

PROGRAMA DE ASESORIA PARLAMENTARIA

Fundación Nuevas Generaciones

en cooperación internacional con

Fundación Hanns Seidel¹

La reforma del artículo 148 bis del Código Penal: una herramienta necesaria para la lucha contra el trabajo infantil²

Resumen ejecutivo

El trabajo infantil es un flagelo que azota a los integrantes más vulnerables de la sociedad: los niños. Para eliminarlo hace falta trabajar conjuntamente desde la perspectiva social, económica, cultural y jurídica. Respecto de este último enfoque, en el presente trabajo se propone la reforma del artículo 148 bis del Código Penal de la Nación para eliminar la inimputabilidad de los tutores y los guardadores en los casos en que estos se aprovecharen económicamente del trabajo de un menor a su cargo.

I) El trabajo infantil en el Código Penal de la Nación

En el presente trabajo se propone ampliar la protección de los niños contra el trabajo infantil mediante la eliminación de las excepciones a la punibilidad que el artículo 148 bis del Código Penal de la Nación establece para los tutores y los guardadores que se aprovechen económicamente del trabajo de un menor de edad en violación de las normas nacionales e internacionales.

El artículo 148 bis fue agregado al Código Penal de la Nación en el año 2013 y establece que quien se aproveche económicamente del trabajo de una niña o niño en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil podrá ser reprimido con una pena de uno a cuatro años de prisión. Dichas penas serán aplicables siempre y cuando tal aprovechamiento económico no este

¹ La Fundación Hanns Seidel no necesariamente comparte los dichos y contenidos del presente trabajo.

² Trabajo publicado en el mes de enero de 2018

configurado en tipos penales más graves (explotación sexual, instigación a la comisión de delitos, etc.). Luego de establecer el tipo y la pena, el artículo enumera situaciones que no son consideradas trabajo infantil. Tal es el caso de las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación. Finalmente, el artículo 148 bis dispone que no podrán ser sujetos de punibilidad el padre, madre tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

II) Necesidad de ampliar la protección del menor contra el trabajo infantil

Como se puede apreciar, la introducción de este artículo representa un gran avance en la lucha contra el trabajo infantil, no obstante ello consideramos que necesita ser modificado para poder abarcar determinadas situaciones que hoy no están alcanzadas debido a las excepciones que establece la norma. Nos referimos particularmente las excepciones a la aplicación de la pena a los tutores legales y los guardadores que aprovecharen económicamente el trabajo del menor bajo su cuidado.

Optamos por mantener las excepciones que se aplican al padre y a la madre ya que, lejos de ser una situación deseable, muchas veces la realidad indica que en los sectores más vulnerables los niños se ven empujados a trabajar dentro de un marco de economía familiar de subsistencia. En el caso de que los padres sufran una pena privativa de la libertad, el niño se vería perjudicado afectiva y económicamente, y sumergido en una situación de vulnerabilidad mayor a la que ya está atravesando. En dichos casos, es el Estado el que debe dar las garantías y las condiciones de igualdad de oportunidades para que los derechos de los niños sean respetados. Privar de libertad a los padres es una solución simplista para un problema que tiene múltiples y profundas causales. No hay que olvidar además que el Estado puede y debe desarrollar políticas públicas sociales a largo plazo desde diversos ámbitos para atacar este problema. El Estado debe brindar ayuda a los padres y detectar las situaciones de trabajo infantil que ocurren en el entorno familiar, estudiarlas y remediarlas.

III) Fundamentación jurídica de la propuesta

Aclarado lo anterior nos parece poco acertado situar al tutor y guardador en el mismo lugar de excepción en que están el padre y la madre del niño trabajador. Ello es así puesto que las figuras del tutor y del guardador se constituyen mediante la aceptación voluntaria de dicho cargo dentro de un proceso judicial en el cual se tramita su designación. Quienes son elegidos deben contar, a criterio del juez, con los medios básicos para proveer, cuidar y proteger al menor tanto si ejerce la función de administrar sus bienes como si desempeña activamente la responsabilidad parental sobre él. De ese modo, la decisión judicial para tales nombramientos excluye que el menor se vea inserto en un ámbito socioeconómico que pueda, llegado el caso, requerir de su trabajo para contribuir al sostenimiento de la economía doméstica. Por tal motivo, el aprovechamiento económico que del menor se haga por parte de su tutor o guardador dista, prima facie, del que sus padres pueden llegar a imponerle en los casos extremos de requerir su ayuda para el mantenimiento del hogar.

