

“Ni sí, ni no, ni blanco ni negro”. Los límites del uso de los paradigmas como metodología para la comprensión de los cambios legales

*Ernesto Domenech¹
María José Lescano²*

Fecha de recepción: 22/03/2024

Fecha de aceptación: 11/11/2024

Resumen: Se pretende reflexionar acerca de la labor académica que acompañó la inserción del nuevo paradigma de infancia propuesto por la Convención Internacional sobre los derechos del Niño al derecho interno de la República Argentina. Si bien desde la adhesión por parte de nuestro país a este tratado de Derechos humanos, se realizaron importantes reformas legales, tanto a nivel nacional como provincial, aún quedan ámbitos por incursionar con una mirada reformista. Así ocurre con la ley que debe establecer el régimen de la responsabilidad penal juvenil, ya que todavía no se han alcanzado los consensos políticos para derogar la legislación vigente, que responde a la ideología del paradigma tutelar. También con este trabajo se aspira a superar posiciones dicotómicas, no sólo desde el punto de vista del derecho positivo, sino muy especialmente centrando el análisis teórico con relación a las prácticas institucionales, ya que aún queda camino por recorrer para lograr que los derechos de los niños, niñas y adolescentes que son proclamados, adquieran plena efectividad, en el contexto de un sistema de promoción y protección integral.

Palabras clave: Paradigmas- Infancia- CIDN-cambios legales.

Abstract: *The aim is to reflect on the academic work that accompanied the insertion of the new childhood paradigm proposed by the International Convention on the Rights of the Child to the internal law of the Argentine Republic. Although since our country adhered to this Human Rights treaty, important legal reforms have been carried out both at the national and provincial levels, there are still areas to venture into with a reformist perspective. This is the case with the law that should establish the regime of juvenile criminal responsibility, since political consensus has not yet been reached to repeal the current legislation, which responds to the ideology of the guardianship paradigm. This work also aims to overcome dichotomous positions, not only from the point of view of positive law, but very especially focusing the theoretical analysis in relation to institutional practices, since there is still a long way to go to ensure that the rights of boys, girls and adolescents who are proclaimed, acquire full effectiveness, in the context of a system of promotion and comprehensive protection.*

Keywords: *Paradigms, Childhood, CIDN, legal changes.*

¹ Juez del Tribunal Oral Criminal Nro. 3, Buenos Aires. Dir. Instituto Derechos del Niño (Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina).

² Jueza de Garantías del Joven, Buenos Aires. Secr. Instituto Derechos del Niño (Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina). Contacto: mjoselescano@yahoo.com.ar.

“La tiranía mutila, simplifica lo que el genio reúne en la complejidad.”

Albert Camus

“Lo que ha pasado con las máquinas es apenas un indicio concreto de lo que ha pasado con todo. La sociedad entera se ha vuelto una caja negra. La complicación de la economía, los desplazamientos poblacionales, los flujos de información trazando caprichosas volutas en un mundo de estadísticas encontradas, han terminado produciendo una resignada ceguera cuya única moraleja es que nadie sabe “qué puede pasar”; nadie acierta con los pronósticos, o acierta por casualidad. Eso antes sólo había sucedido con el clima, pero a lo imprevisible del clima el hombre había respondido con la civilización. Ahora la civilización misma, dando toda la vuelta, se hizo impredecible. Es como si se hubiera clausurado la posibilidad lógica de que haya alguien lúcido o inteligente.”

César Aira

1. Introducción

Frente a un panorama tan complejo, de incesantes cambios, de gran incertidumbre deberíamos preguntarnos: ¿cómo deben ser evaluados los procesos de transición legal? Desde un punto de vista más concreto, el mismo interrogante nos suscitan las modificaciones normativas introducidas al amparo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN). Por tanto, es de considerar si tales reformas incorporadas por aquellos países que suscribieron la mentada Convención han alcanzado los fines políticamente propuestos.

Cabe pensar que la estructura teórica de las ciencias debería contribuir a allanar el camino en el hallazgo de algunas respuestas, al menos en lo que hace al desarrollo de las ciencias sociales. No obstante, en atención a los cambios legales ocurridos en Argentina en materia de Infancia, no parece ser ello un ejercicio habitual, pues la dispersa aprobación de leyes y los desencuentros políticos que impiden avanzar en el proceso de cambio normativo, dan cuenta de la distancia que a veces existe entre la teoría y la práctica, y de la pertinaz ausencia de mecanismos de contralor.

Por ello, pretendemos con el presente trabajo destacar lo importante que resulta evaluar los procesos de gestión de los cambios legales, ya que una vez que se arriba a la decisión de reforma de ley por parte del legislador, debería tornarse inevitable acudir a la evaluación de su real inserción en las prácticas institucionales y ponderar así el impacto que ha tenido con relación al desenvolvimiento de sus operadores a fin de delinear o reencauzar la política pública a seguir.

Pues entonces, ¿cuál ha sido la función social de las leyes dictadas en materia de infancia en Argentina? ¿Qué tan eficaces han sido tales instrumentos jurídicos para

remover los obstáculos que condicionan la accesibilidad de derechos a los niños, niñas y adolescentes? Las respuestas a estas preguntas no son sencillas ni definitivas, pero el planteárselas tendría que ser parte de la política y la técnica legislativa, y más aún de la vivaz actividad académica.

Si bien es claro que nuestro país no cuenta con protocolos o reglas de actuación que permitan evaluar luego de aprobada una nueva ley su efectivo impacto regulatorio, con el presente trabajo intentaremos demostrar, la escasa o difusa definición que en su momento se ha dado del problema.

