

El reciente informe del Comité de los Derechos del Niño sobre la situación de la niñez en Argentina.

Lxs niñxs con padres encarceladxs y un reclamo a la Justicia penal históricamente desoído

Silvia Zega¹

SUMARIO: I.- El Comité de los Derechos del Niño y su Observación Final n° 7 respecto de nuestro país; II.- Comité de los Derechos del Niño, niñxs con padres encarcelados y Justicia penal; III.- Algunas vías posibles para el cumplimiento por parte de la Justicia penal de lo requerido por el Comité; IV.- Algunas experiencias en ámbitos judiciales que buscan garantizar en el proceso penal la protección de derechos de lxs niñxs con padres encarceladxs; V.- Conclusión

RESUMEN: Pocas semanas atrás el Comité de los Derechos del Niño emitió un lapidario informe sobre la situación de la niñez en la Argentina. Muchos fueron los aspectos señalados en dicho reporte de los que se hicieron eco los medios de

¹Abogada, Lic. en Servicio Social, Esp. En Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles. El presente artículo se nutre de ideas desarrolladas en la tesis -en elaboración- “Encarcelamiento materno y niños/as extramuros. Una perspectiva jurídica”, de la autora, para la Maestría en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, Facultad de Derecho, UBA

comunicación; la resolución de la mayor parte de ellos depende de decisiones del Poder Ejecutivo. Pero un señalamiento pasó desapercibido: el relativo a la falta de políticas públicas específicas que garanticen a lxs niñxs con padres encarceladxs la protección de sus derechos y su participación activa en el proceso penal seguido a sus padres. El tema no sólo pasó desapercibido en los medios; hace años que pasa desapercibido para el fuero penal, también obligado a sus propias políticas públicas judiciales y responsable -en virtud del ejercicio de sus legítimas funciones- del encarcelamiento de dichxs adultxs. El presente artículo aborda esa falencia, propone algunas líneas de actuación para remontarla y consigna algunas experiencias ya implementadas a tal fin en ámbitos penales del sistema judicial.

PALABRAS CLAVE: Comité de los Derechos del Niño - examen periódico a Argentina - niñxs de padres encarceladxs - políticas públicas judiciales - fuero penal

I.- El Comité de los Derechos del Niño y su Observación Final nº 7 respecto de nuestro país

El 19 de setiembre pasado el Comité de los Derechos del Niño presentó un durísimo informe sobre la situación por la que atraviesan niños, niñas y adolescentes en Argentina².

Cabe señalar que el Comité es el organismo de las Naciones Unidas encargado de monitorear, mediante exámenes periódicos, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes al ratificar dicho tratado³. Vale recordar también

² CRC/C/ARG/CO/7 Disponible en <https://drive.google.com/file/d/19YHodYHlKb9qdoWmtY4gJkRaZi3A96lZ/view?usp=sharing>. Aún sin traducción oficial al español. Traducción oficiosa disponible en: <https://drive.google.com/file/d/14NscVyt3W8eAD9AJ0EZh4EkxYgHO8O1T/view?usp=sharing>

³ Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:
 - a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;
 - b) En lo sucesivo, cada cinco años.

que nuestro país ratificó esa norma superior el 27 de setiembre de 1990 mediante Ley 23.849, obligándose así a someterse a dicho monitoreo respecto de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a los derechos consagrados en la Convención y del progreso en la aplicación y goce de esos derechos por parte de niños, niñas y adolescentes.

Para elaborar tales documentos el Comité revisa la información presentada por los Estados Partes⁴, por otros organismos competentes y por organizaciones de la sociedad civil⁵ y emite una Observación Final sobre el resultado del monitoreo, en la que expresa sus preocupaciones y efectúa sus recomendaciones. Sobre el progreso en la implementación de éstas el Estado Parte volverá a rendir cuentas en el término de 5 años.

