**NNA Hermanos/as con Referentes adultos/as privados/as de libertad**

**Presentación del la propuesta:**

La evidencia internacional muestra los múltiples impactos que tiene la privación de la libertad de referentes adultos en la vida de niños, niñas y adolescentes(NNA)

La OSC Gurises Unidos desarrolla acciones a nivel nacional, regional e internacional integrando la Plataforma NNAPES por la defensa de NNA con referentes adultos privados de libertad

SITUACIÓN PROBLEMA: encarcelamiento de referentes adultas/os de NNA hermanos/as que no cuentan con otros referentes protectores que garanticen el cumplimiento de sus Derechos

RESPUESTA ACTUAL: El sistema de protección contempla la integración de NNA hermanos/as en hogares de INAU en función de su edad cronológica lo que conlleva a la separación y suma al efecto generado por la situación de privación de libertad de uno de sus referentes afectivos, la desestructuración familiar y la institucionalización.

Actualmente tampoco el Programa Familia amiga que busca que todos los NNA puedan ejercer su DD a vivir en familia, contempla dar una respuesta diferencial frente a esta situación especìfica

Esta respuesta no estaría alineada a lo establecido en los estándares tanto internacionales como nacionales que contemplan el Interés Superior del NNA y el Derecho a vivir en Familia, lo que exige la responsabilidad de buscar respuestas que garanticen los derechos de los mismos

De los mandatos constitucionales y normas internacionales concluimos que existen medidas a adoptar por los jueces penales para asegurar la protección de DD de NNA, siendo imprescindible considerar su situación particular cuando se dispone que adultos referentes sean privados de libertad. La privación de libertad es una situación limitada en el tiempo y con un término establecido, lo que debe considerarse a la hora de brindar la mejor respuesta para la protección a NNA contemplando el interés superior del niño y el DD a vivir en familia y garantizar la no trascendencia de la pena.

**Desarrollo de la propuesta:**

¿Cómo adaptar las respuestas existentes para la protección de NNA hermanos/as contemplando el interés superior y el DD a vivir en familia cuando el único referente de protección es privado de libertad garantizando la no trascendencia de la pena?

Centrándonos en los NNA y sus Derechos - Interés Superior del NNA y Derecho a la Familia- así como también en las Recomendaciones realizadas por múltiples Organizaciones y Plataformas, es que identificamos la necesidad de generar un abordaje y dispositivos específicos ya que, al tratarse de una Sentencia Penal hacia su referente adulta/o, este ingreso al sistema de protección sería por determinado tiempo - aspecto a destacar de nuestra propuesta -, identificándose un comienzo y final del período de amparo de dichas/os NNA.

A partir de esta situación presentada generamos dos líneas de posibles soluciones;

* en referencia a la privación de libertad de esa referencia adulta de protección y cuidado para el grupo de NNA.
* en referencia a las respuestas brindadas por INAU a la hora de brindar respuesta dentro de su sistema de amparo y protección.

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), apartado “Relaciones sociales y ayuda pospenitenciaria” en la Regla Nº 106 se indica que *“Se velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia que redunden en beneficio de ambas partes*”[[1]](#footnote-1); sin hacer mención a las formas de dicho relacionamiento ni al abordaje de situaciones como las planteadas en esta propuesta. Esto entendemos que explicita la función de protección y cuidado que cumplen las mujeres en nuestra sociedad, quedando de manifiesto en las recomendaciones antes mencionadas y demostrando la necesidad de un abordaje diferenciado en el tratamiento y en la jurisprudencia necesaria para el mismo.

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes - Reglas de Bangkok - son normas referentes en la materia en el sistema internacional de los derechos humanos, que si bien no tienen naturaleza convencional tienen una reconocida densidad como normas referentes para la incorporación de los principios de derechos humanos en los ordenamientos nacionales, señalan la pertinencia de encontrar alternativas a la prisión cuando el interés superior del niño esté en juego.

