</sup>. Peggy ver Trugt de la Universidad de Maastricht recientemente ha realizado un estudio sobre la prisión preventiva de mujeres holandesas, que demuestra que más del 57,5 por ciento de las mujeres detenidas fueron privadas de su libertad hasta el momento del juicio, y otro 35 por ciento antes del juicio estuvo en prisión preventiva bajo custodia policial entre 3 y 6 días y luego fueron liberadas. Solo el 12, 5 por ciento de las mujeres fueron arrestadas y después liberadas. A ninguna de las mujeres se les permitió tener contacto

---

<sup>60</sup> Jacobson, J., Heard, C., & Fair, H. (2017), 'Prison: Evidence of its use and over-use from around the world', Instituto de Investigación de Normas Penales: Londres, 2.

<sup>61</sup> Revealed: The wasted millions spent on needless remand' (18 de Agosto 2014), Liga Howard para la Reforma Penal, [howardleague.org/news/needlessremand](http://howardleague.org/news/needlessremand), accedido el 6 de Diciembre 2014.

<sup>62</sup> Baldwin, L., & Epstein, R. (2015), 'Short but not sweet: exploring the impact of short sentences on mothers', *European Journal of Parental Imprisonment* 2,21.

<sup>63</sup> Aproximadamente el 40 por ciento de la población penitenciaria en Hungría es romaní (Tót & Kádár, 2013), un 7,49 por ciento de la población total (Consejo Europeo, 'Estimates and official numbers of Roma in Europe', 2012). Desde la llegada del partido político de derecha en 2010, las ONGs y otras organizaciones de monitoreo han observado un creciente aumento en la brutalidad cometida contra los detenidos romaníes, como también las condiciones inhumanas y degradantes de detención que padecen, y un aumento en la duración de su encarcelamiento preventivo. El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha emitido un informe detallando la exclusión y discriminación de romaníes, que incluye la "intimidación de las organizaciones de la sociedad civil y la erosión sistemática de la ley" (en Jacobson, J. et al., 2017)

<sup>64</sup> Investigaciones del Comité de Bulgaria-Helsinki (2017) indican una sobrerrepresentación de romaníes entre los detenidos en Bulgaria: a pesar de tener una población estimada del 9.94 por ciento gitana (El Consejo Europeo, 'Estimates and official numbers of Roma in Europe', 2012), la proporción de romaníes entre los detenidos recién llegados era más del 50 por ciento. Una organización señaló que aproximadamente el 80 por ciento de las mujeres encarceladas en la Prisión de Sliven (la única prisión para mujeres en Bulgaria) son romaníes (para más información, véase 'Roma & Traveller Children with a Parent in Prison: A follow-up report with case studies and recommendations' [2018], Montrouge: Children of Prisoners Europe).

<sup>65</sup> Jacobson, J., Heard, C. & Fair, H., (2017), pág.22.

directo con sus hijos después de ser detenidas: a algunas se le negó el contacto incluso por meses<sup>66</sup>. Una preocupación similar sobre el excesivo uso de la prisión preventiva ocurre en los países Escandinavos, más notablemente en Suecia, Noruega y Dinamarca—tres sistemas de justicia penal que son vistos como modelos por su enfoque rehabilitador respecto al encarcelamiento. Un informe de 2017 señala que más de un cuarto de los detenidos en Suecia cumplen prisión preventiva, y se estima que dos tercios de éstos son sujetos a restricciones que incluyen un confinamiento total, lo que significa casi un octavo de la totalidad de la población penitenciaria<sup>67</sup>. En Noruega el sistema judicial ha limitado el uso de la prisión preventiva, pero las restricciones durante la misma pueden ser igual de duras; estos hallazgos dieron a conocer que “las severas formas escandinavas de tratar a los detenidos preventivos no sucede en la mayoría de los países europeos<sup>68</sup>”.

Numerosos estándares sobre los derechos de los niños promueven la consideración del interés superior del niño durante el período prisión preventiva. Siguiendo las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas, “a las mujeres que tienen niños a cargo, se les debe permitir hacer acuerdos sobre ellos, que incluyan la posibilidad de una suspensión razonable en la detención, teniendo en cuenta el interés superior del niño”. El Artículo 9 de la Recomendación CM/Rec (2018)5 del Consejo de Ministros de Europa señala que: “el cumplimiento de las restricciones de contacto de una madre o un padre encarcelado o en prisión preventiva debe permitir que los niños puedan continuar gozando de su derecho a seguir en contacto con ellos”. El *Memorandum de Entendimiento italiano* insiste en que la prioridad debería estar puesta “en las medidas alternativas a la prisión preventiva” (véase el Capítulo 3 para leer el artículo completo). Y la jurisprudencia establecida en el fallo *S v M* (Sudáfrica, 2007; véase Capítulo 2) tiene un impacto directo en otros casos, como en el del 2015 en el que a una madre que estaba en proceso de lactancia se le concedió la libertad inmediatamente para que pueda estar junto a su hijo<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Ter Vrugt, P. (2018), 43-44.

<sup>67</sup> Smith, P.S., ‘Punishment Without Conviction? Scandinavian Pre-trial Practices and the Power of the “Benevolent” State’ 4, en Smith, P.S., & Ugelvik, T. (Eds.), (2017), *Scandinavian Penal History, Culture and Prison Practice: Embraced by the Welfare state?*, Palgrave: Londres.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Skelton, A., & Mansfield-Barry, L. (2015), ‘Developments in South African law regarding the sentencing of primary caregivers’, *European Journal of Parental Imprisonment* 2, pág.15.

### 4.3 La sentencia indeterminada y la discreción judicial

La tensión entre las sentencias determinadas e indeterminadas resulta clave para defender una reforma de las sentencias condenatorias que se adapten a los derechos de los niños. Ha habido avances y desarrollos para determinar las sentencias condenatorias y limitar la inconsistencia del poder discrecional de los jueces, pero en ciertos contextos este desarrollo ha finalizado con sentencias draconianas y estandarizadas. En Estados Unidos, las Pautas Federales de Sentencia desarrolladas a mediados de la década del 1980—y obligatorias hasta el 2005—exigían una “inapropiada generalización al considerar la educación, las habilidades personales, el historial de empleo, los lazos y responsabilidades familiares y los lazos comunitarios del imputado” (antes de que las pautas se convirtieran en recomendaciones, un juez las describió como “tan crueles y engañosas como para que aquellos que tienen que aplicar las directrices a los seres humanos, a la familia y a la comunidad quieran llorar”)<sup>70</sup>. La periodista Nell Bernstein citando una idea de Marc Mauer, fundador del Proyecto de Sentencia, observó lo siguiente:

*El alejamiento de las sentencias indeterminadas hacia los mínimos obligatorios refleja un cambio en el pensamiento sobre el propósito de la detención, desde la rehabilitación hacia el castigo [...] Una condena que intenta rehabilitar [necesita] tener incorporada cierta flexibilidad. Una vez que los infractores de la ley empezaron a ser definidos exclusivamente por sus actos criminales y, la función del encarcelamiento empezó a verse como castigo y disuasión, la flexibilidad no era necesariamente requerida<sup>71</sup>.*

Por otro lado, se les otorga un poder discrecional a los jueces cuando no existen normas ni precedentes jurisprudenciales para condenar a los cuidadores principales—como es el caso del Reino Unido, donde las directrices para sentencias condenatorias son sólidas, pero la discreción judicial es muy amplia—por lo que la disparidad en las sentencias resulta desenfrenada<sup>72</sup>. El anexo de 2017 a las directrices para las sentencias condenatorias del Reino Unido, “The Imposition of Community and Custodial Sentences: Definitive Guideline” establece que “para los delincuentes

---

<sup>70</sup> Comisión de Sentencia de Estados Unidos, 28 U.S.C.A. § 994 (West, 2006) y Weinstein, J.B. (1996), ‘The Effect of Sentencing on Women, Men, the Family, and the Community’, 5 Columbia Journal of Gender & Law 169, en Lerer, T. (2013), pág. 47.