El artículo 104 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “la tutela está destinada a brindar protección a la persona y los bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.” A continuación los artículos 106, 107 y 109 enumeran los distintos tipos de tutela según corresponda:

- Tutela designada por los padres: es la que establecen los padres por testamento o escritura pública y debe ser aprobada judicialmente.
- Tutela dativa: ante la ausencia de un tutor designado por los padres lo designa el juez considerando y fundamentando la idoneidad de dicha persona para ejercer la tutela.
- Tutela especial: es aquella establecida judicialmente para casos de excepción (conflicto de intereses, oposición de intereses, bienes adquiridos con la condición de ser administrados por persona determinada, administración en otras jurisdicciones, requerimientos de conocimientos especiales para la administración y razones de urgencia).

Por su lado, en el artículo 110 se enumera a las personas excluidas para ejercer la tutela de un menor. Entre ellas se encuentran las personas quebradas no rehabilitadas y quienes no tienen oficio,

profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria. Por ende, se infiere que para ser tutor es necesario contar con una estabilidad económica tal que descarte la no deseada necesidad de que el menor bajo su cuidado aporte con su trabajo a la economía doméstica. Lo antedicho es razón más que suficiente para eliminar la excepción de la pena de la que hoy gozan los tutores y guardadores ante los casos de explotación económica infantil. Para apuntalar aún más tal concepto podemos recurrir a lo establecido por el artículo 118 del CCyCN cuando dice que “el tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones”.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial de la Nación identifica diferentes tipos de guarda.

En primer lugar, en el artículo 611 y subsiguientes se define la guarda con fines adoptivos. En tal caso, la elección del guardador o del pretensado adoptante es hecha por el juez que declaró la situación de adoptabilidad del menor. Para ello se deben tomar en cuenta, entre otras particularidades, las condiciones personales, edad y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado y educación del menor; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; y el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente. Si se tiene en cuenta lo enumerado precedentemente, resulta sencillo sostener que los guardadores no podrían argüir la necesidad ineludible de contar con el trabajo del menor bajo su cuidado para el sostén de la economía doméstica. Ello es así puesto que son designados judicialmente en un cargo que aceptan de plena voluntad y para lo cual es estudiada su idoneidad para el cuidado y desarrollo del niño. En base a lo antedicho entendemos que los guardadores que se aprovecharen económicamente de un menor bajo su cuidado, deberían cumplir la pena aplicable dispuesta por el artículo 148 bis del Código Penal.

También el artículo 657 del CCyCN refiere al caso del otorgamiento de la guarda a un pariente en aquellos supuestos de especial gravedad y por un periodo de un año prorrogable por el juez por un periodo igual. Durante ese tiempo el guardador debe velar por el cuidado personal del niño facultándolo a tomar las decisiones relativas a las actividades de su vida cotidiana aunque la titularidad de la responsabilidad parental sigue siendo de sus progenitores. En estos casos el

guardador, además de tener vínculo de parentesco con el menor, debe contar con los medios económicos necesarios para asegurar que este pueda vivir día a día de manera digna, asistir a la escuela y ver respetados sus derechos.

IV) Conclusiones

Por los motivos expresados precedentemente insistimos en que es necesario eliminar la excepción a la imputabilidad que de acuerdo a la norma vigente gozan los tutores y guardadores ya que ésta le exime de ser castigados ante la comisión de actos antijurídicos e inescrupulosos.

En adición a todo lo hasta aquí expuesto, no hay que olvidar que Argentina es parte de varios tratados internacionales con jerarquía constitucional orientados a la protección de los derechos de los niños. Entre ellos se pueden mencionar a la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto San José de Costa Rica. Por otro lado, nuestro país también ha adherido a los Convenios de la OIT número 138 sobre la edad mínima para el trabajo y número 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. Asimismo, en noviembre de 2017 se realizó en Argentina la IV Conferencia para la Erradicación Sostenida del Trabajo Infantil de la cual surgió la declaración de Buenos Aires. En dicha declaración los países participantes se comprometieron a tomar acciones y desarrollar políticas para la erradicación del trabajo infantil. Entendemos que resulta crucial introducir los cambios que hacen falta en la legislación vigente para hacerla más estricta y poder avanzar en el compromiso asumido por nuestro país sobre estos temas que afectan el desarrollo y bienestar de nuestros niños.

V) Texto normativo propuesto

Artículo 1° - Modifíquese el artículo 148 bis del Código Penal de la Nación Argentina el cual quedara redactado de la siguiente manera:

“Artículo 148 bis.- Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

No será punible el padre o la madre del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”

Artículo 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo