

El derecho como instrumento de transformación social

Gabriel M. A. Vitale (coordinador)

FACULTAD DE
TRABAJO SOCIAL

S
sociales


edulp
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL

Gabriel M. A. Vitale

(coordinador)

Facultad de Trabajo Social



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA



Este libro está dedicado a Mario Juliano (1955-2020)

Destacado humanista, fundador y director ejecutivo de la Asociación Pensamiento Penal, cuyo enorme compromiso y generosidad lo llevó a sobrepasar todas las fronteras. Un transformador social, promotor de innumerables actividades, luchó incansablemente por un derecho penal más justo que otorgara mayor equidad en un mundo de desiguales. Queda en cada uno de nosotrxs sostener las banderas que supo enarbolar. “El Derecho como instrumento de transformación social” forma parte del compromiso, gracias por el recorrido. Nos vemos en la próxima estación.

Gabriel M. A. Vitale

Agradecimientos

Este libro pudo llevarse adelante por el compromiso de todxs lxs autores y la colaboración de los siguientes docentes: Cecilia Ábalos, Juan Manuel Introzzi, Martina Iribarne, Ana Julia Caporale, María Jimena Rodríguez, Ramiro Madera, Cintia Vanesa Ramos, Julieta Haag, Camila Bostal, Agustina Sánchez, Natalia Bourdet, Rocio Bernal Maria Azul Villanueva y Carolina Coya Gimenez. Asimismo, el agradecimiento a las contribuciones de quienes han incidido de diferentes maneras, entre ellos, Eliseo Graziano, Flor Requejo, Diego Ramos Perea, Diego Alvarez, Guillermo Araujo, Antonio Fornari, Patricia Garberi, Mauro y Roman Piñeiro, Sergio Pepe, Yanina D andrea, Alan Iesu, Selene Talledo, Barbara Madrigale, Pablo Lopez, Claudio Contreras, Micaela Anile, Nahuel Alifranco y al Editor Lic. Nicolás Simonoff.

Los desafíos planteados en Derechos Humanos por Chicha Mariani y Elsa Pavon, Presidenta de la Asociación Anahi, encuentran aportes en los capítulos, alentando a los operadores judiciales a enfrentarse al poder para lograr el acceso a una justicia justa.

A los integrantes de la Red Provincial contra las Violencias, el Colectivo Derecho de Infancia y adolescencia, la Asociación Pensamiento Penal, la Comisión por la Memoria y la Asociación Judicial Bonaerense por su incansable lucha en defender los derechos de lxs vulnerables, lxs excluidos y lxs trabajadores.

La gratitud para con Ana Manasanch y todo el equipo de EDULP por la energía y dedicación que nos brindan a los docentes de la Universidad Pública, gratuita y laica.

Por supuesto, nada hubiera sido posible sin los aportes de Alfredo, Edith, Mariana, y los proyectos de Bautista, Santiago e Ignacio, A todxs ellxs nuestro agradecimiento por ser parte de este recorrido.

Índice

Introducción	7
Capítulo 1	
Víctimas por la Paz	8
<i>Mario Juliano, Diana Márquez y Andrés Castagno</i>	
Capítulo 2	
La Facilitación Restaurativa ante el Conflicto Juvenil	13
<i>Silvana Sandra Paz y Silvina Marcela Paz</i>	
Capítulo 3	
La Justicia Restaurativa	21
<i>Silvia Irigaray y Andrés López</i>	
Capítulo 4	
Infancia y Adolescencia: conflictos con la ley penal bonaerense	32
<i>Natacha Tellone y Gabriel M A Vitale</i>	
Capítulo 5	
¿Cómo se hace un/a adultx? Posición adulta y sistemas Adultocéntricos	39
<i>Martina Iribarne</i>	
Capítulo 6	
El interés superior del niño en los instrumentos internacionales	52
<i>María Jimena Rodríguez</i>	
Capítulo 7	
El transcurso del tiempo, la impunidad y el abuso sexual infantil.....	70
<i>María Beatriz Müller, Pablo Daniel López y Gabriel M. A. Vitale</i>	

Capítulo 8

- El trabajo conjunto entre la justicia de Familia y la Justicia Penal 80
Gabriel M. A. Vitale

Capítulo 9

- Privación de la libertad como política en la infancia y adolescencia 96
Lic. Natalia Bourdet y Prof. Gabriel M A Vitale

Capítulo 10

- Informes de infancia y adolescencia en la CIDH 108
Gabriel M. A. Vitale y Juan Introzzi

Capítulo 11

- En busca de un Estado eficaz en la lucha contra la violencia de género 120
Gabriela Wolf y Gabriel M. A. Vitale

Capítulo 12

- Mujeres víctimas de violencia: un abordaje territorial 130
Claudia Inés Carpintero y María Paz Bertero

Capítulo 13

- Patria Potestad y responsabilidad parental. Noción de Matria Marental 146
Rocío C. Bernal y Gabriel M. A. Vitale

Capítulo 14

- Violencias, Instituciones y Periodismo: nuevos imaginarios 153
Alejandro Córdoba

