

IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica

“De la Ley a las prácticas: confrontaciones sociales por el uso del Derecho”

Organizado por:

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

Sociedad Argentina de Sociología Jurídica

Comisión IV: “Familia, niñas, niños y adolescentes. El Derecho en la vida cotidiana”.

Título: Los Efectos de la Globalización en la Normativa Infantil

Autora: Mariana Brizuela Ambrosius

Introducción

Tanto la globalización hegemónica como la contrahegemónica han penetrado las fronteras del Estado Argentino, modificándolo sustancialmente. Una de las dimensiones más afectadas ha sido la dimensión jurídica. A partir de la década del '90 en Argentina se producen una serie de reformas legislativas que generan un profundo cambio en la sociedad. La imposición del régimen neoliberal y la adopción de los Tratados sobre derechos humanos junto con la normativa interna vigente han generado contradicciones internas¹ de difícil resolución. En este trabajo, se busca reflexionar sobre contradictorias normativa que regulan la situación de la infancia-adolescencia, en especial con la incorporación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño a la Constitución Nacional y la posterior sanción de la ley 26.061. Estas normativas ponen en cuestionamiento a toda la legislación anteriormente vigente como el Código Civil, la ley penal N° 22.278, la ley de patria potestad, entre tantas otras y, dejan en especial evidencia a los códigos de procedimientos locales que posibilitan la aplicación de medidas tutelares en forma “discrecional”.

El presente trabajo está dividido en tres partes. En la primera, se darán nociones básicas sobre la globalización, sus efectos normativos y consecuencias sociales en Argentina. En la segunda parte, se referirá a las contradicciones que ha provocado la adopción de la doctrina de la “protección integral” y la subsistencia de la legislación dictada dentro del marco de la doctrina de

¹ Con esto no queremos decir que las contradicciones sean sólo normativas.

“situación irregular” por lo dificulta el cambio en las prácticas sociales (en la familia, la escuela, el sistema político, jurídico, etc.). La tercera parte, se ocupará de la ley procesal de la provincia de Córdoba y de cómo a partir de la CIDN y la ley 26.061 ha quedado en evidencia el alto grado de arbitrariedad que aquella permite al Juez de Menores y que, además constituye violaciones sistemáticas de los principios y garantías constitucionales.

Las caras de la globalización

El fenómeno de la globalización está lejos de ser concebido en forma unánime por el mundo académico, e incluso ha generado nuevos alineamientos dentro de lo que eran las corrientes tradicionales de pensamiento (Held y Mc Grew, 2002). Esto se debe a que la globalización es un fenómeno complejo, dinámico, multifacético y que abarca distintas dimensiones: política, social, cultural, ética, jurídica, religiosa y sobretodo, económica.

Para Beck (1998) “...el globalismo neoliberal es una acción altamente política que, en cambio, se presenta de manera totalmente apolítica.” De este modo, la globalización exige “...la aplicación de leyes del mercado mundial...” como si fuese un mecanismo automático, cuando en realidad se trata de un proyecto político con actores perfectamente identificados (Banco Mundial, OMC, OCDE, empresas transnacionales, etc.) que buscan imponer de manera hegemónica la política económica neoliberal. Así pues, la globalización se muestra como un proyecto único y uniforme, lineal e irreversible, además de liberador².

Por su parte, Boaventura de Souza Santos propone un enfoque multicausalista, en donde hace hincapié en las dimensiones sociales, políticas y culturales de la globalización³. Así, este

² Esto se debe a que el pensamiento liberal clásico asimilaba el sistema capitalista al democrático. Por ejemplo, Seymour Lipset (1996) efectúa su análisis partiendo de la idea (comprobable empíricamente por la curva de Kuznets) de que para alcanzar la democracia se necesita (entre otros factores) de una economía de libre mercado, que luego de un período crítico en cual se pone a andar la rueda del desarrollo, y una vez que éste es alcanzado y estabilizado, origina una distribución más equitativa de los ingresos. De este modo asevera que “Donde el estado limita al mercado y se alienta la autarquía (una economía autosuficiente que restringe la competencia) se expande el autoritarismo. Una democracia necesita de un mercado libre y viceversa.” (1996:32). Así, el capitalismo es una consecuencia de la democracia y donde aquel no se ha establecido en forma totalmente libre de ataduras estatales provoca corrupción, inestabilidad y autoritarismo.

³ Para Santos no debería hablarse de globalización (en singular), sino de globalizaciones (en plural), puesto que se trata de conjuntos de relaciones sociales y como tales implican conflictos; por ende existen ganadores y perdedores; donde “A menudo, el discurso sobre la globalización es la historia de los ganadores tal como ellos mismos la relatan.”(2001:152). Es decir que, habría otras realidades que no están siendo consideradas o que carecen de los medios de comunicación sociales necesarios para darse a conocer.

autor define a ésta como “...el proceso mediante el cual una condición o entidad local dada consigue extender su alcance a todo el globo y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar a una condición o entidad rival como local.” (2001:153). Con ello, Santos pone el énfasis en las relaciones sociales transnacionales que se han visto intensificadas en virtud de diferentes causas.

