

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA PERSONAS MENORES DE EDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ACTORES: JUECES, FISCALES Y DEFENSORES. LA «INVENCIÓN Y LA «REINVENCIÓN DE LO COTIDIANO»

Silvia Guemureman

Doctora en Ciencias Sociales

Instituto de investigaciones Gino Germani-Universidad de Buenos Aires y Conicet (Argentina)

Recepción: 25 de mayo de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 30 de mayo de 2014

RESUMEN: Este artículo tiene por objetivo reconstruir los problemas para dictar justicia expresados a través de la voz de los principales actores que animan los tribunales de menores en la Justicia Nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires: jueces de menores (jueces de menores y camaristas integrantes de los tribunales orales de menores), fiscales (de menores y que se desempeñan ante los TOM), y defensores públicos oficiales y letrados.

La constatación realizada en la investigación que finalizó con mi tesis doctoral¹ fue que las prácticas de los actores se reinventan permanentemente y la imaginación jurídica que las inspira poco tiene que ver con la dogmática y se correlaciona positivamente con los "problemas para dictar justicia" y la necesidad de dar respuestas. En aquella investigación se privilegió la mirada de los jueces en el proceso de administración de justicia penal para personas menores de edad, y la voz de otros actores como Fiscales, Defensores y Asesores se recuperó a través de las posiciones en sentencias y a través de la propia mirada de los jueces. En este artículo se pretende recuperar la voz de los actores en forma directa, a través de sus propios registros institucionales expresados en los informes que anualmente confeccionan y que son elevados por los respectivos organismos (Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa) al Congreso de la Nación.

Se pretende así componer un mapa de posiciones y valoraciones de jueces, fiscales y defensores en los últimos cinco años, focalizando en núcleos temáticos específicos, a saber: contexto de administración de justicia y delincuencia juvenil; aspectos de la gestión cotidiana en los tribunales, principales

1 Cf. "La cartografía de las prácticas judiciales en los Tribunales de menores.", 2008. Publicada en 2010, Buenos Aires, Editores Del Puerto.

problemas legales y procesales; propuestas de reformas legislativas y reforma sobre ley penal y procedimental de menores.

PALABRAS CLAVE: Justicia de menores; Magistrados; Fiscales; Defensores; Asesores; Ley penal de menores; Reforma legislativa

ABSTRACT: This article aims to reconstruct the problems to impart justice voiced through the main actors that act in juvenile courts in the National Justice System in the city of Buenos Aires: juvenile court judges (juvenile court judges and court of appeal judges members of juvenile oral courts *tribunales orales de menores – TOM*), juvenile prosecutors (who act in *TOM*) and public defenders and lawyers.

The findings arisen from the investigation that concluded with my doctoral thesis showed that the actors' practices are continuously being reinvented and the legal new thinking that inspires them has little to do with dogma and is positively correlated with the "problems to impart justice" and the need to provide a response. In that investigation, the judges' view in the process of criminal justice administration for minors was favoured, and other actors' voice like Prosecutors, Defenders and Legal Advisers was retrieved through their positions adopted in the judgments and through the judges' own views. This article aims to retrieve directly the actors' voice, through their own institutional records expressed in the reports annually produced and which are presented by the corresponding institutions (Public Prosecution Office and Public Defence Service) to the National Congress.

The aim is thus to produce a map of the positions and assessments held by judges, prosecutors and defenders during the last five years, focusing on specific core topics, to wit: administration of justice and juvenile delinquency context; aspects of the day-to-day management in courts, main legal and procedural problems, proposals for legislative reforms and reform on juvenile criminal and procedural law.

KEYWORDS: Juvenile Justice; Judges; Prosecutors; Defenders; Legal Advisers; Juvenile offenders Act; Legislative reform.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. METODOLOGÍA. 1 Acerca del Ministerio Público. 2 Algunas características de las fuentes. III. CONTEXTO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PERCEPCIÓN SOBRE DELINCUENCIA JUVENIL. IV. PRINCIPALES PROBLEMAS: COMPETENCIA AMPLIADA, LÍMITES LEGALES Y PROCESALES. 1. Problemas de competencia ampliada. 2. Art. 41 quáter del Código penal: agravamiento de penas e imposibilidad de utilizar el Juicio Abreviado. V. LOS ACTORES JUDICIALES CON PRETENSIONES LEGISLATIVAS: DEL ESTRADO DE TRIBUNALES A LAS BAMBALINAS DEL PARLAMENTO. 1 Propuestas de reformas legislativas de Fiscales, Defensores y Magistrados. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Esta presentación abreva en las conclusiones de la tesis doctoral, "*La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales de menores?*". Uno de los aspectos más relevantes que emergió de la investigación, fueron los aspectos de la administración de justicia atravesados por variables contingentes entre las cuales la "cotidianidad" y la "urgencia" ocuparon lugares destacados. Dentro de la teoría sociológica, se registran tradiciones en que sociólogos se tomaron las cuestiones de la cotidianidad en serio, y arrastrados por la lógica de las invenciones opuestas a los orígenes, también confirieron el carácter de "invención" a lo cotidiano, "esas maneras de hacer por esos practicantes de lo ordinario". Así se abrió una perspectiva de análisis para otros sociólogos, que sensibles a la etnografía y las exploraciones de tipo antropológico, durante años vieron sucumbir ante la presunción científica de la estadística, sus descubrimientos de lo cotidiano: "*las innumerables astucias de los «héroes oscuros» de lo efímero, caminantes de la ciudad, habitantes de los barrios, lectores y soñadores, pueblo oscuro de las cocinas*" (de Certeau-Girard, 1999), y porque no, como distintos actores del campo jurídico. Fue necesario que llegara Foucault, con su "insurrección de los saberes sometidos", para que aquellos *saberes soterrados*, condenados a los museos de arqueología, surgieran a la luz, y su carácter de "reinención permanente" fuera reivindicado.

No es de extrañar que en el contexto del trabajo de campo, en el devenir de la realización de entrevistas, hubieran emergido temas tan disímiles y de distintos niveles "igual que en la vidriera irrespetuosa de los cambalaches", desde temas jurídicos y específicos hasta aquellos que son dictados por los caprichos de la *cotidianidad*. La *cotidianidad* junto con la *urgencia* se erigen ellas mismas en jueces ad-hoc de la administración de justicia: se cuelan en sus intersticios, en sus márgenes se hacen escuchar, y permanentemente con implacable lógica, hacen remitir el *deber ser* a favor de la *realidad*.

La *cotidianidad* tiene los fueros de una legisladora que impone respeto, establece prioridades, arguye implacablemente, prescribe soluciones, -de urgencia, o de compromiso-, pero siempre necesarias, siempre impostergables. Dentro de la justicia de menores, que tal como ya lo han señalado a repetición los magistrados, hay tantas "lagunas", tantas cuestiones que no están prescriptas en forma instituida, tantos "baches" que ha tapado la emergencia, la costumbre o la buena voluntad, que la *cotidianidad*, siempre es una invitada de rigor, tanto que ya parece de la casa: ya no le reservan formalidades especiales para recibirla; más, bien, cómodos y de entrecasa, los jueces la escuchan atentamente y proceden en consecuencia.

Los problemas reseñados por jueces, fiscales y defensores encuentran sus modos de resolución en la distribución en torno a la norma, de allí que tal como se podrá constatar, no se detecten soluciones taxativas y unilineales. La «invención de lo cotidiano» en los tribunales es una constante, una y otra vez, la «reinención» es permanente.

2 Cf. Guemureman, Silvia: "*La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales de Menores. Los Tribunales Orales en la Ciudad de Buenos Aires*", defendida en 2008. Publicada en 2011, Buenos Aires, Editores del Puerto.

II. METODOLOGÍA

La perspectiva utilizada es analítica- descriptiva y las prácticas de los actores fueron reconstruidas desde sus propios discursos. En el caso de los Defensores Públicos Oficiales, Defensores Públicos de menores e incapaces (Asesores), y Fiscales a través de los discursos institucionales plasmados en los actos institucionales de registro.

Tanto fiscales como defensores elaboran informes anuales para el Ministerio Público -Ministerio Público Fiscal o Ministerio Público de la Defensa, según corresponda- que son elevados al Congreso de la Nación a través de sus máximos representantes, el Procurador y el Defensor General.

Los jueces formalmente se expiden a través de sus sentencias y no confeccionan informes anuales para sus superiores jerárquicos. Hemos obtenido testimonio directo de sus opiniones y percepciones a través de las entrevistas realizadas, lo que configura un discurso particular que no tiene un destinatario institucional específico³.

