

Niñxs a cargo exclusivo de personas detenidas. Los niñxs invisibles de la Justicia penal argentina¹.

Silvia Zega

1.- Introducción

Este trabajo pretende recorrer el camino de la lenta y progresiva visibilización de lxs niñxs con responsables encarcelados y llamar la atención sobre las deudas de nuestra Justicia penal a su respecto. Deudas originadas en el impacto sobre lxs niñxs del accionar judicial respecto de sus adultxs responsables, y, en su mayoría, aún pendientes de saldar.

El enfoque se centrará particularmente en el momento de la detención parental. Éste, aún en casos de procedimientos muy cuidadosos, es el momento de mayor violencia para lxs niñxs, quienes se ven imprevista y forzosamente separadxs de sus responsables, sin saber qué será de sus vidas sin ellxs, ni cuándo volverán a estar bajo su protección. Pero es además el momento que cierra o abre la puerta a la posibilidad de todo tipo de violencias ulteriores, dado que lo que allí se actúe o no se actúe respecto de lxs niñxs es lo que en gran medida definirá lo que pueda acaecerles posteriormente².

En la década de 1870 se crean en nuestro país las primeras cárceles de varones y en 1890 la primera cárcel de mujeres tales como hoy las conocemos; con anterioridad habían existido otros variados contextos de encierro, destinados no exclusivamente al castigo penal³.

Es de suponer que gran parte de los miles de adutxs encarceladxs desde aquellas fechas ha tenido niñxs que dependían de ellxs. Niñxs que transcurrieron por la orilla de la privación de la libertad de aquellxs de quienes

¹ El contenido del presente artículo es parte de los estudios y reflexiones de la autora sobre la temática, algunos de los que se hallan volcados en la tesis en elaboración "Infancias y Encarcelamiento Materno" para la Maestría en Problemáticas Sociales Infanto Juveniles, Facultad de Derecho, UBA..

² Las necesidades que afectan a niñxs con referentes encarcelados son múltiples y complejas. Sus trayectorias previas y posteriores son variadas, al igual que sus potencialidades y las capacidades de respuesta de sus entornos. Quien esto escribe no desconoce que categorizar a estxs niñxs como colectivo por su situación de vulnerabilidad (en este caso, doble, por ser "niñxs", y por ser "hijxs de personas presas") los agrupa, en una simplificación de "trazo grueso", como una categoría unívoca y homogénea, omitiendo la consideración de sus diversidades. Conlleva asimismo el riesgo de cristalizarlos en una pertenencia estigmatizada. Pero el análisis de tales cuestiones excede al fin de este artículo, el que sólo pretende hacer visible el deber jurídico de protección de lxs niñxs a cargo exclusivo de personas detenidas, particularmente al momento de la detención de sus responsables; deber que se halla aún incumplido por la mayor parte de nuestra Justicia penal.

³ Caimari, Lila (2002) "Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en Argentina (1827-1930)" en "Violencias, delitos y justicias en la Argentina" Comp. Sandra Gayol, Gabriel Kessler. Buenos Aires, Ed Manantiales. Disponible en:

http://www.historiapolitica.com/datos/biblioteca/castigo_caimari.pdf

dependían, soportando sobre sí las consecuencias de las acciones y decisiones del sistema penal respecto de éstos, sin ser considerados, ni siquiera vistos.

Salvo honrosos momentos de excepción⁴ en que la mirada estatal se enfocó sobre ellxs, estxs niñxs resultaron históricamente invisibles para todas las agencias productoras y encargadas del encarcelamiento de quienes lxs tenían a su cargo.

Muchos de ellxs quedaron librados a su suerte tras la detención de tales responsables; quizá solos, quizá a cargo de algún hermanx también menor de edad, quizá recogidxs por la solidaridad de alguien del vecindario que supo del encarcelamiento parental. Nadie sabe cuántos de esxs niñxs llegaron a reconectarse con otrxs miembrxs de sus familias, ni qué fue de sus destinos.

Con el tiempo algunxs de ellxs consiguieron hacerse visibles; son lxs muy pequeñxs, respecto de quienes nuestra legislación prevé dos institutos: el alojamiento intramuros con sus madres⁵ y el arresto domiciliario de ésta⁶. Justo es poner de resalto el mérito de la Justicia penal en la creación de esta última posibilidad⁷.

Quienes exceden la edad para acceder a alguno de esos dos dispositivos de convivencia materno-filial o que, teniendo la edad, por diversos motivos no se hallan insertos en ellos, continúan, sin embargo, invisibilizados a los ojos de quienes adoptan decisiones sobre sus responsables, cuyas consecuencias trascienden a éstxs para volcarse sobre lxs niñxs.

2.- Empezando a correr el velo de la invisibilidad

En los años 1994 y 1995 realizamos junto a otra profesional, en el contexto académico, una investigación sobre la situación de lxs hijxs de mujeres presas⁸.

⁴ “Gran parte de la actividad asistencial en torno al recluso debe orientarse a su familia, sobre todo cuando hay en ella hijos menores o hermanos que estuvieron a su cargo, para sostenerlos de los peligros propios del abandono”. Del informe presentado por el Director de Institutos Penales, Roberto Pettinato en el Segundo Congreso Penitenciario Justicialista (1954) correspondiente al tema “Asistencia Social Penitenciaria y Postpenitenciaria”, Citado por Cesano, José Daniel (2010) en “*La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946 – 1955)*”, pag 11 Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45087-politica-penitenciaria-durante-primer-peronismo-1946-1955>

⁵ Ley 24.660 art 195: La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años (...) Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=37872>. Esta ley reemplazó el Decreto.ley 4212/58, cuyo art 112 establecía que la interna podría retener consigo a los hijos menores de 2 años.

⁶ Ley 24.660, art 32: El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: (...) f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo. Artículo incorporado por Ley 26.472 del 20-01-09.

⁷ Cámara Nacional De Casación Penal, Sala IV, causa n° 6667, "Abregú, Adriana Teresa s/recurso de casación", Reg. 7749.4, del 29/8/2006, disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1OfhwcexaeYoM4nRIKkrEjUtXsqbdVIUu/view?usp=sharing>

⁸ Zega, Silvia y Mendizábal, Ana “*Hijos de madres presas: los niños invisibles*” (1996) - Carrera de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, entonces dependiente del Centro de Estudios

En razón de nuestra actividad laboral ambas habíamos percibido un fenómeno nuevo en el campo de la privación de la libertad, que estimábamos vinculado a la sanción relativamente reciente de la ley 23.737 de estupefacientes: el encarcelamiento de mujeres-madres⁹.

La investigación pretendía echar luz sobre la situación afectiva y material en que quedaban sus niños, el marco jurídico específico que los amparaba en esa especial situación, de qué modo tales normas eran cumplidas por las distintas instituciones que intervenían a su respecto y en cuanto esas prácticas institucionales eran respetuosas de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰.

La mayor parte de esos objetivos no pudieron cumplirse: la investigación realizada develó la total falta de registro, por parte de las distintas agencias decisoras/efectoras del encarcelamiento materno o vinculadas a éste, de que existieran niños que se veían afectados por sus decisiones y prácticas. Esos niños resultaban invisibles a los ojos del sistema penal que llevaba a sus madres a la prisión, sin advertir en qué medida con ello incidía en sus vidas.

3.- Una norma que obligó a ver

Con anterioridad a la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹ nuestro país había asumido internacionalmente el compromiso de protección especial de todos los niños (Convención Americana sobre Derechos Humanos¹², art 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³, art. 24.1.; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴, art.

Avanzados de la Universidad de Buenos Aires, disponible en:

http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/qsdl/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=adrespe&cl=CL1&d=HWA_3159

⁹ El Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP) comenzó en 2002. Hasta entonces no había acceso público a datos penitenciarios. Un dato estadístico al respecto puede hallarse en la investigación “*Voces del Encierro. Mujeres y jóvenes encarceladas en la Argentina. Una investigación socio-jurídica*” (2006) Daroqui, Alcira et al, Omar Favale Ediciones Jurídicas, Buenos Aires. De los datos consignados en pag 34 surge que en 1990 había 287 mujeres privadas de la libertad en cárceles federales, en tanto en 1995 (al finalizar la investigación de campo) había 562.

disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20161111044343/Voces.pdf>

¹⁰ La investigación antedicha se inició habiendo transcurrido 4 años desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849, del 29-09-1990) pero en ese momento no se aún hallaba vigente la reforma de nuestra Constitución Nacional que le dio jerarquía constitucional (ley 24.430, del 14-12-1994)

¹¹ disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

¹² disponible en

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹³ disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹⁴ disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

10.3; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁵, art. VII; Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶, art. 25.2.).