Capítulo 15

- Derechos Políticos y sufragio: Fundamentos del control social 172
Gabriel M. A. Vitale

Capítulo 16

- Seguridad y Derecho a la sindicalización 184
Gabriel M. A. Vitale

- Los Autores** 187

CAPÍTULO 9

Privación de la libertad como política en la infancia y adolescencia

Lic. Natalia Bourdet y Prof. Gabriel M A Vitale

A mediados del Siglo XIX, en el Congreso de la Nación, se debatía si era conveniente dictar una constitución o era preferible seguir con el orden preexistente. En este debate se ponía en juego el ordenamiento del país. La creación de una carta magna significaba un cuerpo orgánico de normas para limitar al poder estatal y proclamar derechos individuales. La Constitución de 1853 estableció el Estado de Derecho en nuestro país, dado que reconocía derechos individuales y establecía garantías para que éstos se ejerzan. A su vez, sometía a los órganos de gobierno y a sus dirigentes a la autoridad de la Ley. En el año 1860 se produjo la primera reforma de la Constitución de 1853, después de la firma del Pacto de San José de Flores, donde Buenos Aires adhirió a dicho texto y pasó a conformar parte del territorio nacional como una provincia más.

La inquietud de la élite gobernante de la época era cómo diseñar el Estado argentino con instituciones modernas que ayudaran a la conformación de la Nación, donde la inmigración tendría un rol central. Para Nicolás Avellaneda y sus seguidores era fundamental promoverla. La idea que perseguían era poblar, con inmigrantes europeos del norte, un país con muy pocos habitantes. El debate que se planteaba era qué políticas implementar para atraerlos y qué corrientes de población eran las que mejor se adecuaban a las necesidades del país⁶⁵. El objetivo era fomentar la inmigración para el trabajo agrícola a través del estímulo, al proveer el transporte gratuito de las familias que quisieran dirigirse a las colonias, y la promesa de tierras sin cargo o a muy bajo costo. En el año 1876 se sancionó la Ley Avellaneda sobre inmigración y colonización. Para ese entonces, ya había dos provincias que encabezaban el movimiento colonizador, estas eran Entre Ríos y Santa Fe. Buenos Aires venía más rezagada, aunque tenía algunos lugares en donde se empezaban a asentar importantes colonias de inmigrantes.

⁶⁵ Hasta ahora no se ha buscado la inmigración, aceptándose la que espontáneamente ha querido venir a la República, y en su internación y acomodo se invierten sumas considerables sin examen, sin calificación, sin averiguar siquiera si el inmigrante ha de ser un poblador útil, que con su trabajo aumente la producción del país, y contribuya al fomento de la riqueza pública, y al mismo tiempo sus costumbres y su educación contribuyan a consolidar los elementos de civilización, de orden y de paz. En el proyecto presentado se previene este mal, pues sin incluir la inmigración espontánea se procura elegirla buscándola en el norte de Europa y otros países del Sud, donde es tan fácil encontrarla en condiciones más adecuadas que aseguren para nosotros los resultados buscados. *Congreso Nacional. Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1875. Buenos Aires: Imprenta Coni, 1876. t. II, p. 1190-1191*

Los gobernantes de la “generación del ’80” consideraban que sólo la clase letrada era la poseedora del derecho a conducir el país para llevarlo a la modernidad y al progreso. Para esta visión, propia del positivismo, era necesario eliminar los obstáculos relacionados principalmente a las tradiciones tanto de los indígenas como de los inmigrantes que comenzaban a poblar el país. El objetivo era homogenizar a la población e inculcarle una educación al estilo europeo anglosajón. De esta forma, en el año 1884 se sanciona la Ley Nacional de Educación N°1420 que estableció la educación primaria, gratuita y obligatoria. Esto suponía la existencia de la escuela pública para todos los niños y niñas que garantizara un mínimo de conocimientos estipulados por la Ley para uniformar la educación de la enorme y heterogénea población de inmigrantes.

Sin embargo, el proyecto colonizador, tal como había sido soñado, resultó un fracaso ya que las tierras prometidas habían sido repartidas previamente entre aquellos que se valían de los intersticios legales para acaparar tierras por medio de la especulación. De esta forma poco quedaba a los que llegaban con la ilusión de una vida de trabajo y abundancia. Como consecuencia, solamente un 10 % de los inmigrantes se quedaban realizando tareas en el campo. En este contexto, la gran afluencia de inmigrantes, generó transformaciones económicas y sociales que impactaron y trastocaron el espacio urbano de Buenos Aires y de otros conglomerados como Rosario, Córdoba y Santa Fe. Los inmigrantes venían en búsqueda de trabajo, vivienda y la posibilidad de desarrollar sus vidas en familia, pero se encontraron con condiciones diferentes a las que ellos anhelaban. Las jornadas de trabajo eran muy extensas y mal pagas, y las condiciones de las viviendas muy precarias. Familias enteras tenían que vivir en una pieza de conventillo sin cocina, con lavadero y baño a compartir. En consecuencia, se empiezan a gestar movimientos de protesta y muchas voces con reclamos similares fueron canalizadas bajo las banderas de las ideas anarquistas y socialistas.