La heterogeneidad de los asuntos planteados nos enfrenta una vez más a los dilemas metodológicos de no tener ante nosotros fuentes comparables. Así, la voz de fiscales, jueces y defensores es recuperable en principio desde la especificidad de su nucleamiento, y solo en forma posterior y dentro de los márgenes posibles, es integrada en una lectura comparativa. La sistematización se hizo mediante la confección de una matriz comparativa en la cual se simuló un diálogo entre los distintos actores y se pretendió esbozar una lectura integrada.

1. Acerca del Ministerio Público

El Ministerio Público es una institución definida y reglada por la Constitución Nacional en su art. 120, incorporado en la reforma constitucional del año 1994 y por la Ley Nacional N° 24.946/98 denominada Ley Orgánica del Ministerio Público. El artículo 1° lo define: "El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. (...) Posee una organización jerárquica...". En el artículo 25 se establecen las funciones: "*Corresponde al Ministerio Público: a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera. c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales. d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley. e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza. f) En los que se alegue privación de justicia. g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República. h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal. i) Promover o*

3 Los jueces en las entrevistas particulares no sienten que hablan con la universidad o el Conicet como institución, sino con este o cual otro investigador o profesor singular que los va a entrevistar. En tal sentido, se configura un grado distinto de libertad que la de los Fiscales o Defensores reportando a sus superiores jerárquicos y produciendo constelaciones de posiciones en los que se expresa un espíritu de cuerpo.

intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales. k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquéllos fueren pobres o estuvieren ausentes. l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación. ll) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina".

La relación del Ministerio Público con el Poder Ejecutivo está mediada a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en tanto que la relación con el Poder Legislativo se realiza a través de una Comisión Bicameral.

El Ministerio Público es un órgano bicéfalo constituido por el Ministerio Público Fiscal, (en adelante MPF) cuya cabeza es el Procurador General⁴ y por el Ministerio Público de la Defensa, (en adelante MPD) cuya cabeza es el Defensor General⁵. El primero regula la actividad de los Fiscales, y el segundo, la de los Defensores Oficiales.

4 El Procurador General de la Nación cumple una doble función: es el Fiscal General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la vez es el jefe máximo de los Fiscales federales de todo el país y de los Fiscales nacionales, con asiento en la ciudad de Buenos Aires. Dentro de las funciones del Procurador, está la de ejercer "...la acción penal pública y las demás facultades que la ley otorga al Ministerio Público Fiscal, por sí mismo o por medio de los órganos inferiores que establezcan las leyes, así como diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal" (Artículo 33° Ley 24.946).

5 Los deberes y atribuciones están regulados por el artículo 51°: "El Defensor General de la Nación es el jefe máximo del Ministerio Público de la Defensa, y tendrá los siguientes deberes y atribuciones: a) Ejercer ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos que corresponda, las facultades del Ministerio Público de la Defensa. b) Delegar sus funciones en los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 de esta ley. c) Disponer por sí o mediante instrucciones generales o particulares, a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, la adopción de todas las medidas que sean necesarias y conducentes para el ejercicio de las funciones y atribuciones que la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos le confieran. d) Realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional. e) Promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados. (...) i) Asegurar en todas las instancias y en todos los procesos con menores incapaces la separación entre las funciones correspondientes a la defensa promiscua o conjunta del Defensor de Menores e Incapaces y la defensa técnica que, en su caso, pueda corresponder al Defensor Oficial. j) Promover el enjuiciamiento de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa de conformidad con lo dispuesto en esta ley, cuando, a su juicio, se hallaren incursos en las causales que prevé el artículo 53 de la Constitución Nacional; y solicitar el enjuiciamiento de los integrantes del Poder Judicial de la Nación —ante los órganos competentes— cuando se hallaren incursos en las conductas contempladas en el artículo citado. (...) v) Patrocinar y asistir técnicamente, en forma directa o delegada, ante los organismos internacionales que corresponda, a las personas que lo soliciten"

En la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946) los deberes y atribuciones de los Fiscales ante los Tribunales de Casación, Segunda Instancia⁶, o Instancia Única, se encuentran regulados por el artículo 37 que en su inciso h) prevé *"elevar un informe anual al Procurador General sobre la gestión del área de su competencia"*. A su vez, los artículos 39 y 40 regulan la función, deberes y atribuciones de los Fiscales que actúan ante los jueces de primera instancia⁷. El inciso d) del artículo 40° establece la obligación de los Fiscales a *"concurrir a las cárceles y otros lugares de detención, transitoria o permanente, no solo para formar conocimiento y controlar la situación de los alojados en ellos, sino para promover o aconsejar medidas tendientes a la corrección del sistema penitenciario y a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional"*.

Los deberes y atribuciones de los Defensores Públicos de menores e incapaces, los Asesores, se encuentran regulados por los artículos 54⁸ y 55, y los de los Defensores Públicos Oficiales en los artículos 60⁹ y 61.

Según la previsión normativa, se crearon cuatro Defensorías Públicas de Menores e Incapaces -las anteriormente denominadas Asesorías de Menores- cuya función específica, así lo estipula el Informe del Ministerio Público de la Defensa del año 2003- *"lo ha sido para menores en el Fuero Penal -toda vez que los mismos, hasta esa reforma, no tenían quiénes los asistieran en todo lo relativo a su formación, encausamiento, control de las resoluciones de los Magistrados en lo atinente a las medidas adoptadas a su respecto, entre otras cuestiones-. Por ello, el artículo 411 del Código de Procedimientos en Materia Penal específicamente se refiere a lo expuesto y es todo lo que, concretamente, se realiza en los expedientes de disposición tutelar"*.

Estas cuatro Defensoras actúan ante los Juzgados de Menores y ante los TOM¹⁰, en relación a adolescentes involucrados en causas penales que les son asignados por turno judicial. Cumplen la función de "representante promiscuo del menor", es decir, representan en simultaneo los intereses del menor y de la sociedad, intereses que muchas veces se

6 Entre los que se encuentran los Tribunales Orales de menores, ante los cuales actúan 3 Fiscalías (cada una con un Secretario previsto en la ley y un prosecretario añadido posteriormente, en el año 2008, como respuesta al Procurador a las demandas de los Fiscales por el desborde de trabajo.

7 Entre los que se encuentran los Juzgados Nacionales de Menores, hay 7 Fiscalías que actúan en esta instancia con competencia criminal en relación a la instrucción y competencia correccional respecto a la investigación y juzgamiento.

8 Art. 54° inc a): *Intervenir en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces, y entablar en defensa: de estas las acciones y recursos pertinente ya, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios.*

9 Art. 60°: *Los Defensores Públicos Oficiales, en las instancias y fueros en que actúen, deberán proveer lo necesario para la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes"*.

10 La competencia de estos Defensores ante los Juzgados de Menores en los casos de personas menores de 16 años se verá restringida en virtud de la Resolución DGN N°1954/08 que crea una Unidad funcional a cargo de un Defensor Ad-hoc dependiente en forma directa de la DGN, para la asistencia de menores de 16 años ante los Juzgados Nacionales de Menores. Los Defensores públicos de menores e incapaces conservan su competencia en representación de los jóvenes adultos que posean entre 16 y 18 años, además de actuar ante los 12 Juzgados Federales, los 6 Tribunales Orales en lo Criminal Federal, los 30 Tribunales Orales, a lo que se suman los Juzgados y Tribunales Orales en lo Penal Económico, los Juzgados Nacionales en lo Criminal de Instrucción y Correccionales.

encuentran contrapuestos, sobre todo en cuestiones de seguridad pública. Son parte necesaria en todo expediente de disposición tutelar que se forme respecto de un menor autor o víctima de delito conforme las leyes de menores vigentes; deben asistir bajo pena de nulidad, a los juicios orales de menores, a los acuerdos de juicios abreviados y audiencias de *probation*; elevan un informe anual al Defensor General de la Nación sobre la gestión del área bajo su competencia; ejercen la superintendencia sobre los Defensores de Menores e Incapaces ante las instancias inferiores; conforme lo dispuesto por la resolución DGN N° 1170/05 realizan visitas periódicas a Institutos y Comunidades Terapéuticas donde se alojan los adolescentes; informan a la Defensora General de la Nación sobre la situación de las instituciones que visitan (informes que son centralizados por la Comisión de Seguimiento de Tratamiento institucional de niñas, niños y adolescentes, y la Comisión de seguimiento institucional neuropsiquiátrico).