A su vez, este autor distingue dos tipos de globalización: la *hegemónica* y la *contrahegemónica*, según los grupos sociales o instituciones que la promueva sean dominantes o subalternos, pero ambas coexisten dentro del mismo conjunto de relaciones sociales globalizadas como dimensiones, perspectivas o posiciones diferentes y antagónicas. Otra categorización importante que realiza Santos, es entre *globalización de alta intensidad* y *globalización de baja intensidad*. La primera de ellas estaría dada por “...un proceso claramente identificado, mediante el cual una entidad dada [...] originalmente específico de un país o conjunto de países determinado, consigue, en un momento dado, propagar su alcance a vastas extensiones del globo, impulsado por fuerzas o condiciones que también pueden ser identificadas sin dificultad”. Por su parte, la globalización de baja intensidad es un proceso “...menos estricto y más ambiguo, que consiste en que se dan desarrollos paralelos en diferentes países, parcialmente convergentes y parcialmente divergentes, y que parecen responder a fuerzas o condiciones internas o, al menos, en los cuales las fuerzas o condiciones transnacionales son mucho más difusas.” (2001:155). Es decir que, la intensidad del proceso globalizador estaría dada por las desigualdades de poder existentes en los distintos modos de producción de globalización.⁴

Para Santos la globalización es “...un vasto e intenso campo de conflictos entre grupos sociales, Estados e intereses hegemónicos [...] y subalternos. [...] Incluso dentro del campo hegemónico se presentan divisiones más o menos significativas. Sin embargo, por encima de todas estas divisiones internas, el campo hegemónico actúa sobre la base de un consenso entre sus miembros más influyentes.” Por ello, la globalización (o las globalizaciones) se presenta como uniforme y con un alto nivel de consenso, pero que en realidad responde a un tipo de globalización que viene siendo impulsado desde los centros mundiales de poder (globalización hegemónica) y que intenta imponerse como una fuerza irrefrenable, lineal e incluso

⁴ Sobre este tema véase también Santos, 2005.

despolitizada⁵. Por ello, es fuerte y generalizada, la idea de que estamos ante “...un extendido consenso [que] ha llevado a la erosión de profundas rupturas políticas [y que] se basa en cuatro consensos liberales.” (Santos, 2001:157). A continuación se hará una breve reseña de cada uno de ellos.

- **Consenso económico neoliberal o Consenso de Washington:** que entre otras medidas establece la concentración del poder mercantil en las grandes empresas multinacionales y del poder financiero en los grandes bancos transnacionales provocando nuevas restricciones a la reglamentación estatal. además, promueve un nuevo derecho internacional de propiedad para los inversores extranjeros y creadores intelectuales, así como la subordinación de los Estados nacionales a las agencias financieras multilaterales. Se basa en el libre mercado, la desregulación de la economía, la privatización de las empresas del Estado, el minimalismo estatal, el control de la inflación, la orientación a la explotación a partir de modelos nacionales de especialización; la reducción del déficit público mediante los recortes al gasto social, eliminando su universalidad y transformándolas en simples medidas compensatorias en relación con los estratos sociales inequívocamente vulnerados por la acción del mercado, etc.
- **Consenso del Estado débil:** por el cual el Estado deja de ser el espejo de la sociedad civil para pasar a ser su opuesto, donde la fuerza del aquel es entendida como la causa de debilidad y el impedimento principal de la organización de la sociedad civil, pues Estado es visto como opresor, ineficiente y predador. Sin embargo, por causa del centralismo que tuvo el Estado en los últimos 150 años como regulador de la vida social, política y económica, se da la paradoja de que se requiere un Estado fuerte que produzca su propia debilidad.
- **Consenso democrático liberal:** tiene su origen en el modelo de democracia liberal representativa de los Estados hegemónicos, donde capitalismo y democracia constituían

⁵ En igual sentido Held y McGrew (2002) plantean las diferentes posturas en torno a este fenómeno que es visto como irregular, a tal punto que impide que sea tomado como un proceso universal que se expanda uniformemente por el planeta.

dos caras de la misma moneda⁶. Se presenta como una concepción minimalista de la democracia (en el sentido de que sólo se exigen sus rasgos principales de modo meramente formal⁷) impuesta a los Estados periféricos y semiperiféricos como condición de acceso al crédito internacional. Ahora bien, sus precursores no se cuestionan respecto del grado de afectación que sufre la soberanía estatal por la intromisión de los distintos organismos financieros internacionales.

- **Consenso de la primacía del derecho y de los tribunales judiciales:** en los que se le otorga primacía a la propiedad privada, a las regulaciones mercantiles y al sector privado para obtener transacciones seguras y previsibles con modificaciones en el marco jurídico; de este modo se genera el paso de la contractualización social a la contractualización individual. Esto es posible por la creación, por parte de los Estados, de marcos legales y el efectivo funcionamiento de las instituciones jurídicas y judiciales. Santos lo llama “la judicialización de la política”.

De este modo, se inició en los años 70’ y se encuentra actualmente en proceso, la tercera etapa del capitalismo, que Santos (2000) denominó “**capitalismo desorganizado**”⁸. Su nombre alude a que las antiguas formas organizativas (propias del Estado benefactor o desarrollista) están siendo desmanteladas y sustituidas por otras nuevas. Con ello, lo que se propone es una mutua desintegración de la regulación y la emancipación, transformada en una doble regulación.