A nuestro entender la necesidad de reforma legal solo quedó reducida a plantear la antinomia entre dos paradigmas, sin haberse realizado una suficiente identificación de las cuestiones que requerían una nueva regulación a la luz del debido respeto de los derechos fundamentales. Las modificaciones legales introducidas no fueron evaluadas acerca de cómo se llevó a cabo su concreta implementación, con notable ausencia de mediciones claras de gestión³. El análisis detallado de fines y medios, es sabido, son fundamentales para la evaluación retrospectiva de la ley en vigencia (Domenech, Lescano, Jaureguiberry, 2004).

A esta altura de los acontecimientos, sería de gran valor estudiar el proceso de reformas legales que acontecieron en nuestro país para la consagración del paradigma de la promoción y protección integral de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, para así seguir trazando la ruta de avance de un esquema legal que reconozca de manera eficaz los derechos de la infancia.

2. Un juego

El juego es una actividad que por naturaleza se identifica con la infancia vinculándola a la alegría y a la diversión, pero por sobre todo es valiosa porque contribuye física, mental y espiritualmente a su desarrollo. Su importancia en el proceso de enseñanza y aprendizaje es indiscutida y esta aptitud lo convierte en una herramienta didáctica de relevante función comunicacional. Más todavía el juego es un valioso integrante de la

³ Dado que la ley no es única, acabada ni sempiterna, sino que requiere de ajustes en función de las necesidades que plantea la realidad social o política, la elaboración de diagnósticos tendría que ser un proceso permanente y cíclico, como lo es la propia función legislativa, y en este esfuerzo sería conveniente que se incluyera la revisión de la ley misma, para conocer sus alcances y saber si cumple con los propósitos que se planteó en su origen o con las posteriores modificaciones a que fue sometida. En 1980, sólo dos países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) aplicaban el enfoque RIA, pero para 1996 ya eran más de la mitad y la tendencia aumentó cuando en 1997 este organismo internacional presentó el Reporte sobre Reforma Regulatoria, en el que recomendaba a los gobiernos “*integrar la manifestación de impacto regulatorio en el desarrollo, revisión y reforma de la regulación*” <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

cultura y se ha caracterizado al "*Homo Ludens*" para especular sobre el juego y su historia, un término empleado por Johan Huizinga (2007).

Acudir al juego entonces, puede resultar curioso e interesante desde la perspectiva del Derecho y su análisis. En este afán entrometerse en este juego infantil⁴ puede inspirar el camino de intelección para desvelar las condiciones que delimitaron el punto de partida teórico que impulsara la reforma de la legislación argentina.

Su operatoria es simple si se quiere comenzar a jugar. Ante preguntas del contrincante el antagonista debe evitar responder si o no, blanco o negro. Si lo hace pierde. De ahí su nombre: "*Ni si, ni no, ni blanco ni negro*".

Mirado desde otra perspectiva la pregunta de uno de los contrincantes -que si pierde deberá abandonar su papel y pasar a responder-, se presenta como un desafío y la respuesta del desafiado debe eludir una lógica binaria: si-no, blanco-negro.

Las habilidades que se requieren son sencillas e infrecuentes. Saber preguntar y comenzar la pregunta en el desafío -por un lado-, y eludir las simplificaciones de nuestras respuestas tan habituales como dicotómicas, por el otro, deviene esencial. En suma, propone el juego aprender a desafiar con preguntas y a su vez, correrse de las habitualidades repetitivas por otro.

Si nos detenemos en las formas desafiantes de preguntar entre los jugadores, veremos que apuntan a la reiteración de contenidos sencillos, aprendidos acríticamente, y considerados obvios.

Ahora bien, ¿son fiables estas formas de indagación?

Si decimos ¿De qué color era el caballo de San Martín? ¿Cuál sería la respuesta? Pues es difícil conjeturar que el padre de la Patria haya utilizado un único equino, que lo hubiese acompañado desde su formación militar en España, su travesía atlántica hasta llegar a estas barrosas riveras, para luego formar un ejército de granaderos a caballo, triunfar en San Lorenzo, cruzar los Andes y libertar, además, Chile y Perú antes de radicarse en Boulogne Su Mer...

Ciertamente que, en el escenario de lo lúdico, las ambigüedades o imprecisiones de las respuestas lejos de preocupar a sus intervinientes pueden tornar más divertido el juego.

⁴ El juego sienta las bases para el desarrollo de conocimientos y competencias sociales y emocionales claves. A través del juego, los niños aprenden a forjar vínculos con los demás, y a compartir, negociar y resolver conflictos, además de contribuir a su capacidad de autoafirmación.

Como novedosa propuesta, podríamos pensar que jugadores entrenados, quizás deseen incursionar en el ámbito de las ciencias sociales y proceder a la sustitución de las palabras prohibidas y añadir otras nuevas, y ello replicarlo en distintos escenarios de reflexión.

Podría resultar un interesante desafío pensar así la niñez y sus tan aludidos paradigmas, sobre la base de estas reglas de juego. Por tanto, por qué no sugerir hacerlo por ejemplo con las palabras: menor/niño; objeto/sujeto de derecho; amparo judicial/protección de derechos; riesgo/vulnerabilidad; entre otras, que se presentan como antagonistas al modo de blanco/negro.

Tal vez, meditar sobre estos términos y su utilización en las prácticas, requiera de mayor agudeza para proceder a la formulación de los interrogantes y, naturalmente, sus consiguientes respuestas.

Antes bien, ¿es posible conjeturar entonces que este juego infantil esté presente en ciertas indagaciones académicas contemporáneas que caen en la ingenua trampa de responder por si o por no, por blanco o por negro?

¿Es posible que se encuentre en la trastienda de ciertos claustros universitarios similares formas de enunciar, analizar, y responder a ciertas problemáticas?

¿Es posible descubrirlo en aquellas ideas y búsquedas que, apelando a la palabra paradigma, enuncian confrontaciones, episodios épicos con buenos y malos, héroes y villanos?