Por su parte, los Defensores Públicos Oficiales están a cargo de la defensa técnica oficial de los adolescentes imputados en un proceso penal¹¹. Según la previsión normativa, hay 3 Defensorías Públicas Oficiales que actúan ante los 7 Juzgados Nacionales de Menores, Fiscalías de primera instancia y Cámara Nacional de Apelaciones y 3 Defensorías Públicas Oficiales que actúan ante los 3 Tribunales Orales de Menores. A éstas deben añadirse los Defensores que integran la Unidad Coadyuvante creada por la Res. DGN N°471/07 con el objetivo de colaborar en las tareas de Defensa letrada y garantizar el acceso a la justicia reforzando el cuerpo de defensores y permitiendo la mayor resolución de causas¹².

Dado que el derecho a defensa constituye una garantía constitucional, el estado a través del Ministerio Público de la Defensa, dispone del cuerpo de Defensores Públicos Oficiales, constituido por abogados que patrocinan a las personas que no posean recursos para pagar un Defensor particular. Dada la selectividad del sistema penal y la población que

11 Cuando hubiera más de un imputado por causa, el Defensor técnico es el mismo, incluso cuando se trate de personas mayores y menores de edad coimputadas, excepto cuando existieran intereses encontrados. Esta situación no es poco frecuente en el fuero de menores, en que la mayoría de las causas vienen con más de un imputado. Los intereses contrapuestos son esperables, máxime desde la incorporación del artículo 41 quáter en el Código Penal que agrava las penas para los mayores de edad. Estos deben argumentar en forma contundente que ellos no "arrastraron" a los menores al delito. El modus operandi entonces es solicitar un defensor *ad-hoc* a cualquiera de los otros tribunales.

12 El texto de la Resolución es elocuente: "VISTO Y CONSIDERANDO: La situación de colapso por las que atraviesan las Defensorías Públicas Oficiales que actúan ante los Tribunales Orales de menores (...); que con el objetivo de paliar tal circunstancia, resulta proveer a la designación de funcionarios de máxima jerarquía (...) que se encuentren habilitados para actuar como defensores *ad-hoc* y *ad-honorem*" La resolución DGN N°573/09 regula el marco de intervención, mostrando el rol de reinversión permanente que juegan los funcionarios judiciales en el devenir de su propia práctica. Efectivamente, esta Resolución se origina en la presentación de dos Defensores públicos oficiales ante los TOM que solicitan que se reglamente un sistema de rotación de Defensores Oficiales en aquellos supuestos de conexidad subjetiva, presentándose casos de hecho ante los cuales los Defensores debieron tomar decisiones sobre la marcha sin un marco regulatorio, no siendo muchas veces las decisiones adoptadas de la mayor eficiencia en términos procesales. La DGN entiende que "la unificación de la representación técnica redundará en la mayor eficacia en la prestación del servicio de defensa pública", por lo que dispone la instrucción a los Defensores Públicos oficiales ante los TOM "para que formulen las articulaciones necesarias tendientes a obtener que la totalidad de los procesos seguidos ante una misma persona ante ese fuero se tramiten ante un único Tribunal, con prescindencia de la edad del justiciable al momento de la comisión del hecho" (Res. 573/09:4)

llega a los tribunales, la proporción de asistidos por los Defensores públicos, oscila según las estimaciones de los propios Defensores entre el 65 y el 98% del total de imputados.¹³

2. Algunas características de las fuentes

El modo de presentación de los informes de uno y otro organismo condiciona la recepción, construyen una interlocución diferente. En el caso de los Fiscales, ellos hablan por sí mismos, y sus demandas, reclamos, apreciaciones y valoraciones sobre la situación legislativa o judicial, sus propuestas y sugerencias se conocen a través de su propia voz, sea que utilicen el discurso reforzado de la primera persona del singular, que se diluyen en un colectivo de representación ("*llegamos así a un nuevo año*"), o que se objetiven a través de una referencia personal intransferible ("*el que suscribe*", "*a juicio del suscripto*", "*la fiscalía a mi cargo*", etc.) Aun cuando utilicen el discurso impersonal de la tercera persona, esta "impersonalización" del discurso debe leerse como la pretensión del clásico discurso jurídico argumentativo de universalizar la validez de las afirmaciones. Pardo (1992) explica las principales características de cualquier texto judicial y afirma que los textos judiciales –englobando en ellos leyes, sentencias, resoluciones, jurisprudencia– son textos en los que el poder es el verdadero artífice de su estructura formal, de donde deviene la necesidad de complejidad (oscuridad): "objetividad", uso de verbos impersonales, de deícticos, etc.¹⁴ Añade, que son textos argumentativos en los que el juez no solo apoya uno u otro lado de la balanza sino que entra en estrecha relación con la posición de los otros jueces con los que comparte su trabajo –esta característica es extrapolable a Fiscales y Defensores. Finalmente, concluye, son textos sumamente aptos para estudiar recursos y estrategias lingüísticas, para reforzar, jerarquizar, mitigar, como en cualquier otro texto que ha merecido más atención (científico, político, literario) (Pardo, 1992:98).

El discurso jurídico sería un discurso con reglas propias en el cual no hay homogeneidad ni uniformidad semántica (Vasilachis, 1992a, 205). Hablar de discurso jurídico posibilita: a) Situar discurso en relación con el lenguaje (lenguaje puesto en acción); b) renovar el estudio del derecho tradicionalmente concebido como discurso sin sujeto y transhistórico; c) suponer que los enunciados jurídicos tienen significaciones susceptibles de ser decodificadas por otros métodos diferentes de los de la interpretación jurídica; d) separar el campo de la lingüística de aquel del estudio del discurso para analizar la recurrencia de hechos de la lengua en la organización del texto jurídico.

Su modo de constitución es un proceso no continuo. Una decisión judicial tiene un proceso de composición, descomposición y recomposición en el cual intervienen otros discursos que se entrecruzan. Entre el proceso de formación y el proceso final hay una

13 Ver cuadro de Sistematización de los informes del MPD.

14 También Cf. Aini, Michele: *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Saggi Tascabili Laterza, Roma, 1997. Dice: "La ley está enferma y gravemente enferma. Esta enfermedad ha quizás puesto en crisis la relación entre las instituciones y los ciudadanos, alimentando un sentimiento de desasosiego y repulsión sobre todo lo que es público. En el capítulo VI, "La legge «oscura»", describe tres pecados capitales de la ley, la ambigüedad (Pág. 155), la irracionalidad (Pág. 160), y la incoherencia (Pág. 164).

brecha. Este proceso no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una "creación" judicial que pueda ser interpretada como decisión individual. En todo caso, la decisión refleja la relación de fuerza de los discursos en pugna.

Es el caso del discurso de los Fiscales, que aun con diferencias y matices entre ellos, expresan sin lugar a ambigüedades su preocupación por el dictado de justicia, por los problemas materiales de administración, por las lagunas jurídicas o "defectos" de las normativas que impiden optimizar el dictado de justicia conforme a principios de eficiencia, oportunidad y justicia. El cúmulo de dificultades y contingencias que configuran la realización de cualquier proceso penal, agregan factores a la ya larga lista de aquellos que impiden que la ecuación de base (causas ingresadas / causas resueltas) tienda a cero. Los fiscales no se quedan cruzados de brazos, sino más bien, todo lo contrario: se convierten en agentes activos tanto en la faz informativa-denunciativa como en la propositiva. En la faz que hemos calificado como "denunciativa" los fiscales además de exponer la situación en el fuero donde intervienen e informar a su superior jerárquico el estado de cosas, marcan aquellos aspectos que ellos entienden son deficientes desde parámetro de eficacia. Acaso no constituyen denuncias propiamente, pero sí marcas fuertes. Los señalamientos de aquello que no funciona tienen su contracara en los apartados donde Fiscales asumen un papel activo y propositivo y sistematizan -con distintos grados de rigurosidad- sus propuestas de mejoramiento y optimización para la función que deben desempeñar, incluyendo en esas propuestas una variedad de asuntos y aspectos que van desde lo legal, a lo procedimental, lo administrativo, hasta lo más cotidiano. El policromatismo es fácilmente constatable a través de los informes anuales que se presentan al Congreso de la Nación y los cuales la pretensión de legislar se pone a la orden del día. En el modo de expresión puede detectarse la "vocación de legislador" por parte de los fiscales.

