

## Justicia penal de adultos: la gran fábrica de niños sin cuidados parentales ni cuidados alternativos

Mi nombre es Silvia Zega y vengo de Argentina, un país muy lejano. Hace exactamente 10 años tuve el honor de participar<sup>1</sup>, participando del Día de Debate General sobre Niños de Padres Encarcelados<sup>2</sup>.

En ese momento traje una norma dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín de mi país<sup>3</sup>, aún vigente, que asegura a los niños cuyos responsables únicos son detenidos que **desde ese momento contarán con un cuidado alternativo** y que la designación de quien lo ejerza será respetuosa de sus derechos y de los de los detenidos, incluido su derecho a ser oído.

Nunca pensé que 10 años después estaría diciendo que, lamentablemente, no hemos avanzado mucho en ese sentido.

La protección de los niños sin cuidados parentales afortunadamente está concitando la atención de múltiples agencias y organismos. Este Debate es la prueba.

En mi país se ha relevado la situación de niños en programas de cuidado alternativo, con miras a fortalecer políticas públicas de desinstitucionalización y a realizar los ajustes necesarios en los dispositivos de cuidado. Se han dictado también leyes que previenen la violencia sobre niños para prevenir su institucionalización. En el mundo entero, la problemática de niños migrantes sin cuidados parentales ha adquirido visibilidad. **Pero hay una problemática que aún no ha sido suficientemente incorporada en las agendas políticas y legislativas como situación generadora de niños sin cuidado alternativo: la desprotección que se genera al momento en que se priva de libertad a una persona que tiene niños a su cargo exclusivo. Niños que no sólo necesitan un cuidado alternativo, sino que están fuera del radar de la protección estatal para obtenerlo.**

En el caso de los niños sin cuidados parentales, hoy buscaremos cómo morigerar el daño que el internamiento en instituciones y el cuidado institucional pueden causar su crecimiento y desarrollo y nos plantearemos, entre otros objetivos, identificar y discutir la necesidad de la separación de sus responsables y las formas de respuesta más respetuosas de sus derechos cuando esa separación no puede ser evitada.

Nos alumbró el camino la Observación General N.º 14 de este Comité<sup>4</sup>, que señala el deber de tener en cuenta, al dictar condenas penales, la posible afectación al interés superior de los niños involucrados y alienta la aplicación de alternativas a la privación de la libertad.

---

<sup>1</sup> Committee on the Rights of the Child -Day of General Discussion "Children of incarcerated parents" 30 September 2011 <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2011.aspx>

<sup>2</sup> Day of General Discussion "Children of incarcerated parents" - Written Submissions for the 2011 CRC DGD- S. Zega <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/WSDGD2011.aspx>

<sup>3</sup> Acordada n° 40/1997 Cámara Federal de Apelaciones de San Martín y Guía Orientativa de Implementación Ac CFASM 40-97 (Protocolo de actuación-Buenas Prácticas).pdf <https://drive.google.com/drive/u/4/folders/1rcAlto4-Ys4ok0pJhZ1ctre7p6hbDTHg>

<sup>4</sup> Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en)

**Pero para llegar a cumplir ese objetivo – posterior en el tiempo – es necesario antes saber que esos niños, que han quedado sin cuidado parental y quizá sin cuidado alternativo, existen; que han sobrevivido; dónde están y con quién. Y ello no puede saberse si no son vistos, registrados y, fundamentalmente, protegidos al momento mismo de la detención parental.**

Cuando un niño está a cargo exclusivo de la o las personas detenidas, aun en casos de procedimientos muy cuidadosos, **la detención** de éstas es el momento de mayor impacto subjetivo (se ven imprevista y forzadamente separados de quienes los cuidan) pero, fundamentalmente, **es el momento de mayor riesgo**. Muchos de ellos quedan librados a su suerte, quizá solos, quizá a cargo de algún hermano o hermana también menor de edad, quizá recogidos por la solidaridad de alguien del vecindario que supo del encarcelamiento parental, quizá, si no estaban presentes al momento del allanamiento, al volver al hogar se encontraron totalmente desamparados... Seguramente hay jueces penales que al momento de la detención – si ésta ocurre en el hogar y los niños se hallan presentes – se ocupan de salvaguardar su derecho a contar con un cuidado alternativo. Hay también –afortunadamente – niños cuyos familiares o conocidos rápidamente los encuentran y se hacen cargo de su cuidado. Pero el derecho de los niños carentes de cuidado parental a ser cuidados por otras personas no puede quedar librado al azar de la posible buena voluntad de familiares o jueces.