¿Es posible describir los contornos del Derecho actual de la Infancia y sus prácticas aludiendo a grandes victorias y derrotas de similar envergadura, como habitualmente se realiza poniendo el eje del mal en el "*Patronato*" vilmente encarnado en la denominada "*ley Agote*" y su maléfica dislocación en la figura del Juez de Menores?

Las respuestas, como hemos visto, pueden ser dispares, pero de lo que no hay dudas es que en el ámbito científico las hipótesis deben ser validadas con un recorrido metodológico y asentadas en evidencias fiables y contrastables.

3. Paradigma según Khun

En aquellas visiones épicas aludidas por algunos sectores de la doctrina, creemos que la palabra paradigma no fue empleada ya como lo hacía Thomas Khun (1989) para rastrear históricamente los cambios de las ideas científicas, a las que caracterizó como verdaderas revoluciones, sino como una herramienta de lucha en busca de la imposición de nuevas ideas y principios.

Tampoco se ha empleado como un proceso en donde la ciencia evoluciona a partir de marchas y contramarchas. Se han olvidado tales posturas, ya que para Khun, un descubrimiento no es algo inmediato o puntual, sino que es producto de una ruptura, que precisamente denomina cambio paradigmático y que sucede tras numerosas “*ideas y vueltas*” del curso sinuoso del pensamiento. Y explica así que lo que en realidad sucede, son giros o revoluciones que ocurren durante el desarrollo de la ciencia, que rompen con la forma de responder a ciertos problemas en un momento determinado, para abordarlos a partir de nuevas categorías, nuevas miradas en otro entorno contextual.

Es decir, a su entender, con el surgimiento de un nuevo paradigma científico se produce un sacudón de la “*estantería,*” a partir de la consagración de un modelo explicativo diverso que reemplaza el anterior, pero que no reniega de él y si mantiene algunos conceptos o palabras del modelo perimido, estos cobrarán nuevo sentido en el actual contexto (Khun, 1989) en el que se gestó.⁵

De tal modo, si ponemos en práctica el juego aludido, -ni sí, ni no, ni blanco ni negro- será sencillo advertir que en lo que hace al diseño legal del nuevo sistema de infancia, se ha presentado extrañamente al paradigma de promoción y protección integral de derechos en forma binaria, antagónica, irreductible.

Se han volcado litros de tinta en la doctrina nacional, describiendo al nuevo paradigma de la niñez, más como una bandera de cruzados que deslumbra, como la adquisición de un ansiado trofeo, que como un escenario institucional a construir a partir del debido reconocimiento de los derechos humanos de las personas que se encuentran en etapa de formación.

Empleada de esto modo, la palabra paradigma cobra entonces otras significaciones al margen de su origen epistemológico y adquiere nuevas implicancias. Máxime cuando el estudio de las normas anteriores es asociado al ejercicio del poder que caracterizó a la sangrienta dictadura militar (Grinberg, 2013) que rigió en nuestro país desde 1976 a 1983.

⁵- Thomas Khun (1989) en su obra describe cómo es necesario hacer un esfuerzo para comprender retrospectivamente el paradigma aristotélico del movimiento, en lugar de descalificarlo como incoherente desde la física actual. Así se propone experimentar intelectualmente de manera históricamente inversa las dificultades para la comprensión de un paradigma diferente. Khun recién graduado en física dijo que teniendo en claro la mecánica newtoniana se acercó a la física aristotélica para preparar un curso de divulgación y decía que: “*Aristóteles me parecía no solo un ignorante en mecánica, sino además un físico terriblemente malo,*” luego se cuestiona su propio juicio a partir de reconocer los aportes de Aristóteles en lógica, biología y en otras disciplinas. Años más tarde cambió el enfoque y se comenzó a cuestionar si el significado de los términos que utilizó Aristóteles en el siglo IV AC eran similares al significado actual. De tal modo que Khun muestra una actitud tendiente a comprender lo que establecía la ciencia en un determinado contexto y advierte así algunos obstáculos epistemológicos que pueden llegar a surgir en la medida que avanza el proceso de conocimiento.

Esta confusa asociación de ideas debe provocar al menos un llamado de atención, en tanto cierra de manera liminar toda posibilidad de diálogo y reflexión, instalándose así la imposibilidad de advertir que los preceptos normativos pueden exhibir texturas grises y sutilezas peculiares según el momento histórico en que surgieron.

Si se medita sobre estas cuestiones, será posible advertir que las leyes reguladoras de las relaciones de infancia, si bien muchas de ellas rigieron en tiempos de dictadura, muchas de las que se pueden adjudicar al paradigma del Patronato tienen su génesis en épocas remotas, y que han atravesado muy diversas épocas de nuestro país.

Para valorar seriamente el fundamento y los alcances de los distintos paradigmas es necesario analizar el origen histórico de las leyes en su contexto, porque de la clara determinación de los conceptos científicos será posible interpretar los conflictos y fenómenos investigados en la actualidad y por, sobre todo, evaluar si el sistema actualmente en vigencia no ha provocado en ciertos ámbitos de la realidad efectos indeseados.

Como bien señala Javier Flax (2014): *“la historia de la ciencia sería incompleta si se limitara a estudiar la historia de las diferentes disciplinas científicas y la lógica de sus descubrimientos, separándolas de las condiciones culturales en las que emergieron y en las que se desarrollaron”* (p. 125).

En suma, si solo simbólicamente se recurre al nuevo paradigma para resolver retóricamente los problemas que rodean las relaciones de infancia, se simplifican los análisis (Magistris, 2012). Así se elude la complejidad, y nace la perplejidad. Porque ambos provocan inestabilidad, incertidumbre y, por cierto, es una forma de ignorar o desmentir las prácticas institucionales y sus consecuencias.