En particular, la élite gobernante encontró en los inmigrantes urbanos el principal foco de conflicto debido a los grandes movimientos de protesta que se generaron y a las frecuentes huelgas. En este contexto se sanciona de la Ley de Residencia en 1902. La misma, de carácter represivo, resolvía la expulsión de todo extranjero que atentara contra el orden público. Además, venía a dar respuesta a los empresarios de la época, que veían al enemigo en todo aquel obrero que protestara por las condiciones de trabajo. Junto con la implementación de la ley se instauró el estado de sitio y, al poco tiempo, fueron expulsados centenares de extranjeros anarquistas y socialistas. La respuesta de la clase obrera a semejante ataque se conformó con movilizaciones, huelgas y reclamos de liberación de los presos. El 1° de mayo de 1909 se realizaron dos actos en conmemoración del día del trabajador. Muchas familias fueron a escuchar los discursos organizados en los que se reclamaba por los bajos salarios, las malas condiciones de trabajo y por la indiferencia del gobierno ante los pedidos de los trabajadores. La reacción del gobierno, encabezada por el coronel Ramón L. Falcón, fue una fuerte represión en ambos actos, en donde resultaron varios adultos muertos y muchos niños heridos. Estos hechos tensaron al extremo la relación entre la clase obrera y el gobierno. Las agrupaciones de trabajadores pidieron que fuera expulsado el coronel Falcón, pero el gobierno lo ratificó en su

puesto con todos los honores. Esto finalizaría con el atentado a Falcón, por parte del militante anarquista Simón Radowitzky, desencadenando su muerte. Este hecho y una huelga general para la semana de mayo, que reunió a 70.000 personas pidiendo la libertad de Radowitzky, confluyeron en la sanción de la Ley 7.026 de Defensa social en el año 1910. Esta Ley proponía duras penas para la protesta social, pero, el punto más importante, fue la inclusión en el Art. 16⁶⁶ de la pena de muerte para quien atentase contra otra persona y la matara.

Continuando en el afán modernizador de los gobernantes de la época, otro de los puntos a resolver era la forma en que se votaba en el país. Era necesario ponerle fin a la coerción que se ejercía sobre los electores por parte de los caudillos locales, puesto que hasta ese momento las elecciones se resolvían a través del voto masculino cantado a viva voz. En el año 1912 el congreso sancionó la Ley Saenz Peña, que establecía el voto secreto, universal y obligatorio. Sólo podían votar los hombres mayores de 18 años argentinos o naturalizados y quedaban excluidos los eclesiásticos, los soldados, los detenidos, los mendigos y, por supuesto, las mujeres. La Ley “Sáenz Peña” tuvo como finalidad limitar la capacidad de ejercicio y representación política de un sector de la sociedad. El entorno social y político conformó la agenda pública. El fraude electoral fue el pretexto y la justificación, la finalidad encubierta fue neutralizar las revoluciones, manifestaciones, huelgas y el crecimiento del sector más vulnerable de la sociedad. Para ello, la Ley 8.288, de voto universal, secreto y obligatorio, aseguraba quienes estarían en condiciones de ser ciudadanos y, por supuesto, los privados de libertad, bajo cualquier circunstancia no podían ejercer ese derecho⁶⁷.

Las restricciones a los derechos políticos de todas estas personas obedecían a situaciones políticas y sociales, utilizándose diferentes leyes de la época, para someter y avasallar los grandes cambios estructurales que estaban ocurriendo debido a los movimientos inmigratorios. La sobreocupación de espacios productivos por parte campesinos y trabajadores inmigrantes, así como el trabajo familiar y la propagación de conventillos superpoblados, se encontraban lejos de la planificación inmigratoria de la esperanzadora Ley Avellaneda y provocaron desagrado e inquietud en el resto de la sociedad. Estas “nuevas familias importadas”, al habitar el suelo nacional, gozaban de los derechos nacionales, situación que generó el malestar de la sociedad conservadora dominante. La intensa movilización política y social se intentó reducir con diferentes herramientas, estados de sitio, represiones y leyes. La Ley de Residencia, la Ley de Defensa Social y la Ley Sáenz Peña, fueron los instrumentos dirigidos a eliminar las garantías establecidas en la Constitución y a controlar las masas, habilitando al Poder Ejecutivo a expulsar inmigrantes sin proceso judicial previo, disminuyendo los derechos, disponiendo detenciones y la expulsión de todo habitante cuya conducta fuera considerada peligrosa para la sociedad y el orden público. Pero la mayor preocupación era concluir con las protestas, huelgas

⁶⁶ Artículo 16º. El que, por los medios indicados en el artículo 14, comete un hecho directo contra las personas, será castigado con presidio de 20 años a tiempo indeterminado. Si se produjese la muerte de una o más personas, **la pena será de muerte**. Texto Ley de Defensa N° 7.026

⁶⁷ Vitale Gabriel M A “Apreciaciones del na(s)ufragio universal, secreto y obligatorio de las personas privadas de la libertad” Publicado por la Asociación Pensamiento Penal (APP)Editorial SXXI.

y manifestaciones, para que, dentro de lo posible, se canalice parte del reclamo al sistema político a través del Congreso, fragmentando así a los principales enemigos: el movimiento obrero, las ideas anarquistas y las de izquierda. La represión funcionó como mecanismo de contención del conflicto, para sofocar los reclamos y como mensaje a aquellos que pensaran en futuros reclamos o protestas. La reclusión y la expulsión, representaron las respuestas del Estado como únicas formas de resolver de manera definitiva las manifestaciones planteadas por todo aquel que fuera identificado como una voz disidente o alterara el orden.