Hoy nadie sabe cuántos son ni dónde están esos niños que perdieron el cuidado parental y quedaron sin cuidado alternativo... ni sabemos cuántos de ellos llegaron a reconectarse con otros miembros de sus familias que los acogieron y cuántos quedaron librados a su peor destino.

El momento de la detención de sus responsables exclusivos abre para los niños la puerta a la posibilidad de todo tipo de violación posterior de sus derechos. Lo que en ese momento se actúe – o no se actúe – es lo que en gran medida definirá lo que suceda con sus vidas. Y esto no puede quedar librado a su buena suerte.

También nos alumbran el camino las recomendaciones efectuadas a nivel regional por el Comité de Ministros de la Unión Europea, las que abarcan diversas situaciones, ámbitos y momentos procesales en los que los derechos de estos niños pueden verse afectados. En ellas, en relación con su cuidado alternativo, se insta a que al momento del ingreso de una persona a la prisión, las fuerzas penitenciarias registren la cantidad de niños de quien ingresa, su edad, y quién es su actual cuidador. Y que antes o al momento de ese ingreso, las personas con responsabilidades de cuidado sobre niños puedan hacer arreglos para el cuidado de esos niños<sup>5</sup>. Es importantísimo, pero no suficiente.

En muchos de nuestros países – que no son alcanzados por esas recomendaciones –, entre el momento de la detención parental y el ingreso efectivo a una unidad penitenciaria pueden pasar no ya horas sino días o hasta semanas. Aun cuando la brecha sólo fuese de horas, ellas son suficientes para que perdamos a los niños. Respecto de muchos habremos llegado tarde.

Si queremos asegurar el derecho al cuidado alternativo a los niños que están bajo la responsabilidad exclusiva de personas detenidas, debemos **actuar en el momento mismo**

---

<sup>5</sup> Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents (párrafos 12 y 13).

<https://edoc.coe.int/en/children-s-rights/7802-recommendation-cmrec20185-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-concerning-children-with-imprisoned-parents.html>

**de la detención.** Y responsabilizar por ello a quienes son responsables de ésta y pueden actuar desde ese momento: los jueces penales de adultos (o los fiscales correspondientes, en los sistemas judiciales que asignan a éstos las responsabilidades sobre las detenciones de adultos).

### **¿Por qué, cuando hablamos del derecho de los niños al cuidado alternativo, debemos fijar nuestra atención en los niños cuyos responsables son privados de la libertad?**

Dos investigaciones realizadas en los últimos años en mi país<sup>6</sup> – que cuenta con una cantidad cercana a 110.000 personas presas<sup>7</sup> – arrojaron una cifra de entre 132.000 y 143.000 niños con alguno de sus cuidadores o ambos privados de su libertad. En 2021, esa cifra había ascendido a 217.000 niños<sup>8</sup>.

Ninguna de ambas investigaciones desagrega **cuántos de esos niños estaban a cargo exclusivo de la o las personas presas**, ya sea por tratarse de un hogar monoparental o porque ambos miembros de la pareja cuidadora fueron detenidos. Es decir, cuántos niños quedaron sin cuidado alternativo al momento de la detención. **Nadie lo sabe...** Tal dato no ha sido recabado en mi país por ningún organismo y, hasta donde sabemos, tampoco es un dato con el que pueda contarse en otras partes del mundo.