<sup>71</sup> Bernstein, N. (2005), *All Alone in the World: Children of the Incarcerated* (The New Press: New York & Londres), 33.

<sup>72</sup> Véase el Capítulo 3, “Heleen Lauwereys: El poder discrecional de los jueces y el rol del interés superior del niño en la ley y en la práctica en Bélgica”, donde ella señala que cinco de los diecisiete jueces encuestados “consideraron que el interés superior del niño resulta irrelevante en la decisión de la sentencia condenatoria e indicaron que ellos no lo tomarían en consideración”.

que se encuentren en la cúspide del encarcelamiento, no se les debería imponer una pena de prisión cuando existiese algún impacto sobre las personas que están a su cargo, ya que haría que la pena resulte desproporcionada respecto al cumplimiento de los objetivos de la condena<sup>73</sup>. Sin embargo, la investigación de Shona Minson sobre la discrecionalidad de los jueces de los Tribunales de la Corona en Reino Unido, muestra que varios jueces desconocían completamente que las directrices contenían previsiones para tener en cuenta a los niños en la sentencia condenatoria, y ningún juez expresó que el interés superior del niño debiera ser considerado. Es más, tres de los jueces encuestados indicaron que la consideración sobre los hijos a cargo es contraria a la “justicia<sup>74</sup>”.

La discrecionalidad judicial acompañada de prácticas de sentencias indeterminadas, resulta un buen indicador para enmarcar como está funcionando un juez. Lucy Baldwin señala que los jueces en Reino Unido continúan condenando a las madres a penas de prisión simplemente “porque pueden”, y así, cada vez que los jueces se encuentren enmarcados en sentencias condenatorias que les proporcionen relativa autonomía y discreción, la sentencia, además, de ser inconsistente, se inclinará hacia respuestas más punitivas<sup>75</sup>. Sin embargo, cuando un juez está alineado con los derechos de los niños y los precedentes jurisprudenciales, una amplia discreción puede ayudar a los jueces a hacer una evaluación del caso en el que se adecue el delito cometido con el interés superior del niño. En el fallo *S v. M*, el juez Albie Sachs escribió:

*Un verdadero enfoque centrado en el niño requiere un examen minucioso e individualizado de la vida real y la situación particular del niño involucrado. Aplicar una fórmula predeterminada en aras de la certeza, independientemente de las circunstancias, sería contrario al interés superior del niño involucrado<sup>76</sup>.*

En otras palabras, lo que resulta necesario, es la evaluación de las posibles repercusiones que una sentencia condenatoria puede producir sobre los niños que se encuentren a cargo de la persona acusada de cometer un delito. Este momento bisagra promueve la necesidad de evaluar el interés superior del niño. Los jueces deben tener la obligación de considerar de manera sistemática el interés superior del niño de las hijas e hijos de las personas acusadas de cometer un delito, a través de decisiones que se adapten a las necesidades de cada niño en particular.

---

<sup>73</sup> En Minson, S. (en publicación), pág.246.

<sup>74</sup> Ibid., pág.251.

<sup>75</sup> Baldwin, L., & Epstein, R. (2015), pág. 21.

<sup>76</sup> *S v M* considerando 24.

## 4.4 Evaluación del Interés Superior del niño

Dependiendo el contexto, la Evaluación del Interés Superior de Niño—puede llamarse también Determinación del Impacto Infantil o el Informe de Encarcelamiento Preventivo, entre otros<sup>77</sup>— es un informe oficial que se le envía al tribunal para que evalúe detalladamente las condiciones de los niños que se encuentren a cargo de la acusada o acusado, en caso de una posible condena privativa de la libertad. La Observación General N°14 (2013) de la CDN sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, enfatiza que las Evaluaciones Infantiles “incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal—a ser posible, un equipo multidisciplinario—y requiere la participación del niño<sup>78</sup>”. El documento establece lo siguiente:

*Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos<sup>79</sup>.*

Los procedimientos en el marco del fallo S v M (Sudáfrica, 2007; ver capítulo 2), nuevamente sirven como un buen ejemplo de procedimiento. Dada la especial condición de cuidadora principal de la imputada, y habiendo sido apelado su caso ante la Corte Constitucional, el Juez Albie Sachs requirió la constitución de terceros independientes para que evaluaran la situación

---

<sup>77</sup> Otras denominaciones pueden ser: Evaluaciones del Interés superior del Niño, Evaluación del Impacto en los Niños, Informe Pre- sancionatorio. Estos informes han sido estandarizados especialmente en la instrumentalización de los derechos de los refugiados e inmigrantes, donde El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) establece las Directrices del Interés Superior (BID´s en inglés) siguiendo las evaluaciones iniciales.

<sup>78</sup> Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párr.47.

<sup>79</sup> Ibid., párr. 6c.

de los niños involucrados: un *curador ad litem*, un *amicus curiae* y la realización de varios informes de trabajadores sociales del Departamento de Desarrollo Social de Sudáfrica. No solo había un equipo multidisciplinario de investigadores a cargo de realizar diversas evaluaciones sobre la situación familiar de la acusada, sino que también, el equipo constaba de investigadores independientes de la Corte; mientras que en algunos contextos dicha tarea es responsabilidad del personal del Servicio de Libertad Condicional<sup>80</sup>.

La integración de la Evaluación del Interés Superior del Niño dentro del proceso penal es un estándar requerido, y, por demás recomendado por los expertos en derechos de los niños, para lograr una reforma en la sentencia condenatoria que se adapte a ellos. El proyecto COPING recomendó que las evaluaciones deberían incluir preguntas para discernir si la persona imputada es el o la cuidadora principal; qué cambios habría en la vida del niño si su cuidador principal fuese encarcelado; quién se haría cargo del niño y dónde viviría; y, en el caso de que se le quite la custodia, si la nueva residencia del niño se encontraría a una distancia accesible del lugar de detención para permitirle las visitas<sup>81</sup>. Luego, el Artículo 12 de la CDN establece que: “Cada niña y niño tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que las y los afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”. En esa línea, el proyecto COPING propuso que en las Evaluaciones del Interés Superior del Niño, éstos sean consultados como voces principales, algo que Noruega ha estandarizado en sus Directrices para las sentencias condenatorias<sup>82</sup>.