En el informe del 19 de setiembre pasado, que reviste el carácter de Observación Final, El Comité consigna su preocupación por el alto grado de pobreza que sufren lxs niñxs en nuestro país, el alarmante aumento de su inseguridad alimentaria, la “continua y drástica disminución de las asignaciones presupuestarias para la infancia” y el cambio institucional de organismos que velan por sus derechos por organismos de menor rango. En punto a ello, insta a que con urgencia se aumenten las asignaciones presupuestarias destinadas a la niñez, las que debieran abarcar presupuesto para capacitación del personal, infraestructuras adecuadas y programas de prevención, atención integral y cuidado. Promueve la adopción de medidas urgentes vinculadas a la coordinación inter-sectores, jurisdicciones y organismos, e insta a adoptar medidas también urgentes respecto de niñxs privadxs de un entorno familiar, lxs niñxs con discapacidad, lxs de comunidades indígenas y lxs sujetos a la administración de la justicia de menores (recomendando, en este caso, abstenerse de disminuir la edad mínima de responsabilidad penal por debajo de los 16 años para todo tipo de delitos). De todo ello se hicieron eco los principales medios de comunicación de alcance nacional⁶.

⁴ Comité de los Derechos del Niño. Séptimo informe periódico que la Argentina debía presentar en 2024 en virtud del artículo 44 de la Convención https://drive.google.com/file/d/1-s7AEQRK5WBGjzubQKJAar_FK8OyEXwR/view?usp=sharing

⁵ Aún sin publicación oficial. <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc>

⁶-“Es escandaloso”: duro informe de Naciones Unidas sobre la situación de los chicos argentinos y las políticas de niñez del Gobierno - La Nación - 19-09-2024 <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/es-escandaloso-duro-informe-de-naciones-unidas-sobre-la-situacion-de-los-chicos-argentinos-y-las-nid19092024/>

La mayor parte de los señalamientos y llamamientos de la Observación Final en trato apuntan a resortes del Poder Ejecutivo. Pero hay en ella una cuestión que no fue registrada por aquellos medios: la preocupación del Comité por lxs derechos de lxs niñxs con padres encarceladxs y sus recomendaciones al respecto. Además de renovar su histórica preocupación por “niñxs privadxs de su entorno familiar”⁷, en

-Un durísimo informe de la ONU arrincona al Gobierno por la "escandalosa" pobreza infantil - Perfil - 19-09-2024

<https://www.perfil.com/noticias/actualidad/durisimo-informe-onu-cuestiona-gobierno-escandalosa-pobreza-infantil.phtml>

-Observaciones del Comité de los Derechos del Niño: ¿le importan a Milei? Clarín - 19-09-2024

https://www.clarin.com/opinion/observaciones-comite-derechos-nino-importan-milei_0_ZdWBPL7lgC.html?srsltid=AfmBOoqhA429SmrndSz9E7Uq34oSyHRCdD6WuuKK4w88AAjOjyFIC4bh

-La ONU publicó un informe crítico sobre la situación de los niños en la Argentina - Infobae - 19-09-2024

<https://www.infobae.com/sociedad/2024/09/20/la-onu-publico-un-informe-critico-sobre-la-situacion-de-los-ninos-en-la-argentina/>

-Fuerte crítica de la ONU al gobierno de Milei por los retrocesos en los derechos de la niñez Página 12 20-09-2024

<https://www.pagina12.com.ar/768717-fuerte-critica-de-la-onu-al-gobierno-de-milei-por-los-retroc>

⁷ Entre lxs niñxs señalados genéricamente “niñxs privadxs de su entorno familiar” ocupan un lugar numéricamente destacado lxs niñxs de padres encarceladxs, quienes se hallan en algunos casos totalmente privadxs de dicho entorno y en otros privadxs parcialmente de éste

Las escasas investigaciones llevadas a cabo en nuestro país en 2014- 2016 y en 2017 presumían un número entre 132.000 y 143.000 niños/as con referentes afectivos relevantes privados de la libertad: Cadoni, L. Rival, J.M., Tuñón (2019). *Infancia y Encarcelamiento. Condiciones de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres o familiares están privados de libertad en la Argentina. Informe especial*. EdUCA.

<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-BDSI-Informe-Especial-Infancias-y-Encarcelamiento.pdf> y Procuración Penitenciaria de la Nación (2019) en colaboración con las ONGs Church World Service (CWS) y Asociación Civil de Familiares de Detenidos (ACIFAD) y con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF): *Más allá de la prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro* <https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf>

La actualización posterior de una de dichas investigaciones estimaba que la cantidad había crecido aproximadamente a 217.000: Cadoni, L., Sánchez, M.E., y Tuñón, I. (2021). *Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES*. EdUCA

<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2021/2021-OBSERVATORIO-Informe%20Especial-Vulnerabilidades-afectan-NNAPES-VE.pdf>