4. Falsas antinomias.

Las posiciones antagónicas e irreductibles provocan una errónea lectura de los acontecimientos. He aquí un catálogo inconcluso y conjetural de ciertas cuestiones que, en el marco de las antinomias aludidas, han sido extrañamente omitidas.

Veamos:

- a. Se ha limitado severamente la posibilidad de percibir en forma adecuada las significativas modificaciones introducidas históricamente al ordenamiento jurídico nacional, en torno a la infancia y sus derechos. Estos cambios que acontecieron de manera anterior a la Convención de los Derechos del Niño fueron desconocidos por algunas posiciones que se presentaron como extraordinariamente innovadoras. Puede ocurrir que la percepción humana deje siempre algo de lado,

que, al ver recorte, y deje de ver integralmente, y que la escucha, deje de escuchar en profundidad. Sin embargo, es necesario estar atentos para desvelar aquellos modos de percibir a los que les cuesta advertir lo ignorado, máxime cuando desmiente las hipótesis defendidas.⁶

- b. Un análisis de los acontecimientos descontextualizado de sus momentos históricos es claramente una deficitaria estrategia diagnóstica de los problemas a resolver. La sola referencia a los mismos de modo superficial, que propone soluciones abiertas, simplificándolos merece expresar nuestra preocupación, porque ello afectará luego el éxito de las reformas que inicialmente fueron imaginadas como salvadoras.
- c. Curiosamente, algunos ámbitos académicos han contribuido al uso de términos y de palabras que encandilan (Magistris, 2012), logrando con la emotividad batallar por cambios en los que era necesario identificar a un culpable o enemigo, como si en esta guerra una bandera única y un combate triunfal con ejércitos bien disciplinados y pertrechadas, fuese un momento fundante.

Detengámonos en algunos de estas cuestiones. En primer lugar, no podemos soslayar aquellas acciones valiosas que promovieron la defensa de derechos del Niño, que han sido ciertamente episodios relevantes, ocurridos fuera y dentro del país, sin la estar aún en vigencia la CIDN.

- a. Sin la Convención de los Derechos del Niño, en los Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Suprema declaró la institucionalidad leyes que regulaban el proceso penal del niño, por ausencia de adecuado respeto del derecho de defensa en juicio (Platt, 1997).
- b. También en los Estados Unidos, nació la figura del abogado del Niño, como una creación judicial destinada a “*escuchar la palabra del niño*” en caso de enfrentamiento de sus padres.
- c. En Argentina a poco de sancionarse la ley provincial bonaerense Nro. 4664, fue novedoso el desenvolvimiento de una Defensora Oficial del Departamento Judicial de Dolores, cuando argumentó que la representación promiscua del

⁶- Thomas Khun lo enuncia con claridad al poner de relieve las distintas estrategias llevadas adelante por las comunidades científicas para leer datos que desmienten o incomodan las hipótesis defendidas o sometidas a prueba. *Ob. Cit.*

niño por parte del Asesor de Menores -que actuaba de alguna manera como Fiscal y defensor- no era Constitucional.

- d. El posterior Decreto Ley Nro. 10.067 en la provincia de Buenos Aires incluyó la defensa letrada privada o pública de los padres a quienes se podían afectar los derechos sobre los niños, como una modificación superadora a la anterior ley 4664⁷, y asimismo dicho Decreto Ley, previó además mayor actividad recursiva. Por otra parte, vale destacar que los numerosos proyectos de reforma a la 10.067, si bien no tuvieron consagración legislativa, fueron enunciando voces de actores sociales y jurídicos que se manifestaban disconformes con esta normativa.
- e. Se desconoce también que muchas modificaciones para igualar los derechos de los niños/as en nuestra legislación civil fueron muy anteriores a la sanción de la Convención de Derechos del Niño. Así por ejemplo en 1985 no se admitieron más diferencias entre los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, y se prohibió el estigma que podría surgir de la diversa registración.

Todas estas acciones indican que, aun cuando la CIDN constituyó un hito en el análisis del sistema de promoción y protección integral de derechos y en el origen y desarrollo del denominado Derecho de la Infancia (García Méndez, 2000), una minuciosa observación del proceso histórico no puede omitir o negar sus normas y acontecimientos precedentes, que materialmente significaron, aunque de manera aislada, un avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Ello pone de manifiesto que no solamente fue la Convención la fuente inspiradora de cambios, sino que buena parte de ellos fueron provocados por garantías constitucionales preexistentes o son el resultado del conjunto de tratados de Derechos humanos a los que había ido adhiriendo nuestro país, con anterioridad a aquella.

5. Leyes del Patronato

Para profundizar la raíz de algunas circunstancias dejadas de lado conviene reflexionar sobre aquellas leyes que se vieron involucradas en el paradigma del Patronato.

⁷- Por ejemplo, en esa normativa establecía en el art. 41°: *“En caso de que el asesor solicite la aplicación de sanciones respecto de los padres, tutores o guardadores, se dará a éstos traslado de la petición por el término de Diez (10) días, para que con asistencia letrada particular, o del defensor de pobres y ausentes en su caso, contesten el requerimiento, ofreciendo las medidas de prueba que consideren necesarias y que el juez proveerá en cuanto las estime conducentes para el esclarecimiento de los hechos, fijando el plazo en que deberán ser producidas.”*

Se suele presentar al paradigma del Patronato aludiendo centralmente a la ley Agote que, en 1919, modificó el régimen civil de la patria potestad, limitándola de diversas maneras. También entre sus normativas configuradoras, muchos años después en tiempos de dictadura militar surge el Decreto ley 22.278⁸ que establecía el régimen penal de la minoridad, andamiaje legal que, pese a las reiteradas denuncias de inconstitucionalidad, aún resulta de aplicación ante la imposibilidad política de su reforma.