Idealmente, estas evaluaciones deberían llegar lo antes posible a conocimiento de los jueces durante el proceso en que la madre o padre acusado es interceptado por el sistema de justicia penal, antes de que se produzca la detención, pero especialmente en el momento en el que se analiza la posibilidad de dictar una prisión preventiva. Un investigador ha observado, que, en Estados Unidos, las consideraciones que se tienen al momento de dictar una prisión preventiva bajo fianza, suelen ser imitadas al momento de determinar una sentencia condenatoria, y recomendó que la Evaluación del Interés Superior del Niño sea realizada al momento de resolver la prisión preventiva<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Véase por ejemplo: Minson, S. (en publicación), Lerer, T. (2013) y Vrugt, P. (2018).

<sup>81</sup> Proyecto COPING, pág. 97.

<sup>82</sup> Paurus, M. (2017), ‘International Report on the Conditions of the Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prisons Nurseries’, Niños con Cuidadores Encarcelados: Minneapolis, pág.38

<sup>83</sup> Lerer, T. (2013), pág.46.

### **Noruega: Directrices para sentencias condenatorias que protegen a las madres**

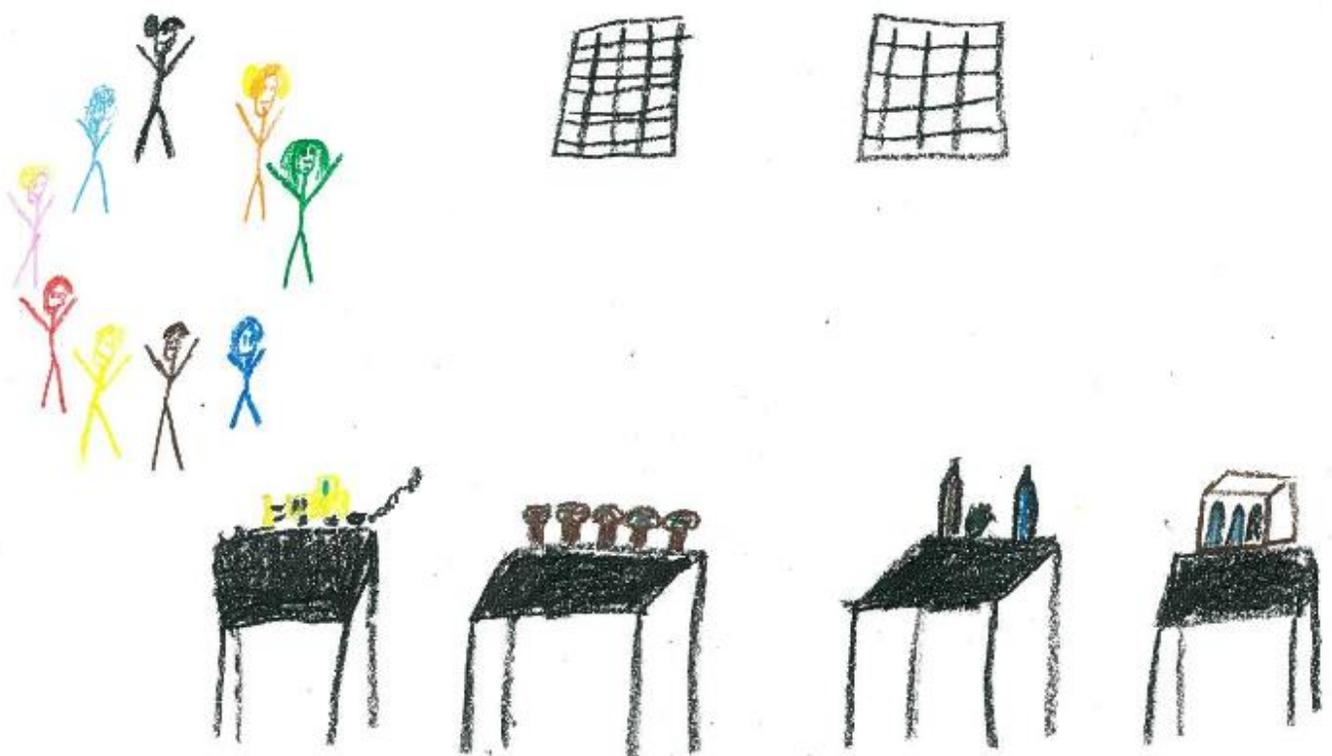
Las Directrices para sentencias condenatorias en Noruega establecen que, durante la condena de la cuidadora principal del niño, los servicios de bienestar infantil y las organizaciones externas como las escuelas o las guarderías deben ser consultadas por el tribunal para poder determinar el interés superior del niño. Además, cuando resulta oportuno, los tribunales deben escuchar las opiniones de los niños acerca de lo que opinan sobre la sentencia condenatoria de su cuidadora principal<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Paurus, M. (2017), 38.

*Apéndices*

Die Vater Kind Gruppe in der JVA Nürnberg



## Apéndice I. Definiciones y términos importantes

**Experiencias Adversas en la Infancia (EAI):** Las experiencias de los niños que pueden ser potencialmente traumáticas, estresantes o que pueden debilitar el sentimiento de seguridad, estabilidad y de vínculo parental, las cuales pueden afectar a los niños y adolescentes a lo largo de sus vidas. El encarcelamiento de una madre o un padre es un acontecimiento de alto impacto, y por esa razón se sitúa junto a otras nueve experiencias traumáticas: abuso físico, emocional y sexual, negligencia física y emocional, enfermedades mentales, violencia doméstica hacia la madre, divorcio y abuso de drogas. Se ha demostrado que las EAI se correlacionan con múltiples factores de riesgo para la salud, por coincidir con varias de las principales causas de muerte en adultos, como enfermedades físicas y mentales, y, el abuso de drogas<sup>85</sup>. Las EAI pueden también generar un impacto en la educación y en un futuro trabajo. Se ha comprobado que el lado negativo de las EAI puede ser atenuado o resuelto con las intervenciones apropiadas<sup>86</sup>.

**Amicus curiae:** Literalmente “amigo del tribunal” (en plural, *amicus curiae*). Una persona o entidad que brinda información, experiencia o un punto de vista al tribunal sobre el caso que se encuentra en trámite, pero no forma parte del litigio. *Amici curiae* son generalmente expertos o autoridades de un tema específico que proporcionan argumentos para el caso, y puede ser solicitado por una de las partes; sus opiniones son presentadas generalmente en informes para ayudar al tribunal a tomar una decisión. La decisión de tomar en consideración el informe de amicus queda a discreción del tribunal.

**Evaluación del Interés Superior del Niño:** Son evaluaciones realizadas durante el proceso legal, y en otros contextos, en los que las decisiones puedan afectar las condiciones de los niños. Estas evaluaciones tienen en cuenta las circunstancias particulares de los niños involucrados, tomando en consideración diversos elementos para asegurar que el resultado del proceso sea el más adecuado para su bienestar. El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, estipula que dichas evaluaciones, así como también las consideraciones respecto al interés superior del niño, incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal—a ser posible, un equipo multidisciplinario—y requiere la participación del niño involucrado<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Felitti, V.J. et al (1998).

<sup>86</sup> Véase el proyecto COPING y ‘Preventing Adverse Childhood Experiences (ACEs): Leveraging the Best Available Evidence’, Centro Nacional para el Control y la Prevención de Lesiones (Division de Prevención de Violencia), Centro de Prevención y Control de Enfermedades: Atlanta, 2019.

<sup>87</sup> Comité de los Derechos del Niño de la ONU. Observación General N° 14 (2013), párr.. 47.

**El principio del interés superior del niño:** De acuerdo al Artículo 3.1 de la CDN, es un principio que establece que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial a la hora de tomar decisiones que los afecten, incluyendo aquellas tomadas por los tribunales de justicia. Este artículo, generalmente supone una evaluación del interés superior del niño, aunque todavía continúa siendo ampliamente debatido (para leer más sobre este tema, véase la sección 2.2 de este instrumento).

**Curador ad litem:** También conocido como *guardian ad litem*, es un particular seleccionado por el tribunal para que represente el interés superior de una persona durante el juicio, generalmente de un niño o de una persona que no posee la capacidad legal de tomar decisiones por sí misma.

**Condena privativa de la libertad:** Una sanción penal de privación de la libertad impuesta cuando el delito cometido así lo justifica de acuerdo al Código Penal de cada país, o cuando el Tribunal considera que la persona imputada representa un riesgo para la sociedad. Estas condenas pueden ser cumplidas en establecimiento penitenciarios o terapéuticos, o en instituciones educativas.

**Sentencia determinada:** Prescribe un periodo determinado de tiempo de condena privativa de la libertad en función de la comisión de uno o múltiples delitos.

**Sentencia indeterminada:** No especifica un periodo determinado de tiempo de condena privativa de la libertad en función de la comisión de uno o múltiples delitos, aunque suele existir un mínimo de cumplimiento establecido.

**Principio Fundamental:** Principio introducido en La ley de Menores de 1989 (Reino Unido) que establece que los responsables de tomar decisiones deben considerar como condición principal el bienestar del niño en todos los asuntos que influyen en su crianza o en la administración de sus bienes. La solución debe ser la que más beneficie el bienestar del niño por sobre todas las cosas.

**Crianza positiva:** Tal como la define en la Recomendación Rec (2006)19 del Consejo de Europa, es una política de apoyo a la parentalidad positiva, una concepción de conducta parental, basada

en el interés superior del niño, que promueve su desarrollo a través del reconocimiento, la orientación y la fijación de límites sin recurrir a métodos violentos.

**Prisión preventiva:** Situación de detención previa al juicio de una persona acusada de cometer un delito a la que se le rechazó la libertad o no pudo cumplir con el pago de la fianza. La prisión preventiva puede incluir la detención durante la celebración del juicio. Esta medida cautelar también puede denominarse prisión provisional indistintamente.

**Cuidador principal:** La persona que es responsable del niño y que generalmente es la principal proveedora de su cuidado y su tutela.

**Padre putativo:** La persona que interactúa diariamente con el niño, establece un vínculo de compañerismo y cumple con las necesidades psicológicas y físicas del menor, brindándole también asistencia emocional y económica<sup>88</sup>.

**Prisión provisional:** Detención de una persona imputada por la comisión de un delito, que puede estar siendo sometida a un juicio y que todavía no ha sido condenada. Como se define en la Recomendación Rec (2006)13 del Consejo Europeo, la prisión provisional constituye la situación de detención que dura hasta el pronunciamiento de una condena firme, que concluye con el agotamiento de las vías recursivas<sup>89</sup>. Este término es utilizado indistintamente como prisión preventiva, y en ciertos contextos puede describir la extensión de la detención preventiva para periodos adicionales de encarcelamiento.

**Directrices para sentencias condenatorias:** Criterios oficiales para los tribunales sobre el tipo de sentencias que deberían dictar para ciertos delitos, que varían según la jurisdicción. Establecen pautas que los tribunales deberían tomar en cuenta, incluyendo factores que podrían atenuar o agravar la severidad de la condena. Estos factores pueden incluir la conducta o culpabilidad del condenado, sus circunstancias personales, su condición de cuidadores principales, o el daño sufrido por la víctima.

---

<sup>88</sup> Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, J. (1979).

<sup>89</sup> Recomendación Rec (2006)13 del Comité de Ministros del Consejo Europeo sobre el uso de la prisión preventiva, las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos, adoptado el 27 de Septiembre del 2006.

## Apéndice II. Normas y jurisprudencia clave para la protección de los derechos de las niñas y niños

A. Normas internacionales.....	48
B. Normas regionales.....	51
C. Normas nacionales.....	55
D. Jurisprudencia relevante.....	59

### A. Normas internacionales

La **Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989)** es el instrumento universal para los derechos del niño, que proporciona normas amplias y rigurosas que se deben tener en cuenta durante los procesos penales en los que la persona imputada es madre o padre de un niño. Los siguientes artículos describen especialmente las reglas específicas para la aplicación de los derechos del niño en este ámbito:

**Artículo 3.1:** En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

**Artículo 9.1:** Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto 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 [...].

**Artículo 9.2:** En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Las investigaciones desarrolladas y una mayor conciencia acerca de los efectos producidos por el encarcelamiento sobre las niñas y niños a cargo de personas detenidas, **llevó al Comité de los**

**Derechos del Niño de las Naciones Unidas**, el órgano rector de la CDN, a publicar en 2011 un informe que incluía recomendaciones para jueces:

El Comité recomienda que, al momento de dictar una sentencia condenatoria a los padres y a los cuidadores principales, se debe imponer, en la medida que sea posible, penas no privativas de la libertad, incluso en la instancia previa al juicio y durante la celebración de éste. Las medidas alternativas de detención deben estar disponibles y aplicarse caso por caso, teniendo plena consideración del impacto que cada tipo de condena puede llegar a producir sobre el interés superior del niño o de los niños afectados<sup>90</sup>.

La Asamblea General de la ONU en 2009 había adoptado las **Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños** e incluyó las siguientes condiciones:

Cuando el único o principal cuidador del niño pueda quedar privado de libertad a causa de su ingreso en prisión preventiva o de su condena a una pena de prisión, deberían dictarse en tales casos, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas de libertad provisional y penas no privativas de libertad<sup>91</sup>.

En el año 2013, el **Comité de los Derechos del Niño de la ONU publicó la Observación General No.14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1)**, formulando el alcance del principio del interés superior del niño propuesto en el artículo 3 de la CDN:

**Artículo 6 (c):** Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones

---

<sup>90</sup> Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Informe y recomendaciones del Día de debate general sobre “Hijos de padres encarcelados” [30 de septiembre de 2011], párr. 30.