La obligación que cabía al juez penal de adoptar medidas para la salvaguarda inmediata de los niños carentes de un adulto responsable en razón de una detención por él ordenada, podía deducirse de tales normas superiores. Sin embargo, en los hechos, estos niños y lo que con ellos sucediera no era tenido en cuenta por la Justicia penal al momento de la detención de los adultos.

La incorporación en el artículo 75, inc 22 de nuestra Constitución Nacional de la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo una enorme fuerza performativa, que interpeló las prácticas y promovió el debate a su respecto.

En ese contexto, con fundamento en los mandatos de dicha Convención, en 1997 la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín dictó la Acordada CFASM N° 40/97 -aún vigente- de “protección jurídica de menores de edad e incapaces a exclusivo cargo de personas detenidas”¹⁷.

La norma impone a los jueces de dependencia de esa alzada el deber, al ordenar la detención de una persona, de tomar conocimiento de si ésta tiene niños a su exclusivo cargo y en tal caso adoptar las medidas necesarias para su salvaguarda inmediata, entre ellas específicamente su entrega al cuidado de un adulto, y dar intervención posterior al ámbito competente en materia de protección de personas menores de edad.

Con ello busca garantizar uno de los derechos fundamentales de estos niños: el de contar con un adulto responsable de su suerte; derecho que puede verse vulnerado por medidas -legítimas- adoptadas por los magistrados respecto de los adultos a cuyo cargo se hallaban. Hace visibles a esxs niñxs, porque obliga al juez a ver¹⁸, habilitando con ello el camino de la protección especial a la que nuestra Constitución Nacional nos obliga.

La experiencia permitió identificar las alternativas más comunes y las situaciones anómalas y problemáticas que fueron presentándose a lo largo de los primeros años. Su compilación posibilitó generar, a modo de protocolo, una

¹⁵ disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

¹⁶ disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹⁷ disponible en <https://www.csjn.gov.ar/bgd/verMultimedia?data=4429>

¹⁸ Mayor información en “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, Silvia. Revista Pensamiento Penal (16-10-2020) disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49578-acordada-401997-norma-contra-vulneracion-derechos-ninxs-medidas-penales-adoptadas>. Respecto de su implementación en “Abordaje interdisciplinario de NNyA al momento de la detención del adulto a cargo” disponible en <https://youtu.be/kHTd3cDFTnl>

guía de buenas prácticas de actuación¹⁹, a la que se sumó la adecuación de las prácticas a la nueva legislación proteccional de niñez²⁰.

3.- Las recomendaciones de los organismos de las Naciones Unidas sobre lxs niñxs a cargo de personas encarceladas

El sistema universal de protección de los Derechos Humanos, del que participa nuestro país en su calidad de miembro de la Organización de las Naciones Unidas, enunció desde muy antiguo el deber de protección de todxs lxs niños.

En 1959 la “Declaración de Derechos del Niño” aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (de la que ya participaba Argentina) expresaba en su Principio II “El niño gozará de una protección especial...”, estableciendo qué derechos constituían el standard mínimo comprendido en ésta²¹.

Tal derecho a la protección especial había sido reconocido con anterioridad, en 1924, en la “Declaración sobre Derechos del Niño” (Declaración de Ginebra) de la entonces existente Sociedad de las Naciones, predecesora de la ONU, de la que nuestro país también participaba²².

Con posterioridad a la Declaración de 1959, otras resoluciones de la Asamblea General se refirieron a diversos aspectos de la necesidad de lxs niñxs de protección especial, instando a la comunidad internacional a proveerla²³ (en el orden del sistema universal el derecho de lxs niñxs a recibir protección especial cuajaría normativamente en 1989 en la Convención sobre los Derechos del Niño).

¹⁹ disponible en: https://drive.google.com/file/d/1i_TD2CnOqvYDhv_PoZ4Ukt41-zkU13p3/view?usp=sharing

²⁰ Ley 26.061 De Protección integral de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>, y Ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, disponible e: <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2005/13298/3569>

²¹ disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Repub%20Dominicana.pdf>

²² disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/7429338/NNA-INT-NOR-IDI-01-1924.+Declaraci%C3%B3n+de+Ginebra+.pdf/938d86c5-fc53-47c3-9716-337d6cafa05c>

²³ Res.1773(XVII) (17° período de sesiones/ 1962); Res.1919 (XVIII) (18°/ 1963);, Res. 2214 (XXI) (21°/1966), Res 2432 (XXIII) (23°/ 1968); Res. 3318 (XXIX) (29°/1974); Res. 3408 (XXX) (30°/ 1975); Res. 31/169 (31°/ 1976); Res 33/166 (33° /1978); Res. 34/93 (34°/ 1979); Res. 35/206N y Res35/131, (35°/1980); Res. 36/57, Res. 36/167 y Res 36/172K (36°/ 1981); Res. 37/115 y Res. 37/190 (37°/1982); Res. 38/114 y Res. 38/142 (38°/ 1983); Res. 39/89 y Res. 39/135 (39°/ 1984); Res. 40/113 (40°/1985); Res. 41/85 y Res. 41/116, (41°/ 1986); Res. 42/101 y Res. 42/124 (42°/1987); Res. 43/112, Res. 43/121 y Res. 43/134), (43°/1988), disponibles en <https://www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html>

Al respecto cabe señalar que gran parte de los instrumentos jurídicos de Naciones Unidas referidos a niñez fueron aprobados por consenso, esto es, sin oposición por parte de los Estados miembros²⁴; y que aquellos instrumentos que fueron sometidos a votación recibieron en todos los casos el voto positivo de nuestro país.

Pero es recién en 1988, en la Resolución de la Asamblea General n° 43/173 “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”²⁵, que el derecho de lxs niñxs a ser especialmente cuidadxs y protegidxs cuando sus referentes adultxs son encarceladxs, aparece explícitamente en uno de aquellos instrumentos del soft law. Dicha Resolución establece que las autoridades competentes procurarán asegurar “la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a menores, y velarán especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión” (Principio 31).

A medida que los años avanzaron, los derechos específicos de lxs niños con sus referentes adultxs encarceladxs fueron progresivamente haciéndose más visibles y plasmándose con mayor frecuencia y especificidad en las Resoluciones de los distintos organismos de las Naciones Unidas.

Ello, sin desmedro de que en éstas y en otras se continuase exhortando a los Estados, de modo más genérico, a la protección de lxs niñxs contra toda forma de violencia, particularmente, cuando se encuentran sin cuidado parental.

En 1990 representantes de primer nivel 159 países se reunieron en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, convocada por las Naciones Unidas. Aprobaron allí la Declaración Mundial en favor de la supervivencia, la protección y el desarrollo del Niño²⁶, la que estableció un Plan de Acción orientado a dar concreción, mediante medidas específicas, a lo plasmado el año anterior en la Convención sobre los Derechos del Niños.

²⁴De acuerdo a la carta de las Naciones Unidas y al Reglamento de la Asamblea General (arts. 18 y 82 a 95) el único procedimiento para la adopción de las resoluciones de la Asamblea General es la votación; sin embargo se ha implantado una fórmula de adopción sin votación. “En este caso el presidente (de la Asamblea General) simplemente anuncia que, a menos que una delegación opine lo contrario, la resolución “se adopta” y da un martillazo” Marín Bosch, Miguel (2004) Votos y Vetos en la Asamblea General de las Naciones Unidas (México, Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica), pag 126, citado por Badilla Poblete, Elvira (2013) La Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, Revista Chilena de Derecho, vol 40, n° 1 pp 87-115., disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/9410>

²⁵ disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>

²⁶ disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/CursosProder2004/Bibliografia_genero/UT2/Lectura.2.11.pdf

En uno de los dos puntos del Plan de Acción relativos a la función de la familia se establece “Siempre que se separe a un niño de su familia, ya sea por un motivo de fuerza mayor o porque es lo mejor para él, habría que tomar medidas para que reciba otro tipo de atención familiar [...]”, concluyendo dicho párrafo con el siguiente compromiso “Es menester velar por que nunca se trate a un niño como un paria de la sociedad” (párrafo 19).