En la provincia de Buenos Aires, luego de que la ley 4664 creara los primeros Tribunales de Menores del país, el Patronato se estructuró a lo largo del territorio bonaerense a través del Decreto ley 10.067, que regulaba los distintos procesos que debían desarrollarse en el Fuero Minoril, cuando un menor se hallaba en estado de “*peligro moral y/o material*” y era indispensable que el Juez intervenga para subrogar la Patria Potestad estimada mal ejercida por sus progenitores o ante sus ausencias.

Recuérdese que luego de un intento fallido de reforma por la ley 12607, recién en el año 2004 con la sanción de la ley Nro. 13.298, se derogó el Decreto Ley 10067/83. Así, luego de un intrincado pleito judicial, el paradigma Tutelar, finalmente exhaló con la puesta en vigencia del nuevo sistema de promoción y de protección de derechos.

La breve reseña legislativa realizada es ilustrativa acerca de las dificultades que se han tenido que superar para poder finalmente consagrar el nuevo paradigma de infancia tanto en la provincia de Buenos Aires como a nivel nacional. Por otra parte, nos permite concluir que no es aconsejable realizar recortes analíticos de la legislación involucrada y sus trayectorias.

Es evidente que antes y después de la ley propuesta en su momento por Agote, hubo muchas otras normativas de gran importancia, que fueron sancionadas en contextos históricos muy variados y también han sido muy variadas las interpretaciones jurisprudenciales realizadas a lo largo de los distintos sistemas de justicia pertenecientes a cada provincia de nuestro país.

Por ejemplo, podemos citar el Código Penal de 1922 o la ley provincial Nro. 4664. Esta última, que rige el procedimiento bonaerense no sólo creó en el año 1937 el primer Tribunal de Menores del país, sino que también estableció un proceso diverso en el fuero Minoril, para abordar las conflictividades desde el punto de vista de la especialidad.

También cabe citar la primera ley de adopción, la Nro. 13.252, aprobada el 15 de septiembre de 1948, o desde el punto de vista penal, la ley nacional Nro. 14.394, que

⁸- Modificada en 1983 por la ley 22.803 (que elevó la imputabilidad a los 16 años), en 1985 por la ley 23.264 y en 1989 por la ley 23.742 que incluyó el art. 3 bis, la dos últimas en pleno gobierno constitucional.

introdujo una significativa modificación en el régimen penal de la minoridad por entonces regulado en el Código Penal.

Posteriormente fue la ley nacional Nro. 22.278 -que originariamente era un Decreto Ley dictado el 25 de agosto de 1980 y publicado en el Boletín Oficial el 28 de agosto del mismo año- la que continuó perfilando el régimen penal de la minoridad en nuestro país estableciendo los límites de punibilidad. Este texto legal que aún resulta de aplicación, en su oportunidad fue modificado por la ley 22.803 -un decreto ley publicado el 9 de mayo de 1983- y por la ley 23.748 -publicada en el Boletín Oficial el 25 de octubre de 1989-.

En lo que hace al proceso de la provincia de Buenos Aires, cabe recordar que la ley 4664 fue sustituida por el Decreto Ley 10.067. Y si bien existió una ley que tuvo efímera vigencia, como fue la 12.607 -publicada el 26/01/2001-, su aprobación por parte del Poder Legislativo provincial permitió impulsar años más tarde la sanción de las leyes 13.298 y 13.634, que instauraron finalmente el nuevo paradigma de infancia con enfoque de derechos.

Ahora bien, esta mirada histórica muestra que este heterogéneo conjunto de leyes tuvo dos ejes distintos:

- La limitación de la patria potestad, incluyendo los casos en que el niño hubiese sido un infractor de la ley penal.
- El régimen penal de la infancia con un tratamiento diferenciado al adulto, en su antiguo denominación el régimen penal de la minoridad.

El primero de esos ejes reconoció antecedentes a la ley Agote de singular valor para los derechos de la infancia. El segundo de esos ejes sufrió significativas modificaciones que no pueden soslayarse al momento de analizar la racionalidad de algunas argumentaciones.

La patria potestad, en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, recaía básicamente sobre el padre que tenía el derecho de reclamar el encierro correccional de sus hijos a las autoridades y discriminaba fuertemente a los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales. Y fue limitada, a comienzos del siglo XX en nuestro país, en primer lugar, por la ley 1420, que estableció la obligatoriedad de la enseñanza primaria, y por las leyes sancionadas para proteger el trabajo de mujeres y niños. Estos derechos a la educación y a la protección del niño en el ámbito laboral son claramente reconocidos por la CIDN.

Por otro lado, con relación al segundo eje, los análisis que en general se realizan sobre la ley nacional Nro. 22.278 y la provincial la Nro. 10.067, es manifiestamente insuficiente y descontextualizado, pues como ya hemos referido, dichas legislaciones en su oportunidad presentaron una ruptura normativa, pues incorporaron, respecto a normas anteriores importantes cambios.

Además, hay que destacar que una simplificación de tales características se agrava si se desconocen las muy variadas formas en que fueron utilizadas, con diversas herramientas de análisis, incluso bajo su reinterpretación impuesta constitucionalmente bajo el tamiz interpretativo de la Convención

Por tanto, poner énfasis sólo en estas leyes, o en estas leyes y la ley Agote se comportan como verdaderas simplificaciones que constituyen un obstáculo para una reflexión detallada y, sobre todo contextualizada, que no facilita la promoción de su tan reclamada reforma.

Es importante detenerse en el régimen de los niños infractores de la ley penal, un tema que ejemplifica claramente las dicotomías implícitas en los si-no, blanco-negro, con el slogan “*subir o bajar la edad de la imputabilidad*” característicos de los juegos de plaza infantiles, cuando bien sabemos que el problema exige de un análisis de múltiples aristas.