Hay algunos indicadores que pueden orientarnos sobre la magnitud del problema. El último censo poblacional de nuestro país indicaba que más del 35% de los hogares tenía jefa mujer y que esa cifra ascendía a casi el 83% cuando los hogares eran monoparentales<sup>9</sup>. Algunas investigaciones argentinas y latinoamericanas mostraron que cerca del 87 % de las mujeres presas eran madres; dos tercios de ellas, de niños menores de edad; que más del 60% eran jefas de familia y que casi el 40% de las condenadas tenía en simultáneo a su pareja privada de la libertad.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Cadoni, L. Rival, J.M., Tuñón - Barómetro de la Deuda Social de la Infancia del Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina y Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Church World Service (2019) *Infancia y Encarcelamiento. Condiciones de Niñas, Niños y Adolescentes cuyos padres o familiares están privados de libertad en la Argentina. Informe especial.*

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

Procuración Penitenciaria de la Nación, Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Church World Service, ACIFAD (Asociación Civil de Familiares de Detenidos) y UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) (2019) *Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro*

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

<sup>7</sup> *Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena - Informe República Argentina 2019* - Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal Subsecretaría de Política Criminal Secretaría de Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

<https://www.argentina.gob.ar/justicia/politicacriminal/estadisticas/sneep/2019>

<sup>8</sup> Cadoni, L., Sánchez, M.E., y Tuñón, I. (2021). Barómetro de la Deuda Social de la Infancia del Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina y Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Church World Service *Las múltiples vulnerabilidades que afectan especialmente a NNAPES*

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

<sup>9</sup> Instituto Nacional de Estadística y Censos, República Argentina: *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010.*

<https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-CensoNacional-2-3-Censo-2010>

<sup>10</sup> CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación (2011) *Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo*

<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>

Centro Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia de la Universidad Nacional de Tres de Febrero) (2015) *Condiciones de vida en la cárcel: Resultados de la encuesta de detenidos condenados.*

<http://celiv.untref.edu.ar/contenidos/CELV%20Informe%20Nro.%202.pdf>

La impronta patriarcal aún imperante en nuestra región respecto de la responsabilidad parental motiva que sea la mujer quien habitualmente se halle a cargo directo de los niños. Ello, unido a los datos antedichos, nos permite colegir que gran parte de esos 217.000 niños que perdieron el cuidado de alguno o ambos cuidadores, se hallaban bajo la responsabilidad exclusiva de ellos, quedando al momento de su detención en el desamparo y sin un adulto responsable de su cuidado.

Los estudios internacionales daban cuenta en 2018 de una población encarcelada – ya sea en prisión preventiva o purgando condenas – de aproximadamente 11 millones de personas<sup>11</sup>. Entre 2000 y 2017, la población encarcelada mundial creció aproximadamente el 24%. Europa tuvo una disminución del 22% de su población encarcelada en dicho período, en tanto el resto del mundo osciló entre 175% (América del Sur) y 29% (África) de aumento. Ello muestra que, a excepción de Europa, el encarcelamiento en el mundo va en aumento. Y en algunas zonas, como América del Sur, de modo desproporcionado respecto de su aumento poblacional.

Entretanto, la población femenina creció 53%<sup>12</sup>, lo que representa un aumento muy significativo en comparación con el sufrido por la población masculina, que fue del 20% en el mismo período<sup>13</sup>.

Nada indica que esas tendencias mundiales vayan a revertirse. Por el contrario, año a año más personas, y entre ellas más mujeres solas o junto a sus parejas, son encarceladas, dejando al momento de su detención a más y más niños sin responsable de su cuidado. Y, hasta ahora, sin que el estado se ocupe de asegurarles un cuidado alternativo.

### **¿Cuál es la condición común que une a esos niños?**

Todos, todos sin excepción, se hallan en esa situación debido a una acción – legítima – de un juez penal (o un fiscal en los sistemas judiciales que asignan a los fiscales las responsabilidades sobre la detención de personas). Un juez – o un fiscal – que no dirigió esa acción contra esos niños, pero que tampoco se hizo cargo de las consecuencias. Y esto posiblemente suceda sólo porque no está entre las funciones esperadas, ni menos aún normatizadas, de los jueces penales o los fiscales el mirar a los niños al momento de detener a los adultos que los cuidan.