Es interesante destacar que luego de la sanción de la Constitución Nacional, que brindaba un marco legal de garantías y otorgaba derechos a los ciudadanos, se comenzó a generar todo un entramado de leyes que, de alguna forma, cercenaban y acotaban tales derechos. Aparecieron mecanismos de coacción legislativa y social, como herramientas del Estado para controlar a las grandes masas de inmigrantes, que promovían el desorden y la anomia. De este modo, los hechos que ocurrían incrementaban el poder del Estado para reprimir ciertos delitos. En este contexto, se creó la mirada judicial especializada para poder intervenir en todos los casos en donde hubiera pobreza, “escasez moral” y condiciones de peligro material.

La vida de las familias en nuestro país antes del Siglo XIX estaba enmarcada dentro de los lineamientos que definían la Iglesia y la Corona Española. El sistema patriarcal imperante le otorgaba el poder al padre de familia. Éste podía ejercer dominio sobre la persona y bienes de su mujer y de sus hijos menores de edad. Además, se le concedía el ejercicio de la patria potestad en forma exclusiva. Así lo planteaba el Código Civil de la época⁶⁸.

La llegada de familias de inmigrantes cambió el paisaje de las grandes ciudades. En las calles se empezaron a ver muchos niños que realizaban diferentes tareas para llevar unas pocas monedas a sus familias, ya que los salarios que percibían sus padres no alcanzaban para pagar la escasa comida y la pieza del conventillo donde vivían. Estos niños venían de familias pobres, recién llegadas a un país desconocido y con un destino incierto. La calle era el lugar donde transcurría su día, allí realizaban su trabajo y era también el espacio de socialización con otros niños.

La élite política e intelectual de la época, formada por los gobernantes, científicos, miembros de la sociedad de beneficencia, pedagogos y también la prensa, compartían el mismo discurso sobre la situación de estos niños. La mirada sobre el problema, apuntaba a las malas condiciones en las que vivían. La vida en el conventillo, junto a su familia, era catalogada como promiscua e indecente, y con un alto nivel de precariedad por el grado de hacinamiento y las malas condiciones sanitarias. Otro factor de gran influencia era el abandono al que eran sometidos por parte de sus padres, quienes trabajan la mayor parte del día y no podían atenderlos.

La mirada positivista de la época encontró en el discurso higienista la herramienta ideal para lograr el orden y la homogenización de la población. Los cánones del higienismo imponían, sobre todo aquello que enfermara al tejido social, los preceptos de “prevenir”, “readaptar”, “ais-

⁶⁸ Bringiotti, M. (1999). *Maltrato infantil*. Madrid-Buenos Aires. Niño y Dávila Editores.

lar”, “reinsertar” y “disciplinar”. Estos criterios cuadran a la perfección para estos niños, que comenzaban a ser percibidos como peligrosos⁶⁹.

En el año 1919 se promulgó en nuestro país la Ley Agote N°10.903. Ésta fue la primera legislación específica que intervino en temas de infancia e introdujo un cambio en la concepción de la patria potestad. El padre ya no sólo ejercía poder sobre sus hijos, sino que debía cumplir con una serie de derechos y obligaciones con los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. La importancia de esta ley radicó en que le permitió al Estado intervenir cuando los padres no cumplieran con sus deberes y obligaciones o cuando se considerase que el menor estaba en peligro moral o material. El artículo 310 de la Ley dice: “*En los casos de pérdida de la patria potestad (art. 307) o de su ejercicio (art. 308), los menores quedan bajo el patronato del Estado nacional o provincial. En los casos de Observatorio suspensión (art. 309) quedan, durante ésta, también bajo el patronato del Estado nacional o provincial*”. La figura del Estado estaba representada por el Juez de menores, quien tenía el objetivo de velar por la salud, seguridad y educación moral e intelectual del menor y podía disponer de su tutela.

A partir de este momento, se identificó a la “infancia pobre” como una categoría especial, sobre la que había que ejercer vigilancia y control. Para la mirada de la época, existían dos tipos de peligro: por un lado, el peligro moral asociado al estado de abandono e indigencia permanente, y por otro, el peligro material que representaba aquel niño que se encontraba sin medios de subsistencia por enfermedad, indigencia o arresto de sus padres⁷⁰.