<sup>91</sup> Adoptadas por la Asamblea General de la ONU, el 18 de diciembre de 2009, párr. 47. Las Directrices en lo que respecta a los niños nacidos en la cárcel indica que: “Los Estados deberían tener en cuenta el interés superior del niño al decidir retirar la custodia de un niño nacido en prisión o que vive en prisión con uno de sus progenitores. La retirada de la custodia de esos niños debería tratarse del mismo modo que otros casos de separación. Debería ponerse el máximo empeño en lograr que los niños que permanezcan bajo la custodia de sus padres se beneficien de un cuidado y protección adecuados, al tiempo que se garantiza su propia condición de individuos libres y su acceso a las actividades de la comunidad”.

(positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

**Artículo 69:** 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 afectados.

En el año 2010, **la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó las Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes**, más conocidas como **Reglas de Bangkok**, en las que se proponen distintas medidas a aplicar sobre las mujeres privadas de la libertad con hijos a cargo. Entre las que se destacan las siguientes:

**Regla 2.2:** Antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños.

**Regla 58:** [...] no se separará a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena.

**Regla 61:** Al condenar a las delincuentes, los tribunales tendrán la facultad de examinar atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el

carácter de su comportamiento delictivo, teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular.

**Regla 63:** Al adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado de otras personas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social.

**Regla 64:** Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.

## **B. Normas regionales**

El estándar europeo más importante en lo que respecta a la protección de los derechos y el bienestar de los niños con padres encarcelados fue recientemente adoptado por el Consejo de Europa. Publicada en el año 2018, la **Recomendación CM/Rec (2018) 5 sobre niños con padres encarcelados del Comité de Ministros de los Estados miembros** establece directrices a nivel europeo, sin embargo, no hace referencia respecto a la protección de los derechos de los niños durante la sentencia condenatoria. Esta recomendación amplía los estándares de Naciones Unidas mencionados anteriormente, establece procedimientos detallados para la protección de los derechos de los niños, y re-articula los derechos antes citados. Entre otras sugerencias, señala que los tribunales deben esforzarse para incorporar medidas específicas que fomenten y estimulen el contacto entre padres e hijos, como la implementación de programas de crianza cuando sea de interés para el niño, y propone que las agencias gubernamentales colaboren para proteger su bienestar. Las siguientes recomendaciones son las más relevantes para el momento de dictar una sentencia condenatoria:

2. Cuando se contempla una pena privativa de libertad, se debe tener en cuenta los derechos y el interés superior de niño afectado, y, cada vez que resulte posible se

deben utilizar medidas alternativas a la detención, especialmente en los casos de que una madre o un padre sea la persona a cargo de su cuidado.

10. Sin perjuicio de la independencia del poder judicial, antes de que se dicte una orden judicial o se condene a una madre o a un padre, se deberá tener en cuenta los derechos y necesidades de sus hijos y el posible impacto que puede producirse sobre ellos. El poder judicial debe examinar razonablemente la posibilidad de suspender la prisión preventiva o la ejecución de la pena de prisión, y sustituirla por penas alternativas o medidas comunitarias.

41. Con el objetivo de promover una educación o crianza positiva, se tendrá en cuenta en la planificación de la sentencia, la inclusión de programas y otras intervenciones que apoyen y desarrollen una relación positiva entre padres e hijos. Los objetivos específicos de apoyo y orientación incluyen, en la medida de lo posible, preservar y ejercer el rol de madre o padre durante el encarcelamiento, minimizar el impacto que produce la privación de la libertad en sus hijos, desarrollar y fortalecer relaciones constructivas entre padres e hijos, y prepararlos para una vida familiar al momento de recuperar la libertad.

49. Las autoridades nacionales competentes deben adoptar un enfoque multi-institucional e intersectorial con el fin de promover, apoyar y proteger de manera eficaz los derechos de los niños con padres encarcelados, incluido su interés superior. Esto implica la cooperación entre los servicios de libertad condicional, la comunidad, las escuelas, los servicios de salud y bienestar infantil, la policía, el defensor del niño u otros funcionarios responsables de proteger sus derechos, así como otros organismos pertinentes, incluida la sociedad civil, y organizaciones que ofrecen apoyo a los niños y a sus familias.

La Recomendación CM/Rec (2018)5 fue precedida por las **Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños**. Publicada en 2010, es un extenso conjunto de medidas para implementar una justicia adaptada a los niños en todas las instancias, desde la primera interacción que un niño tiene con la policía hasta el momento que una madre o un padre recupera la libertad:

3. El interés superior de todas las niñas y niños implicados en un mismo procedimiento o caso, debe determinarse individualmente y ponderarse procurando reconciliar los intereses de los niños en juego.

4. Si bien la autoridad judicial tiene la competencia y la responsabilidad de tomar la decisión final, los Estados miembros deben realizar, mientras sea necesario, esfuerzos para poder establecer enfoques multidisciplinarios con el fin de determinar el interés superior de los niños involucrados en el proceso.

17. Se debe establecer un marco común de evaluación para los profesionales que trabajan con o para niños (como abogados, psicólogos, médicos, policías, funcionarios de migración, trabajadores sociales y mediadores) en procedimientos o intervenciones que los involucran o los afectan para proporcionar cualquier tipo de apoyo que necesite el responsable de tomar decisiones, para contribuir del mejor modo posible a los intereses de las niñas o niños involucrados.

**El Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa (1998)** garantiza el “derecho al respeto de la vida privada y familiar” y ha sido respetado en algunos tribunales al condenar a un progenitor, con igual aplicación a madres y padres<sup>92</sup>. Concretamente, el Artículo 8 establece que:

1. Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

---

<sup>92</sup> Millar, H., & Dandurand, Y. (2018), pág.255.

La **Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño** proporciona una amplia orientación para la adopción de leyes que tomen en cuenta el interés superior del niño. Se centra específicamente en la protección de la separación de un niño con su madre:

**Artículo 4:** En todas las acciones relativas al niño que sean realizadas por cualquier persona o autoridad, el interés superior del niño será consideración primordial.

- (1) En todos los procesos judiciales o administrativos que afecten a un niño que es capaz de comunicar sus propias opiniones, se le dará la oportunidad de que éstas sean escuchadas, ya sea directamente o por medio de un representante imparcial como parte del proceso, y esas opiniones serán tenidas en cuenta por la autoridad competente de acuerdo con las disposiciones de derecho procedentes.

**Artículo 19.1:** Todo niño tendrá derecho a disfrutar del cuidado y protección de sus padres y, siempre que sea posible, tendrá derecho a vivir con ellos. Ningún niño será separado de sus padres en contra de su voluntad, excepto cuando una autoridad judicial determine, en conformidad con la ley correspondiente, que dicha separación es en el interés superior del niño.

**Artículo 30:** Los Estados parte de la presente Carta se comprometen a proveer un trato especial a las mujeres embarazadas y a las madres de lactantes y de niños pequeños que hayan sido acusadas o declaradas culpables de infringir la ley penal y en particular:

- a. Garantizar que cuando estas madres sean condenadas, se valore en primer lugar el dictado de una sentencia sin privación de la libertad.
- b. Establecer y promover medidas alternativas a la detención penitenciaria en lo que se refiere al trato de estas madres.
- c. Establecer instituciones especiales y alternativas para sostener a estas madres.
- d. Garantizar que una madre no será encarcelada con su hijo.
- e. Garantizar que no se impondrá una pena de muerte a estas madres.
- f. Que el objetivo principal del sistema penitenciario sea la reforma, la integración de la madre en la familia y la rehabilitación social.