En 2023 la cantidad de ellos que tenían al menos uno/a de sus progenitores detenido/a era estimada entre aproximadamente 164.000 y 205.000 (datos actualizados por el investigador

esta Observación Final el Comité aborda específicamente el tema de lxs niñxs con progenitores privadxs de la libertad. Y tras poner énfasis en su derecho a la visita y los obstáculos advertidos para su satisfacción, insta al Estado Argentino a *“Desarrollar una política pública específica que aborde la situación particular de los niños con padres privados de libertad, garantizando la protección de sus derechos y su participación activa en el proceso”*⁸

Diversas son las medidas que podrían adoptarse en el ámbito del Poder Ejecutivo para garantizar los derechos específicos de estxs niñxs⁹, los que se hallan en riesgo por la separación, -aunque legítima, abrupta y forzada- de aquellos que le proveían cuidado. También desde el Poder Legislativo podrían dictarse normas para su mejor protección¹⁰.

Luciano Cadoni, en base a datos de World Prison Brief, disponibles en <http://www.prisonstudies.org>.

⁸ *Hijos de padres encarcelados 32. Preocupado por los obstáculos que encuentran los niños que visitan a sus padres, como la escasa accesibilidad, las largas colas y los registros invasivos, el Comité recomienda al Estado Parte que (a) Desarrollar una política pública específica que aborde la situación particular de los niños con padres privados de libertad, garantizando la protección de sus derechos y su participación activa en el proceso; (b) Proteger y garantizar los derechos de visita de los hijos de progenitores encarcelados, por ejemplo aumentando la frecuencia y duración de las visitas, proporcionando locales de reunión adecuados y adaptados a los niños y eliminando las restricciones al número de visitantes simultáneos.*

⁹ En el ámbito de los poderes ejecutivos existen algunas pocas experiencias dirigidas específicamente a atender la protección y restitución de derechos de estxs niñxs. Ellas se desarrollan en la Dirección de Acceso a Derechos de Personas Detenidas y sus Familias del Municipio de Morón y en la Dirección de Promoción y Protección de Derechos de Personas en situación penal del Municipio de La Matanza. La ex-SENAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del ex-Ministerio de Desarrollo Social) contaba con un Programa Integral de Derechos de Niñas y Niños con Referentes Afectivos Privados de la Libertad. En la nueva estructura funcional del Ministerio de Capital Humano, la tarea de “protección de derechos de niños, niñas y adolescentes con referentes afectivos privados de libertad” aparece sólo como uno de los 9 ejes de acción del área Niñez y Adolescencia - Protección de Derechos de la Subsecretaría de Políticas Familiares.

¹⁰ El artículo 11 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes contempla el derecho de éstos “a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres (...) aun cuando (...) pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia (...) salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño”.

Pero ¿y el Poder Judicial? ¿No es éste, acaso, parte del Poder del Estado Parte? ¿No se halla sujeto a las mismas obligaciones que caben a los otros poderes del Estado respecto de los derechos de lxs niñxs?¹¹ ¿No debiera, entonces, desarrollar también una política pública judicial respecto de esta problemática?

II.- Comité de los Derechos del Niño, niñxs con padres encarcelados y Justicia penal

No es ésta la primera vez que el Comité de los Derechos del Niño advierte sobre el deber de la Justicia penal de tener en mira los derechos de lxs niñxs de padres encarceladxs; lo ha hecho en anteriores Observaciones Generales destinadas a todos los Estados partes¹².

En 2011, asimismo, convocó a representantes de gobiernos, organismos especializados y expertos a debatir sobre los derechos y necesidades específicas de

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 2

1. **Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna,** independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. **Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres,** o sus tutores o de sus familiares.

(la negrita es propia).

¹² Observación General No. 7 “Aplicación de los derechos del niño en la primera infancia”⁵⁸ “36. (...) b) Niños sin familia (arts. 20 y 21). Los derechos del niño al desarrollo se ven en grave riesgo cuando dichos niños [...] sufren interrupciones de largo plazo en sus relaciones o separaciones (por ejemplo, debido a (...) encarcelamiento de los padres” (...)
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf>

Observación general N° 14 “Sobre el derecho del niño a que se tenga en cuenta su interés superior como consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”

(...) “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” Y alienta: “Véanse las recomendaciones del día de debate general sobre los hijos de padres encarcelados (2011)”.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&L_ang=en

los niños afectados por el sistema de justicia penal con motivo del encarcelamiento de sus responsables; ello, con el fin de generar para los Estados partes orientaciones sobre políticas y prácticas relativas a esa temática. Estas fueron volcadas a un informe destinado a los Estados suscriptores¹³; en este el Comité estableció los momentos procesales en los que resulta necesario tener en cuenta la existencia de niños que dependen de personas privadas de libertad y efectuó respecto de cada uno de ellos recomendaciones para morigerar su impacto sobre los niños¹⁴.