Para introducirnos en el abordaje de tan espinosa cuestión, un cuadro analítico temporalmente diseñado podrá ser de utilidad para presentar de manera sintética la regulación de la edad establecida por la norma, a partir de la cual los niños infractores no podían ser punibles, según el ordenamiento jurídico argentino.

Año	Leyes	Inimputabilidad	Mayor Edad	Servicio Militar
Antes de 1922	Código Penal de Tejedor vigente en algunas provincias	Menor a 10 años	22 años (CC)	20 años
1922	Código Penal	Menor a 14 años	22 años (CC)	20 años
1954	Ley 14.394	Menor de 16 Años	22 años	
1977	D/Ley 21.338	Menor de 14 años	21 años	18 años
1980	D/Ley 22.278 ⁹	Menor de 16 años	21 años	18 años

⁹- Modificada en los años en 1983 por la ley 23.742, en 1985 por la ley 23.264 y en 1989 por la ley 23742

Este cuadro que excluye el análisis del régimen adoptado para niños infractores inimputables e imputables pero discriminados por edad y tipo de delito, permite en esta simplificación observar que:

El Código Penal argentino “*subió la edad de la imputabilidad*” respecto del código de Tejedor.

Ese límite de edad se mantuvo hasta la sanción de la ley en 14.394 que lo subió a los 16 años, hasta el dictado del Decreto Ley Nro. 21.338 que volvió a bajar la edad a 14 años. Para finalmente decidir, el 5 de mayo de 1983, elevar nuevamente a 16 años la edad de imputabilidad.

Como podrá advertirse del cuadro precedente, las fechas de la primera columna son claros indicadores de que esa edad límite, los 14 años, atravesó muy diferentes momentos históricos políticos del país de democracias, y dictaduras.

Y si se advierten las otras edades consignadas en las restantes columnas se verá la singular relación del impacto de la edad en distintas instituciones relevantes. Una mirada necesaria para no simplificar el tratamiento de la “*capacidad penal de los niños*” con relación a otras capacidades civiles, laborales, o de la habilitación para conducir automotores.

Un análisis similar puede hacerse respecto de la legislación del fuero de infancia en la Provincia de Buenos Aires, en el que, por ejemplo, la ley 4664 (que no fue la única que debe tenerse en cuenta) fue sustituida por la ley 10.067 en el aspecto civil contenía importantes disposiciones relacionadas con los derechos de los padres en el proceso, que pudiesen afectar a la patria potestad que se instituía la necesidad de su defensa oficial o particular.

También es relevante tener en cuenta minuciosamente que:

- El recorte de política criminal que establecía la ley argentina, los tipos de delitos imputables a niños infractores.
- Las medidas que se preveían para los niños infractores fuesen o no imputables, que incluía no sólo las internaciones en establecimientos cerrados.
- Los mecanismos de reducción de las escalas penales.
- Las facultades de los jueces que se preveían, y que incluían desde la no aplicación de penas, la reducción según la escala de los delitos tentados, hasta la escala penal completa
- La regulación que excluía la declaración de reincidencia
- La reglamentación específica, con relación a los lugares de alojamiento de niños infractores.

Finalmente, no es posible soslayar que la ley 22.278, que se encuentra vigente, aunque fuertemente criticada (Domenech, 2008) sufrió dos reformas durante la democracia en 1983 y 1989. Aun cuando es indudable que su reforma integral no debería seguir dilatándose (Lescano, 2020), no menos cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no la ha declarado inconstitucional. Y, por otra parte, de la lectura de la legislación vigente en la provincia de Buenos Aires, se infiere que el legislador provincial, se ha excedido con algunas previsiones en sus facultades, dada la distribución del Poder Legislativo acordada en la Constitución Nacional. (arts. 5, 112, y 75 inc. 12)

Además de este catálogo de simplificaciones analíticas, no puede por otro lado desconocerse la falta de estudios cuantitativos y cualitativos de las prácticas en la materia, que permitirían dar cuenta de los usos que de la nueva legislación se llevan adelante, una forma del todo relevante de significar de las leyes.

Tampoco cabe ignorar el modo que se ha ido aplicando la ley nacional a través de los Juzgados de responsabilidad penal juvenil que, a fin de homologar los fines propuestos por la Convención, han tenido que brindar novedosas interpretaciones y usos de las reglas que, a diferencia que ocurren con *abstracts* y ponencias, no reconocen una prolífica escritura.

Debemos tener plasticidad para reconocer que las instituciones asociadas al Patronato fueron muchas más que los grandes establecimientos encierro. Incluyeron hogares estudiantiles que alojaban a jóvenes que cursaba su escolaridad fuera del establecimiento, casas del niño que se comportaban como verdaderas “*guarderías*” que permitían a los padres el desempeño laboral, e incluían el apoyo escolar a los niños, hogares maternos que alojaban a madres niñas, numerosas ONG, muchas con acuerdos económicos con el Estado, e incluso la libertad “*vigilada*” y las guardas con fines de adopción.

Esta gran variedad de instituciones concebidas desde la mirada tutelar, pasibles de ciertas objeciones, por cierto, pero que, de manera insospechada, exigía de manera indiscutida una importante presencia del Estado.

Este escenario o fue desconocido por ciertos ámbitos teóricos o quizás escasamente estudiado por alguna inexplicable razón. Tales experiencias no debieron ser omitidas, no sólo porque parcializan y mucho el análisis acerca del funcionamiento “*del sistema vigente a la luz del Patronato*”, sino porque los establecimientos y el personal son factores que han continuado hasta hoy, en las instituciones que intentan sustituirlo.