### C. Normas nacionales

Se ha logrado un gran progreso en Europa y en el mundo hacia prácticas que se adaptan a los derechos de los niños al momento de dictar una sentencia condenatoria. Algunos ejemplos de estos progresos son:

**El Memorándum de Entendimiento de Italia de 2014 firmado entre el Ministerio de Justicia, el Defensor del Pueblo Nacional para la Infancia y la Adolescencia, y Bambinisenzasbarre ONLUS** (miembro de COPE, Italia) sirvió de inspiración para el dictado de la Recomendación CM / Rec (2018)5 del Consejo de Europa. El Memorándum de Entendimiento brinda orientación sobre la sentencia condenatoria de los progenitores en la sección "Decisiones relativas a órdenes judiciales, resoluciones y sentencias", en la que establece:

La autoridad judicial deberá tomar conciencia de la importancia de las siguientes disposiciones, y en particular se le requerirá que:

1. Tenga en cuenta los derechos y requerimientos de los hijos menores de edad que se encuentren a cargo de la persona detenida, al momento de dictar una posible medida cautelar, dando prioridad a medidas alternativas a la detención.
2. Revise las restricciones impuestas al contacto entre los detenidos en prisión preventiva y el mundo exterior de tal manera que no se viole el derecho de los niños de permanecer en contacto con sus padres, como lo estipula la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas;
3. Elegir, en el caso de madres o padres con hijos menores de edad, medidas condenatorias que tengan en cuenta el interés superior del niño.
4. Tomar en consideración las necesidades de los niños menores de edad y otorgar permisos temporales o permisos extraordinarios a los padres encarcelados, y comprometerse con su implementación.

El artículo 145(5) del Código Procesal Penal **francés** establece que cuando la persona imputada está a exclusivo cargo de un niño menor de dieciséis años, el tribunal debe evaluar la situación del niño antes de dictar la prisión preventiva. Esta norma indica lo siguiente:

En el caso de que, la persona acusada de un delito informe durante la indagatoria realizada por el juez de investigación, previo a que se eleve el caso al juez de

libertad y detención, que tiene a exclusivo cargo a un niño menor de dieciséis años que vive con ella, puede no ser procesada con prisión preventiva, a menos que uno de los servicios o personas descritas en el artículo 81, párrafo 7, haya sido enviada a realizar una investigación previa y haya propuesto las medidas necesarias para prevenir la puesta en peligro de la salud, la seguridad, la moral o educación del niño menor de edad. Las disposiciones del presente artículo no se aplican en los casos de delitos o faltas cometidas contra el niño, o en casos donde las obligaciones judiciales no han sido respetadas.

### ***Detención y medidas preventivas***

**Lituania** ha prohibido el arresto de mujeres embarazadas y personas que se encuentran criando niños menores de tres años, con el debido respeto al interés superior del niño<sup>93</sup>. En Holanda, la policía se ve obligada a realizar “un chequeo al niño” antes de arrestar al padre o a la madre, y al momento de ingresar al centro de detención, los oficiales deben preguntar si el acusado tiene hijos y si ha realizado algún acuerdo respecto a su cuidado<sup>94</sup>.

### ***Prisión preventiva***

**Cambodia** prohíbe la imposición de medidas de prisión preventiva a las mujeres embarazadas o a las madres cuando no se disponga de mecanismos adecuados para preservar su salud. Los tribunales en **India** están obligados a tomar en cuenta la situación familiar, incluyendo la condición de embarazo de una mujer detenida al momento de concederle la fianza<sup>95</sup>. En **Fiji**, puede solicitarse la libertad bajo fianza cuando ambos padres se encuentran detenidos y el cuidado alternativo del niño o los niños resulta inadecuado<sup>96</sup>.

### ***Pena no privativa de la libertad***

En 2010 la Ley de Justicia Penal y Licencias de **Escocia** estableció que, ningún tribunal debe dictar sentencias privativas de la libertad de menos de tres meses, salvo que “ninguna otra

---

<sup>93</sup> Código Penal Lituano, Artículo 49(6), en “The United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty” (Capítulo 10: “Children living in prisons with their primary caregivers”), Nowak, M. (autor principal), 2019, pág.384.

<sup>94</sup> Verhagen, A., Claes, B., & Elsbeth, K. (2019), ‘Children and incarcerated parents: A Dutch perspective on recovery-focused work’, *European Journal of Parental Imprisonment* 8, 9.

<sup>95</sup> “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 380

<sup>96</sup> “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 381

disposición se considere apropiada”. Un proyecto para eliminar todas las condenas de menos de doce meses ha sido propuesto y se encuentra en instancia de debate desde el 2019<sup>97</sup>.

Varios países permiten que mujeres embarazadas y madres de niños pequeños o niños discapacitados cumplan penas no privativas de libertad, incluyendo **Argentina** (para niños menores de cinco años)<sup>98</sup>, **Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Italia** (para niños menores de diez años), **Perú, México y Nicaragua**<sup>99</sup>. Lo mismo sucede en **Colombia**, donde en 2012 una disposición de orden constitucional extendió la prerrogativa de considerar a los padres como cuidadores principales<sup>100</sup>. En **Túnez**, teóricamente todas las mujeres que son cuidadoras principales pueden cumplir prisión domiciliaria<sup>101</sup>, y en **Dinamarca, Francia, Grecia, Italia y Ucrania** se puede ajustar al momento de ejecutar la sentencia, incluyendo medidas no privativas de la libertad<sup>102</sup>.

**Grecia** permite a madres de niños menores de ocho años a cumplir una prisión domiciliaria en los casos de condenas de hasta diez años<sup>103</sup>. Las mujeres embarazadas, o madres de niños menores de tres años detenidas en **Uzbekistán**, tienen “derechos auxiliares” que se originan en el momento que la administración penitenciaria evalúa el cumplimiento de su condena, pudiéndoles conceder la prisión domiciliaria para que finalicen su condena o el derecho a salidas para realizar acuerdos respecto a sus hijos<sup>104</sup>. Las madres condenadas en **Noruega** pueden cumplir la sentencia en *mødrehjem* (casas para madres) o en instituciones de rehabilitación, y existen casos donde las madres en vez de cumplir una condena a prisión, cumplen sentencias no privativas de la libertad o realizan tareas comunitarias<sup>105</sup>.

### ***Condenas en suspenso o de ejecución condicional***

Varios países permiten a las madres cumplir condenas en suspenso durante el periodo de embarazo (en **Vietnam, Lao PDR y Palestina**), después del parto (hasta los seis meses en **Irán**; un año en **Uzbekistán** o un año y medio en **Lao PDR**) o hasta que el niño cumpla cierta

---

<sup>97</sup> “Final Business and Regulatory Impact Assessment: The Presumption Against Short Periods of Imprisonment” (Escocia) Proyecto 2019.

<sup>98</sup> Paurus, M. (2017), 38.

<sup>99</sup> “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 382.

<sup>100</sup> Paurus, M. (2017), 38.