En el caso de los Defensores, sus discursos son hablados, sus opiniones son levantadas y recuperadas por los encargados de sistematizar el informe del MPD, y por ende, se pierde el testimonio directo, esto es no podemos conocer la fuerza ilocucionaria de lo expresado por los defensores porque previamente sus discursos fueron tamizados por los responsables técnicos que confeccionan el informe que son los que disponen de la fuente primaria de los testimonios reportados por los Defensores. El estilo de los informes es de carácter impersonal y la peculiaridad conferida a cada Defensor está mediada. Pero además hay otra característica de los informes del MPD que los constituyen en un material de análisis netamente distinto, y es que la información relevante a los efectos de nuestro interés analítico, aparece distribuida en distintos capítulos de los informes, según se trata de reportes de la Secretaría General, de las Comisiones temáticas específicas (Comisiones de tratamiento institucional de Niños, niñas y adolescentes en que se reporta la visita a cárceles, institutos de menores y también a centros neuropsiquiátricos), en la Primera Parte del Informe. La labor desempeñada por los defensores según fuero se encuentra sistematizada en la segunda Parte. Interesó aquí el destinado al Fuero Penal de menores en que se reporta la labor de las tres defensorías públicas oficiales que intervienen ante los 7 juzgados de menores y la Cámara Nacional de de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (representando a menores y a mayores), la

Unidad funcional para la asistencia de menores de 16 años ante los Juzgados Nacionales de Menores, creada por Res. 1954/08; las tres Defensorías Públicas oficiales que actúan ante los TOM, la Unidad Coadyuvante para las Defensorías Públicas Oficiales ante los TOM y las cuatro Defensorías Públicas de Menores e incapaces que se desempeñan en todos los fueros. Asimismo, hay información relevante en el capítulo en el cual reportan los Defensores Públicos de Menores e incapaces ante el Fuero Civil y de Familia en la que aparecen reiteradas referencias a la implementación de la ley 26.061/05 y cuestiones de protección. A los efectos de este artículo nos hemos concentrado en el Fuero Penal por lo que los informes de los Defensores Públicos ante el Fuero Civil fueron dejados de lado.

También hemos encontrado información de interés en el Mensaje General de elevación al Congreso en que la Defensora General presenta un panorama de todo el periodo y enuncia hitos de interés, y sobre todo jerarquizado el lugar de la niñez, la adolescencia y los grupos vulnerables en general: "Pero la actuación de la Institución a mi cargo, supera la cuantiosa gestión procesal que llevan a cargo los defensores públicos en cada fuero e instancia, para adentrarse en el diseño y ejecución de políticas institucionales que impulsan y favorecen el acceso integral a la justicia de sectores especialmente vulnerables (...) Muchas de esas políticas encuentran su cauce en los diversos Programas y Comisiones de la Defensoría General de la Nación (...): Comisión del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes; de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico; del Migrante; para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio; de Cárceles; sobre Temáticas de Género; a las que se suman los Programas específicos: para la Aplicación de Tratados de Derechos Humanos; para la Asistencia Jurídica a Mujeres Privadas de Libertad; de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad; de Asistencia y Patrocinio Jurídico; sobre Diversidad Cultural, el Equipo de Trabajo en Centros de Acceso a la Justicia, el Programa de Resolución Alternativa de Conflictos y el Programa sobre Temáticas de Salud, Discapacidad y Adultos Mayores"¹⁵.

La faz propositiva de los Defensores aparece en una sección particular que se denomina "Análisis de las propuestas y necesidades presentadas por los Defensores Públicos con actuación en el ámbito de la Capital Federal"¹⁶ y en él se sistematizan las propuestas y demandas particulares de todos los fueros (desde el penal, el de menores, hasta el civil, familia y trabajo) por lo que se pierde la especificidad de los reclamos de los Defensores ante el fuero penal de menores¹⁷. Esta sistematización contiene una clasificación de asuntos según órdenes distintos (índole jurídica, reglamentaciones generales vinculadas con la actuación de fiscales y defensores, asuntos vinculados a capacitación, asistidos privados de libertad, recursos informáticos, bienes de uso, cuestiones edilicias, etc.). La reducción de los

15 Mensaje al Honorable Congreso de la Nación de la Señora Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez (Informe 2012: 6). En todos los informes relevados las cuestiones vinculadas a niños, niñas y adolescentes aparecen especialmente destacadas en orden a resaltar las innovaciones y nuevos programas y comisiones de tratamiento específico de diversas problemáticas.

16 Este apartado usualmente se encuentra al final de los informes por fuero y jurisdicción.

17 En algunos años, este apartado no aparece, y en otras ocasiones aparece agregado con aquellas propuestas y necesidades reportadas por los defensores del resto del país.

asuntos a la enunciación de los mismos en forma descriptiva genera la sensación de que los discursos de los defensores son menos "duros" en su interpelación que los discursos de los Fiscales. No aparece en los Defensores una vocación legislativa tan marcada, o bien la misma está subsumida en la voluntad de legislador de la figura del Defensor General (Defensora para el período¹⁸). Tal como se desprende de esta presentación, la información está dispersa y realizar una composición ha sido una tarea ardua.

III CONTEXTO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PERCEPCIÓN SOBRE DELINCUENCIA JUVENIL

La justicia de menores en el ámbito nacional tiene un déficit estructural importante: el volumen de causas que ingresan año a año es mayor al que los tribunales tal como están implementados, pueden dar curso. Un análisis de la evolución del accionar de los tribunales muestra una tendencia ascendente en la cantidad de expedientes. El volumen crecientemente ascendente de expedientes que manejan los TOM debe atribuirse a la cantidad de expedientes que año a año quedan sin resolver y se trasladan al año siguiente en calidad de "expedientes existentes". Los Fiscales tienen una mirada apocalíptica, que se condensa en este párrafo extraído de los informes anuales: *"El sistema se encuentra colapsado, estado terminal en cuanto al rendimiento mínimo, situación caótica que viene agravándose por la exorbitante cantidad de causas". "En ese contexto, lograr calidad y eficiencia institucional en la administración de justicia en cada uno de los procesos resulta utópico"*¹⁹. Los Defensores se refieren al aumento de expedientes y a la sobrecarga de tareas pero no adjetivan, sólo describen el incremento en la cantidad de asistidos²⁰, el aumento en la cantidad de causas²¹ y la doble tarea de los Defensores por ser un fuero de atracción.

Efectivamente, este es uno de los principales problemas del fuero de menores expresado en forma concordante por todos los actores, ya que impone la necesidad de posponer debates de causas más antiguas ante la necesidad imperiosa de priorizar aquellas en las que existen detenidos. También los actores coinciden en señalar la complejidad del proceso previsto por la ley 22.278/80 que prevé una primera y una segunda sentencia; el techo que supone el reglamento del Ministerio Público que regula la cantidad de audiencias

18 Durante todo el período la Defensora General de la Nación fue la Dra. Stella Maris Martínez

19 Textual, informe anual MPF 2008/Informe de la Fiscalía General ante el TOM N°3.

20 La lectura es correcta y se corresponde con los fríos registros numéricos: 737 asistidos reportados en el Informe 2009; 960 en 2010 y 1483 en 2011.

21 Esto es parcialmente cierto. Si se consultan las estadísticas judiciales, conforme al ingreso de causas, la evolución en los últimos años expresó una tendencia negativa: 1452 expedientes nuevos ingresados en 2009; 1448 en 2010; 1385 en 2011 y 1310 en 2012. Sin embargo, si consideramos el arrastre de año anterior más el reingreso, las cifras cambian y justifican la preocupación de Fiscales y Defensores: 7650 para 2009; 7861 en 2010; 8221 en 2011 y 8355 en 2012. Sobre el particular, Cf. Guemureman: "Las practicas judiciales hacia adolescentes y jóvenes en la Jurisdicción Nacional", en Guemureman (comp.) *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes. Componentes punitivos, entramados protectorios e historias de vida. Pasado, presente y futuro*. 2014 (en prensa). También producciones previas (Guemureman, 2011 y 2012).

de debate en que los Fiscales y Defensores pueden intervenir semanalmente²², etc. Debido a estos factores es que si se procede a realizar la medición comparativa según la cantidad de expedientes resueltos, vemos que la tasa de resolución se mantiene constante en tanto que aumenta la cantidad de expedientes pendientes de resolución que pasan al período siguiente.