De aquel debate fue parte una experiencia realizada por una cámara penal de nuestro país para la protección de derechos de niños a cargo exclusivo de las

¹³ Rights of the Child, 30 September 2011, Report and Recommendations of the Day of General Discussion on “Children of Incarcerated Parents”:

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>

Sin traducción oficial. Traducción realizada por la Plataforma NNAPes:

<https://www.nnapes.org/wp-content/uploads/2021/09/COMITE-DE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-30-de-septiembre-2011.pdf>

Grupo de Trabajo 2 “Los niños que quedan fuera cuando un padre/madre es privado de libertad” párrafo 20

¹⁴ “I. Antecedentes, 2. I.; las etapas del proceso de justicia penal, incluida la detención, la investigación, las medidas previas al juicio, el juicio y la sentencia, encarcelamiento, liberación y reintegración en la familia y la comunidad”. El párrafo 18, relativo a “niños que quedan fuera” puntualiza, además, como problemáticas específicas de este grupo, el “contacto con el padre encarcelado” y el “apoyo a los niños que viven separados de sus padres encarcelados” y “III Recomendaciones.”

En la misma línea, La Organización de Estados Americanos (OEA), por vía del Instituto Interamericano del Niño, La Niña y Adolescentes (IIN) -su organismo especializado para la temática de niñez- y con el concurso con la Plataforma NNAPes, elaboró un nutrido conjunto de recomendaciones generales a los estados miembros destinadas a “visibilizar la situación, a ordenar y coordinar la intervención de las instituciones involucradas”, entre ellas la Justicia penal. Allí también se identifican distintos momentos procesales de mayor riesgo de afectación para los derechos de los niños y se insta a establecer protocolos de actuación respecto de cada uno de ellos.

IIN-OEA (2019) Pautas para la Promoción y Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes con Referentes Adultos Privados de la Libertad. Orientaciones técnicas.

https://issuu.com/institutointeramericanodelninolanin/docs/ot_iin_-_nappes_-_29_agosto.

Versión Resumen:

<http://iin.oea.org/pdf->

<iin/publicaciones/2019/Pautas%20para%20la%20promocion%20y%20proteccion%20integral%20-IIN%20-%20NAPPES%20Versión%20amigable.pdf>

personas privadas de libertad sujetas a su jurisdicción¹⁵. Aunque el referido Informe es contundente y la experiencia debatida fue calificada como “buena práctica posible”¹⁶ la cuestión de lxs niñxs cuyas vidas se ven atravesadas por decisiones judiciales dictadas respecto de sus responsables continuó invisible a los ojos de la Justicia penal.

El 25 de noviembre de 2019, en el fallo “López y otros” nuestro país fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros fundamentos, por la ceguera judicial respecto de derechos de niñxs vulnerados por medidas adoptadas respecto de sus padres encausados penalmente¹⁷. Poco después señalábamos que desde su creación el Comité de los Derechos del Niño había efectuado en sus Observaciones Finales a distintos países señalamientos relativos a violaciones de derechos de niñxs cuyos padres se hallaban privadxs de la libertad¹⁸.

¹⁵ Presentación disponible en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WSDGD2011.aspx>

¹⁶ Robertson, Oliver (2012) Quaker United Nations Office, Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011, disponible en: https://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Collateral%20Convicts_Recommendation_s%20and%20good%20practice.pdf

¹⁷ La controversia versó sobre la responsabilidad del Estado por el traslado de personas privadas de la libertad -dos de las cuales eran padres de menores de edad- a unidades penales muy lejanas de los hogares en que residían sus familiares, entre ellos sus niñxs, de las autoridades de ejecución penal y de sus defensores.