En este contexto, a través de un poder judicial altamente especializado, se ejecutaron políticas públicas cuyo objetivo eran los infantes pobres. Con el fin de ejercer prevención sobre ellos y sobre la sociedad, se los extraía de su familia en el caso de que la familia no estuviera cumpliendo con la mirada moral que existía en aquel momento. Estas dos categorías, “niño delincuente” y “niño abandonado” conformaron el objeto de intervención que, a partir de ese momento, dejaría de llamarse niño para pasar a ser llamado “menor”.

Un conjunto de discursos, prácticas y un sistema judicial que respondían a la mirada del orden y del progreso fue conformando el paradigma de la “Situación Irregular”. Un ejemplo de esto fue la Ley de Educación mencionada previamente que, por su carácter gratuito y obligatorio, fue un enorme avance en relación al alcance hacia todos los niños de la escuela primaria, a los que les brindaba un conjunto básico de conocimientos. Sin embargo, es interesante considerar que la obligatoriedad le permitía al Estado ejercer vigilancia sobre las familias de los chicos que no asistieran a la institución. De esta forma se creó un dispositivo, “la escuela”, que le permitía al Estado ejercer control sobre los padres, ya que vigilaba la asistencia a clase y las condiciones de vestimenta e higiene de sus hijos. Al mismo tiempo, la escuela se convirtió en el dispositivo normalizador y disciplinador de los niños. La finalidad era despojar

⁶⁹ “Y el ambiente de los niños vendedores de diarios, que es un puente hacia el delito, debe ser prontamente suprimido, para evitar ese triste desfile de la niñez hacia formas de actividad que le son perjudiciales, y a la vez que perjudican a la sociedad entera.” (E. Ciafardo “Los niños en la Ciudad de Buenos Aires 1890-1910)

⁷⁰ Bisig, Nidia Elinor del Carmen. La Relación Estado Familia e Infancia en la Argentina -El Proceso de Construcción de la Infancia. Grupo de Trabajo Familia e Infancia. 6^a Reunión: “Familias latinoamericanas, pasado y presente: Continuidades, transiciones y rupturas”. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/bisig.pdf>

a la población infantil inmigrante de sus costumbres y tradiciones, para inculcarles parámetros más acordes a la homogeneidad deseada. Como plantea Mary Beloff, “*La conexión entre falta de “idoneidad” o “disfuncionalidad” de la familia y pobreza es probablemente el punto crítico característico del funcionamiento de estos sistemas en los países de América Latina en general y de la Argentina en particular*”.

Para el Estado el encierro, la expulsión y la restricción de derechos ha sido la herramienta para encausar lo desviado socialmente. Sobre aquellos considerados en estado de “abandono” o peligro “moral o material” y sobre aquellas personas vistas como productoras de riesgo, se desplegaron políticas de intervención diversas e infinidad de estrategias de gobierno todas orientadas a eliminar lo que estorbaba a través de la reclusión. De este modo, se impuso la idea de que el castigo a través del encierro sería un factor de recuperación para el infractor. El dispositivo utilizado para lograrlo será la institución total⁷¹ cuya organización está basada en la vigilancia y el control permanente de los “internos” por parte del “personal supervisor”. Aquí el interno vive en una situación de vigilancia permanente, y el poder sobre él se ejerce en base a un sistema de castigos y recompensas en relación a su buen comportamiento. Deberá ajustarse a vivir sin contacto con el mundo exterior, a que su tiempo sea manejado por otros, a que su cuerpo sea sometido a requisas, a construir obediencia y subordinación para evitar castigos y a recibirlas por parte de sus supervisores o incluso sus propios compañeros. Así será introducido en un mundo en donde, a través de la rutina de actividades, el orden, el disciplinamiento y el castigo se logrará la reeducación esperada.

A comienzos del SXX no existían legislación o normas que protegieran a la niñez. El trabajo infantil era moneda corriente incluso antes de la Revolución Industrial. En cuanto un niño estaba en edad de poder realizar alguna tarea acorde a su fuerza, su familia lo llevaba a trabajar al campo o algún taller. Pero el trabajo en las fábricas de principios de SXX no era lo mismo que el campo o el taller, eran jornadas extenuantes de trabajo todos los días de la semana. La situación del trabajo infantil y las consecuencias posteriores a la Primera Guerra Mundial comenzaron a generar una creciente preocupación acerca de la protección de los niños, entendiendo que había situaciones de injusticia y de maltrato. Se empezó a indagar y a comprender con mayor profundidad acerca de las necesidades de las etapas de desarrollo en la infancia. Esto se tradujo en una legislación que fue dando forma a una nueva concepción de la niñez.

En 1924 se aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño en donde se establece que «*la humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle.*»⁷² Este documento pasó a ser histórico porque aquí se les reconoce derechos específicos y que los adultos tienen responsabilidad concreta en relación a ellos. A partir de esto, se llegó a la conclusión de que las necesidades particulares de los niños y las niñas debían estar especialmente enumeradas y protegidas.

⁷¹ Institución total: “lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente Irving Goffman, 2001.

⁷² <https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>

En el año 1959 la aprobación de La Declaración de los Derechos del Niño de forma unánime por los 78 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU) reconoció “*el derecho del niño a la educación, el juego, la atención de la salud, y a un entorno que lo apoye*”⁷³.