Fue en esa inteligencia que en la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en mi país, dictó la norma que traje al Día de Debate General de 2011 y que fue allí rescatada como “buena práctica”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Roy Walmsley - *Twelfth edition of the World Prison Population List* - World Prison Brief -The Institute for Criminal Policy Research (ICPR) at Birkbeck, University of London ([www.icpr.org.uk](http://www.icpr.org.uk))  
[https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf)

<sup>12</sup> Penal Reform International, Thailand Institute of Justice (TIJ) “Global Prison Trends 2018”  
[https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/04/PRI\\_Global-Prison-Trends-2018\\_EN\\_WEB.pdf](https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/04/PRI_Global-Prison-Trends-2018_EN_WEB.pdf)

<sup>13</sup> [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf)  
Roy Walmsley -World Female Imprisonment List - World Prison Brief -The Institute for Criminal Policy Research (ICPR) at Birkbeck, University of London ([www.icpr.org.uk](http://www.icpr.org.uk)) 2018  
[http://fileserver.idpc.net/library/world\\_female\\_prison\\_4th\\_edn\\_v4\\_web.pdf](http://fileserver.idpc.net/library/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf)

<sup>14</sup> Quaker United Nations Office *Collateral Convicts: Children of incarcerated parents Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011* - page 10.  
[https://www.uno.org/sites/default/files/resources/ENGLISH\\_Collateral%20Convicts\\_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf](https://www.uno.org/sites/default/files/resources/ENGLISH_Collateral%20Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf)

La norma simplemente impone a los jueces de su jurisdicción el **deber**, cuando una persona es detenida, **de averiguar si ésta tiene niños a su cargo exclusivo**. Si los tiene, el deber de adoptar las medidas necesarias para su salvaguarda inmediata, entre ellas específicamente **su entrega al cuidado de un adulto designado por la persona detenida**, y el deber de dar intervención posterior al ámbito competente en materia de protección de personas menores de edad.

Con ello se garantiza **un derecho fundamental de los niños: el de contar con un adulto que les brinde cuidado alternativo** en la crítica situación de haber perdido el cuidado parental, respetando su derecho a ser oído y sin que ello importe la pérdida del vínculo con la persona detenida.

La norma no “inventa” nada. Los jueces penales con competencia respecto de adultos ponen en marcha mecanismos básicos de protección (fundamentalmente asegurar en el momento un cuidado alternativo de los niños, de confianza de las personas detenidas) a cuya activación no se hallaban obligados, porque tampoco estaban obligados a enterarse de que había niños que quedaban sin un adulto responsable merced a la detención por ellos ordenada.

**Hace visible la necesidad de cuidado alternativo de esos niños, porque obliga al juez a ver dicha necesidad.** Algo tan simple, pero a la vez tan ajeno al procedimiento penal seguido a mayores de edad. Y tan necesario para proteger a todos los niños de padres encarcelados en otras latitudes.

En 2005, el Día de Debate General dedicado a los niños sin cuidados parentales enfatizó la atención que los estados deben brindar a ciertos grupos de niños afectados por esta problemática: los discapacitados, los involucrados en abuso de droga, los niños de la calle, los refugiados, los que piden asilo, los afectados por HIV, los hijos de trabajadores migrantes<sup>15</sup>.

Igual recomendación hizo la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2009 en su Resolución 62/142, específicamente dedicada a “ la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación”, extendiendo esa categoría de “niños vulnerables” a “los niños no acompañados y separados”<sup>16</sup>, entre otros.