⁶ Para Clauss Offe (1990) la democracia liberal es un sistema político institucionalizado con las siguientes características: 1) gobierno representativo con cargos electivos; 2) electorado formado por toda la población adulta, es decir, no deben existir exclusiones por motivos raciales, étnicos, de clase, de sexo, etc.; 3) votos de igual valor para todo el electorado, evitando de éste modo los votos múltiples; 4) electores con derecho a votar a favor de todas las opiniones y cualquier candidatura sin intimidación del aparato estatal, es decir que, no haya proscripción de candidatos u opiniones como tampoco, manipulación del electorado. A ello le añade cuatro libertades: de opinión, de reunión, de organización y de prensa como pre-requisitos necesarios. Estos rasgos normativos e institucionales de la “Teoría Liberal Democrática” compondrían, para este autor, condiciones necesarias y suficientes para legitimar las democracias liberales. Y más adelante, asegura que, la democracia con estas características es la “...única forma de gobierno legítima y estable en el mundo contemporáneo” (1995:6).

⁷ A ello se refiere Santos (2005) como democracias de *baja intensidad*, en oposición a las de *alta intensidad*.

⁸ Santos distingue tres períodos: el **capitalismo liberal** que se desarrolló durante las tres primeras partes del siglo XIX en el cual la emancipación fue sacrificada por las exigencias reguladoras de los Estados y casi confinada en la actividad de los movimientos anti-sistémicos. El segundo periodo, llamado del **capitalismo organizado**, que transcurrió desde fines del siglo XIX hasta la década del 60’ durante el cual la regulación estatal del Estado Providencia en los países centrales intentó integrar los proyectos emancipadores anti-sistémicos, si eran compatibles con la producción y la reproducción social capitalista. De este modo, se subordinaron los proyectos emancipadores a los reguladores.

También Beck (1998), lo denomina capitalismo desorganizado, pero con algunas diferencias.

En Argentina, este proceso se inició a mediados de los años '70, pero se desarrolló extensa e intensamente durante la década '90⁹. Abarcó gran parte de las dimensiones del Estado, el Mercado y la Sociedad Civil¹⁰. Una muestra palmaria de la globalización de alta intensidad sufrida por el país fue la llamada ley de “Reforma del Estado” que significó la aplicación de las recetas “impulsadas”, principalmente por el Fondo Monetario Internacional¹¹. Así, Argentina “ingresaba” al primer mundo. Como en otros lugares del plante donde fueron aplicados los cuatros consensos, se generó concentración de la riqueza y con ella, exclusión, pobreza y marginación para gran parte de la población con índices vergonzosos de desnutrición infantil y crecimiento del analfabetismo.

De este modo, mientras el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo llevaban adelante un intenso achicamiento del Estado y del gasto público, que significó el recorte presupuestario al sistema educativo, de salud, la paulatina disolución del sistema previsional solidario, etc.; por otra parte, la Convención Constituyente del año '94 (paradójicamente constituida por los mismos personajes políticos que conformaban el Congreso) ratificaba cuanto tratado sobre Derechos Humanos estuviese en danza. Esto pudo deberse en parte a las exigencias que debía cumplir el Estado argentino de adoptar un régimen democrático y garantista de los derechos humanos, como condicionante del acceso a los créditos internacionales, pero también a las presiones de los grupos sociales, instituciones y organismos internacionales que conforman la llamada globalización contrahegemónica.

Ahora bien, sea a instancias de unos o de otros (o quizá de ambos) es importante señalar, el lugar otorgado por los constituyentes a dichos Tratados, pues según reza el artículo 75 inciso 22, estos “...tienen plena jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte

⁹ Conforme, Held y McGrew, quienes sostienen que juntamente con la revolución de la información y “A partir del colapso del socialismo de Estado y la consolidación del capitalismo a escala global, la conciencia pública de la globalización se acentuó espectacularmente en los años noventa.” (2002:14)

¹⁰ Sobre este punto Santos expresa que en “...países periféricos y semiperiféricos, las políticas de «ajuste estructural» y de «estabilización macroeconómica» —impuestas como condición para renegociar la deuda externa— cubren un extenso campo de intervención económica, provocando una gran turbulencia en el contrato social, tanto en los marcos jurídicos como en las estructuras institucionales...”

¹¹ Aunque coincidimos con otros, en que los organismos internacionales impulsores de la globalización económica neoliberal son varios, el organismo “legitimado” por antonomasia (sobre todo por la prensa nacional) para brindar recomendaciones válidas al gobierno era F.M.I. En el mismo sentido, Santos dice “...la soberanía de los Estados más débiles se encuentra ahora directamente amenazada no tanto por los Estados más poderosos, como solía ocurrir antes, sino por las agencias financieras internacionales...” (2005:248)

de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.” Por lo tanto, tienen jerarquía superior a las leyes y conforman (al decir por parte de la doctrina) junto a la primera parte de la Constitución, el bloque normativo de derechos humanos a la cual deben subordinarse las normas de jerarquía inferior; entre ellas, las normas emanadas de los poderes provinciales. Lo que nos interesa destacar aquí, es que esta reforma ha venido a hacer cambios sustanciales, obligándonos a repensar todo el ordenamiento jurídico sobre otro eje en aras de pretender ser coherentes y con un régimen democrático de alta intensidad¹². Uno de estos documentos internacionales es la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que ya había sido ratificada por Argentina en el año 1990, mediante la ley 23.849.

La coexistencia de las dos doctrinas

Más de una década después de la reforma constitucional del '94, en el año 2005 se sancionó la ley 26.061 con la cual se intenta poner fin, definitivamente a la hegemonía de la doctrina de la “Situación Irregular” y darle un nuevo impulso a la Convención. De este modo, el legislador nacional, en uso de sus facultades constitucionales conferidas decidió a dar un paso más hacia la nueva concepción de la infancia, esto es la doctrina de la “Protección Integral” y junto con la sanción de la ley 26.061, derogó expresamente la ley 10.903.