Allí se manifiesta que las mujeres privadas de libertad y en especial aquellas de mayor vulnerabilidad y con hijos o personas a su cargo, requieren una particular atención y asistencia eficiente. El documento invita a los Estados Miembros a que *“tengan en consideración las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres reclusas al elaborar la legislación, los procedimientos, las políticas y los planes de acción correspondientes, y a que utilicen, según proceda, las Reglas de Bangkok”[[2]](#footnote-2).*

También resalta que, *“al dictar sentencia o decidir medidas previas al juicio respecto de una mujer embarazada o de una persona que sea la fuente primaria o única de cuidados de un niño, se debería dar preferencia a medidas no privativas de la libertad, de ser posible y apropiado, e imponer condenas que supongan privación de la libertad cuando se trate de delitos graves o violentos”[[3]](#footnote-3).*

La Regla N° 57 señala que *“Las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas*”. En la misma línea, la Regla N° 59 indica que *“En general, se utilizarán medios de protección que no supongan privación de la libertad, como albergues administrados por órganos independientes, organizaciones no gubernamentales u otros servicios comunitarios, para brindar protección a las mujeres que la requieran. Se aplicarán medidas temporales de privación de la libertad para proteger a una mujer únicamente cuando sea necesario y lo haya solicitado expresamente la interesada, y en todos los casos bajo la supervisión de las autoridades judiciales u otras autoridades competentes. Se dejarán de aplicar esas medidas de protección si se opone a ellas la interesada”*.

La Regla N° 64 expresa que *“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”[[4]](#footnote-4).*

En suma, las Reglas presentadas anteriormente indican la pertinencia de encontrar alternativas a la prisión cuando el interés superior del niño esté en juego; tal como se desarrolla en *“Informe especial y Recomendación de dispositivos de prisión domiciliaria asistida para madres con hijos menores a su cargo”* de la Oficina Comisionado Parlamentario.

En este sentido la Opinión Consultiva 21/14, párrafo 158 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que *“cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños”[[5]](#footnote-5),* tal como presentamos en nuestra Situación Problema.

Es oportuno resaltar que según estudios realizados por el Comisionado Parlamentario *“Informe especial: prisión domiciliaria asistida para madres con hijos a su cargo en el proceso penal”*  en los últimos 12 meses (Setiembre 2020 a Setiembre 2021), la población privada de libertad en nuestro país aumentó el 9%, mientras que la población de mujeres privadas de libertad creció el 26%. Al mismo tiempo se observa que los delitos por los que están en prisión tienen que ver en su mayoría con el comercio de estupefacientes o con otros delitos donde no media la violencia física. El perfil no violento de estas personas se confirma con los diagnósticos OASys, en donde se detectan riesgos bajos de daño o de conflictividad.

Evidentemente, esto conlleva un deber de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia.

En relación con lo anteriormente expuesto, AIDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas) recomienda para el caso de mujeres embarazadas, madres lactantes y con niños y/o niñas a su cargo, agotar todas las posibilidades alternativas a la privación de libertad y comprobar si las razones presentadas por las autoridades para descartarlas se basan en motivos fundados y razonables. Es así como entonces instan a la aplicación de medidas alternativas, en sustitución del ingreso en centro carcelario, sobre la base del principio del interés superior del niño/a.

Analizando estos factores es pertinente, tal como amerita la legislación uruguaya, evaluar la posibilidad de: un aplazamiento de la pena en tanto se atiendan los factores antes mencionados, la posibilidad de medidas alternativas y la posibilidad de una prisión domiciliaria.

Cuando la pena “trasciende” a la persona a quien se aplica, su impacto alcanza a personas allegadas y a su cargo, con efectos negativos de larga duración.

El Art. 228 del Código de Proceso Penal señala:

* “Art. 228.1:Para decidir acerca de la imposición o en su caso la sustitución o la cesación de la prisión preventiva, el juez le asignará especial relevancia a los siguientes elementos de juicio: a) necesidad de atender circunstancias familiares o especiales del imputado que hicieran evidentemente perjudicial su internación inmediata en prisión; b) imputadas en estado de gravidez a partir del quinto mes de embarazo o madres que estén amamantando durante el primer año de lactancia; c) imputados afectados por una enfermedad que acarree grave riesgo para su vida o salud, extremo que deberá ser acreditado por el informe pericial correspondiente; d) imputados mayores de setenta años cuando ello no involucre riesgos considerando las circunstancias del delito cometido.
* 228.2: El juez ordenará la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial adecuado cuando se acredite por informe pericial que sufre una grave alteración de sus facultades mentales que acarree grave riesgo para su vida o salud”[[6]](#footnote-6).