<sup>101</sup> “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 379.

<sup>102</sup> Ibid., 384.

<sup>103</sup> Ibid., 385.

<sup>104</sup> Ibid., 380.

<sup>105</sup> Paurus, M. (2017), pág.38.

edad. En **Kirgistán**, las mujeres imputadas por primera vez por cometer un delito que están embarazadas o que tienen hijos menores de catorce años pueden recibir condenas en suspenso<sup>106</sup>. Las madres condenadas en **Noruega** tienen el derecho a que se les impongan condenas en suspenso hasta que el niño tenga nueve meses de edad<sup>107</sup>. Los jueces en **Croacia** tienen el poder discrecional de posponer la sentencia de madres con niños menores a seis meses<sup>108</sup>.

### ***Sentencias pospuestas***

Muchos países, incluyendo **Argelia, Chad, Holanda, Suecia y Noruega**, permiten posponer el cumplimiento de una sentencia condenatoria a madres con hijos a cargo por un tiempo razonable hasta que realicen acuerdos que garanticen el cuidado del niño<sup>109</sup>, y en el caso de **Georgia** el cumplimiento es pospuesto para mujeres embarazadas que han dado a luz dentro del plazo de un año. En **República Checa** el cumplimiento de la sentencia puede ser interrumpido hasta que el niño cumpla un año de edad<sup>110</sup>.

Posponer el cumplimiento de una sentencia de un padre condenado puede ser posible, para permitir la continuidad de la crianza del niño o niña, si el otro cónyuge se encuentra ya detenido (en **Argelia, Chad y Eslovenia**)<sup>111</sup>. Tanto **Egipto** como **Palestina**, permiten aplazar la sentencia de una madre o un padre cuando ambos progenitores de un niño menor de quince años son condenados a prisión; lo mismo en el caso de **Yemen** para padres que cumplen condenas de menos de un año sin prisión preventiva, cuando el niño tiene menos de trece años<sup>112</sup>.

### **D. Jurisprudencia relevante**

La decisión de la Corte Constitucional de *Sudáfrica* en el precedente S v M de 2007 continúa siendo un fallo pionero sobre sentencias condenatorias a cuidadores principales (para leer el análisis completo véase Capítulo 2), pero también vale la pena señalar la evolución de la jurisprudencia en otros ámbitos regionales.

---

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> Brett, R. (2018), pág. 7.

<sup>109</sup> Paurus, M. (2017), pág.38.

<sup>110</sup> “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 385.

<sup>111</sup> Brett, R. (2018), pág. 7 y “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 380.

<sup>112</sup> Paurus, M. (2017), pág. 38 y “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 381.

En **Inglaterra y Gales**, los precedentes *R (on the application of Stokes) v Gwent Magistrates Court* y *R (on the application of P and Q) v Secretary of State for the Home Department* del 2001, han destacado que los tribunales deben realizar un “ejercicio de equilibrio” al dictar una sentencia condenatoria para evitar que el derecho de un niño a tener una vida en familia no interfiera con la gravedad del delito cometido<sup>113</sup>. La regla en el caso de *R v Bishop* (2011) luego ratificado en *R v Petherick* (2012), sostiene que los tribunales penales deben tener en cuenta las condiciones familiares de la persona imputada, particularmente cuando “la vida en familia de otros, especialmente de niños puede verse afectada<sup>114</sup>”, y en consecuencia, los tribunales para condenar a la persona acusada deberían solicitar información sobre los posibles efectos que una pena privativa de libertad podría producir sobre los niños y su bienestar<sup>115</sup>.

En 2018, el Supremo Tribunal Federal de **Brasil** resolvió por mayoría de votos conceder un habeas corpus para mujeres, madres y adolescentes a cargo de niños menores de doce años de edad y de personas discapacitadas<sup>116</sup>.

La Corte Suprema de **Malawi** ha resuelto en dos ocasiones, tanto en *Dickson and Another v Republic* (2007) como en *Alasani v Republic* (2015), que las personas imputadas de cada caso, tanto las madres como sus hijos, debían ser liberados bajo fianza en vez de ser privadas de su libertad con sus niños<sup>117</sup>. Un caso similar ocurrió en la Corte Suprema de **Fiji**, en el que la aplicación del Artículo 3 y 9 de la CDN en el fallo *Devi v The State* (2003) indujo a la Corte a considerar que el cuidado de los niños a cargo de la persona acusada de cometer un delito es un dato relevante al que se le debe prestar consideración al momento de tomar decisiones de libertad bajo fianza<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 377.

<sup>114</sup> Tribunal de apelación de Inglaterra y Gales *R v Petherick* (2012) EWCA Crim. 2214 considerando 20.

<sup>115</sup> Tribunal de apelación de Inglaterra y Gales *R v Bishop* (2012) EWCA Crim 1446 considerando 9.

<sup>116</sup> Este veredicto contiene numerosas advertencias, incluyendo su no-aplicación en “situaciones muy excepcionales”, en el caso de delitos violentos o cuando los niños están en riesgo. Véase: Juicios de Habeas Corpus No. 143.641/SP, Supremo Tribunal Federal de Brasil, 20 de febrero de 2018 (en “Estudio Mundial de las Naciones Unidas sobre los Niños Privados de Libertad” pág. 376).

<sup>117</sup> ‘UN Global Study on Children Deprived of Liberty’, 374.

<sup>118</sup> *Ibid.*, 375.

### Apéndice III. Lectura recomendada

Abramowicz, S. (2012). A family law perspective on parental incarceration. *Family Court Review* 50(2). 228-240.

Ashworth, A., & Roberts, J. V. (2013). The origins and nature of the sentencing guidelines in England and Wales. En *Sentencing guidelines: Exploring the English model*. Oxford University Press: Londres. 1-12.

Baldwin, L., & Epstein, R. (2015). Short but not sweet: exploring the impact of short sentences on mothers. *European Journal of Parental Imprisonment* 2. 20-22.

Bernstein, N. (2005). *All Alone in the World: Children of the Incarcerated*. The New Press: Nueva York & Londres.

Brett, R. (2018). *Best Interests of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice*. Families Outside: Edinburgo, Reino Unido.

Carnelley, M., & Epstein, C. A. (2012). Do not visit the sins of the parents upon their children: Sentencing considerations of the primary caregiver should focus on the long-term best interests of the child. *South African Journal of Criminal Justice* 25(1). 106-116.

Children of Prisoners Europe (2018). *Establishing Baselines: Data collection towards better safeguarding children with a parent in prison*. Montrouge, Francia.

Jones, A.D. and Wainaina-Woźna, A.E. (Eds.) (2013). *Children of Prisoners: Interventions and mitigations to strengthen mental health*. Universidad de Huddersfield, Reino Unido.

Codd, H. (2019). The rights of children of imprisoned parents. En *The Palgrave handbook of prison and the family*. Palgrave Macmillan: Londres. 365-384.

Condry, R., & Smith, P. S. (Eds.). (2018). *Prisons, Punishment, and the Family: Towards a New Sociology of Punishment?*. Oxford University Press: Londres.