Sin embargo, esta decisión contrasta fuertemente con las prácticas abusivas y violatorias que se han venido reproduciendo desde larga data¹³ y que, afectan en lo cotidiano la vida de los niños, niñas y adolescentes. Ahora bien, revertir ochenta seis años (por tomar como fecha representativa a la sanción de la Ley Agote) de prácticas sociales, políticas, culturales y jurídicas, no es tarea sencilla. Para ello se requiere del compromiso de todos los sectores de la sociedad como así también, de un intenso trabajo de concientización respecto de que lo/as **niños/as son sujetos de derechos**.

En este apartado, se hará un breve recorrido histórico por la normativa nacional, tanto en el ámbito del derecho civil como en el penal, para así mostrar cómo en la legislación interna, las

¹² Sobre democracia de alta y baja intensidad, véase Santos (2005)

¹³ Diversos estudios sobre el tema muestran que fueron las congregaciones religiosas de la Iglesia Católica las que se ocuparon de la “infancia problema” y que con el arribo de las ideas iluministas, estas instituciones fueron traspasadas al ejido de responsabilidad del Estado, pero sus prácticas permanecieron invariables. (Bisig,2005)

personas menores de edad fueron “objeto de protección/corrección” de los adultos, a quienes se les imponía un régimen de incapacidades que, combinadas con presunciones jurídicas dieron como resultado prácticas que los colocaba en la más absoluta vulnerabilidad.

Comenzaremos con el Código de Vélez Sarsfield (1871) que establecía la prohibición a los hijos de conocer su verdadera filiación cuando los padres pertenecían a órdenes religiosas o habían hecho voto de castidad e igualmente, cuando la madre era una mujer casada; etc. De este modo, la ley (reflejando la concepción de la época) consideraba más importante proteger a la sociedad de pleitos “inmorales y evitar los escándalos públicos”¹⁴, por encima del derecho de la persona a conocer su identidad. Tampoco tenían derecho a rechazar la paternidad reconocida, es decir que, a la declaración de reconocimiento por parte de una persona no se admitía ningún tipo de prueba en contrario. No debe olvidarse además que, el instituto jurídico de la adopción estaba prohibido, con lo cual los niños que por algún motivo habían perdido a sus padres o no habían sido reconocidos quedaban bajo el régimen de tutela sea de parientes o estatal¹⁵.

No obstante ello, la ley que se ocupó de los menores “sin padres o con padres ineficientes para controlarlos” fue la ley 10.903 del año 1919, en donde se consagró la tutela del Estado. En ella se establecía el patronato del Estado que era ejercido por medio de los jueces con colaboración del Consejo del Menor y del Ministerio Público de Menores. Básicamente, preveía dos supuestos: el “menor maltratado y el “menor sospechado” para los cuales existía la misma presunción: “el abandono material o moral o el peligro moral” por parte de sus progenitores o guardadores. Para ambos casos se establecían idénticas consecuencias, aunque se tratara de supuestos totalmente distintos: la disposición preventiva por parte del Juez y la entrega al Consejo del Menor, es decir, privación de la libertad para el menor. Todo ello era posible, gracias a las facultades ampliamente discrecionales del Juez que se resguardaba en la figura del “buen padre de familia”, que lo legitimaba, y sin ningún tipo de contradictorio¹⁶. El trasfondo de esta legislación era la protección de la sociedad frente a “menores” que por su situación socio-

¹⁴ Véase la nota al artículo 325 del Cód. Civ.

¹⁵ Según Larrandart (1999), ya en el Derecho indiano y posteriormente, en el patrio se establecía la obligación de distintos representantes de la Corona y de la Nación, respectivamente, de cuidar a los niños pobres y huérfanos en situación de abandono y de institutos como la encomienda, la Casa de Regidores para pobres y huérfanos, el Colegio de Huérfanos, asilos, etc. como ámbitos para su permanencia.

¹⁶ El término contradictorio se utiliza aquí, en el sentido procesal, es decir que no hay ningún tipo de contralor o contraparte que permita equilibrar las medidas arbitrarias.

económica y cultural no se encontraban adecuadamente insertados en el sistema social existiendo un peligro, “aparentemente cierto”, de convertirse en futuros delincuentes. Paradójicamente, por esos tiempos, en la Argentina se comenzaba a hablar de reformas (como fueron la nueva ley electoral y la reforma universitaria) que buscaban democratizar el país, otorgándole a la ciudadanía una mayor participación. Pero, para la infancia/adolescencia, especialmente la infancia pobre, estos derechos les fueron negados (al igual que a las mujeres) convirtiéndolos, definitivamente en objetos de control del mundo adulto, no sólo dentro del ámbito de la familia sino también, del Estado.