De este modo las simplificaciones condicionan el “*éxito*” de las reformas, y en ciertos aspectos, desilusionan a quienes fueron fuertemente atraídas por ellas en el convencimiento de que las nuevas leyes crearían un sistema *sui generis*, innovador, en el

que la ausencia del Juez de Menores permitiría redirigir cuantiosos recursos en políticas de promoción de derechos y en el que la resolución de los conflictos se realizaría mayormente puertas afuera a la instancia tribunalicia.

Una muestra más de aspectos insondables ha sido el manifiesto desinterés acerca de los registros estadísticos que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confeccionó en tiempos del patronato. Datos estadísticos que adecuadamente interrogadas podrían dar cuenta de la forma de su operatoria y de la necesidad de introducir cambios y propuestas superadoras, con debida articulación institucional.

Y en esta inteligencia, por qué no pensar como indispensable hacer, a esta altura del proceso de transición legal, una comparación estadística que permita ponderar algunos indicadores con relación al funcionamiento jurisdiccional exhibido con relación a ambos paradigmas.

Para ello también es posible contar con el archivo de causas judiciales de los Tribunales de Menores, que podrían ser cotejados con las causas en trámite ante el Fuero Penal Juvenil y las que se iniciaron ante el Fuero de Familia, luego de producido el deslinde de competencias a partir de la ley 13.298.

Las luces iluminan, desandan la oscuridad, combaten las sombras, son símbolo de sabiduría, pero en ocasiones hasta encandilan. Si solo se enfoca a la escritura de la ley, a espaldas de las prácticas institucionales, será difícil arribar a una justa conclusión acerca del verdadero cambio de paradigma.

¿No será necesario acaso oír a los padres que a diario expresan preocupación por las necesidades de sus hijos, o los operadores que desde los Organismos administrativos batallan en soledad para garantizar la accesibilidad de sus derechos, a los jueces y funcionarios que observan como gradualmente el Derecho Penal juvenil va replicando una lógica institucional propia del Derecho Penal de Adultos? Y por, sobre todo, ¿no es tiempo de oír sinceramente la voz de los niños, las niñas y los adolescentes que, con sus actos, sus rebeldías y sus silencios están reclamando auxilio?¹⁰

Como ocurre con los sueños de la razón según Goya no pretendemos con estas líneas convertir a la razón en verdad, más solo exponer las debilidades que a nuestro juicio presentan ciertos posicionamientos teóricos que abordan el proceso de cambio legal desde posturas antinómicas, pues las creencias en la superstición, en la exaltaciones teóricas que se alejan de la realidad alimentadas por jornadas y simposios, sin el debido

¹⁰- La ausencia de la escucha del niño inimputable en los procesos penales que se desarrollan en el fuero penal juvenil de la provincia de Buenos Aires, es también una práctica profundamente gravosa, pues con el archivo de las actuaciones sin más, reduce a la insignificancia la realización de transgresiones, en vez de considerarlas en su valor simbólico y comunicativo

análisis histórico y el suficiente apego a las prácticas institucionales, corren el serio riesgo de producir monstruos.¹¹

En ciencia hay pocas predicciones absolutas de cifras o fechas, pocos blancos o negros, pocas afirmaciones o negaciones rotundas. Sin embargo, los titulares categóricos tienen mucha más recepción en los medios de comunicación y redes sociales que aquellos que incluyen términos relativos o probabilísticos.

Las respuestas simplificadoras, las afirmaciones absolutas pueden ser utilizadas para jugar, pero pueden llegar a ser engañosas frente a las acciones que debe adoptar el Estado para construir una política pública integral que sea capaz de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por su parte, las expresiones no categóricas, tales como "*depende*", "*en caso de*", "*sólo si*" o "*lo más probable*" son más complejas y generan mayor ansiedad, pero vislumbran un mayor nivel de raciocinio, particularmente en el escenario de las ciencias sociales.

A esta altura de los acontecimientos, cuando aún quedan pendientes de implementación en Argentina varias reformas legales que permitan profundizar el proceso de cambio normativo en el Derecho de la Infancia (Guemureman, 2015), lo razonable y esperable es que la investigación, por mucho que se la intente presionar, no avance en línea recta, sino que en el camino se encuentre con baches que le hagan hacer rodeos, pero que promuevan la reflexión.

Lo que un día se pensaba que podría ser un sistema justo y equilibrado, puede no serlo en el futuro y entonces hay que poner en marcha otro camino e intentar seguir avanzando en este profundo proceso de positivación y efectivización de los derechos fundamentales, sin perder espíritu crítico y con los pies bien puestos sobre la realidad social que el Derecho y por sobre todo el Derecho de la Infancia, intenta transformar para lograr una sociedad más democrática y justa (Pillado González, 2021).

Acaso la mejor lección venga de un juego infantil que desafía a evitar en la reflexión síes y noes, blancos y negros.

6. A modo de conclusión

Teniendo en cuenta que en Argentina aún no se ha agotado el proceso de transición legal en materia de infancia, creemos oportuno señalar que las modificaciones legales que quedan por hacer deben ir acompañadas del debido análisis de las normas y procedimientos legales con una mirada centrada en las prácticas institucionales concretas,

¹¹- El aguafuerte «*El sueño de la razón produce monstruos*» es un grabado de la serie los Caprichos del pintor español Francisco de Goya. Fue producido en 1799.

en las que interactúan distintos sujetos provenientes de diversas instituciones que integran el amplio sistema de promoción y de protección integral de derechos.

Tanto la academia como el sistema de justicia no deben dejarse llevar por propuestas de cambios legales que pueden resultar simples encandilamientos atractivos en su vaguedad, pero capaces de ocultar diversos modos de aplicar las leyes. Por eso es importante abandonar rótulos teóricos que pueden presentarse en la práctica como simples etiquetas y promover la profundización de los análisis relativos a los usos que se le puede brindar a la ley, como verdaderos modos de significación, en tanto que su sentido y alcance estará asimismo determinado por los contextos en los que se aplique.