En 2002 la Asamblea General de la ONU dicta la Resolución n° 57/190 “Los derechos del niño”²⁷ en la que “Insta a los Estados a que adopten todas las medidas que procedan para proteger a los niños contra todas las formas de violencia [...] por la policía, otras autoridades y empleados encargados de hacer cumplir la ley [...]” (párrafo 26)

En 2004 el tema de la protección contra toda forma de violencia es retomado en la Resolución AG n° 59/261 “Derechos del niño”²⁸, la que exhorta a todos los Estados a dictar y hacer cumplir leyes políticas y programas “destinados a proteger a los niños que crecen sin sus padres y sin el cuidado de otras personas, en particular los niños huérfanos y otros niños vulnerables, de todas las formas de violencia, negligencia, abuso y explotación” (párrafo 14) , y a que adopten todas las medidas necesarias para garantizar a esxs niñxs “el pleno disfrute de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como medidas eficaces para impedir que se vulneren esos derechos” (párrafo 15).

En 2007 la Asamblea General aprueba la Resolución n° 62/141 “Derechos del niño”²⁹ en la que “en lo que respecta a la protección y el bienestar de los niños que necesitan cuidado alternativo o que pueden estar en situación de necesitarlo”, reitera la recomendación a los Estados de que “promulguen leyes y las hagan cumplir y mejoren la aplicación de políticas y programas destinados a proteger a los niños que crecen sin sus padres o sin el cuidado de otras personas” (párrafo 16)

En 2008 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emite su Resolución n° 7/29 “Derechos del Niño”³⁰, en la que aborda también de modo específico los derechos de lxs niñxs cuyos padres son detenidos.

En ella, en relación a “Niños cuyos padres han sido acusados o son culpables de infringir la legislación penal”, exhorta a “todos los Estados a que

²⁷ disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/57/190>

²⁸ disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/59/261>

²⁹ disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/62/141>

³⁰ disponible en https://ap.ohchr.org/Documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_29.pdf

presten atención a los efectos que tienen en los niños la detención o el encarcelamiento de los padres” y, en particular, junto con la priorización de medidas no privativas de la libertad de las personas que sean únicas o principales cuidadoras de un niño, los exhorta a que “determinen y promuevan buenas prácticas en relación con las necesidades (...) de los lactantes y niños afectados por la detención y el encarcelamiento de los padres” (párrafo 33).

Ese mismo año la Asamblea General de la ONU volvió a poner el foco sobre los derechos de los niños cuyos referentes son encarcelados. En la Resolución n° 63/241 “Derechos del Niño”³¹, en referencia a “Hijos de personas acusadas, procesadas o condenadas por haber infringido las leyes penales”, exhorta a los países miembros a tener en cuenta “los efectos de la detención y encarcelamiento de los padres en los niños, y en particular a que: (...) b) determinen y promuevan buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés y los niños afectados por la detención y encarcelamiento de los padres” (párrafo 47).

En 2009 la Asamblea General de la ONU aprueba la Resolución n° 64/142, “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”³², en la que establece pautas “relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación” (párrafo 1).

Establece que “ningún niño debería quedar privado en ningún momento del apoyo y la protección de un tutor legal u otro adulto reconocido como responsable o de una entidad pública competente” (párrafo 18). E incluye entre tales casos aquellos en los que “el único o principal cuidador del niño pueda quedar privado de libertad” (párrafo 47), ya sea éste algún “progenitor” o “sus cuidadores legales o consuetudinarios” (párrafo 26).

En cuanto a las políticas a adoptar, proporciona algunos lineamientos:

-señala que corresponde al estado garantizar políticas en relación al acogimiento “de todos los niños sin cuidado parental”, las que, entre otros aspectos, deberían “definir el proceso para determinar quién debe asumir la responsabilidad por el niño, teniendo en cuenta el papel de los padres o principales cuidadores de éste en su protección, cuidado y desarrollo” (párrafo 68).

³¹ disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8289.pdf>
votada favorablemente por nuestro país, según consta en:
https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/63/PV.74&Lang=S pág 5.

³² disponible en:
https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/142&Lang=S

-en relación a los ámbitos de acogimiento y cuidado de estxs niñxs agrega que los estados “deberán (...) adoptar medidas adecuadas para que se ejerza de forma óptima sobre la base de una evaluación de los entornos particulares que pueden necesitar especial asistencia o supervisión” (párrafo 76).

Señala, además, que en ausencia o imposibilidad de los padres de tomar diariamente las decisiones que hagan al interés superior del niño, y se haya autorizado su entrega en un acogimiento alternativo, la persona o entidad a cargo del niñx “debiera ser investida con el derecho y la responsabilidad legal de adoptar tales decisiones” previa escucha del niño, agregando que “los Estados deberían velar por el establecimiento de un mecanismo encargado de designar a esa persona o entidad” (párrafo 100).

En el año 2010 los estados miembros de la ONU, tras su reunión en el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal celebrado en Salvador (Brasil), emiten la “Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución”³³.

En ella, tras el reconocimiento de que un “un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basa en el compromiso de proteger los derechos humanos en la administración de justicia ...” (párrafo 1), se declara la importancia de atender “las necesidades de los hijos de los reclusos”, destacando que en las respuestas a dar deberán tenerse en cuenta los derechos humanos y el interés superior de lxs niñxs (párrafo 26).

El año 2011 fue crucial en orden al reconocimiento de los derechos específicos de niñxs a cargo de personas encarceladas.

En tal año se dicta la Resolución n° 65/229 “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)”³⁴.

Tal conjunto de Reglas establece, entre otras medidas a adoptar respecto de mujeres con niños a cargo encarceladas, que se se preferirá la imposición de sentencias no privativas de la libertad, y si el delito es grave o violento o ellas representaran un peligro permanente, la imposición de penas privativas de la libertad, “pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten las disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños” (Regla 64). Va de suyo que si la Regla se dirige a

³³ disponible en:

https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/Salvador_Declaration/Salvador_Declaration_S.pdf

³⁴ disponible en:

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

mujeres condenadas, con más razón ha de aplicarse a mujeres encarceladas que aún gozan del estado de inocencia.

La Regla 68 se ocupa también de estxs niñxs: “Se procurará organizar y promover investigaciones sobre el número de niños afectados por situaciones en que sus madres entren en conflicto con el sistema de justicia penal, en particular su encarcelamiento, y la repercusión de este último en ellos, a fin de contribuir a la formulación de políticas y la elaboración de programas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños”.

Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU dedicó ese año su Día de Debate General a “Hijos de padres encarcelados”³⁵, convocando al debate a representantes de los gobiernos, a organismos especializados de las Naciones Unidas y de la sociedad civil y a expertos individuales.

Conforme lo establece el Reglamento del Comité, los Días de Debate General del Comité de los Derechos del Niño enfocan artículos o temas específicos de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶. Ello posibilita al Comité generar una comprensión más profunda de los contenidos e implicaciones de la Convención y proporcionar orientación política y práctica a los Estados y otros actores.

Ese año los debates se enfocaron a los derechos y necesidades específicos de los niños afectados por el sistema de justicia penal en razón del encarcelamiento de sus responsables. Para facilitar el intercambio de opiniones, se dividió a los participantes en dos grupos de trabajo: uno enfocado a niñxs convivientes con sus padres en la cárcel y el otro a niñxs que quedan “afuera” cuando sus padres están encarcelados.

Respecto de los últimos, en su Informe y Recomendaciones del Día de Debate general sobre los “Hijos de Padres Encarcelados”³⁷, el Comité consignó entre los principales asuntos considerados por el segundo grupo, que “se enfatizó la necesidad de registro adecuado de la existencia y el número de hijos de padres encarcelados. Esto debe hacerse al principio del proceso de justicia penal y la información compartida apropiadamente para habilitar el soporte adecuado para los niños” (párrafo 20). Señaló asimismo que se puso de relieve

³⁵ disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2011.aspx>

³⁶ “Con el fin de profundizar el entendimiento del contenido y las consecuencias de la Convención, el Comité podrá consagrar una o más reuniones de sus períodos ordinarios de sesiones a un debate general sobre un artículo específico de la Convención o un tema conexo”, artículo 75, Reglamento Provisional, 2005 https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CRC/00_CRC-Rules%20of%20Procedure.html

³⁷ Committee on the Rights of the Child, 30 September 2011, Report and Recommendations of the Day of General Discussion on “Children of Incarcerated Parents”, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>. Sin traducción oficial. Traducción realizada por la Plataforma NNAPes disponible en <http://nnapes.org/docs/COMITE-DE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-30-de-septiembre-2011.pdf>

“el descuido frecuente de los derechos del niño en el contexto de la detención” , como también que “los profesionales encargados de hacer cumplir la ley deben ser entrenados en un protocolo compatible con los derechos del niño en situaciones que implican la detención del padre y / o cuidadores primarios de niños” (párrafo 21).