El 1979 fue proclamado el “Año Internacional del Niño” luego de que unos años atrás, en una Asamblea General de las Naciones Unidas, se advirtiera sobre la necesidad de tomar medidas concretas para el mejor cumplimiento de lo acordado en la Declaración de 1959. Este sería el germen para la redacción de la Convención de los Derechos del Niño⁷⁴. Otro de los temas que se trataron en la Asamblea fue declarar el año 1985 como el Año Internacional de la Juventud.

El 20 de noviembre del año 1989 fue sancionada la Convención de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), esto marcó un punto de inflexión con respecto al tratamiento de la infancia. A partir de entonces se produce una ruptura en la mirada y la concepción de la niñez en relación al paradigma de Situación Irregular. Esto genera un cambio de modelo que instaura un nuevo ordenamiento institucional, políticas sociales para la infancia y una nueva forma de administrar justicia para los niños, niñas y adolescentes (NNyA), quienes dejarán de ser objetos de protección y pasarán a ser sujetos de derechos. Este es, ante todo, un cambio ideológico muy profundo en cuanto a la concepción de la niñez e implica un quiebre en la noción del sujeto. Como plantea Daniela Puebla, “*La CIDN ha venido a constituir un cambio en el modelo de política social y de administración de justicia para la niñez y la adolescencia, aportando tanto un instrumento político como de planificación, a la vez que jurídico. Modelo que ha constituido una instancia de ruptura epistemológica, es decir un cambio ideológico, conceptual e instrumental muy profundo entre el denominado “Paradigma de la Situación Irregular” -que legitimó el modelo anterior- y el denominado “Paradigma de la Protección Integral”, que sustenta la CIDN.*”

Es importante mencionar que la Convención, al tener carácter vinculante, genera en los países que se suscriben a ella la obligación de cumplir con lo que dice la letra, mientras, los adherentes, son supervisados por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, debiendo presentar informes periódicos. En cuanto a su espíritu, la Convención representa la implementación de un paradigma que deberá quedar plasmado en el cuerpo jurídico de cada miembro adherente y su eje orientador es el respeto y la promoción de los derechos de los NNyA en donde el Estado queda como garante de su cumplimiento.

⁷³ <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

⁷⁴ En la primavera de 1979, la Comisión de Derechos Humanos decidió crear un grupo de trabajo encargado de escribir la futura **Convención sobre los Derechos del Niño**. Lo que hizo que este grupo de trabajo fuera tan especial fue que estaba compuesto por un número ilimitado de miembros, asociados con organizaciones que incluían al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), diversas organizaciones no gubernamentales (ONGs) y los cuarenta y ocho Estados miembro de la Comisión de Derechos Humanos. Este grupo se reunía una vez por año en Ginebra, Suiza. El sistema mediante el cual se escribió el proyecto fue el consenso y el compromiso político, para poder alcanzar la unanimidad. Aunque este sistema permitía que cada gobierno quedara satisfecho, omitía una serie de detalles relevantes y por lo tanto fue criticado por los abogados por no seguir una lógica legal pura. <https://www.humanium.org/es/convencion-comienzos/>

Cabe destacar que, junto a la CIDN, existen también reglas que, aunque no son más que recomendaciones y, por ende, no son obligatorias, pueden ser incluidas en tratados como también ser referencia en el diseño de políticas de Estado y constituyen un instrumento aceptado por la comunidad internacional en la administración y protección de derechos.

- Reglas de Beijing⁷⁵ (28/11/1985)
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad⁷⁶ (14/12/90)
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh⁷⁷ (14/12/90)

Argentina ratificó la CIDN en 1990 y en 1994 le otorgó rango constitucional, pero el Paradigma de la Protección Integral se consolida con la sanción de la Ley N° 26061 en septiembre del año 2005 y la posterior derogación de la vetusta Ley 10903. Sin embargo, hubo un largo recorrido que fue dando lugar a una nueva concepción de la niñez en el mundo y que fue conformando los pilares del nuevo paradigma. En nuestro país el modelo de la Protección Integral, introduce otras miradas en el tratamiento y en la concepción de la niñez y la adolescencia. Comienza a poner límites al poder judicial en relación a su intervención. Propone que haya un sistema de políticas públicas que estén dirigidas por el poder ejecutivo y no por el poder judicial. El objetivo es acompañar a los niños y niñas, tanto nacidos en el territorio nacional como extranjeros, antes de ingresar al sistema judicial de forma tal de poder dar garantías de sus derechos. El nuevo ordenamiento jurídico, que debe adecuarse a la CIDN, se caracteriza por establecer que es deber de la familia, la comunidad y/o del Estado restaurar los derechos de cualquier NNyA que fueran amenazados o vulnerados, a través de procedimientos administrativos o judiciales de acuerdo a lo que se requiera. De esta forma, hay una clara distinción en cuanto a la competencia entre las políticas del poder judicial y las políticas sociales, entendien-