La prisión domiciliaria y penas sustitutivas también son aplicable en la etapa de ejecución de la pena por remisión expresa de los Art. 304 y 305 Código Procesal Penal.

En consonancia con la presentación de nuestra propuesta, y acercándonos a los marcos internacionales de Derecho, consagrado por la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, hacemos referencia al mandato de cuidar “el interés superior del niño”, el cual como dijimos anteriormente también debe ser tenido presente a la hora de la ejecución penal cuando hay procesos o penas que los afectan.

Esto implica que en los casos de condenas a sus referentes significativos, es necesario analizar el impacto que esta condena pueda tener en estos sujetos de derecho que serán indirectamente afectados y si esta condena impacta afectando su interés superior debería ser tenido en cuenta a los efectos de modificar, corregir o subsanar este impacto negativo.

Apoyándonos en lo propuesto por el Comisionado Parlamentario; “*este interés superior es un concepto que exige revisión permanente e individual y en el caso de referente significativo con condena de prisión debería ser evaluado teniendo en cuenta al menos tres opciones: a) la posibilidad de sustituir la privación de libertad por otra medida en función del interés superior del niño; b) la opción de fomentar e impulsar el desarrollo de medidas alternativas que permitan un adecuado cumplimiento de la pena y un acompañamiento de ese grupo familiar; c) la opción de permanecer con sus hijos en instituciones adecuadas para su desarrollo y de promover el contacto familiar en caso de que no esté especialmente contraindicado. Estas tres opciones deberían tenerse en cuenta en cada caso que un referente significativo sea condenado acentuando la aplicación rigurosa de los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la pena*”[[7]](#footnote-7).

También desde la perspectiva del interés superior del niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas dispuso en 2010 las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidados de los niños” en su artículo 48: “Cuando el único o principal cuidador del niño pueda quedar privado de libertad a causa de su ingreso en prisión preventiva o de su condena a una pena de prisión, deberán 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”[[8]](#footnote-8).

El derecho a la familia, sea la que sea la naturaleza y características de la misma, pero siempre identificable como el ámbito de crianza, afecto y socialización esencial para el desarrollo de las capacidades humanas, es reconocido por diversas normas, entendiéndose como aceptable la separación del niño de ese ámbito natural de protección y crecimiento cuando existen factores insuperables que hacen inviable el mantenimiento de esa convivencia de manera temporal o total.

La importancia de cuidar ese derecho del niño y niña a realizar el máximo esfuerzo posible para cuidar sus vínculos familiares y mantenerlos salvo existan fundados motivos que lo desaconsejen o impidan, está recogido en la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. La Observación General N° 5 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas convoca a los Estados a tener una atención permanente sobre las decisiones que pueden afectar a los niños o niñas, incluyendo las decisiones judiciales y la legislación: *“Todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales han de aplicar el principio de interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten*”[[9]](#footnote-9)

Al mismo tiempo, y agotados los recursos para evitar la privación de libertad de esa referencia adulta para grupo de hermanos/as, es que nos centramos en nuestra segunda sugerencia; la no separación de dicho núcleo de NNA.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas al interpretar lo establecido en la Convención de Derechos del Niño, destaca la relevancia especial del derecho de los niños a ser oídos. Expresa que este derecho forma parte de uno de los cuatro principios generales del Convenio, junto al derecho a la no discriminación, a la vida y al desarrollo y a la consideración primordial del interés superior del niño. Asimismo, resalta que la observancia del derecho a ser oído no es discrecional sino que constituye una obligación jurídica de los Estados, que deben garantizar su observancia sistemática en los procesos judiciales (Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, 20/07/09; párrs. 2, 15 y 49)”.

El 21 de abril del 2021, se llevó a cabo la Audiencia Pública convocada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enfoques diferenciados en materia de privación de libertad. Durante la misma, por primera vez en la historia de la Corte, participaron adolescentes en una Audiencia pública. Allí los/as propios/as adolescentes - y en representación de Niños y Niñas - dieron su voz en la Audiencia Pública de la Corte Interamericana, poniendo de manifiesto los impactos y vulneraciones a los que se ven expuestos los Niños Niñas y Adolescentes con referente adultos privados de libertad.