Ya dos años antes, en su Resolución 62/141 en relación con “la protección y el bienestar de los niños que necesitan cuidado alternativo o que pueden estar en situación de necesitarlo” había señalado 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”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Day of General Discussion - “Children without Parental Care” Fortieth session Geneva, September 2005 (párrafo 670). <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cFfK8mACKt4J:https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2005.doc+&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

<sup>16</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2009, 64/142. Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños (párrafo 9b). <https://undocs.org/ot/A/RES/64/142>

<sup>17</sup>

Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2007, 62/141. Derechos del niño (párrafo 16). <https://undocs.org/A/RES/62/141>

En 2019 la Asamblea General en su Resolución n° 74/133 “Derechos del niño” insta a los estados a “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”<sup>18</sup>. Y en dicha histórica Resolución n° 74/133 específicamente centrada en los derechos de los “niños carentes del cuidado parental”, tras observar que “ellos tienen más probabilidades que otros de ser víctimas de violaciones de los derechos humanos, como exclusión, violencia, abusos, falta de cuidados y explotación”<sup>19</sup>, insta a los estados a “promover la aplicación de los marcos internacionales y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños”, por vía, entre otras medidas, de “reforzar la legislación, los reglamentos y las políticas nacionales para proteger los derechos de los niños carentes de cuidado parental”<sup>20</sup>. Ya el Debate de 2005 había señalado “los estados deben promulgar leyes nacionales y adoptar políticas a este respecto que involucren tanto al sector público como al privado para la protección de esos niños”<sup>21</sup>.

Hoy es ya imprescindible que entre esos niños privados de cuidados, merecedores por ello de la especial atención de los estados, incorporemos decididamente a quienes por acción de los estados mismos, en la detención de sus padres pierden el cuidado parental y quedan librados a su suerte en la consecución de un cuidado alternativo. Y que promovamos las normas necesarias para su protección en esa situación.

Pero lo cierto es que el tema de los niños que se ven privados de cuidados parentales por la detención de sus padres no ha sido hasta ahora materia de preocupación específica, no sólo de los estados, sino también de los organismos de control e interpretación del derecho internacional de los Derechos Humanos. O lo ha sido en una medida que no se compadece con la gravedad de los riesgos que en esa situación acechan a los niños.

Es por eso que **necesitamos que el Comité de Derechos del Niño impulse la bandera del derecho de los niños a un cuidado alternativo desde el momento mismo de la detención parental**. Y del mismo modo que en su observación General 6 (2005)<sup>22</sup> hizo visibles a los niños migrantes a países extranjeros sin acompañamiento familiar, hoy –mediante otra Observación General o el instrumento que estime pertinente – haga visibles a los niños que al momento de la detención de sus cuidadores únicos quedan carentes de todo cuidado, parental o alternativo. Visibles desde ese momento en que puede jugarse su futuro, asignando las responsabilidades a quienes están en mejor posición para cumplirlas por lo temprano de su intervención: los jueces que detienen a los adultos – o los fiscales, en

---

<sup>18</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019, 74/133. Derechos del niño (párrafo 35.q). <https://undocs.org/es/A/RES/74/133>

<sup>19</sup>Ibidem (párrafo 26).

<sup>20</sup> Ibidem (párrafo 35.a)

<sup>21</sup> Day of General Discussion - “Children without Parental Care”, Fortieth session, Geneva, September 2005 (párrafo 651). <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cFfK8mACKt4J:https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2005.doc+&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

<sup>22</sup>Observación General N° 6 (2005) “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>

los sistemas judiciales que así lo establezcan. Y que recomiende enfáticamente el dictado de las normas necesarias para que esos jueces – o fiscales, en su caso – al momento de detener a una persona, se vean obligados a verificar si ésta tiene niños bajo su exclusivo cuidado, a registrarlos, a asegurar la entrega para su cuidado a quien la persona detenida designe y a dar intervención a los organismos pertinentes de protección de niños.

Si el estado es responsable respecto de la protección de todos los niños que necesitan cuidado alternativo, mucho más lo es respecto de aquellos que sufren la falta de cuidado -parental y alternativo – debido a la acción del mismo estado que actúa a través de la acción penal contra sus cuidadores exclusivos. El estado debe comenzar a actuar por la protección de los niños desde el mismo inicio de su intervención. Y el Comité de Derechos del Niño puede hacer mucho para que ello se concrete. En el futuro muchos niños, cuando sus cuidadores exclusivos vayan presos, lo agradecerán.