⁷⁵ ¿Qué son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores? Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre del 1985 por recomendación del séptimo congreso. Anteriormente, por recomendación de la resolución 4 del sexto congreso, el Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención y Control del Crimen había contribuido al desarrollo de estas Reglas en colaboración con los institutos de las Naciones Unidas regionales e interregionales. Estas Reglas fueron elaboradas más a fondo por la reunión preparatoria interregional para el séptimo congreso sobre “Juventud, Crimen y Justicia” en Beijing, China, en 1984. Las Reglas tienen en cuenta los diversos marcos nacionales y estructuras legales, reflejan los objetivos y el espíritu de la justicia juvenil y exponen principios convenientes y prácticas para la administración de la justicia para jóvenes. Representan un mínimo de condiciones aceptadas internacionalmente para el tratamiento de jóvenes que entran en conflicto con la ley. En las Reglas de Beijing se expone que los objetivos de justicia juvenil son de promover el bienestar del joven y de asegurar que cualquier respuesta a los delincuentes juveniles será siempre en proporción a las circunstancias tanto del joven como del delito. En las Reglas se prevén medidas específicas que cubren las varias fases de justicia juvenil. Ponen hincapié en que el ingreso en instituciones sólo será utilizado como último recurso y durante el plazo más breve posible. **Observatorio Internacional de Justicia Juvenil** <http://www.ojij.org/es/preguntas-frecuentes#152477-0>

⁷⁶ Reglas de protección de menores privados de libertad se aplican, no sólo cuando la privación de libertad se lleva a cabo en instituciones especializadas en la justicia de menores, sino también cuando dicha privación interviene por razones de salud o por el bienestar del menor. http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/cad_Privados_de_libertad.pdf

⁷⁷ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx>

do que es materia de estas últimas el reconocimiento de los derechos de los NNyA. El nuevo paradigma los considera sujetos de derechos y no objetos de protección, incapaces, que están en estado de abandono, riesgo o peligro moral o material. Propone la promoción de derechos y no la restricción. Asume que los derechos de los NNyA son derechos humanos y por ende poseen las mismas características que estos⁷⁸. Además, se suman una serie de derechos específicos por entender que son personas que están en pleno desarrollo. Otro de los aspectos fundamentales es el derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

La Ley nacional 26061 de Protección Integral, promulgada en octubre del año 2005, plantea que la judicialización en las situaciones de vulneración de derechos no representa necesariamente la mejor medida. Tampoco la separación del niño de su núcleo familiar, ya que considera esto como una medida de carácter excepcional. De este modo, se entiende que la vulneración de derechos (económicos, sociales, culturales) no debe ser castigada con el encierro. Los niños no deben ser penados por su situación particular. Por otro lado, las políticas públicas, base de sustentación de este paradigma, deberán pensar a los NNyA a partir de un enfoque integral y no segmentarlos de acuerdo a sus necesidades.

Pero dentro del recorrido que venimos realizando, el Paradigma de Protección Integral encuentra una muralla en el Régimen Penal de la Minoridad el cual responde a la idea, principios y fundamentos de la Situación Irregular.

Esto, nos muestra que el bloque constitucional, la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26061 de promoción y protección de derechos encuentran una isla establecida por el Sistema Penal y la infancia.

El decreto ley 22.278, actualizado por el decreto 22.803 para la administración de conductas penales cometidas por personas menores de edad, responde a la idea y filosofía del último gobierno de dictadura militar. Establece la plena imputabilidad penal para la franja de jóvenes de 16 a 18 años, a la vez que promueve la discrecionalidad absoluta para los menores de 16 años que se encuentren en “peligro material o moral”, como ya se ha mencionado en capítulos anteriores.

⁷⁸ Principio de universalidad, integralidad y no discriminación: el concepto de universalidad se refiere a que son propios a toda persona que habita en el mundo sin distinción de dónde haya nacido, donde resida, ni a que cultura pertenezca. La integralidad implica que la protección procura abarcar todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños y por último la no discriminación se aplica en dos sentidos, por un lado, los niños deberán gozar de los mismos derechos que los adultos, aunque teniendo en cuenta que están pleno desarrollo y por otro lado no discriminación de sexo, raza, nacionalidad, idioma o religión.

Principio de efectividad: debido a que la CDN tiene carácter vinculante los Estados parte deberán comprometerse a cumplir: “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, “los Estados parte adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan...” (art. 4 CDN).

Principio de co-responsabilidad: supone que todos los actores: padres, responsables directos del niño, sistema judicial, poder ejecutivo, la comunidad toda, tendrá responsabilidad en la protección de los derechos de NNyA.

Principio del interés superior del niño: debe ser entendido como un principio que garantiza que se promueva por un lado la vigencia y satisfacción simultánea de todos los derechos de NNyA y por otro la protección efectiva de estos.

Principio de autonomía progresiva y participación: el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades, y que a los padres o demás responsables les corresponde impartir “orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos que le son reconocidos”. (M. Murga - G. Anzola 2011)

En este sentido, los niños, niñas y adolescentes que no hayan alcanzado los 16 años, si bien no son punibles para el sistema penal, muchos de ellos se encuentran privados de la libertad en institutos de menores en toda la República Argentina con un escaso debido proceso y sólo por la decisión del juez especial, circunstancias que fueron planteadas en el orden interno y en el Sistema Interamericano.