En razón de lo trabajado durante el día de debate general, el Comité recomendó que los derechos de los niños “se tengan en cuenta desde el momento de la detención” y “por parte de todos los actores involucrados en el proceso y en todas sus etapas, incluyendo las fuerzas de la ley, profesionales del servicio de prisiones y el sistema judicial” (párrafo 31). E instó a los Estados Partes a “identificar las mejores prácticas para los procedimientos de detención que sean compatibles con los derechos humanos y los derechos del niño”, las que “deben servir de base para el establecimiento e implementación de un protocolo” (...) “en situaciones en que el arresto de un padre/madre se produce en presencia de su hijo” y para “brindar información y apoyo a los niños que no estén presentes en la detención”(párrafo 32).

Posteriormente la QUNO (Quaker United Nations Office, que actuó como coordinadora operativa del Día de Debate General 2011), recopiló y analizó los ejemplos de buenas políticas y buenas prácticas presentadas durante esa jornada, a efectos de orientar a los Estados, en su Informe “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”³⁸.

En el capítulo relativo al Arresto (págs 9/12) se establece como principio general que “los arrestos deberán realizarse conforme al interés superior del menor, incluyendo como parte del proceso de arresto el establecer acuerdos sobre el cuidado de los menores y la satisfacción de otras necesidades relacionadas con ellos”. Pero que “desafortunadamente, esto muy rara vez sucede; el arresto (junto con el período de prisión preventiva) es la etapa del proceso de justicia penal en donde se descuida más al menor”.

Entre otras circunstancias, señala que “si la persona arrestada es única cuidadora o si ambos progenitores son arrestados, será necesario hacer acuerdos sobre posibilidades alternativas de acogimiento de los menores a corto plazo” Y agrega que ello “por lo común, depende de la buena voluntad individual de los oficiales, ya que muchas jurisdicciones carecen de procedimientos estándar para cuidar de los menores en esta situación”.

³⁸Robertson, 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%20and%20good%20practice.pdf

Recomienda por ello protocolos abarcadores que, entre otras “medidas a tomar antes, durante y después del arresto” identifiquen “si la persona que está siendo arrestada tiene niñxs bajo su cuidado”. Al respecto, como ejemplo de buena práctica posible, consigna a la Acordada n° 40/97 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín³⁹, la que había sido expuesta en dicho debate por quien suscribe⁴⁰.

En 2012 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprueba la Resolución n° 19/37 “Derechos del niño”⁴¹.

En ella, en lo relativo a hijos de padres encarcelados, el Consejo “acoge con beneplácito el día de debate general sobre los hijos de padres encarcelados que celebró el Comité de los Derechos del Niño el 30 de septiembre de 2011, toma nota con interés de las conclusiones alcanzadas, e invita a los Estados a que tengan plenamente en cuenta las recomendaciones formuladas durante el debate” (párrafo 68).

Asimismo, exhorta a los Estados a tener en mira el interés superior de lxs niñxs en el dictado de medidas cautelares y sentencias de mujeres que sean únicas o principales cuidadoras de niñxs, en la decisión respecto del alojamiento de lxs niñxs en la cárcel y su cuidado, en el acceso al contacto con lxs padres encarceladxs, y, por último, los exhorta a que “reconozcan, promuevan y protejan los derechos del niño afectado por la reclusión de sus padres, en particular el derecho a que su interés superior se incluya como cuestión importante en las decisiones relativas a la relación de uno o de ambos progenitores con el sistema de justicia penal ...” (párrafo 69)

En 2013 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba dos resoluciones que abordan de modo específico los derechos de los niños a cargo de personas encarceladas y los deberes de los Estados a su respecto:

En la Resolución n° 68/147 “Derechos del niño”⁴², en relación a “Niños cuyos padres están encarcelados exhorta a todos los Estados a que presten atención a los efectos de la detención y encarcelamiento de los padres en los niños” y en particular a que consideren prioritariamente el dictado de medidas no privativas de la libertad respecto de “la persona única o principal que cuida al niño” y que “determinen y promuevan buenas prácticas en relación con las

³⁹ Robertson, Oliver (2012) op. cit. pág 11.

⁴⁰ disponible en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WSDGD2011.aspx>

⁴¹ disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/131/76/PDF/G1213176.pdf?OpenElement>

⁴² disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/68/147>

necesidades [...] de los bebés y los niños afectados por la detención y encarcelamiento de sus padres” (párrafo 56);

En la Resolución n° 68/189 “Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para la eliminación de la violencia contra los niños en el ámbito de la prevención del delito y la justicia penal”⁴³ insta a los Estados miembros a que presten especial atención a los derechos e interés superior de “todos los niños que entren en contacto con el sistema de justicia penal” (párrafo 3), como también que “se adopten todas las medidas que sean necesarias y eficaces, incluso mediante reformas jurídicas, para prevenir todas las formas de violencia” contra exxs niños. Y convoca a los organismos competentes de la ONU a reunirse para elaborar dichas estrategias y medidas prácticas modelo.

Al año siguiente el Consejo Económico Social de Naciones Unidas un amplio informe⁴⁴ extiende el concepto de “niños en contacto con el sistema de justicia” a “los casos de hijos de padres encarcelados” (Introducción, punto 6).

En cuanto a “Prevenir la violencia relacionada con las actividades de ejecución de la ley y enjuiciamiento” en la Tercera Parte, punto XII agrega:

(...) “34. Teniendo presente que las detenciones o investigaciones son situaciones en las que puede producirse violencia contra niños, se insta a los Estados Miembros a que, según proceda y teniendo en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes:

(...) 1) Garanticen que, cuando se detenga a un padre, tutor legal o cuidador, se tengan en cuenta los intereses superiores del niño, su cuidado y otras necesidades”.

En 2014 la Asamblea General dicta la Resolución n° 69/194 Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal⁴⁵, que recoge lo resuelto el año anterior y aprueba tales estrategias y prácticas modelo.

Respecto de niños cuyos referentes adultos son encarcelados, en ella se establece que “por ‘niños en contacto con el sistema de justicia’ se entenderá los niños que entran en contacto con el sistema de justicia (...) incluidos los casos de hijos de padres encarcelados” (párrafo 6,c);

⁴³ disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/IEGM_VAC_BKK/GA_Res_68_189_-S.pdf

⁴⁴ Naciones Unidas - Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal Informe sobre el 23º período de sesiones (13 de diciembre de 2013 y 12 a 16 de mayo de 2014) Consejo Económico y Social disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_23/Report/E2014_30_s_V14_03811.pdf

⁴⁵ disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/69/194>

Respecto de ellxs se insta a los Estados a que “Presten apoyo a los niños cuyos padres o cuidadores estén privados de libertad a fin de prevenir y hacer frente al riesgo de violencia a que puedan estar expuestos esos niños a consecuencia de los actos o la situación de los padres o cuidadores” (párrafo 23. h), como también a que “Garanticen que, cuando se detenga a un padre, tutor legal o cuidador, se tenga en cuenta el interés superior del niño, su cuidado y otras necesidades” (párrafo 34. l)

En relación a los datos relativos a “niños en contacto con el sistema de justicia” (entre los que ha incluido, cabe recordar, a “los hijos de padres encarcelados”) pone de resalto la necesidad de que los Estados “elaboren y utilicen indicadores de la actuación del sistema de justicia en la labor de prevenir la violencia contra los niños y responder a ella” y de la “prevalencia de la violencia contra niños que hayan entrado en contacto con el sistema de justicia” y “evalúen la eficiencia y eficacia con que el sistema de justicia atiende las necesidades de los niños víctimas de la violencia y previene esa violencia, incluso con respecto al trato que esos niños reciben del sistema, la forma en que se utilizan los distintos modelos de intervención y el grado en que se coopera con otros organismos responsables de la protección de la infancia” (párrafo 18. e, f, g).

En 2014 se inicia en las Naciones Unidas, a pedido de su Asamblea General, el proceso de realización de un estudio diagnóstico a nivel mundial sobre niñxs privadxs de la libertad. Este proceso, que incluyó la consulta y participación de gobiernos, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales y regionales, organizaciones de la sociedad civil, la comunidad académica y, en particular, los niños, concluyó en 2019 con la presentación del “Estudio Mundial sobre los Niños Privados de Libertad”⁴⁶.

Si bien la temática enfocada por el estudio refiere exclusivamente a niñxs privadxs de libertad, tras citar la OG 14 del Comité de los Derechos del Niño “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, en lo relativo a niñxs cuyos “padres u otros tutores hayan cometido un delito”⁴⁷, expresa: “De ello se desprende que los niños afectados serán tratados como titulares de derechos y no meramente como víctimas circunstanciales del enfrentamiento de su cuidador con el sistema de justicia penal (...)” (párrafo 51).