Es importante señalar que, a partir de la ley Agote se produce un acercamiento entre el “menor víctima de un delito” (tutela) y el “menor que comete un delito” (corrección), es decir, aquello que era propio del derecho civil con lo propio del derecho penal, unificándose con el nombre de “minoridad” y dando lugar a debates respecto de la especialidad del Derecho de Menores¹⁷. Alrededor de los años '30 se constituyeron los primeros Tribunales de menores del país¹⁸ con lo cual se buscaba sacar a los menores de la órbita del Derecho Penal aplicable a los adultos, asignándosele un rol educativo/protector, en contraste con el represivo. Con ello, quedó definitivamente consagrada la figura del menor en situación irregular o en riesgo que posibilitó, y posibilita hasta la fecha, todo tipo de arbitrariedades. Ahora bien, el régimen de minoridad (prevencional) tuvo, y aun tiene, un sector social al cual se dirige su actuación, ya que las situaciones familiares de las clases medias y altas que deben ser ventiladas en los tribunales se tramitan ante el fuero de Familia.

Con el correr del tiempo esta ideología, comenzó a sufrir ciertas fisuras, y en consecuencia se dictaron algunas normas que buscaron limitar la autoridad paterna, como así también equipararla a la materna. Así, la ley 23.264 del año '85 modificó el régimen de patria potestad equiparando en los derechos a los hijos y derogó las penosas clasificaciones efectuadas entre ellos. Sin embargo, es con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) por la ley 23.849 y con su posterior incorporación en la reforma constitucional de 1994, cuando comienza un nuevo período en Argentina. Esta tarea normativa se completó con

¹⁷ Sobre estos debates véase Viñas, Raúl H (1983), Sajón, Rafael (1995) entre otros.

¹⁸ En Córdoba fue dictada en el año 1939 por el Código de Procedimientos en lo Penal. (Viñas, 1983)

la sanción de la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/06. Por medio de esta ley se derogó la ley 10.903 y con ella la “doctrina de la Situación Irregular” y se adoptó en su lugar la “doctrina de la Protección Integral”. En esta legislación se ha plasmado en forma expresa el reconocimiento de las niñas, los niños y los adolescentes como sujetos de derecho y con ciudadanía plena¹⁹, es decir, equiparada a la de los adultos.

Sin embargo, pese a este claro posicionamiento por parte del legislador y por el origen de la normativa anterior se dan desfasajes, entre, por una parte la Convención y la ley de Protección Integral y, por otra, el Código Civil actual. Así por ejemplo, se establece un régimen de incapacidades muy estricto²⁰, que si bien ha sido concebido como un medio de protección para los incapaces, otorgándoseles representación necesaria para poder ejercer sus derechos, en ningún lugar del articulado se requiere el consentimiento expreso del niño/a (y sólo en el mejor de los casos, puede llegar a presumirse). En contraste con ello, la ley 26.061 exige que el/la niño/a sea oído y que su opinión sea tenida en cuenta; por lo que cabe preguntarse ¿en qué espacios u ocasiones y mediante qué procedimientos este derecho será ejercido? ¿Qué mecanismos serán necesarios implementar para su efectiva realización y cómo se lo compatibilizará con el régimen de incapacidad mencionado, especialmente dentro del propio ámbito judicial?

Por otra parte, en materia Penal, con anterioridad a la ley 10.903 podemos citar distintas normativas que intentaron dar respuesta a la problemática de la minoridad modificando la edad de imputación. Así, el primer Código Penal del año 1886 establecía los 10 años como edad mínima de irresponsabilidad, entre los 10 a los 14 años, previamente se efectuaba el juicio de discernimiento para determinar la aplicación de la legislación penal común o no; y a partir de los 14 años entraba en el régimen común (Larrandart, 1990:30). Es decir, que a partir de los 10 años los niños podían quedar sujetos a idéntico régimen normativo penal y penitenciario que los adultos, sin ninguna distinción.²¹ Actualmente, la ley vigente en esta materia es la 22.278 del año

¹⁹ Por ciudadanía entendemos aquella que les otorga participación a todos los miembros de una misma comunidad.

²⁰ Decimos que es estricto en el sentido de que, la inmadurez que se busca proteger por el régimen incapacidades es iure et de iure. Esto, ahora deberá verse atenuado en tanto que, se le exige al juez que escuche al niño y tome en cuenta su opinión según su grado de madurez. (Artículo 3 y concordante de la ley 26.061)

²¹ En consonancia con ello, pero en materia civil, el Código (hoy vigente) asigna también, a partir de los diez años, responsabilidad civil por los hechos ilícitos. Así el art. 1076 dice: “Para que el acto se reputa delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren.”

'80 modificada por la ley 22.803 del año '83 que establece como edad mínima para ser punible los 16 años de edad y 18 años, para delitos leves²². Además, establece un régimen “diferenciado” entre los 16 y los 18 años de edad. A partir de los 18 años y hasta mayoría de edad, sólo se ve atenuado en lo que respecta al lugar de ejecución de la condena (esto es, en Institutos de Menores).

Así pues, la ley 10.903 y la 22.278 junto con el Código Penal vigente y las leyes procesales constituyen el plexo normativo aplicable a un joven a quien se le acusa de haber cometido algún delito. Ahora bien, como se señaló más arriba este régimen asimiló dos situaciones que tenían (y tienen) características completamente distintas e incluso opuestas. Sin embargo, el juez actuaba de idéntico modo tanto cuando el/la niño/a era víctima como victimario. Esto, que pudo en algún momento pensarse como una manera de “protección/corrección amorosa” se constituyó en una combinación aberrante que se legitimó detrás de la figura del “buen padre de familia” que, supuestamente ejercía, el Juez de Menores. Lo cierto es, que el Juez de Menores nada tiene de padre y tampoco es esa, la misión que debe cumplir en un sistema republicano y democrático. Igualmente, no podemos sostener que la internación de los jóvenes dentro de un instituto de menores puede considerarse una “corrección amorosa” (en ningún sentido) y además, son innumerables las experiencias negativas que se repiten cotidianamente dentro de estos establecimientos (malos tratos físicos y verbales, falta de condiciones de higiene, hacinamiento, etc.)