El Decreto ley 22278 y su modificatoria Ley 22803, establecen que “ARTICULO 1º - *No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.*

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.”

Esto significa que a los jóvenes de 16 años que no hayan alcanzado los 18 años de edad y cometieran delitos de “acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no excede de dos (2) años”, no es posible aplicarle una pena privativa de la libertad, pero esto no significa que no se los pueda internar según la previsión del propio artículo.

En este sentido, el artículo 1º segundo párrafo, establece que si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado.

El juez de menores ejerce una jurisdicción adicional a la estrictamente punitiva, que plantea una distinción fundamental con el proceso penal respecto de los mayores de edad, se trata de la jurisdicción tutelar. Si existe acusación de delito contra un niño, niña o adolescente que no haya alcanzado los 16 años de edad, el juez tiene la posibilidad de tomar conocimiento directo del niño, niña o adolescente, y solicitar informes a los efectos del estudio de la personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en la que se encuentre. Este procedimiento está relacionado directamente con el recorrido histórico que hemos marcado desde comienzo de este capítulo.

A principios del Siglo XX Telma Reca⁷⁹ asignaba una gran importancia al factor ambiental frente al constitucional sobre las causas de la delincuencia infantil. Su idea de la infancia proponía un enfoque en lo psicopatológico con base fenomenológica. Trabajaba la personalidad del paciente entendiendo que ésta anudada lo biológico a lo social. En uno de sus artículos intenta diferenciar entre menores abandonados, delincuentes y en estado de peligro. Julio A. Alfonsín llegó a considerar “artificiosa e ineficaz” esta clasificación por falta de posturas doctrinarias uniformes a nivel nacional e internacional. Esto se daba en cuestiones como vagancia, mendicidad y peligro moral. Para ello era necesaria una distinción racional “conforme al estudio de cada personalidad psíquica y moral”.

A contracara de este sistema netamente tutelar, se encuentran los Sistemas de responsabilidad Penal Juvenil, los cuales presuponen comenzar a considerar a los jóvenes que han infringido la ley penal como sujetos de derechos y de responsabilidades. Un régimen penal juvenil de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño y a la Constitución Nacional, es fundamental para alcanzar un sistema que garantice un debido proceso a aquellos jóvenes que infringieron la ley y una justicia penal especializada en materia de infancia.

El análisis del encuadre político, jurídico e institucional de las prácticas sociales y judiciales, establece el terreno de debate sobre la minoridad. La privación de la libertad como política social, las limitaciones de derechos a los padres, la función del derecho penal tutelar frente a este grupo claramente seleccionado y las tensiones contra todo el Sistema de la Protección integral merece una profunda discusión. Los desafíos que nos depara el Siglo XXI es establecer las pautas y lineamientos de un sistema de responsabilidad penal juvenil, que no centralice su objeto en la privación de la libertad o medida de seguridad, sino en los jóvenes sujetos de derechos.

Referencias

- Beloff Mary (1999), *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular “un modelo para armar y otro para desarmar”*, Justicia y derechos del niño, Nro 1, Unicef, Santiago de Chile.
- Beloff, Mary, (2012) *La protección de los niños y las políticas de la diferencia*, Lecciones y Ensayos, nro. 89 ps. 405-420
- Cardozo, G y Michalewicz, A. (2017) *El paradigma de la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación*, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Número 82, Argentina.

⁷⁹ Telma Reca, psiquiatra infantil de la Argentina (1904-1979).

- Costanzo, Gabriela Anahí, *Lo inadmisible hecho historia La Ley de Residencia de 1902 y la Ley de Defensa Social de 1910*
- Farias Carracedo Carolina (2014), *Legislación de la República Argentina en materia de infancia: un recorrido histórico*, Revista Rayuela, Argentina.
- Fernández Alejandro (2017) *La ley argentina de inmigración de 1876 y su contexto histórico*, Universidad Nacional de Luján Buenos Aires – Argentina, Almanack, Guarulhos, n. 17, p. 51-85, Dez. <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320171705>
- Fernández, Natalia (2015). Los Niños Expósitos de Buenos Aires, 1779-1823. *Sociales y Virtuales*, <http://socialesyvirtuales.web.unq.edu.ar/los-ninos-expositos-de-buenos-aires-1779-1823/>
- Leonardi María celeste (2014) *Justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.
- Oslak Oscar (1982) *Reflexiones sobre la formación del estado y la construcción de la sociedad argentina*, Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales, Vol. XXI, Buenos Aires, Argentina.
- Pigna, Felipe, “Lujo hambre y rebelión en el granero del mundo”, Los mitos de la historia argentina pag. 356, Ed. Planeta, Argentina.
- Veiga, María Soledad “Niñez y Pobreza” Teseoexpress, Argentina.
<https://www.eseoexpress.com/vulnerabilidad/front-matter/148-2/>