A lo largo del período puede observarse un cambio cualitativo de las causas al ingreso: hubo más hechos graves, producto de una mayor violencia o bien mayor empleo de armas y causas que fueron elevadas a juicio en virtud de cambios legislativos²³.

Sobre este aspecto es interesante transcribir algunas caracterizaciones que realizan los actores. Sobre la delincuencia, todos coinciden en marcar un ranking delictual encabezado por los delitos contra la propiedad: hurtos agravados, robos simples, robos agravados sin armas, robos con armas, y luego siguen títulos con menor peso específico. A esta caracterización, las Asesoras añaden preocupación por las causas vinculadas a delitos contra la integridad sexual, y en 2012 ya reportan casos de Trata de personas que se expresan en denuncias por sustracción de niños, preocupación que también reportan los Defensores de la Unidad funcional para asistencia de menores no punibles.

Los Fiscales consensúan en la caracterización de la situación: *"incremento de hechos delictivos cometidos con mayor violencia, con utilización de armas de fuego y homicidios agravados, provocando gran conmoción en la población a raíz de la inseguridad en la que vive"; "Aumento imparable"; "Gravedad de delitos"; "modalidades sofisticadas que forman voluminosas causas"*. Los Defensores no se quedan atrás en la caracterización. Así, describen el contexto como de: *"Aumento de conflictos sociales, económicos, sociales y culturales que redundan en perjuicio del menor de edad. Deterioro o destrucción del núcleo familiar incide en la desviación"*, y trazan este escenario: *"Precocidad en la formación de bandas, multiplicidad de antecedentes, reiteración en la comisión de delitos y presencia cada vez más frecuente de personas menores de edad. Causas cada vez más complejas por la presencia de armas (tenencia y portación) y por el aumento de la violencia que se traduce en mayor cantidad de robos en poblado y en banda y robo con armas. Aumento en delitos contra la integridad sexual"* (connotado a partir de 2011).

Aun funcionamiento a pleno, los tribunales tienen una capacidad acotada de resolución de causas, y esto "encorseta" a la justicia en un nivel de resolución que deja anualmente un saldo creciente de causas sin resolver. La cantidad de audiencias que pueden realizarse

22 Estos factores incidieron en que la tasa de resolución se hubiera estabilizado en un promedio de a lo sumo tres audiencias por semana. La DGN tomó medidas al respecto, disponiendo la designación de Defensores oficiales *ad-hoc* (Res. DGN 0471/07) y reasignando profesionales para la atención de personas menores o mayores de edad con causas en trámite en los TOM (Res. DGN 0773/09). Aún así, en los últimos años, la cantidad de expedientes resueltos no aumentó y si disminuyó la brecha, fue porque se desde la primera instancia se elevaron menor cantidad de causas.

23 Lo que en los juzgados de menores se registra como "elevados a juicio", categoría que sufre un aumento considerable en el período analizado, es lo que se traslada como mayor cantidad de causas a la instancia del TOM. Hay una correspondencia entre la serie de "elevados a juicio de los Juzgados de Menores" y los "iniciados en los TOM". Y aun debe tenerse en cuenta que si la cantidad de causas que se elevan a los TOM no es más alta, se debe a que los proyectos de ley que prevén la baja en la edad de imputabilidad no han prosperado. De haberse producido esta modificación legislativa, seguramente habría mucha mayor compresión en los TOM, porque una infinidad de causas que terminan en archivos o sobreseimiento por inimputabilidad, se elevarían para ser juzgadas.

semanalmente según el reglamento, la disposición de salas de audiencia, la disponibilidad de Defensores letrados oficiales, Fiscales y Asesor Público constituyen una limitación importante. La materia delictiva que constituye el sustrato de intervención de los actores impone otros condicionamientos, ya que las causas según los topes que prevean en caso de acreditar sanción, impiden que procedimientos como *probation* y juicio abreviado, que agilizarían el dictado de justicia sean puestos en práctica. Por eso, todos los actores solicitan la ampliación de los límites del art. 431 bis del código de procedimientos para que pueda abarcar a mayor cantidad de delitos, y concursos y que pueda ser ampliado en su extensión²⁴. Además, solicitan que se revise el último párrafo para permitir que se pueda celebrar igual un Juicio Abreviado (JA) si hubiera algún rebelde y no todos prestaran conformidad²⁵. También Fiscales, jueces y Defensores expresan preocupación por algunas reformas penales de los últimos años (Art. 41 quáter del Código Penal) que complicaron la resolución de causas en las que están imputados mayores y menores. La competencia ampliada de los juzgados de menores supone una gran sobrecarga para jueces, defensores y fiscales que tienen que gestionar las causas atendiendo a especificidades muy distintas (penas privativas de libertad y cómputos por unificación de condenas en caso de adultos; declaración de responsabilidad penal y supervisión de tratamiento tutelar en caso de menores, etc.). La peculiaridad del régimen penal de la minoridad, vigente y resistente a su modificación y adecuación a las prerrogativas de la CIDN, supone una doble vuelta para las personas menores de edad que cometen delitos (una primera sentencia de responsabilidad penal, y una segunda sentencia de imposición o exención de pena a expensas de los resultados del tratamiento tutelar). El cambio en la mayoría de edad penal en 2009 por ley 26579 acortó los tiempos para el dictado de la segunda sentencia, "*volviendo los requisitos del año de tratamiento tutelar previsto en el artículo 4° de la ley 22.278 de cumplimiento imposible*" y esta dificultad es puesta de manifiesto por todos los actores.

Cada uno de los actores evalúa desde su perspectiva estos tópicos. A continuación, nos detendremos en algunos tópicos específicos que hemos seleccionado entre aquellos que concitan mayor cantidad de posicionamientos, a los efectos de incorporar la mirada de los jueces.

IV PRINCIPALES PROBLEMAS: COMPETENCIA AMPLIADA, LÍMITES LEGALES Y PROCESALES

1 Problemas de competencia ampliada

Entre los problemas que todos los actores evocan como una de las dificultades máximas en el ejercicio de su función, es la competencia ampliada que detentan los juzgados nacionales de menores con asiento en la Ciudad de Buenos Aires. Tanto los magistrados, como

24 Con anterioridad a la reforma establecida por la ley 25882/04, el robo con arma tenía pena de 5 años y se podía utilizar el JA para resolver esas causas.

25 Así se implementa en la Provincia de Buenos Aires y en otras jurisdicciones del país.

los Fiscales y Defensores perciben esta particularidad del fuero como uno de los principales problemas que enfrentan ya que no puedan dar abasto con el nivel deseable de resolución de causas. En el caso de los magistrados, el conflicto derivado de atender mayores, aparece espontáneamente cuando los jueces son interrogados acerca de las competencias de sus juzgados. Las quejas oscilan en órdenes diversos, que van desde la falta de racionalidad del sistema, en tanto sobrecarga a un fuero y "libera" a otro, a argumentos de la índole de la especificidad del fuero minoril y la población que debe atenderse, a los de carácter procesal de mayor impacto, cual es el hecho de que "finalmente los mayores, marcan el paso", y la confección de la agenda de audiencias de debate regido por los tiempos procesales de los mayores y no por un orden distributivo en el dictado de justicia.

La ley 24.050 en su redacción inicial preveía que los menores fueran juzgados por juzgados de mayores, ante lo cual algunos magistrados manifestaron preocupación, tal como lo demuestra este testimonio:

J2: "(...) incluso me acuerdo que tuvimos algunas charlas en el Senado, porque nosotros ... este artículo 24 es un artículo que me acuerdo que pedimos nosotros que modificaran al principio porque lleva menores y mayores a mayores, o sea ... nos trajeron más trabajo pero nos parecía que era nuestro trabajo. (...) A diferencia de la provincia de Buenos Aires, que se juzga el mismo hecho en dos tribunales, acá es una especie de fuero de atracción: todas las causas en las que resulta involucrado un menor como autor o partícipe de un delito, en el caso del Tribunal Oral con penas superiores a tres años de tres años o más de mínimo, eh ...resultan atraídas por el Tribunal de Menores; le voy a decir, con la salvedad de que, contrariamente a lo que yo opino, y lo he dicho muchas veces, causas federales y penal-económico las tramitan allá, con lo cual, en mi opinión no se respeta la existencia de un fuero especializado.