Nuestro país fue hallado responsable, en perjuicio de lxs familiares adultxs, de la violación de los derechos a la integridad personal, a la prohibición de que la pena trascienda de la persona del delincuente, a no sufrir injerencia arbitraria a la vida privada y de su familia, y al derecho a la familia, y de tales violaciones en relación al artículo 19 de la Convención Americana respecto de lxs niñxs. La Corte entendió que la separación” revistió especial gravedad” porque se afectaron derechos de lxs niñxs (párr 159) y puso de resalto específicamente la responsabilidad de los jueces por “no haber llevado a cabo un examen” de esa situación al resolver (párr 170 y 173).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf

Posteriormente la Corte reiteraría esos criterios en el fallo “Valencia Campos vs Bolivia” https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_469_esp.pdf

¹⁸UN Treaty Body Database

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5

Y poníamos de resalto que no había habido aún llamados de atención de ese tenor a nuestro país¹⁹.

Bueno.... ahora lo hay.

III.- Algunas vías posibles para el cumplimiento por parte de la Justicia penal de lo requerido por el Comité

Lxs niñxs son personas especialmente vulnerables y aquellos que dependen de personas encarceladas lo son aún más. Lo que en los distintos momentos procesales se resuelve respecto de sus responsables impacta sobre ellos y la organización de sus vidas de un modo diferente y a veces más gravoso que sobre lxs adultxs²⁰. Muchas de esas decisiones pueden vulnerar sus derechos, sin que la Justicia penal se percate. Pese a ello, respecto de esas decisiones lxs niñxs no tienen voz; su existencia ni

¹⁹ Zega, S. (2021) *Niñxs a cargo exclusivo de personas detenidas. Lxs niñxs invisibles de la Justicia penal argentina*. pág. 21

<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49668-ninxs-cargo-exclusivo-personas-detenidoas-ninxs-invisibles-justicia-penal-argentina>

²⁰ Acerca del impacto del encarcelamiento parental sobre lxs niños a lo largo del proceso penal, además de las investigaciones citadas en nota 7 supra, pueden consultarse, entre otras:

-Zega, S. y Mendizábal, A. (1996). *Hijos de madres presas: los niños invisibles*.

https://repositorioubu.sisbi.uba.ar/gsd/collect/adrespe/index/assoc/HWA_3159.dir/3159.PDF

-Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Church World Service y Gurises Unidos Uruguay (2014). *Invisibles: ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe*.

<http://www.nnapes.org/docs/Invisibles-hasta-cuando.pdf>

-Giacomello, C. (2019) *Niñez que cuenta: el impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*. CWSLAC.

<http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/es>

-Manquel, V. (2019). *El derecho a materner de las personas presas: estrategias de vinculación de las personas madres detenidas con sus hijos/as fuera de la prisión*. Revista Descentrada; vol. 3 n° 2.

<https://www.descentrada.fahce.unlp.edu.ar/article/view/DESe087/11175>

-Giancarelli, M. (2021). *Los sentidos de la maternidad desde el encierro punitivo. Modalidades de vinculación de las personas madres privadas de la libertad con sus hijas e hijos fuera de la prisión*. Universidad de Barcelona.

https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/181099/1/TFM_GiancarelliMaia.pdf

-Zega, S (2023) *Justicia penal de adultos La dadora menos pensada de los Derechos del niñx*. en “Tristes tópicos judiciales: el trabajo de la justicia penal más allá de los lugares comunes” Juan José Nardi ... [et al.] ; compilación de Ezequiel Kostenwein - 1a ed. - La Plata: EDULP, pp 406-435.

http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/148168/Documento_co%20mpleto.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed

siquiera es advertida, aún por aquellos operadores comprometidxs con la salvaguarda de los derechos de las personas en los procesos penales. En éstos, esxs niñxs son invisibles.

Es cierto que gran parte de las vulneraciones de derechos sufridas por lxs niñxs de padres encarcelados en los procesos penales provienen de acciones de las fuerzas de prevención y/o de los servicios penitenciarios. Pero, son los órganos jurisdiccionales los que rigen el proceso; las fuerzas preventivas actúan a sus órdenes y son tales órganos los que dictan las privaciones de libertad y supervisan su ejecución. De modo más directo o menos directo, esas vulneraciones son su responsabilidad.

Queda claro que esxs niñxs no se hallan sujetos a la jurisdicción de lxs jueces penales ante quienes tramitan las causas seguidas a sus padres, ni deben estarlo. La protección y restitución de sus derechos económicos, sociales y culturales tales como salud, educación, vivienda, son materia de los organismos protectores del Poder Ejecutivo, no de lxs jueces penales. Pero ello no obsta a que lxs niñxs sean tenidos en cuenta por dichxs jueces cuando adoptan decisiones respecto de sus responsables que los afectan, impactando de modo relevante sobre sus vidas²¹.

²¹ Son muy escasas las investigaciones y desarrollos conceptuales enfocados al rol y los deberes de la Justicia penal respecto de lxs niñxs con padres encarceladxs. Entre ellos podemos consignar:

- Rodríguez, Yamila. (2018). *El interés superior del niño y los fines de la pena. Los derechos de los niños y de las niñas dependientes de personas presas*
<https://www.researchgate.net/publication/332704585> El interes superior del nino y los fines de la pena Los derechos de los ninos y de las ninas dependientes de personas presas
- Masola, María Belén (2020) *La responsabilidad del Estado argentino en las repercusiones que produce el sistema penal sobre los niños, niñas y adolescentes con padres encarcelados*
<https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/160777/1/TFM%20Mari%20Bel%20Bele%20%20%20Masola%20%281%29.pdf>
- Pineda, Aníbal (2021) *Una nueva mirada del Poder Judicial sobre los niños de padres encarcelados.*
<https://www.pablyca.org/contenidos/hacia-una-nueva-mirada-del-poder-judicial-sobre-los-ninos-de-padres-encarcelados/>
- Zega, S./Fabiano, R. (2023) *La cárcel y su impacto vicario sobre niños/as y adolescentes ajenos/as al proceso penal* Prisiones Revista digital del Centro de Estudios de Ejecución Penal Universidad de Buenos Aires n° 4 vol 2 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-ceep/articulos/R-Prisiones-CEEP-2023-04-08-ZEGA.pdf>
- Zega, S. (2023) nota 20, supra

¿Cómo impulsar un proceso de cambio que lleve a nuestra Justicia penal a asumirse como un pilar esencial en la ingeniería estatal obligada a proteger los derechos de lxs niñxs que entran en contacto con el sistema penal, aunque ellxs lo hagan de formas hasta ahora imprevistas por no ser imputadxs, ni víctimas -en el sentido en que tradicionalmente hemos concebido a éstas²²- ni testigxs en sus causas?

¿Cómo gestar en cada tribunal, en cada fiscalía, en cada ámbito de la defensa “una política pública específica que aborde la situación particular de los niños con padres privados de libertad, garantizando la protección de sus derechos y su participación activa en el proceso”, tal como el Comité nos reclama?

¿Cómo impulsar un cambio en las prácticas que visibilice a lxs niñxs con padres encarceladxs y atienda a la salvaguarda de sus derechos en el transcurso del proceso penal?

Los cambios profundos se gestan, se desarrollan y se consolidan en la mutua retroalimentación entre lo cultural y lo normativo.

²² El concepto de “víctima” es un concepto jurídicamente expansivo. Hoy se lo considera “una noción en evolución”, “una categoría jurídica en abierto”, que ha ido ampliando “tanto los parámetros de la protección debida a los justiciables, así como el círculo de personas protegidas” en consonancia con la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 30-11-2007, Voto razonado del Juez A:A: Cançado Trindade párr 58-60.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf

Cançado Trindade, Antonio (2007) La ampliación del contenido material del ius cogens.

https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacion_al_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf

Esta concepción coincide con lo definido por las Naciones Unidas en su Res. AG 40/34 de 1985) “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”: “Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”(párr 18) <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>

Ello hace necesario, por una parte, trabajar con los operadores del fuero penal en la incorporación de una “perspectiva de niñez” a su práctica cotidiana, reforzando la comprensión de que lxs niñxs no son responsabilidad sólo de los organismos especializados, sino de todxs aquellos que por su tarea entran en contacto con sus vidas. Sensibilizar y capacitar para un cambio de mirada.

Por otra parte, hace necesaria la gestación de normas, acuerdos o protocolos que orienten el actuar respecto de la escucha de lxs niñxs y la protección de sus derechos en cada uno de los momentos procesales.

Y en este orden, lo primero es “desinvisibleizar” a lxs niñxs que dependen de las personas a quienes se priva de la libertad, saber que existen, conocer si esa persona detenida, además de ser imputado/a, es padre o madre de niñxs que se hallaban bajo su responsabilidad.

Y lo siguiente es “articular”, coordinar. Todas las jurisdicciones cuentan con organismos de protección de derechos de niñxs, pero éstos no intervendrán si no son anoticiados de que existen niñxs cuyos responsables han sido encarceladxs.