⁴⁶ disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/3813850>

⁴⁷ “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 2016 la Asamblea General aprueba la Resolución n° 71/177 “Derechos del niño”⁴⁸ enfocada a la protección especial de niños de grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad.

En ella, en el capítulo relativo a “Promoción y protección de los derechos de los niños, incluidos los niños en situaciones particularmente difíciles” exhorta a los Estados a que les garanticen “el disfrute de todos los derechos humanos” y a que “velen por que todos esos niños” entre los que menciona a “los separados de sus padres y de los principales encargados de cuidarlos” “reciban protección y asistencia especiales” (párrafo 27)

En 2017 el Consejo de Derechos Humanos dicta la Resolución 34/25 “Protección de los derechos del niño en el marco de la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”⁴⁹

En ella insta a los Estados a que “promuevan, protejan, respeten y hagan efectivos los derechos del niño y los incorporen en todas las leyes, las políticas, los programas y los presupuestos pertinentes para la aplicación de la Agenda 2030 (párrafo 4). Y los exhorta a “no dejar atrás a ningún niño en la consecución de todos los Objetivos y las metas de la Agenda 2030 y a prestar especial atención a los niños en situaciones de marginación y vulnerabilidad como, entre otros, (...) los que están incurso en procedimientos de justicia penal (...)” (párrafos 4 y 5).

En 2018, en la Resolución n° 73/155 “Derechos del Niño”⁵⁰, la Asamblea General exhorta a los Estados a que “elaboren políticas y desarrollen capacidad que tengan en cuenta el género y la edad para garantizar los derechos y abordar las necesidades particulares de los niños, incluidos (...) los niños privados del cuidado de sus padres (...)” (párrafo 7.a). Solicita, además, la confección de “un informe amplio sobre los derechos del niño (...) prestando especial atención a los niños privados del cuidado de sus padres” (párrafo 59)

En 2019 La Asamblea General aprueba la Resolución n° 74/133 “Derechos del niño”⁵¹. En ella requiere de los Estados que tomen medidas eficaces “para proteger al niño de toda forma de [...] descuido o trato negligente [...] mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, tutores o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; *(En punto ello cabe señalar que el Comité de los Derechos del Niño definió, como se verá más adelante, que todo niño que no se halla bajo la custodia de sus cuidadores principales o*

⁴⁸ disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/71/177>

⁴⁹ disponible en https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_34_L25.pdf

⁵⁰ disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/73/155>

⁵¹ disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/74/133>

circunstanciales se halla de facto a cargo del Estado)⁵². Exhorta también a que todas las decisiones relacionadas con niños privados del cuidado parental “se adopten caso por caso, por profesionales debidamente cualificados en un equipo multidisciplinario, mediante un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo adecuado y reconocido, con garantías jurídicas, teniendo en cuenta el interés superior del niño”. (párrafo 34. a. k.)

En su requerimiento de que los Estados “adopten medidas para asegurar el disfrute de los derechos humanos de todos los niños privados del cuidado parental, de conformidad con el marco internacional de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño”, consigna “subsana las lagunas existentes en materia de datos [...] velando por que la formulación de políticas se base en datos de calidad”, “adoptar medidas para garantizar que todos los niños que están separados de sus padres de conformidad con la legislación y los procedimientos aplicables [...] sean remitidos sin demora a las autoridades de protección infantil y se les proporcione una modalidad apropiada de cuidado alternativo de calidad [...] que puede ser, entre otras, el cuidado en la familia y la comunidad” (párrafo 35.d.q);

En 2019 la Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños de las Naciones Unidas⁵³ presenta el informe “Los niños hablan sobre los efectos de la privación de libertad: el caso de América Latina”⁵⁴.

Tal informe alerta: “Los niños privados de libertad o con padres encarcelados se encuentran entre los más marginados del mundo, viven una vida marcada por la violencia y el miedo y ven sus derechos pisoteados sistemáticamente (...)”. Más adelante agrega: “Por su parte, los hijos de reclusos viven bajo la amenaza constante de la violencia y se ven expuestos a ella en mayor medida”; y recuerda que al respecto que “En 2011, el Comité de los Derechos del Niño dedicó su Día Anual de Debate a los hijos de personas

⁵² Observación General N° 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 2011 (párrafo 33). Disponible en <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-13-derecho-nino-no-ser-objeto-ninguna-forma-de-violencia-2011.pdf>

⁵³ “La Convención sobre los Derechos del Niño estipula que su Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas (art. 45 c)). Hasta la fecha el Comité ha cursado dos solicitudes de ese tipo: sobre los niños y los conflictos armados y sobre la violencia contra los niños. El Secretario General produjo sendos estudios sobre esos temas, a raíz de lo cual la Asamblea General estableció dos mecanismos: el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados y el Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños”. *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto informativo N° 30/Rev. 1*. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. pág 40. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

⁵⁴ disponible en https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/osrsg_children_speak_about_deprivation_of_liberty_s_19-04767.pdf

encarceladas y formuló recomendaciones concretas para salvaguardar los derechos de esos niños” (“Introducción”, párr 4).

En el ítem referido a “Niños que tienen a un padre o cuidador en la cárcel” (punto 3.3.) el informe consigna: “El encarcelamiento de un miembro de la familia tiene efectos negativos en el entorno familiar, ya de por sí vulnerable, en la economía familiar y en el cuidado de los niños” (...) “Como es lógico, la situación resulta aún más difícil para los niños de familias monoparentales (...)”.

Entre otras violaciones de derechos detectadas, el informe señala: “Los niños también experimentan la violencia como testigos o como víctimas directas en el momento de la detención de su familiar”.

En la parte 5 “Recomendaciones” insta a “salvaguardar con eficacia los derechos de la infancia” y plantea que la ayuda a brindar a ese fin “también debería adaptarse a la situación específica de las familias afectadas por la privación de libertad, en particular aquellas en las que los encarcelados sean los progenitores”.

En el mismo capítulo, respecto de la necesidad de “proteger a los niños contra todas las formas de violencia” requiere examinar y revisar las leyes, las políticas y los procedimientos “en el sistema de justicia de menores y en el sistema de justicia penal y el sistema penitenciario”. Señala puntualmente que “las detenciones en las que esté presente un niño deberían contar con la participación de personal especializado en derechos del niño y practicarse en coordinación con el sistema nacional de protección de la infancia” y agrega la necesidad de formular protocolos “cuando detengan a infractores en presencia de sus hijos” y para “informar de la detención a los niños que no estén presentes” .

Por último, resalta la necesidad de adoptar políticas para “evaluar y prevenir los actos de violencia contra los niños”, entre ellos, aquellxs con “sus padres y cuidadores encarcelados”, e insta a los Estados a que “examinen las leyes, las políticas y las medidas prácticas para establecer una coordinación y cooperación eficaces entre el sistema nacional de protección de la infancia, los sistemas de justicia...” y otrxs actores.

5.- La mirada del organismo de interpretación, control y monitoreo de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de lxs niñxs a cargo de personas encarceladas.

5.1.- Una de las funciones que cumple el Comité de los Derechos del Niño es la de interpretar el contenido de los derechos que figuran en los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁵, volcando dichas

⁵⁵ “Los órganos creados en virtud de tratados desempeñan varias funciones relacionadas con la vigilancia de la manera en que los Estados aplican los tratados en que son partes.[...] formulan observaciones generales sobre la interpretación de las disposiciones de los tratados[...]. El sistema de tratados de derechos humanos de las

interpretaciones en sus “Observaciones Generales”⁵⁶. Tal facultad interpretadora ha sido reconocida, asimismo, por nuestras más altas instancias judiciales⁵⁷.

En su Observación General No. 7 “Aplicación de los derechos del niño en la primera infancia”⁵⁸ de 2005, en relación a “las principales circunstancias difíciles a las que se refiere la Convención y que tienen una clara repercusión en los derechos de la primera infancia”, señala:

(...) 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” (...))” (párrafo 36).

La Observación General N° 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”⁵⁹, de 2011, no pone su mirada de modo particular sobre lxs niñxs cuyos referentes son encarceladxs. Pero es contundente en cuanto a las obligaciones de los Estados Parte contenidas en el artículo 19.1 de la Convención⁶⁰.

En punto a ello señala “todo ser humano menor de 18 años se encuentra, o debe encontrarse, bajo la custodia de alguien. Los niños sólo pueden estar en tres situaciones: emancipados, bajo la custodia de sus cuidadores principales o circunstanciales o, *de facto*, a cargo del Estado”. En relación a la definición de “cuidadores” del artículo en trato no deja resquicio de duda: “En el caso de los niños no acompañados, el cuidador *de facto* es el Estado” (párrafo 33) .