Este juez estuvo a favor de la Reforma legislativa que se concretó con la ley 24.170 (Boletín oficial 30/10/92), en la que incluso se estipula que los tribunales orales federales con asiento en las provincias absorban menores, pero como los TOM al ser juzgados nacionales tienen competencia federal, también pudieron por especialidad entender en cuestiones federales, encontrando solo un límite en sus facultades en los casos en que los hechos se produjeran fuera del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Al igual que otros magistrados, confiesa su "mala conciencia" por haber sido partícipe de la demanda de la modificación legislativa que dio origen al conflicto (ley 24.170). Así señala: "Se produjo un efecto "boomerang" y aquello que era legítimo por especificidad y por materia, engendró el monstruo de varias cabezas, encarnado en que por una causa donde hay un menor involucrado, tenemos que vérnoslas con 10 o 12 mayores".

Este juez expresa la posición proclive a ponderar la especialidad por sobre la competencia, lo que le lleva a absorber toda causa en que haya involucrada una persona menor de edad, así venga acompañada de varios mayores. Así, podrían crecer exponencialmente las causas que llegan a los TOM. Hubo otros magistrados que acompañaron la movida "pro-menores", y así lo relata otro juez camarista que marcó su posición de defensa a la redacción original del artículo 24º, y se mostró contrario a la ampliación de competencia del fuero a partir de la especialidad.

J14: Bueno, Miguel²⁶ es uno de los culpables, quería mayores y menores. Porque es más entretenido, con toda seguridad. Y sobre todo si ni siquiera hay juicio de responsabilidad. Ojo que hay gente que dice, el artículo 24 de la 24050 original, hasta podría ir en contra de la Convención, porque no lo está juzgando, entre comillas, un tribunal de menores. Ahí se podría contestar que habría que dilucidar si en el fondo la declaración de responsabilidad es un propio juzgamiento.

La colisión con la CDN aparece en varias oportunidades, pero antes de adentrarnos en esta controversia, conviene exponer por boca de los propios magistrados, un estado "objetivo de situación". De este fragmento, igual vale la pena tener presente la última frase, acerca de "*que habría que dilucidar si en el fondo la declaración de responsabilidad es un propio juzgamiento*". Elucidar esta cuestión va a ser fundamental para destrabar el tratamiento de las causas mixtas, en las que aparecen involucrados "menores" y "mayores", causas que según los jueces, oscilan entre el 80 y el 90% de las causas que llegan a los tribunales, y que es raro encontrar causas en que las personas menores de edad lleguen solas, y en los casos en que sí, son causas de menor gravedad "*alguna causita*". Si se acierta a pensar que la declaración de responsabilidad penal en sí constituye un juzgamiento –aunque no exija el cumplimiento de la condena, sino que supedita ésta a los resultados del tratamiento tutelar–, la alternativa de dejar la instrucción en los Tribunales orales criminales de mayores deviene posible, ya que, respetando los procedimientos y atendiendo a las garantías de debido proceso y defensa, no cabría la especulación sobre juzgamientos disímiles respecto a los TOM. La intervención de los TOC (Tribunales Orales Criminales) en caso de las personas menores de edad cesaría al momento del dictado de la primera sentencia en la cual se juzga "hecho y prueba" y una vez pronunciada ésta, entraría en escena el tribunal de menores que cumpliría con la especificidad de su función al realizar el seguimiento del tratamiento tutelar y evaluar los aspectos que podrían más adelante dar lugar al pronunciamiento definitivo de absolución, condena o condena con reducción.

Si en cambio, no se considera asimilable la declaración de responsabilidad penal a un juzgamiento, y se lo inscribe como un acción jurídica de naturaleza distinta, se encuentran obstáculos para pensar que los TOC sean la instancia adecuada para la primera instancia, y se encuentran argumentos que abonen la legitimidad de los TOM para ocuparse de todos los involucrados, aun con la sobrecarga que esto trae aparejado.

Es interesante porque los argumentos de tipo jurídico y de tipo procesal, se mezclan con evoluciones más pragmáticas en términos de administración real de justicia, y así se producen curiosos encuentros de posiciones híbridas que quedan a medio camino entre lo tutelar y lo garantista.

Se toman fragmentos representativos, que condensa opiniones que aparecieron en forma reiterada:

J1: "Al tener la competencia de menores y mayores vos tenes bandas que cometieron 14 hechos y capaz que hay un menor ahí metido que estaba en la puerta de campana y tenés otros monos de 35 años, que cometen homicidio. Por eso yo digo en broma que **somos especialistas**

26 Hace referencia a otro de los jueces, en su momento promotor del cambio normativo.

en mayores y menores. Tenemos todas las causas "acolladas" que tiene el mayor, es un drama y eso te lleva mucho tiempo y después tenés que hacer los cómputos. Después otro problema que tenemos, que por eso también se nos acumula es que suponete que al menor que vos lo declaraste responsable, sale en libertad y comete otro delito ya como mayor, interviene un tribunal de mayores lo condenan a un año de prisión y nosotros todavía lo seguimos tutelando. Entonces cuando llega el momento de nosotros dictar sentencia y lo condenamos hay que hacer la pena única con el otro, pedir el computo de pena, hacer el computo de detención de lo que estuvo acá y allá, entonces todo el trabajo lo tenemos nosotros porque como nosotros no terminamos la causa, cosa que en los tribunales orales de mayores no pasa".

Añade gravedad al asunto el hecho de que porcentualmente sea tan significativa la participación de los mayores en los hechos, según las estimaciones de los jueces, un 80% de las causas, y solo un 10% de causas exclusivamente con menores involucrados.

Uno de los magistrados, expresa con claridad meridiana:

J13: Esto lleva a convertir un tribunal que, en los términos de la doctrina nacional, de la doctrina internacional, tiende a ser muy específico, en el tratamiento de las conductas desajustadas de jóvenes y niños, en un tribunal mixto de mayores y de menores, con menoscabo de ambos. Del menor, porque en rigor, en un tribunal penal o en un juzgado penal siempre debe contemplarse primeramente la situación de la persona privada de su libertad detenida. Esto es, mayores de edad, porque las detenciones y las prisiones preventivas no son plausibles de ser aplicadas a menores de edad. Por lo tanto, tenemos en la primera línea a los mayores de edad. Lamentablemente en un segundo plano, atender a las gravísimas y complejas situaciones que plantean los chicos y sus familias, que, por decirlo de alguna manera, perturban la natural, o la esencia de estos tribunales, que fueron creados justamente para atender a los sujetos en esta franja etárea, a los considerados menores de edad. Este es un primer problema muy serio, muy complicado de resolver.

Y consustanciados con los problemas que implica atender mayores, con las exigencias de los tiempos procesales, coinciden los jueces que se tiene que dar prioridad en la fijación de audiencias a las causas donde hay detenidos:

J14: ...Yo tengo 47 –detenidos–, no son todos, porque hay muchos que ya están condenados, pero todavía están a disposición nuestra, porque han recurrido la sentencia. Yo tengo 47, entonces acá tengo la fecha de detención y en base a la fecha de detención voy fijando los juicios, yo tengo los juicios, los vamos fijando, pero resulta que el menor, porque se porta bien en el instituto o porque lleva mucho tiempo en el instituto, el instituto aconseja un egreso o una licencia relativamente prolongada, le da una licencia, se va a la casa, a veces hay chicos que no viven en medios muy apropiados, es decir en barrios de emergencia, donde lo cita al chico, que no viene, a la tercera vez, cita a la madre, y le dice: "no, hace como un mes que se fue de casa, no sabemos dónde está". Yo tengo un expediente con un detenido, o uno o dos o tres o lo que sea y un chico prófugo, y entonces termino juzgando al mayor, porque me está corriendo el plazo de la ley por los dos años de la prisión preventiva del mayor y no lo juzgo al menor, porque no lo tengo, hasta que no se avive, hay una orden de captura, tiene una rebeldía.

Esto marca una paradoja de la justicia de menores²⁷, que la persona menor de edad sea privada de justicia, y que sea el plazo procesal que fije el orden de prioridad en las audiencias²⁸.

J 12-2: porque se le tiene que dar prioridad obviamente a las causas que tienen personas privadas de libertad. Porque dentro de las opciones que tenemos, cuando uno está acá y tiene esta cantidad de trabajo, dice, "ojo, de lo único que tenemos que preocuparnos es en manejar y mover son las causas de personas privadas de libertad." De la misma manera, cuando yo llegué les dije a los chicos, ustedes que están trabajando más pretenden darles prioridades. Claro, el problema es que, si bien obviamente las causas que más se mueven, y las que son prioridad para el despacho, son las causas con detenidos, muchos pedidos de certificación, mucho movimiento, que tiene que ver con las causas de personas no privadas de libertad, que necesariamente también se mueven. (...)"