Ambas funciones -ampliar la mirada del encausadx a su entorno familiar y coordinar con instancias extrajudiciales- son habituales en otros fueros, como el penal juvenil o el de familia. Pero son totalmente ajenas al expertise, la tradición y las prácticas del fuero penal.

El desafío es cambiar la mirada y normatizar las prácticas virtuosas. Así lo han entendido algunos ámbitos penales del sistema de Justicia, los que han desarrollado prácticas en tal sentido²³.

IV.- Algunas experiencias en ámbitos judiciales que buscan garantizar en el proceso penal la protección de derechos de lxs niñxs con padres encarceladxs

²³ Las experiencias consignadas son las que la autora ha podido recabar. Es posible que otros estamentos judiciales penales hayan desarrollado también prácticas virtuosas de salvaguarda de los derechos de lxs niñxs con padres encarceladxs en su contacto con el sistema punitivo, que no conozcamos. Sería fundamental que éstas, de existir, se hiciesen públicas a fin de resultar un insumo para el resto de la Justicia penal.

#. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín dictó una norma (Acordada n° 40/97)²⁴ que impone a los jueces de su jurisdicción el deber, al procederse a la detención de una persona, de averiguar si ésta tiene a su cargo exclusivo niñxs. En tal caso, se debe adoptar las medidas inmediatas para su salvaguarda, entre ellas, asegurar su entrega al cuidado de un adultx designadx por la persona detenida, y dar intervención al ámbito proteccional que resulte competente. Así se garantiza que lxs niñxs, en la gravísima circunstancia de perder la protección de sus responsables, queden al resguardo de una persona de confianza de éstxs. La derivación, acompañada judicialmente, al órgano competente asegura la debida intervención en orden a la asistencia que fuese necesaria. El tribunal emitió también, a modo de protocolo, una Guía de Pautas de Implementación de dicha norma²⁵, respetuosas del derecho de lxs niñxs a ser oídos y el de mantener el vínculo con lxs responsables detenidxs.

#. El Ministerio Público Tutelar de la CABA (MPT) estableció en 2021, como uno de sus ejes de gestión²⁶, la intervención respecto de distintas problemáticas que afectan a lxs niñxs con al menos uno de sus progenitores privado/a de la libertad. En coordinación con el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio Público Fiscal, y el Consejo de la Magistratura implementó una prueba piloto en 10 juzgados penales de la Ciudad²⁷. En ellos se consulta a las personas detenidas si tienen a su

²⁴ Acordada CFASM N° 40/97 de “Protección jurídica de menores de edad e incapaces a exclusivo cargo de personas detenidas” <https://www.csjn.gov.ar/bgd/documentos/descargar?ID=90495>

Para mayor información respecto de la norma y su implementación: “Acordada n° 40/1997 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín: una norma contra la vulneración de derechos de niñxs por medidas penales adoptadas respecto de sus responsables”, Zega S. (2020)

<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/49578-acordada-ndeg-401997-camara-federal-apelaciones-san-martin-norma-contravulneracion>

y “Abordaje interdisciplinario de NNyA al momento de la detención del adulto a cargo”

<https://www.csjn.gov.ar/bgd/verNoticia?idNoticia=4488>

²⁵ Guía orientativa para la implementación de la Ac. CFASM 40/97

<https://www.csjn.gov.ar/bgd/documentos/descargar?ID=90496>

²⁶ Ministerio Público Tutelar de CABA, Nuestras Funciones, <https://drive.google.com/file/d/1vMsnN4Uxb7lx5Afm7YluFGxtqR-1Hh8e/view?usp=sharing>

²⁷ Res AGT 209/2021 Asesoría General Tutelar de CABA. <https://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/Resoluci%C3%B3n%20AGT%20N%C2%BA%20209-2021.pdf>

Convenio Prueba Piloto y Guía de Intervención Judicial

<https://drive.google.com/file/d/1XV7yzbsNYZs2pD9KMDR0Jzysw0zP4GN1/view?usp=sharing>

cargo niñxs y, de ser así, quién ha quedado a cargo de éstxs. El Ministerio Público Tutelar, entonces, contacta al nuevx responsable, se informa de la situación y si le es requerido, realiza el acompañamiento necesario para la protección y restitución de derechos de lxs niñxs, principalmente, salud, educación, identidad, seguridad social y alimentación. Conforme los requerimientos de cada caso, articula a ese fin con organismos públicos y de la sociedad civil.