Naciones Unidas Folleto informativo N° 30/Rev.1. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

⁵⁶ Comité sobre los Derechos del Niño, Reglamento, art 77. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f4%2fRev.5&Lang=en

⁵⁷ Fallo CSJN “G., M.G. s/protección de persona” considerando 4° Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6531011&cache=1545833714317>

Fallo CSJN “Maldonado”, considerando 33, 3er párrafo . Disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=87479>

Fallo CFCP “A., J.D.” s/recurso de casación”, vistos y considerandos XIII. Disponible en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJD%20\(causa%20N%C2%B0%2066291\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/AJD%20(causa%20N%C2%B0%2066291).pdf)

⁵⁸ disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf>

⁵⁹ disponible en <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-13-derecho-nino-no-ser-objeto-ninguna-forma-de-violencia-2011.pdf>

⁶⁰ “Artículo 19. 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

El Comité incluye al descuido y al trato negligente en su definición de violencia, y agrega que “el Comité desea dejar sentado inequívocamente que la elección del término "violencia" en la presente observación general no debe verse en modo alguno como un intento de minimizar los efectos de las formas no físicas y/o no intencionales de daño (como el descuido y los malos tratos psicológicos, entre otras), ni la necesidad de hacerles frente” (párrafo 4).

Por último, entre las obligaciones de los Estados consigna “actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos” por parte de “todas las personas que sean responsables de prevenir y combatir la violencia y de brindar protección frente a esta” incluyendo en ellas a “los sistemas judiciales” (párrafo 5).

En 2013 el Comité retoma el tema de lxs niñxs con referentes encarceladxs de modo específico en su 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)”⁶¹, al señalar:

(...) “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)”.

Por último, vale poner de resalto lo expuesto por el Comité en una Observación General que no aplica a estxs niñxs, pero cuyo contenido resulta aleccionador.

En la Observación General N° 6: “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”⁶² el Comité advierte que tal Observación General resulta aplicable solamente a “los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentran fuera de su país de nacionalidad (art. 7) o, si fueren apátridas, fuera del país de residencia habitual”, agregando “no se aplica a los menores que no hayan cruzado una frontera internacional” (párrafo 5).

No obstante señala: “La obligación del Estado Parte en virtud del artículo 6 incluye la protección máxima posible contra la violencia y la explotación, que pondría en peligro el derecho del menor a la vida, la supervivencia y el

⁶¹ Disponible en

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

⁶² Disponible en

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Unaccompanied%20Children/Comite%20-%20Observacion%20General%20No.%206.pdf?view=1

desarrollo. Los menores separados y no acompañados están expuestos a diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte. [...] Aunque la cuestión de la trata de menores queda fuera de la presente observación general, el Comité observa que existe a menudo una relación entre la trata y la situación de menor separado y no acompañado de familia” (párrafo 23)⁶³ .

5.2.- Además de la función interpretativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité cumple una función de control y monitoreo.

Todos los Estados suscriptores de dicho tratado deben presentar periódicamente informes periódicos sobre la manera en que cumplen su compromiso respecto de los derechos allí consagrados, lo que configura, de hecho, una rendición de cuentas internacional al respecto⁶⁴.

El Comité examina cada informe, como también los “informes sombra” presentados por organizaciones no gubernamentales del país, y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "Observaciones Finales".

Para la evaluación del desempeño de los Estados respecto de los derechos el Comité ha elaborado una serie de Directrices a las que deben ajustarse los

⁶³ Tal argumento fue también expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC 21/14, párrafo 90: “En este sentido, la Corte resalta que la situación de niña o niño no acompañado o separado los expone a “diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, [como] por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte”. Disponible en <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

⁶⁴ Convención sobre los Derechos del Niño. 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.
2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.
3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.
4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.
5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.
6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

informes⁶⁵, las que en el capítulo “ Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado (arts. 5; 9 a 11; 18, párrs. 1 y 2; 20; 21; 25 y 27, párr. 4)” consignan:

“32. Con respecto a este grupo de artículos, los Estados partes deberán proporcionar información pertinente y actualizada sobre las medidas en vigor de carácter legislativo, judicial, administrativo o de otro tipo, en relación con lo siguiente:

j) Medidas adoptadas para garantizar la protección de los niños con padres encarcelados y los niños que acompañan a su madre en prisión.

33. En relación con este grupo de artículos, los Estados partes deberán tener en cuenta la observación general N° 7 (2005) del Comité sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (resolución 64/142 de la Asamblea General, anexo)”.

Desde 2004 el Comité de los Derechos del Niño ha efectuado en sus Observaciones Finales a distintos países 67 llamados de atención relativos a violaciones de derechos de niños cuyos padres son encarcelados⁶⁶ y gran parte de ellas refieren a los derechos de los niños que “quedan afuera” (no convivientes en las cárceles).

No ha habido llamados de atención de ese tenor a nuestro país... **aún.**

Resulta conveniente no olvidar, sin embargo, que en las “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina”(2018)⁶⁷ el Comité ha efectuado una recomendación al Estado argentino que, si bien se halla referida a niños abarcados por otras situaciones, las que detalla, resulta extensible a los niños cuyos referentes son encarcelados. Ello, habida cuenta de que en la OG 13 ha dado pautas claras acerca de que los niños sin acompañamiento de sus referentes (cual es el caso de los niños a exclusivo cargo de personas que son detenidas) se hallan de facto al cuidado del Estado.

Es así que, en el capítulo “D. Violencia contra los niños” , en el ítem “Malos Tratos y Descuido” el Comité efectúa el siguiente llamamiento al Estado argentino:

⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño CRC/C/58/Rev.3 “Directrices específicas respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño” .Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/58/REV.3&Lang=es

⁶⁶ QUNO - Children of incarcerated parents - Concluding observations of the UN Committee on the Rights of the Child - . disponible en : <http://www.crccip.com/main.php>

⁶⁷ disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f5-6&Lang=es

“323. En relación con su observación general núm. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, el Comité recomienda que el Estado parte:

- a) Agilice la aprobación de leyes que garanticen la protección integral de los niños contra la violencia y asegure su aplicación a todos los niveles;
- b) Emprenda una evaluación amplia del alcance, las causas profundas, los factores de riesgo y la naturaleza de la violencia, los malos tratos y el descuido de que son víctimas los niños, con miras a formular una estrategia nacional integral para prevenir y combatir esos fenómenos” (párrafo 23).

4.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos dirige su mirada a lxs niñxs de padres encarceladxs en una condena a nuestro país.

En la sentencia Villagrán Morales y otros vs Guatemala (“Niños de la calle”)⁶⁸ la Corte Interamericana se pronuncia, por primera vez sobre el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que, vale recordar, consagra el derecho de todo niño “a las medidas de protección que su condición de menor requieren”.

En esta sentencia la Corte Interamericana establece, en relación al derecho a la vida, que la protección de los derechos de lxs niñxs abarca no sólo la prohibición de violarlos sino también la obligación de garantizar las condiciones para que los derechos no se vean violados. En su comentario a esta sentencia Beloff y Clérico sintetizan con claridad meridiana tal doble deber estatal: “Así, el Estado no sólo viola el derecho a la vida cuando sus agentes salen a matar niños que viven en las calles, sino también cuando nada ha realizado (o lo ha hecho en forma insuficiente o inadecuada) para generar las condiciones para que esos niños puedan vivir y desarrollarse, en su contexto familiar o comunitario, con todos los recursos materiales y simbólicos necesarios. Este desarrollo argumentativo impactó en clave de derechos, dado que éstos generan no sólo obligaciones de no intervención, sino también obligaciones de hacer”⁶⁹

El decisorio alude a la Convención Americana y otros numerosos instrumentos jurídicos internacionales “que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo), disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

⁶⁹ Beloff, Mary y Clérico, Laura (2016) *Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, p 144. Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, 2016, pp. 139-178. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art05.pdf>

bajo su jurisdicción” (párrafo 146). Integra a la Convención sobre los Derechos del Niño como parámetro para fijar el contenido y alcances de la disposición definida en el artículo 19 de la Convención Americana (párrafo 194). Y en punto a las “medidas de protección” que menta dicho artículo señala: “Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a [...] la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar [...]” (párrafo 196)⁷⁰.

En otras sentencias, referidas a violación de derechos de niños o de niñas conjuntamente con adultos, la Corte Interamericana se expidió acerca de situaciones de vulnerabilidad que pueden afectarlos y que exigen mayores medidas de protección por parte del Estado⁷¹.

Ibañez Ribas (2010) caracteriza las siguientes situaciones generadoras de mayor riesgo de violación de derechos de niños, abordadas por la Corte Interamericana en su competencia contenciosa⁷²: por ser mujeres, por ser indígenas, por encontrarse en situaciones de conflicto armado, por situación de riesgo social, por práctica sistemática de agresiones, por ser migrantes, por detenciones (razzia o captura colectiva) y por encontrarse privados de la libertad. Muchos de los principios sentados en dichas sentencias resultan extensibles a los niños forzosamente separados de sus responsables por la detención de éstos, en los casos en que el Estado omite adoptar a su respecto las debidas medidas de protección inmediata. No obstante, lo cierto es que la situación de estos niños no ha sido específicamente abordada como problema por la Corte Interamericana.

Ahora bien... El primer caso en el que estos niños aparecen en una sentencia de la Corte Interamericana es justamente un caso en que aparecen como víctimas indirectas o colaterales de las acciones del sistema penal sobre su adultos responsables.

En el caso “López y otros vs Argentina”⁷³ la controversia versó sobre la responsabilidad internacional del Estado por los traslados de cuatro personas privadas de la libertad a unidades penales distantes entre 800 y 2000 km de donde residían sus familias -dos de las que contaban con niños, hijos de los

⁷⁰ Para un análisis de la sentencia y su valor en el sentido de integrar “el mundo de los derechos humanos y el mundo de la infancia” ver: Beloff, Mary (2004) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Capítulo III *Cuando un caso no es “el caso”*. Comentario a la sentencia *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la calle”)*. BsAs, Ed Del Puerto . Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf>

⁷¹ Ver *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 5, Niños, Niñas y Adolescentes*. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>

⁷² Ibañez Rivas, Juana María (2010) *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 51, pp 13-54.- Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25555.pdf>

⁷³ disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf

detenidos- y donde tenían sede las autoridades de ejecución penal y sus defensores.

El 25-11-2019 la Corte Interamericana, entendiendo, entre otras consideraciones, que tales medidas adoptadas respecto de los detenidos afectaron también a sus familiares, concluye que Argentina es responsable 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 (previstos en los artículos 5.1, 5.3, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento) en perjuicio de lxs familiares adultxs, señalando además que respecto de quienes eran niños al momento de los hechos, las violaciones indicadas se relacionan con el artículo 19 de dicha Convención.

En relación al traslado de lxs adultxs encarceladxs a unidades penales lejanas de sus hogares familiares (en los que convivían sus hijos menores de edad), la Corte afirma:

“[...] en el presente caso, la separación de los señores López y Blanco de sus familias revistió especial gravedad pues en dicha separación se afectaron derechos de sus hijos menores de edad en ese momento” (párrafo 159).

Acerca de las previsiones que debieron haberse adoptado, y no se adoptaron, establece:

“[...] no se vislumbró en el presente caso ningún tipo de medida relevante por parte de la Administración pública para facilitar el contacto familiar y alentar el proceso de rehabilitación, en particular en relación con los hijos en edad primaria. [...]” (párrafo 165).

Y lo hace, señalando específicamente la falta de atención, por parte de lxs jueces, a la situación de lxs niñxs:

“[...] las resoluciones de los jueces que intervinieron en los recursos presentados por el abogado de los señores López y Blanco solicitando el reintegro de las personas privadas de libertad a la Provincia de Neuquén no llevaron a cabo un examen de la situación particular de separación de las familias, de los hijos menores,[...]” (párrafo 170).

En los párrafos siguientes la Corte plantea un principio medular respecto del derecho de los niñxs, hijos de lxs adultxs trasladadxs:

“[...] la Corte recuerda que las injerencias al derecho a la vida familiar recubren mayor gravedad cuando afectan los derechos de las niñas y niños.[...]”(párrafo 171)

“[...] el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere cuidados y asistencia

especiales, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección” (párrafo 172).

Y concluye, en relación al deber incumplido respecto de lxs niñxs por parte de las autoridades administrativas y judiciales:

“[...] Lo que se requiere, por lo tanto, en relación con los traslados posteriores a centros de privación de libertad muy lejanos del lugar de residencia de su familia y, en particular, de sus hijos, era una ponderación por parte de las autoridades administrativas y judiciales sobre el efecto de dichas medidas en el desarrollo, vida privada y familiar de los niños más allá de la restricción propia de la separación física de la privación de libertad” (párrafo 173). Añadiendo en el párrafo siguiente: “Es decir, era necesario que, en las decisiones de traslado y de los recursos que tenían como objetivo el regreso de las personas privadas de libertad a Neuquén, las autoridades estatales expresamente consideraran y justificaran en qué criterios se había basado la decisión y cómo se habían ponderado los intereses de niñas y niños frente a otras consideraciones [...]” (párrafo 174)

Vale recordar que la jurisprudencia de la Corte es guía de interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁴, entre ellos, el contenido en el artículo 19 de dicho tratado, que consagra el principio de la “protección especial” debida a lxs niñxs.

En concreto, en el fallo “López y otros” la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a nuestro país, entre otras razones, por la ceguera judicial respecto de la violación de derechos de niñxs. Violación ocasionada por medidas adoptadas respecto de sus padres penalmente encausadxs. Ello, en un caso en que lxs niñxs no se hallaban, siquiera, a exclusivo cargo de esos padres encarcelados. Y en el que la protección especial que debió haberse cumplimentado y no se cumplimentó se circunscribía materialmente sólo a la posibilidad de visita.

5.- Interin... la visibilización en nuestro país de lxs niñxs con referentes encarladxs.

No fueron sólo los organismos internacionales los que repararon en la existencia de niñxs cuyos derechos podían verse muy fácilmente violados por el sistema de justicia penal que encarcelaba a sus referentes adultos.

En nuestro país diversos actores sociales e institucionales fueron en los últimos años poniendo su atención en ellos.

⁷⁴ Fallo CSJN “Giroldi”, considerando 11: Disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-giroldi-horacio-david-otro-recurso-casacion-causa-32-93-fa95000086-1995-04-07/123456789-680-0005-9ots-eupmocsollaf>

El ámbito académico fue incorporando el tema a su agenda investigativa con una frecuencia cada vez mayor.

El auge de estudios sobre cuestiones de género, sumado al énfasis que adquirió la temática de los derechos humanos, motivó que la investigación académica comenzara progresivamente a enfocarse en la situación y derechos de la mujer encarcelada. A partir de ello el espectro de estudios comenzó a abordar la temática de maternidad y cárcel y de allí la de lxs niñxs, primero los que convivían con sus madres en la prisión y, luego, la de quienes quedaban extramuros⁷⁵

Paralelamente, organismos oficiales y organizaciones de la sociedad civil fueron sumándose, no sólo con su participación en investigaciones, sino con acciones de asistencia y difusión que proveyeron mayor grado de visibilidad social al tema.⁷⁶

⁷⁵ La historia y el análisis del interés investigativo sobre lxs niñxs con referentes encarceladxs excede las posibilidades del presente artículo. No pueden dejar de mencionarse, sin embargo, la relevancia de las investigaciones de Alcira Daroqui y el Instituto Gino Germani, de la Defensoría General de la Nación, del CELS, del INECIP, del CEJIL, del CELIV y de otrxs investigadores, como Natalia Ojeda y Vanina Ferreccio. Sin que ello importe en modo alguno desmerecer el valor enorme de esas investigaciones, estimo que dos circunstancias externas coadyuvaron a despertar/fortalecer el interés académico en la temática específica de lxs niñxs. Por una parte, la creación en 2004 por la QUNO (Quaker United Nations Office) de un grupo de investigación sobre “Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas”, del cual en los años posteriores surgieron diversas investigaciones centradas en lxs niñxs de padres encarcelados y sus derechos. Por otra, la realización por parte del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en 2011 de un Día General de Debate dedicado al tema, ya mencionado.

⁷⁶ Dentro de la región una investigación que marcó tendencia, abriendo en nuestro país nuevos intereses investigativos fue *“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”* (2014), realizada por las ongs Church World Service y Gurises Unidos sobre niños de Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay. Disponible en <http://www.nnapes.org/docs/Invisibles-hasta-cuando.pdf>

Aunque el estudio no abarcó niños de nuestro país, tuvo repercusión pública en éste. Como muestra de ello, ver: *“Padre preso, niño invisible: qué pasa con los menores cuando sus progenitores son enviados a la cárcel”*. Diario La Nación 22-10-2015. Disponible en

<https://www.lanacion.com.ar/seguridad/padre-preso-nino-invisible-que-pasa-con-los-menores-cuando-sus-progenitores-son-enviados-a-la-carcel-nid1837176/>

Otra contribución importante a la visibilización del problema fue una serie de documentales de pública difusión que bajo el título *“Desinvisibleizar”* en 2017 realizó la Church World Service, en los que niñxs que viven o vivieron extramuros la prisión de sus progenitores y de familiares expresan sus vivencias y sentires. Disponibles en <http://www.cwslac.org/desinvisibleizar>

En nuestro país, dos investigaciones recientes destacan tanto por su amplitud y consistencia como por la repercusión mediática que lograron.