La dimensión de lo cotidiano, es insoslayable, la atención de mayores, involucra una serie de tareas añadidas, de no pueden dejar de ser visualizadas como un plus de trabajo para los jueces, que los *"apabulla y los vuelve locos"*. Este fragmento quizás sea el más gráfico:

J13: lo que pasa que nos están apabullando los problemas de mayores, los problemas de mayores te vuelven loco. Hay uno que tiene el hermano en Olmos, él está en Ezeiza, entonces quiere ir a ver al hermano a Olmos. El otro se tragó la cucharita, el otro tiene Sida, el otro quiere tener relaciones íntimas y no se la dan....

Los Defensores reportan situaciones fácticas que constatan en las visitas a las unidades carcelarias: las condiciones de detención en las unidades carcelarias suelen ser

27 En la teoría sociológica clásica, Merton fue muy lúcido al desarrollar dentro del funcionalismo la tensión entre las estructuras manifiestas y latentes. Entre las explicaciones pergeñadas, confirió entidad a las ideas de "imbricación" e "ironía". En su brillante estudio sobre "Estructura social y anomia", al desarrollar la tipología de adaptación social de los individuos a la sociedad y conjugar los móviles de "metas socialmente prescriptas" y "medios socialmente legítimos para alcanzarlas", llegó a la conclusión que la desviación, y la adaptación desviada estaban ínsitas en la propia meta del *"american way of life"* en un contexto en que la distribución de oportunidades era desigual, del mismo modo que el acceso a los medios legítimos. Así dijo, que *"una virtud cardinal como el progreso, promueva un vicio, como la desviación es todo un ejemplo de ironía"*. (al respecto CF. *Teoría y Estructura social*, FCE, 1ª edición 1938). Luego, David Matza el *El proceso de desviación* recupera en el interaccionismo simbólico y en especial en E. Goffman, otro ejemplo de ironía: *"Que lo conviertan a uno en paciente, siendo que luego se le pueden prestar tan pocos servicios!"* (*Internados*, Amorroutu Editores, Argentina, 1988 (1ª edición, en el original, *Asylums*, 1961). En nuestro ejemplo, la explicación de ironía deviene sencilla de aplicar sobre todo si pensamos la creación del fuero de menores como fuero con especificidad destinado a "salvar", a "corregir" a las personas socialmente más desfavorecidas y menores de edad, se termina transformando en un juzgado que antepone los intereses de aquellos que no son sus destinatarios naturales, y se transforma en un "fuero especializado inespecífico" o en las propias palabras de uno de los jueces *"Esto lleva a convertir un tribunal que, en los términos de la doctrina nacional, de la doctrina internacional, tiende a ser muy específico, en el tratamiento de las conductas desajustadas de jóvenes y niños, en un tribunal mixto de mayores y de menores, con menoscabo de ambos"* (J13-2)

28 Este aspecto lo marcan también los Fiscales que son partidarios de la competencia exclusiva: *"dando intervención a los TOC para el enjuiciamiento de mayores que codelinquen con menores, situación que es la vigente en el resto de nuestro país. Ello redundará en una mayor dedicación al estudio de la situación de los menores sometidos a juicio, permitiendo mayor celeridad en la celebración de los debates, descomprimiendo la actual saturación de los TOM y a su vez logrando una mayor concentración e inmediatez en el seguimiento de su evolución y recuperación"*. Los Defensores, en cambio, marcan los problemas cotidianos de gestión de justicia atendiendo a población de mayores y menores pero no se pronuncian en forma taxativa por una modificación legislativa sobre el particular.

de gran precariedad, no asignándoles a los detenidos ni colchones ni mantas por lo que los Defensores deben realizar tramites *ad-hoc* para su suministro. También, connotan la particular situación constituida por madres alojadas con hijos pequeños, para lo cual los defensores solicitan el beneficio de la prisión domiciliaria con disímil grado de éxito. También aducen que reciben muchas solicitudes de cambios de pabellón y/o unidad carcelaria, y que el control de cómputos de tiempos de detención les insume un valioso tiempo. También plantean cuestiones relevantes sobre el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad que no está cubierto por los jueces de ejecución penal. Hay coincidencia en señalar que en el juzgado de menores se reproducen un cúmulo de situaciones que configuran la cotidianidad de cualquier juzgado criminal, desvirtuando su esencia y especificidad.

2. Art. 41 quáter del Código penal: agravamiento de penas e imposibilidad de utilizar el Juicio Abreviado

La introducción del artículo 41º quáter, incorporado al Código penal por la ley 25.767 (B.O. 01/09/03), produjo cambios en la administración de justicia de menores.

Establece un plus de pena para el mayor que hubiera participado en delitos junto a menores de edad. El debate en la cámara de senadores fue intenso, -en diputados se había aprobado por unanimidad- y una vez aceptada su redacción, quedaba la cuestión no menor de ubicar lo estipulado dentro del Código. El art. 41 quáter fija que *"Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo"*.

La norma se refiere a *"la intervención de un menor de 18 años de edad"*, es decir, a la comisión de un delito con la participación de un sujeto menor de edad. El C.P. regula la *participación* en el Título VII del Libro Primero²⁹. Para los efectos de este artículo debe ser interpretada en sentido amplio, entendiendo a la participación como una pluralidad de personas que toma parte en un delito. Para ello se requiere que: a) el hecho delictivo sea cometido mediante la actividad deliberada y consciente de dos o más personas; b) que el hecho principal debe haber ingresado en la faz punible para que surja la accesoriadad de la participación.

En cuanto a la expresión *"mayores que hubieren participado en el mismo"*, no existe acuerdo en la jurisprudencia. Algunos entienden que debe tomarse la mayoría de edad regulada por el Cód. Civil (21 años). Otros entienden que debe tomarse como mayoría de edad los 18 años³⁰. Esta última postura se fundamenta en los antecedentes legislativos y en la propia agravante, ya que el término *mayores* se halla en referencia directa a la edad del

29 Al respecto, cf. Spatarí-Daroqui-Guemureman-Jorolinsky: "La "reforma del espanto y del clamor público" o cómo profundizar la tensión entre sistema penal y derechos humanos", comunicación presentada en el XVI ALAS, Guadalajara, México, agosto 2007, disponible en http://observatoriojovenes.com.ar/files/lareformadelespanto.pdf?utm_source=mailpress&utm_medium=email_link&utm_content=observatorio__303&utm_campaign=2014-04-12T17:14:25+00:00

30 Este conflicto de baja intensidad se resolvió con la promulgación de la ley 26.579/09 que fijó la mayoría de edad civil en los 18 años.

sujeto con el cual interviene y por lo cual se agrava la pena.

En el plano de la administración de justicia, los magistrados se encontraron con nuevos problemas, ya que muchos juicios que se celebraban en virtud de juicio abreviado, dejaron de realizarse por el agravante que significa este artículo para los mayores de edad. Además, los jueces tienen otro tipo de cuestionamientos y desmienten que sean los mayores los "que arrastran a los menores a la comisión de actos ilícitos".

La primera referencia al artículo 41º quáter aparece en contexto una pregunta vinculada a la percepción de los cambios legislativos, el aumento de las causas penales y su incidencia en los tribunales de menores, sea por cantidad, o sea por tipos delictuales, y el juez escoge el artículo 41º quáter para ejemplificar.

J13: Sí, y con cuestiones sumamente complejas para nosotros, porque con una sola norma, el artículo 41 quáter del código penal, que lleva a aumentar las penas en un tercio a aquellos mayores de edad... Estoy hablando de la franja de 18 a 21, que son menores para la ley civil, pero para la ley penal son mayores. Y que van a tener un tercio más de sanción respecto de sus amigos, que tienen 17. Un disparate que carece absolutamente de sentido, y que ha llevado, por lo menos en este tribunal, a negar sistemáticamente la aplicación del 41 quáter. Porque el legislador supuso que en Argentina los mayores de edad llevaban a los chicos para que cometieran el delito mientras ellos se quedaban a resguardo, y no es así. Eso es el desconocimiento total y absoluto de la realidad.

Lo interesante del párrafo anterior, es que en una sola intervención, el juez abre varios temas: el imaginario errado del legislador, al suponer que son los mayores los que llevan a los menores a cometer delitos, la distorsión que genera en la administración de justicia la aplicación de una condena desigual para mayores y menores por idéntico delito, la cuestión de las edades –cuya mención no es trivial porque remite a las dos tesis bajo las cuales es susceptible de interpretar el 41º quáter, explicita la posición el tribunal sobre esa disposición, y pone de manifiesto el desconocimiento del legislador sobre la realidad sobre la cual, paradójicamente, legisla.