Council, S. S., & Lady Dorrian, Q. C. (2017). *Children and the sentencing of parents: Report on discussion event with Scottish Sentencing Council*. Scottish Sentencing Council.

Cyphert, A. B. (2017). Prisoners of Fate: The Challenges of Creating Change for Children of Incarcerated Parents. *Maryland Law Review* 77(2). 385-427.

De Ruyter, D. J., Hissel, S. C., & Bijleveld, C. C. (2013). Children, Mothers and the criminal justice system. *Review of European Studies* 5(4). 43-53.

Dhami, M. K. (2013). Sentencing guidelines in England and Wales: Missed opportunities. *Law & Contemporary Problems* 76(1). 289-307.

Donson, F., & Parkes A. (2016). Weighing in the balance: Reflections on the sentencing process from a children's rights perspective. *Probation Journal* 63(3). 331-346.

Epstein, R. (2013). Sentencing mothers: the rights of the child and the duties of the criminal courts. *Contemporary Social Science* 8(2). 130-140.

Epstein, R. (2014). *Mothers in prison: The sentencing of mothers and the rights of the child*. What is Justice? Working Paper 3. Howard League for Penal Reform: Londres.

Epstein, R., & Powell, C. (2018). Imprisoning mothers: Where do children's rights come in?. *European Journal of Parental Imprisonment* 7. 9-12.

Felitti, V.J. et al. (1998). Relationship of Childhood Abuse and Household Dysfunction to Many of the Leading Causes of Death in Adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study. *American Journal of Preventive Medicine* 14(4). 245-258.

Iskikian, A. (2019). The Sentencing Judge's Role in Safeguarding the Parental Rights of Incarcerated Individuals. *Columbia Journal of Law and Social Problems* 53(1). 133-166.

Jacobson, J., Heard, C., & Fair, H. (2017). *Prison: Evidence of its use and over-use from around the world*. Institute of Criminal Policy Research, Londres.

Lauwereys, H. (2019). Sentencing the parents: Punishing the children? Qualitative research regarding the role of the child's best interests in Belgian sentencing decisions. En *The Stockholm Criminology Symposium*.

Lerer, T. (2013). Sentencing the Family: Recognizing the Needs of Dependent Children in the Administration of the Criminal Justice System. *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 9(1). 24-57.

Levy-Pounds, N. (2007). From the frying pan into the fire: How poor women of color and children are affected by sentencing guidelines and mandatory minimums. *Santa Clara Law Review* 47(2). 285-346.

Loureiro, T., & da Vinci Fellow, L. (2009). *Child and family impact assessments in court: implications for policy and practice*. Families Outside: Edinburgo, Reino Unido.

McGrath, K. (2005). Protecting Irish children better: The case for an inquisitorial approach in childcare proceedings. *Judicial Studies Institute Journal* 5(1). 136-152.

Millar, H., & Dandurand, Y. (2017). *Impact of Sentencing and Other Judicial Decisions on the Children of Parents in Conflict with the Law*. International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Universidad de British Columbia.

Millar, H., & Dandurand, Y. (2018). 'The Best Interests of the Child and the Sentencing of Offenders with Parental Responsibilities'. *Criminal Law Forum* 29. 227-277.

Minson, S. (2014). *Mitigating Motherhood: A Study of the Impact of Motherhood on Sentencing Decisions in England and Wales: A Report for the Howard League for Penal Reform*. Howard League for Penal Reform: Londres.

Minson, S. (2015). Sentencing and dependents: Motherhood as mitigation. En *Exploring sentencing practice in England and Wales*. Palgrave Macmillan: Londres. 137-153.

- Minson, S. (2017). *Who cares? Analysing the place of children in maternal sentencing decisions in England and Wales* (Disertación doctoral, Universidad de Oxford).
- Minson, S. (2018). Safeguarding Children when Sentencing Mothers. Serie de películas. Disponible en: [www.youtube.com/watch?v=L18nFBXzHII](http://www.youtube.com/watch?v=L18nFBXzHII).
- Minson, S. (in publication). *Maternal Sentencing and the Rights of the Child*. Palgrave Socio-Legal Studies: Londres.
- Minson, S., & Condry, R. (2015). The visibility of children whose mothers are being sentenced for criminal offences in the courts of England and Wales. *Law Context: A Socio-Legal Journal* 32. 28-45.
- Minson, S., Nadin, R., & Earle, J. (2015). *Sentencing of mothers: Improving the sentencing process and outcomes for women with dependent children*. Prison Reform Trust: Londres.
- Ngabirano, B. R. (2008). *Alternative sentencing of parent offenders and implications on the rights of the child in Uganda's criminal justice system* (Disertación doctoral, Universidad de Pretoria).
- Nowak, M. (2019). *The United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty*. Naciones Unidas: Ginebra.
- Paurus, M (2017). *International Report on the Conditions of Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prison Nurseries*. Children of Incarcerated Caregivers: Minéapolis, Estados Unidos.
- Reed, K. (2014). Children of prisoners: 'Orphans of justice'?. *Family Law* 44. 69-74.
- Roberts, J. V. (2011). Sentencing guidelines and judicial discretion: Evolution of the duty of courts to comply in England and Wales. *The British Journal of Criminology*, 51(6). 997-1013.
- Roberts, J. V. (2013). Sentencing guidelines in England and Wales: Recent developments and emerging issues. *Law & Contemporary Problems* 76. 1-25.
- Shoko, T. (2012). *The rights of children born in prison or living with a parent in prison: a child centred approach* (Disertación doctoral, Universidad del Noroeste).
- Skelton, A. (2008). Severing the umbilical cord: A subtle jurisprudential shift regarding children and their primary caregivers. *Constitutional Court Review* 1(1). 351-368.
- Skelton, A., & Mansfield-Barry, L. (2015). Developments in South African law regarding the sentencing of primary caregivers. *European Journal of Parental Imprisonment* 2. 14-15.
- Smith, P.S., & Ugelvik, T. (Eds.). (2017). *Scandinavian Penal History, Culture and Prison Practice: Embraced by the Welfare state?* Palgrave Macmillan: Londres.
- Sormunen, M. (Ed.) (2016). *The best interests of the child: A dialogue between theory and practice*. Consejo de Europa: Estrasburgo.

Ter Vrugt, P. (2018). *Innocent, forgotten and punished: Rights of children of imprisoned mothers in the Netherlands* (Tesis de Master, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Maastricht).

Verhagen, A., Claes, B., & Kamphuis, E. (2019). Children and incarcerated parents: A Dutch perspective on recovery-focused work'. *European Journal of Parental Imprisonment* 8. 9-12.

Vogler, R. (2012). The child, the imprisoned parent and the law. En *Prisoners' Children*. Routledge. 119-131.

Walmsley, R. (2017). *World Female Imprisonment List (4<sup>th</sup> ed.)*. *Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners*. World Prison Brief and Institute for Criminal Policy Research.

Walsh, T., & Douglas, H. (2016). Sentencing parents: The consideration of dependent children. *Adelaide Law Review* 37(1). 135-161.

Weinstein, J. (1997). And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System. *University of Miami Law Review* 52(79). 86-97.