#. La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, cuando resuelve el encarcelamiento de una persona con niñxs a cargo (por ejemplo, en la denegatoria de una detención domiciliaria), ha implementado el criterio de disponer “*medidas destinadas a asegurar la contención, protección y desarrollo de sus hijos*”²⁸. En virtud de ello, impone a distintos organismos del Poder Ejecutivo (con alguno de los cuales ha firmado convenio) el deber de asegurar a lxs niñxs prestaciones efectivas a ese fin.

#. El Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles²⁹ presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación un proyecto relativo a la actuación de los jueces con competencia penal del Poder Judicial de la Nación respecto de niñxs a cargo exclusivo de detenidxs, el que reconoce como antecedente la mencionada Acordada CFASM n° 40/97. La promoción de la norma por parte del Sistema tuvo en cuenta que, aunque existen diversas normas y dispositivos protectivos “*en la mayoría de los casos los mecanismos de protección no son activados al momento de la detención debido a que el juez penal desconoce la existencia de personas en dicha situación*”. La presentación reconoce que la norma propuesta no sólo protege a aquel grupo, sino que también promueve el trabajo conjunto entre jueces penales y organismos de protección.

²⁸ Fallo CFAR “Castelli, Natalí “voto del juez Aníbal Pineda, considerandos 10-14

https://drive.google.com/file/d/1a40vr97lQVS2oGuo_N8_XDws2js7n2o2/view?usp=sharing

²⁹ El Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de Unidades Carcelarias (“Sistema de Control de Cárceles”) es un espacio interinstitucional conformado por jueces de diversas jurisdicciones territoriales e instancias, representantes del Ministerio Público Fiscal y la Procuración General de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación. Intervienen como miembros consultivos representantes del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y del Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.). Su función es monitorear contextos de privación de libertad y proponer medidas conducentes al fortalecimiento de los derechos de las personas allí alojadas o de las afectadas por la privación de la libertad de éstas.

#. La Defensoría General de la Nación realizó en 2024, en conjunto con la Procuración Penitenciaria y la Asociación Civil de Familiares de Detenidos (ACIFAD) el curso “*El impacto de la cárcel en las mujeres y niñas, niños y adolescentes con familiares presos/as*”³⁰. La actividad tuvo por fin sensibilizar y capacitar a quienes ejercen la defensa técnica de lxs imputadxs sobre diferentes aspectos del impacto de la cárcel en sus familias. Constó de 5 encuentros; del primero participaron también integrantes de defensorías de diversas provincias y el último estuvo dedicado en exclusividad a las situaciones que atraviesan lxs niñxs cuando sus responsables son encarceladxs.

V.- Conclusión

Aunque son diversas las circunstancias que pueden generar a lxs niñxs la separación de aquellos de quienes dependían, con el consiguiente impacto y el riesgo sobre sus derechos y sus vidas (enfermedad o muerte de éstxs, abandono de su parte, entre otras), el caso de lxs niñxs cuyos padres son encarceladxs difiere de los restantes en que tal situación se origina en medidas adoptadas por el Estado respecto de terceros (en este caso, dichxs responsables), por vía del Poder Judicial. El Poder Judicial no puede desentenderse de las consecuencias dañosas que sus decisiones producen sobre terceros, aun cuando tales medidas sean adoptadas en el marco de sus legítimas funciones. En este caso, además, terceros totalmente inocentes y particularmente vulnerables.

Lxs niñxs son responsabilidad de toda la sociedad, incluido -y especialmente- el Poder Judicial, el que ostenta a su respecto una responsabilidad agravada por ser el poder garante de los derechos ciudadanos

Ojalá dentro de cinco años, cuando nuestro país vuelva a ser internacionalmente monitoreado sobre respecto de sus avances o la carencia de éstos respecto de derechos de lxs niñxs de padres encarceladxs, podamos presentar muchas otras experiencias judiciales, que acerquen a nuestra Justicia penal al cumplimiento de la “*política pública específica*” que el Comité de Derechos del Niño le reclama. Los derechos de lxs niñxs se lo merecen.

³⁰PPN. *Inició el curso sobre el impacto de la cárcel en las mujeres y NNA con familiares presos/as*, 07-05-2024 <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/3602-inicio-el-curso-sobre-el-impacto-de-la-carcel-en-las-mujeres-y-nnya-con-familiares-detenido>