La Convención sobre los Derechos del Niño y a nivel Nacional el Código de la Niñez y Adolescencia incorporan dos principios centrales para considerar cualquier situación que involucra a los niños, niñas y adolescentes recogidos en los artículos 3 y 12 de la Convención que imponen una lectura conjunta y articulada del texto y son: el sustento de la consideración del niño como sujeto de derechos y su interés superior como principio rector: “

Además, el Art. 3.1 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”*[[10]](#footnote-10).

El Art. 12.1 propone que *“los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”[[11]](#footnote-11)*. Si bien esto lo hemos manifestado atendiendo a la necesidad de generar medidas alternativas; también hacemos referencia en este punto ya que entendemos que dicho interés superior debe ser tenido en cuenta a la hora de generar propuestas de convivencia dentro del sistema de protección de INAU.

El interés superior conduce a los Estados a tener que imponerse un marco general de obligaciones para que efectivamente se convierta en una consideración primordial en toda decisión que concierne a un niño, un grupo de niños hermanos/as y atender a su no separación como consecuencia del encarcelamiento de su único/a referente adulto/a. Junto a la determinación del interés superior, los Estados también deben escuchar qué tienen para decir el o los niños, niñas y adolescentes.

Otra de las recomendaciones se vincula a la situación de la institucionalización del grupo de NNA cuya referencia de protección y cuidado ha sido encarcelada.

Actualmente el sistema de protección contempla la integración de NNA hermanos/as en hogares de INAU en función de su edad cronológica lo que conlleva a la separación y suma al efecto generado por la situación de privación de libertad de uno de sus referentes afectivos, la desestructuración familiar y la institucionalización.

Actualmente tampoco el Programa Familia Amiga que busca que todos los NNA puedan ejercer su DD a vivir en familia, contempla dar una respuesta diferencial frente a esta situación especìfica, ya que si el grupo de NNA es numeroso y de diferentes franjas etareas, generalmente no se cuentan con Familias que los reciban.

Esta respuesta actual no estaría alineada a lo establecido en los estándares tanto internacionales como nacionales que contemplan el Interés Superior del NNA y el Derecho a vivir en Familia, lo que exige la responsabilidad de buscar respuestas que garanticen los derechos de los mismos. A lo que proponemos la generación de nuevas propuestas que atiendan dicha situación así como la adecuación del Programa “Familia Amiga” a dichas situaciones para contar con familias de acogida que brinden atención a NNA durante el periodo de tiempo específico, acorde a la Pena de la referencia adulta de cuidado y protección de dicho grupo de hermanos/as.

**Equipo de Trabajo:**

Rodríguez, Ramiro

Silveira, Mariana

García, Santiago

1. Naciones Unidas (s/f). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela).* Recuperado de https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/DocumentosCPP/Reglas%20Nelson%20Mandela.pdf [↑](#footnote-ref-1)
2. Naciones Unidas (s/f). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).* Recuperado de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/bangkokrules.aspx [↑](#footnote-ref-2)
3. Naciones Unidas (s/f). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).* Recuperado de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/bangkokrules.aspx [↑](#footnote-ref-3)
4. Naciones Unidas (s/f). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).* Recuperado de https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/bangkokrules.aspx [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) *Opinión Consultiva 21/14.* Recuperado de https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf [↑](#footnote-ref-5)
6. Código del Proceso Penal (2017) Recuperado de https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014 [↑](#footnote-ref-6)
7. Comisionado Parlamentario (2021)*Informe especial: prisión domiciliaria asistida para madres con hijos a su cargo en el proceso penal.* Recuperado de https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/DocumentosCPP/informe\_especial\_sobre\_la\_pertinencia\_de\_la\_prision\_domiciliaria\_asistida\_para\_madres\_con\_hijos.pdf [↑](#footnote-ref-7)
8. Naciones Unidas (2010). *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.* Recuperado de https://www.ohchr.org [↑](#footnote-ref-8)
9. Comité de los Derechos del Niño (2003) *Observación Genral Nª 5.* Recuperado de https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/ [↑](#footnote-ref-9)
10. Código de la Niñez y la Adolescencia (2004) Recuperado de https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004 [↑](#footnote-ref-10)
11. Código de la Niñez y la Adolescencia (2004) Recuperado de https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004 [↑](#footnote-ref-11)