Como bien afirman Fariña y Oyhamburu (2021) es necesario estudiar *“la ley en acción”* es decir hay que integrar el terreno jurídico al contexto social y cultural desde una posición flexible, *“enriqueciendo la mirada del Derecho en compleción con las demás ciencias sociales.”*

En este orden de ideas es necesario apartarse de las posturas dicotómicas, de teorías puramente formalistas y abstractas para centrarse en la consolidación de pautas normativas claras que armonicen las prácticas institucionales, exhibiéndose de manera más flexibles, humanizadas e integradoras.

En última instancia, no debemos olvidar que la ley es solo una herramienta, es solo un instrumento dentro del amplio campo de lo social y que para lograr efectividad requiere de su imbricación con otras disciplinas. Solo así podrá alcanzar en términos reales los fines propuestos por el legislador, en beneficio de las personas, sus familias y la comunidad.

Con esta misión los aportes provenientes de la Justicia terapéutica debieran ser de ineludible consideración para proveer a la fructífera evolución del Derecho de la infancia, pues es un Derecho que aborda las conflictividades que involucran a los sujetos más vulnerables de la sociedad y por tanto su intervención no puede resultar ajena a la búsqueda del bienestar emocional y psicológico de los mismos; a la par que debe considerar el impacto que su aplicación produce en el seno comunitario, en el cual la ley también debería ser de carácter reparatorio y rehabilitador.

Bibliografía

Domenech, E., & Guido, L. (2003). *El paradigma del patronato: De la salvación a la victimización del niño*. La Plata: Edulp.

Domenech, E. (2008). Republicanos e inconstitucionalizados. Reflexiones sobre la inconstitucionalidad de la ley 22.278. En *Jornadas de Protección y Garantías en el Régimen Penal Juvenil*, organizada por la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia. Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina.

Domenech, E., Lescano, M. J., & Jaureguiberry, I. (2010). De niños y penas. Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la provincia de Buenos Aires. En *Temas claves en materia de protección y de promoción de derechos en niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires* (pp. 50–61). Buenos Aires: Unicef. Recuperado de https://www.edumargen.org/docs/curso43-11/unid03/apunte05_03.pdf

Fariña, F., & Oyhamburu, M. S. (2021). Del sujeto a la persona: El estudio del perdón en perspectiva TJ. *Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica*, (2). Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=594&idediccion=4574>

Flax, J. (2014). *Política científica: Interdisciplina y Derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

García Méndez, E. (2000). Adolescente y responsabilidad penal: Un debate latinoamericano. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 6(10), 261–275.

Grimberg, J. (2013). La recepción de “los derechos del niño” en Argentina: Trayectorias de activistas y conformación de una nueva causa en torno a la infancia. *Revista de Antropología y Sociología: VIRAJES*, 15(1), 299–325.

Guemureman, S. (2015). Encuadre normativo del tratamiento de la niñez y la adolescencia en la Argentina siglo XXI. En *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes* (pp. 31–62). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Huizinga, J. (2007). *Homo ludens*. España: Alianza.

Kuhn, T. (1989). *¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*. Barcelona: Ediciones Paidós.

Kuhn, T. (2010). *Estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Lescano, M. J. (2022). La responsabilidad penal juvenil y sus implicancias sistémicas. En E. Domenech (Dir.), *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Erreius.

Lescano, M. J. (2020). La reforma legal acerca de la ley de responsabilidad penal juvenil: “El dolor del límite”. En *Sistema penal bonaerense*. Red de Jueces Penales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur.

Magistris, G. (2012). *El magnetismo de los derechos: Narrativas y tensiones en la institucionalización de los Sistemas de Protección de Derechos de los niños, niñas y*

adolescentes en la provincia de Buenos Aires (Tesis de maestría). Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires. Recuperado de https://repositoriosdigitales.mincyt.gob.ar/vufind/Record/RIUNSAM_2d776288def2537397bb68cc182a3b5f

Pillado González, E. (2021). La humanización de la justicia penal en España. *Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica*, (2). Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=83b2cfe504c4fdfa003b195755a2f77e>

Platt, A. (1997). *Los salvadores de los niños o la invención de la delincuencia*. México: Siglo XXI Editores.

Referencias

Código Civil de la República Argentina. (1871). *Ley 340*. Buenos Aires.

Decreto ley 10.067/83. (1983). *Ley de protección integral de los derechos del niño y el joven*, de 9 de diciembre.

Ley Nacional 10.903. (1919). *Patronato de Menores o Ley Agote*, de 27 de octubre.

Ley Nacional 14.394. (1954). *Régimen de menores y de la familia*, de 30 de diciembre.

Ley Nacional 22.278. (1980). *Régimen Penal de menores*, de 28 de agosto.

Ley Nacional 22.803. (1983). *Reforma el régimen penal de menores*, de 9 de mayo.

Ley 23.742. (1989). *Régimen penal de la minoridad*, de 25 de octubre.

Ley Nacional 13.252. (1948). *Adopción*, de 29 de septiembre.

Ley Nacional 1.420. (1884). *Ley de educación pública gratuita y obligatoria*, de 8 de julio.

Ley de la Provincia de Buenos Aires 4.664. (1938). *Tribunales para menores*, de 11 de febrero.

Ley 12.607. (2000). *Ley de protección integral de los derechos del niño y el joven*, de 29 de diciembre.

Ley 13.298. (2005). *Ley de la promoción y protección integral de los derechos de los niños*, de 27 de enero.

Ley 13.634. (2007). *Ley de promoción y protección integral de los derechos de los niños*, de 2 de febrero.