Asimismo, debemos repensar todas estas medidas que son aplicables a un joven que comete un delito. A la pregunta de ¿qué debía hacer el Juez? La respuesta es clara según la normativa arriba indicada: disponer del niño y con ello restringir, suspender o privar de la patria potestad a los progenitores. Ahora bien, ¿Cuál es el fundamento para esta privación? ¿La presunta instigación de los padres para cometer delitos? En ese caso, correspondería la aplicación de la ley penal también a los padres. ¿La ineficacia en el control del “menor”? ¿La “incorrecta” socialización?²³ Estos dos supuestos son, los ya conocidos como “abandono material y moral” por lo que nos merecen las consideraciones que arriba explicamos. Respecto de la disposición,

²² Estos delitos son los de acción privada y los que tengan penas privativas de libertad que no excedan de dos años, o con penas de multa o inhabilitación.

²³ Estas categorías lombrosianas han sido consideradas unánimemente, aberrantes por la doctrina penal para adultos.

que es casi la acción obligada del Juez de Menores quisiéramos expresar algunas cuestiones: 1) se la medida tutelar de disposición ha sido aplicada por ser la manera más adecuada de proteger al joven, y por lo tanto se utiliza en todos los casos (cuando es víctima de un delito o abuso, cuando se sospecha que ha cometido algún delito o cuando se tiene la certeza de ello). Aquí, cabría preguntarse ¿Es posible reeducar a una persona cuando en verdad no puede determinarse si es culpable o inocente? Si es inocente ¿Por qué se lo retiene contra su voluntad en “establecimiento adecuado”? Y si es culpable ¿Por qué no se determina la medida de su responsabilidad para que éste pueda conocer la gravedad de su hecho? 2) Por otra parte, tanto la Convención como la 26.061 son muy claras al expresar que el medio familiar del niño constituye su derecho a la identidad. El artículo 11, 2º párrafo de la ley de Protección Integral reza “Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley”. Por su parte, el artículo 19 de idéntica normativa, cuando habla del derecho a la libertad, expresa “No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente”. La pregunta obligada es ¿la indeterminación de la responsabilidad de los jóvenes y de las medidas tutelares no constituirían un acto arbitrario que atenta contra el derecho a la libertad de ellos? O dicho en otros términos: la sola sospecha en la comisión de un delito ¿Puede ser fundamento **suficiente para privar al niño de su libertad?**

Por nuestra parte, creemos que la respuesta es negativa para todos estos supuestos. El Estado debe ser claro en su decisión de punir o no a un ciudadano, tenga la edad que tenga. Si desiste, en virtud de la edad, de su persecución, no debe aplicarle ningún tipo de medida. Si pretende privarlo o restringir alguno de los derechos constitucionalmente consagrados debe encontrarlo penalmente responsable en un proceso judicial con las garantías procesales que lo asisten.²⁴ Es, a partir de una sentencia fundada ley anterior al hecho de la causa que puede comenzarse a pensar en medidas socio-correctivas; sino estamos atentando contra el principio de inocencia.

²⁴ Véase García Méndez, Emilio.

Nuestra postura se funda, en el uso (y el abuso) de estas medidas “dudosamente” tutelares que han sido tan recurrentes, que a nivel internacional se dictaron normativas tendientes a poner un freno a tanta protección judicial. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de RIAD) son un intento para clarificar que, **toda medida tutelar constituye una pena privativa de libertad** y en el mismo sentido, se ha manifestado la Convención.

La Ley de Procedimiento de Menores de la Provincia de Córdoba

Conforme surge de la Constitución Nacional, corresponde a las provincias dictar sus códigos de procedimientos locales y al Congreso de la Nación dictar los códigos de fondo. Sin embargo, esta autonomía provincial tiene como límites los prescriptos por los artículos 5, 31 y concordantes del C.N.

Como lo señaláramos más arriba, con la sanción la ley nacional 10.903 se inició la autonomía del “Derecho de Menores” que significó dejar de aplicárseles las leyes penales a los adolescentes en busca de otorgárseles la posibilidad resocialización, pero junto con ello se los privó de las garantías constitucionales que se establecen en el Derecho Penal.

Con la ratificación, por parte de la Argentina de la CIDN en el año '90 y su posterior incorporación constitucional se sancionó, en el año 2002, la ley de Protección Judicial del Niño y el Adolescente de la Provincia de Córdoba (Ley N° 9053) que regula el procedimiento para el fuero de menores. A pesar de que, declara expresamente su adhesión a aquella, no respeta ni su espíritu, ni sus preceptos, pues continúa sosteniendo los principios que establecía la ley Agote. Lo que nos proponemos en este apartado es plantear, a grandes rasgos, algunas de sus principales contradicciones, como una muestra de la necesidad de que, debe hacerse un análisis serio y concienzudo de las diferencias que implican uno u otro paradigma, para que de este modo no se continúen legitimando prácticas judiciales-administrativas violatorias de los derechos de la infancia/adolescencia.

Para empezar esta ley continúa sosteniendo el patronato del Estado ejercido por el Juez de Menores²⁵ y consagrado en el artículo 301 del Código Civil, pero que a partir de la ley 26.061 ha sido derogado expresamente en el artículo 73²⁶.