Una es *“Infancia y Encarcelamiento. Condiciones de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres o familiares están privados de libertad en la Argentina. Informe especial”* (2019), realizada por el Barómetro de la Deuda Social de la Infancia del Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina -ODSA-UCA y Church World Service. Disponible en

<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-BDSI-Informe-Especial-Infancias-y-Encarcelamiento.pdf>

La otra, *“Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”* (2019) realizada por la Procuración Penitenciaria de la Nación en colaboración con Church World Service, ACIFAD (Asociación Civil de Familiares de Detenidos) y UNICEF. Disponible en

<https://www.ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf>.

Otro factor determinante para el crecimiento de la conciencia social sobre esta cuestión (lamentablemente aún escasa, por cierto) fue la creación en 2014 de la Plataforma NNAPES (Plataforma Regional por la defensa de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con Referentes Adultos privados de libertad), una alianza de ongs latinoamericanas y caribeñas que trabajan por los derechos de esxs niñxs. Más información en:

<http://www.nnapes.org/quienes-somos-plataforma-organizaciones>

La legislatura también se ocupó de la situación de estxs niñxs. En el ámbito legislativo nacional tramitaron tres proyectos de ley que apuntaban a la protección específica de estxs niñxs al momento de la detención de sus cuidadores exclusivos⁷⁷. Aunque éstos fueron presentados por fuerzas políticas de distinto signo partidario, en algunos casos incluso en conjunto para facilitar su trámite, lamentablemente todos ellos perdieron estado parlamentario sin llegar a ser sancionados como ley.

Actualmente se halla en trámite parlamentario otro proyecto relativo a la responsabilidad parental en contexto de privación de libertad de progenitores, que abarca, entre otros aspectos, lo relativo al momento de la detención⁷⁸; y del que esperamos, fervientemente, que corra mejor suerte que sus antecesores.

Pocas semanas atrás, dos representantes de organismos internacionales con gran incidencia sobre nuestro país (Luis Pedernera, Presidente del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Ricardo Pérez Manrique, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) participaron de un conversatorio sobre los derechos de lxs niñxs con referentes encarceladxs⁷⁹.

En éste, ambos pusieron de resalto que el tema no había sido hasta ahora materia de preocupación específica, no sólo de los Estados, sino también de los organismos de control del derecho internacional de los Derechos Humanos a los que representaban, e instaron a la urgente modificación de esa situación.

6.- ¿y la Justicia penal ?

En 2008 la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana aprueba las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad”⁸⁰, cuya Regla (5) expresa: “Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo”.

Nuestra Corte Suprema adhirió a dichas Reglas, considerando, entre otros fundamentos, que éstas fueron adoptadas “afirmando el compromiso con un

⁷⁷ Trámites parlamentarios 5393-D-1997, 3745-D-2000 y 5916-D-2011. Disponibles en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/index.html> De los dos primeros fue coautora quien suscribe.

⁷⁸ Trámite parlamentario 4938-D-2020. Disponible en <https://drive.google.com/file/d/1BqKUib94MuwHBPZZpAqQuBvM9o6dGNVE/view>

⁷⁹ Conversatorio “Promoción, Protección y Ejercicio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con Referentes Adultos Privados de la Libertad”, organizado por el Instituto Intramericano del Niño, la Niña y Adolescentes, de OEA y la Plataforma NNAPes. 27-oct-2020. Disponible en <https://www.facebook.com/iin.oea.org/videos/363196554902505/>.

⁸⁰ disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

modelo de justicia integrador (...) especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables” (Acordada CSJN 5/2009)⁸¹.

Muchas y diversas son las situaciones en que la vida de lxs niñxs a cargo de personas encarceladas puede ser impactada por decisiones judiciales.

Algunas personas presas sufrirán traslados que las separen de sus niñxs, como los protagonistas del fallo “López y otro”; otras podrán cursar su privación de libertad cerca de ellxs. Algunas gozarán del arresto domiciliario junto a sus hijxs, otras no. Algunas serán condenadas; otras serán sobreseídas o absueltas y volverán al hogar.

Pero todas esas personas, todas sin excepción, habrán sido detenidas a disposición de un/a juez/a penal.

Pocas semanas atrás, dos representantes de organismos internacionales con gran incidencia sobre nuestro país (Luis Pedernera, Presidente del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y Ricardo Pérez Manrique, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) participaron de un conversatorio sobre los derechos de lxs niñxs con referentes encarceladxs⁸².

En éste, ambos pusieron de resalto que el tema no había sido hasta ahora materia de preocupación especial, no sólo de los sistemas penales de los Estados⁸³, sino también de los organismos de control del derecho internacional de los Derechos Humanos a los que representaban, e instaron a la urgente modificación de esa situación, asegurando un mayor compromiso futuro con la temática por parte de tales organismos.

Cierto es que muchos jueces y juezas penales muestran una fuerte preocupación por el destino de lxs niñxs cuyxs responsables se hallan encarcelados, conocen cuánto se agudizan sus condiciones de vulnerabilidad con el encarcelamiento parental, advierten la necesidad de que las decisiones judiciales no resulten lesivas a sus derechos y extreman el cuidado en salvaguarda de su protección, especialmente cuando tales responsables son

⁸¹ disponible en https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Reglas_Brasilia_Corte.pdf

⁸² Conversatorio “*Promoción, Protección y Ejercicio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con Referentes Adultos Privados de la Libertad*”, organizado por el Instituto Intramericano del Niño, la Niña y Adolescentes, de OEA y la Plataforma NNAPeS. 27-oct-2020. Disponible en <https://www.facebook.com/iin.oea.org/videos/363196554902505/>.

⁸³ Sobre el caso de nuestro país: Masola, María Belén (2019) “*La responsabilidad del Estado argentino en las repercusiones que produce el sistema penal sobre los niños, niñas y adolescentes con padres encarcelados*”. Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/160777/1/TFM%20Mari%CC%81a%20Bele%CC%81n%20Masola%20%281%29.pdf>

cuidadores exclusivxs⁸⁴.

Pero la suerte de lxs niñxs no puede quedar librada al azar de cruzarse en su camino con unx de esxs jueces....

Resulta imperioso ya que lxs jueces penales, todxs, al momento de detener a una persona, verifiquen si ésta tiene niñxs a su cargo exclusivo y en tal caso activen los resortes de protección correspondientes⁸⁵.

Cada jurisdicción establecerá, conforme su propia ingeniería institucional protectora, los pasos posteriores a seguir para que lxs niñxs queden al cuidado de un adultx responsable de confianza de lxs detenidxs, y cuenten posteriormente con apoyo y asistencia, si les resultara necesario.

Pero nada de ello podrá hacerse si lxs jueces penales no verifican primero, en cada detención, si la o las personas detenidas tienen a su exclusivo cargo el cuidado de niñxs y consecuentemente ponen en marcha el debido mecanismo proteccional.

A 30 años de la ratificación por parte del Estado argentino de la Convención sobre los Derechos del Niño, resulta imprescindible que lxs jueces penales, todxs, hagan visibles a lxs niñxs invisibles.

Diciembre de 2020.

⁸⁴ A mero título de ejemplo (seguramente habrá muchos otros decisorios que reconozcan fundamentos similares): Acordada CFCP n° 2/2020, disponible en <http://www.saij.gob.ar/recomendacion-camara-federal-casacion-penal-sobre-situacion-encierro-mujeres-embarazadas-hijos-nv22996-2020-03-09/123456789-0abc-699-22ti-lpssedadevon>
Fallo CFCP "Miranda, Stella Maris", voto del juez Hornos, considerando VI, disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-miranda-stella-mari-srecurso--fa20260010-2020-03-27/123456789-010-0620-2ots-eupmocsollaf?.com>
Fallo CFAR "Castelli, Natalí " voto del juez Anibal Pineda, considerandos 10-14, disponible en https://drive.google.com/file/d/1a40vr97IQVS2oGuo_N8_XDws2js7n2o2/view?usp=sharing

⁸⁵ Similar recaudo debe adoptarse respecto de personas impedidas de valerse por sí mismas, en virtud de las obligaciones contraídas por nuestro país al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde 2014 de jerarquía constitucional.