Otra característica de la ley 9053 es que, se distinguen dos tipos de procedimientos: el prevencional y el correccional, en consonancia con las figuras del “menor maltratado” y el “menor sospechado” que se analizó más arriba y para los cuales el Juez posee idéntico remedio judicial: las medidas tutelares. El procedimiento se inicia cuando se pone en conocimiento del Juez de Menores de los hechos dañosos producidos por el menor o contra él. A partir de allí, en cualquiera de ambos casos, el juez toma conocimiento directo de la persona del menor y ordena una serie de “...informes y peritaciones conducentes al estudio de la personalidad del niño o adolescente y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.” (Art. 22 in fine). Acto seguido, el Juez le aplica las medidas tutelares preventivamente que, aunque apelables, no tienen efecto suspensivo. Estas consisten en la “disposición provisoria” del menor por parte del Juez de Menores, es decir en la privación de la libertad de aquel para su atención integral “...en establecimientos o centros habilitados al efecto.” (Art. 23 inc. c)

De idéntico modo, en materia correccional, se tiene por objeto la protección y asistencia integral de los niños y adolescentes “...debiendo a partir de un diagnóstico de la situación personal, familiar y ambiental...” (Art. 47) para lograr la integración social. Luego del conocimiento personal y directo del niño y sus padres por parte del Juez, este le aplica las medidas tutelares del art. 52 que consisten básicamente, en las mismas que las del art. 23. Del mismo modo, la ley habilita al magistrado para imponer medidas tutelares urgentes en los supuestos del artículo 55, y otras medidas privativas de libertad en los artículo 59 y 65.

Quisiéramos destacar, como ya lo hiciéramos en otro lugar que, las “mediadas tutelares” que son en definitiva, penas privativas de libertad, atentan abiertamente contra el principio de inocencia consagrado en la Constitución y en todos los tratados ratificados sobre esta materia.

²⁵ Véanse los artículos 3 y 6 de la citada normativa.

²⁶ Cabe destacar que si bien, la derogación del citado artículo es posterior, ya se encontraba presente en el espíritu de la Convención.

Además, el énfasis puesto por la ley en indagar las características personales, familiares y sociales del niño, se conoce en Derecho Penal como **doctrina penal de autor**²⁷ y que, en las prácticas judiciales se fueron constituyendo en la “criminalización de la pobreza”²⁸. De este modo, se juzga al niño por lo que es (pobre, expulsado del sistema educativo, con padres desocupados o subempleados, con domicilio en zonas urbano marginales o “villas miseria”, como un consumidor de drogas ya sea, en forma alternativa o permanente, etc.) perdiendo importancia la comisión del ilícito que, supuestamente, se le atribuye. Ahora bien, esto mismo, traspolado al mundo de los adultos resulta aberrante y contrario a los principios del sistema penal acusatorio.

También, es altamente cuestionable la constitucionalidad del rol, o mejor dicho de los roles que ejerce el Juez de Menores, puesto que es un actor procesal omniactivo: investiga, defiende, juzga, protege y corrige todo a lo largo del proceso e incluso en idénticos actos procesales²⁹. En virtud de ello, el Asesor de Menores como el Fiscal, pierden un significativo protagonismo, limitándose sus roles al de la mera formalidad como modo de evitar actos procesales nulos³⁰. Todo ello se ve agravado por el hecho de que hasta la fecha no se han constituido las Cámaras de Menores, remitiéndose a las Cámaras en lo Civil o en lo Criminal, según el caso, y que pone en tela de juicio la supuesta especificidad del fuero, que ha admitido tantas discrecionalidades.

En contraste con ello, están la Convención, el Pacto de San José de Costa Rica, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de RIAD) y la propia Constitución Nacional, especialmente en los artículos 18 y 19. Sobre ello la Corte ha dicho “que las *normas sustanciales* de la garantía de defensa deben ser observadas *en todos los procesos*, sin que quepa diferenciar causas criminales, juicios especiales, procedimientos ante tribunales administrativos [...] (“López”, *Fallos*, 310:1797)” (citado por Sagües, 1999. Lo destacado es del original). Con el mismo fundamento, debe declararse inadmisibles todo intento de privar a los jóvenes en conflicto o no, con la ley penal, de utilizar

²⁷ La que se contraponen a la doctrina penal de acto, que se focaliza en el hecho, buscando sancionar la conducta o el comportamiento.

²⁸ Sobre este aspecto véase Reartes, 2000.

²⁹ Piénsese en el principio de inmediación plasmado en las audiencias prescriptas por los artículos 22 y 51 de la ley.

³⁰ Una muestra de ello es que, tanto para las audiencias de los artículos 22 y 51, la ley no exige la presencia del Asesor Letrado. Solo, se le corre vista de la innovación sobre las medidas provisionales, siempre que éstas no sea urgente (Art. 53)

estas garantías, al igual que sus padres so pretexto de una cierta especificidad que exige el fuero por tratarse de sujetos en formación.

Para finalizar, quisiéramos señalar que, si bien cierta normativa internacional³¹ propone concederle amplias facultades discrecionales al Juez de Menores, no es menos cierto que manifiesta también la necesidad de que “En todas las etapas del proceso se [respetarán] las garantías procesales básicas...”³². Así pues, no encontramos fundamentos legales que sean admisibles en un régimen democrático que permita atentar con el principio de igualdad ante la ley con fines de perjudicar al ciudadano, sobre todo cuando se trata de diferencias etarias.

Reflexiones Finales

Como hemos visto, los efectos de la globalización vienen generando modificaciones en todas las dimensiones, de modo intenso, algunas veces y otras, en forma más difusas según sean de alta o de baja intensidad. Ahora bien, desde el punto de vista normativo, incorporación de los tratados sobre Derechos Humanos, y entre ellos CIDN, (bien provengan de la globalización hegemónica o contrahegemónica) ha significado la adopción de la Doctrina de la “Protección Integral” por parte del Estado Argentino y con ello, se han generado profundas contradicciones al sistema normativo vigente. A punto tal, que nos exige modificar la normativa interna o pensar estrategias para su conciliación, pues la convivencia de ambas doctrinas produce prácticas inequitativas e incoherentes que resultan inadmisibles. Algunas preguntas que podríamos hacernos serían ¿Cómo se suturará el modelo, si es que esto es posible de hacer? O ¿Cuál de ambos sistemas prevalecerá, no tanto en lo normativo, sino más bien, en las prácticas sociales? Si tomamos en serio el régimen democrático y el sistema representativo y republicano profesado en la Constitución, no deben quedarnos dudas de que las niñas, los niños y los adolescentes, como sujetos de derechos que son, no pueden quedar excluidos de los derechos y garantías inscritos en el ordenamiento.

³¹ Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

³² Véase regla 7.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.

Bibliografía

- BECK, Ulrich (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós, Barcelona.
- BISIG, Elinor Nidia (2005). “Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Infancia en el marco del Proceso de Integración del Mercosur.” En Drnas de Climent, Zlata y otra (comp). *Desarrollos del Mercosur Aspectos Jurídicos, Sociales, Políticas Sociales*, pp. 93-145. Lerner, Córdoba.
- BUSTELO, Eduardo (2007). *El recreo de la Infancia*. Siglo XXI, México.
- COHEN, Jean L. y Adrew ARATO (2000). *Sociedad Civil y Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica, México.
- FRASER, Nancy. Reinventar la Justicia en un Mundo Globalizado en [<http://www.newleftreview.es/?getpdf=NLR27003&pdflang=es>] (consultado el 09/07/2008)
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1991). Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina. En: García Méndez, Emilio y M. de C. Bianchi (comp.) *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*. Unicri, Galerna.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Bases para la Construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil en [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3196&Itemid=426] (consultado el 30/05/2007)
- HELD, David y Anthony MCGREW (2002). *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Paidós, Barcelona.
- LAJE, María Inés, Leticia ECHAVARRI y Mariana PINQUE (2005). “Políticas Públicas para la Infancia: Aspectos Preventivos y Correccionales.” En Drnas de Climent, Zlata y otra (comp). *Desarrollos del Mercosur Aspectos Jurídicos, Sociales, Políticas Sociales*. Lerner, Córdoba, pp. 143-215.

- LARRANDART, Lucila (1991). Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia. En: García Méndez, Emilio y M. de C. Bianchi (comp.) Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos. Unicri, Galerna.
- LIPSET, Seymour M. (1996). “Repensando los requisitos sociales de la Democracia”. En Agora, Cuadernos de Estudios Políticos N° 5, Bs. As, pp 29- 66.
- OFFE, Claus (1990). “Ingovernabilidad. Sobre el renacimiento de las teorías conservadoras de la Crisis”. En *Política. Teoría y Métodos*. EDUCA-FLACSO, Centroamérica, pp163-174.
- OFFE, Claus y SCHMITTER, P. (1995) “Las paradojas y los dilemas de la democracia liberal”. En Revista Internacional de Filosofía Política N° 6. UAM/UNED, Madrid, pp 5-30.
- REARTES, Julia (2000). “El proceso judicial aplicado a niños sometidos al patronato del Estado” En LAJE, María Inés y otra (comp.). *Libro de ponencias Segundas Jornadas Internacionales de Investigación Social sobre la Infancia y Adolescencia, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y las prácticas sociales*” Unicef, pp 487-509.
- SAGÜES, Néstor Pedro (1999). *Elementos de derecho constitucional*. Astrea, Buenos Aires, tomo 2.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2000). “Hacia una concepción Post-Moderna del Derecho”. En *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Desclée de Boruwer, Bilbao, pp133-214.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2001). El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico. Siglo del Hombre Editores, tomo I, capítulos 1-3
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2005). *El Milenio Huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Trotta/ ILSA, Bogotá.
- VIÑAS, Raúl Horacio (1983). *Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores*. Ediar, Buenos Aires.

Legislaciones

- La Convención Internacional de los Derechos del Niño.

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
- Directrices de la Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de RIAD)
- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Civil Argentino.
- Ley 10.903. Patronato de Menores.
- Ley 22.278. Régimen Penal de la Minoridad.
- Ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el Decreto 415/06 que la reglamenta.
- Constitución de la Provincia de Córdoba.
- Ley 7676. Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba.
- Ley 9006. Ley Orgánica de Ministerios.
- Ley 9052. Competencia de la Secretaría de Protección Integral del Niño y el Adolescente.
- Ley 9053. Protección Judicial del Niño y el Adolescente de la Provincia de Córdoba.
- Ley 9060. Funciones de la Secretaría de Protección Integral del Niño y el Adolescente.
- Ley 9396. Adhesión a la ley nacional 26.061.