El resto de las intervenciones que hacen alusión al 41º quáter pivotean entre estos mismos aspectos, la referencia a la tesis en pugna, y focalizan proporcionando ejemplos que muestran lo absurdo de la modificación a los efectos del dictado de justicia:

J13: Los jóvenes ya están bastante complicados como para ser ellos mismos, sin necesidad de que sean impulsados por nadie, para llevar a cabo una conducta desajustada. Pero no es a través de la sanción, o el aumento de la sanción al mayor de edad que vamos a solucionar esta conducta. Esto es una locura. Ayer mismo hablaba con un letrado que tiene a un muchacho detenido, que tiene 21 años, en un supuesto donde los chicos tienen más antecedentes, los dos mayores no tienen ningún antecedente. Cometen un delito en un locutorio... En cierta manera, me lo dijo el abogado, con toda sinceridad, "éstos se están comiendo el 41 quáter. Y están detenidos, hace ya 8 ó 10 meses".

El cambio en la mayoría de edad civil resolvió el problema de cuál es la edad a partir de que el 41 quáter es aplicable, lo que no resolvió es la legitimidad de su aplicación. Sobre este aspecto persiste la disparidad de criterio entre las Salas, y la inexistencia de un Plenario,

que es un acuerdo que hace la Cámara de Casación para dirimir un tema objeto de polémica y de fallos divididos.

J14: (...) si uno va a la discusión de la ley, del 41 quáter, ahí lo que se hablaba, era que si se utilizaba al menor en beneficio propio, porque muchas veces yo estoy en una esquina somos 4 o 5, somos todos de 18, 19 años, uno de 23 y uno de 17, ven venir un viejito con una bolsa, entonces dicen vamos a sacarle, a afanarle la bolsa al viejo, a ver, cada uno con su documento de identidad, vos no porque vos sos de 17, no se dice nunca. A veces es el de 17 el que lleva al salame de 18, 19, porque hay muy poca diferencia, muy poco rango a esta edad, entonces no se puede ser tan... Bueno ahí tenemos unos problemas con el 41 quáter entonces van todos a Cámara, porque el fiscal quiere la aplicación del 41 quáter para todos y entonces van todos a Casación y en Casación están peleados, porque hay Salas que nos han dicho que es para arriba de 21, otros que nos dicen que es en base al aprovechamiento que no está demostrado y otros que habiendo intervenido y teniendo más de 18 se aplica, la Sala 1 es así.

ENT14: SI HAY ESA CONTROVERSIA ENTRE LAS SALAS DEBERÍAN HACER UN ACUERDO, UN PLENARIO.

J14: - Un plenario y dejarse de embromar, y decir, bueno después vamos a ver si lo aplicamos.

Con ironía, el juez refiere conflictos de intereses: el Fiscal apela siempre porque tiene una posición tomada³¹, y entonces recurre a Casación, y en la Cámara de Casación, no hay una posición unánime, entonces de acuerdo a la Sala en que caiga, consideran aplicable o no el 41 quáter³². Es interesante por la dinámica de los conflictos, en que se imponen desde afuera a través de temas de agenda política criminal -este es clarísimo- y allí se suscitan los conflictos. Este podría llegar a zanjarse o bien con una resolución del Procurador que instruya a los Fiscales en un determinado sentido³³, o bien con un Plenario de Casación, que aunque no sea obligatorio, (*"después vamos a ver si lo aplicamos"*), ordene un poco la cuestión.

31 La lectura en espejo, leyendo los informes del MPF, dan cuenta que el Fiscal hace referencia a la disparidad de criterios entre la Fiscalía (N°1) y el Tribunal (TOM 1), produciéndose una suerte de complementariedad rígida que exige la intervención de la Cámara de Casación produciendo situaciones típicas con finales contingentes: "puede resultar que prospere la petición del Fiscal, o puede que prospere la posición del Tribunal", por eso, todos piden que haya un acuerdo plenario de la Cámara de Casación.

32 Los fiscales connotan las dificultades que acarrea el 41 quáter en su labor cotidiana; no obstante no expresan un desacuerdo taxativo con su aplicación ni con la filosofía del 41 quáter. En cambio los Defensores connotan que implica una desigualdad ante la ley.

33 No se ha producido ningún pronunciamiento en este sentido, y si en cambio, es referencia habitual por parte de los tres fiscales ante los TOM (Dr. Mariano Farga, Dr. Chavez Paz y Dr. Paola Derqui) la queja por la sobrecarga de trabajo que ha originado la introducción del artículo 41º quáter *"que ha convertido en no excarcelables para los mayores de 18 años de edad delitos tales como los previstos y reprimidos por el art. 167 del Código Penal que constituyen estadísticamente un gran número de los que se sustancian en dichos estrados lo cual ha contribuido a agravar aun más el complejo tráfico judicial, por los múltiples planteos formulados por mayores detenidos y menores internados que deben afrontarse. Ello se traduce también en la necesidad de posponer la sustanciación de debates de causas más antiguas ante la necesidad imperiosa de priorizar aquellas en las que existen detenidos a pesar de que sean de iniciación más reciente.*

A ello debemos sumar que se ha producido una importante disminución en la posibilidad de celebrar juicio abreviados atento el exiguo techo de seis años de prisión impuesto por el art. 431 bis del Código adjetivo como consecuencia de la agravación de las penas para los mayores que delinquen con menores (art. 41 quáter) y en los delitos de robo con armas de fuego (art. 166 inc. 2º del Código Penal)". Cf. Informe Anual del MPF – Año 2006 y ss. 2007-2012 /Informe de

Uno de los problemas que ha traído aparejado el art. 41º quáter es la restricción que implica para la realización de juicios abreviados, toda vez que al elevar las penas en un tercio del mínimo y el máximo, vuelve inaplicable el instituto de Juicio Abreviado, justamente para los delitos que constituyen la mayor proporción de los delitos que llegan a los juzgados de menores³⁴.

V. LOS ACTORES JUDICIALES CON PRETENSIONES LEGISLATIVAS: DEL ESTRADO DE TRIBUNALES A LAS BAMBALINAS DEL PARLAMENTO.

En el artículo 33 inciso J) y en el artículo 51 inciso K), se inscriben, respectivamente, el deber del Procurador y del Defensor General de *"elevar al Poder Legislativo, por medio de la Comisión Bicameral, la opinión del Ministerio Público Fiscal acerca de la conveniencia de determinadas; reformas legislativas y al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, si se trata de reformas reglamentarias"*. En ese marco, año tras año las demandas de reformas legislativas de Fiscales y Defensores son receptadas.

Fiscales, jueces y defensores son en términos de Bourdieu agentes jurídicos que actúan en el campo jurídico, que como todo campo, es una arena de disputas. El común denominador de estos agentes es que se corresponden con el bando de los "prácticos", opuestos a los "teóricos"³⁵, es decir, son quienes confrontan la significación de la ley en sus efectos a través de la aplicación a los casos singulares. No obstante la posesión de especies diferentes de capital jurídico, prevalece la complementariedad de funciones dinámica y en ejercicio permanente. Dice Bourdieu (2000:180): *"Es evidente que a través de su práctica, que les enfrenta a la gestión de conflictos y con una demanda jurídica renovada sin cesar, los magistrados tienen a asegurar la función de adaptación a los real en un sistema que, dejado únicamente a los profesores (a los teóricos), correría el riesgo de encerrarse en un rigorismo racional: a través de la libertad más o menos grande de apreciación que les permite la aplicación de las reglas, introducen los cambios e innovaciones indispensables para la*

los Fiscales con Asiento en la Ciudad de Buenos Aires. A. En materia penal. AF. Informe del Fiscal General ante el TOM N°1, Dr. Ricardo Farga. Los argumentos se replican en los informes de los otros dos Fiscales Generales ante los TOM. Este aspecto no se ha corregido.

- 34 Nótese que en los informes de los Fiscales, el cuestionamiento al 41º quáter obedece a esta restricción, y no a la discusión más conceptual acerca de una tesis restringida o amplia respecto a la edad. El problema que tienen los Fiscales es qué hacer con la gran cantidad de causas que ya no pueden resolver mediante el Juicio Abreviado. Coherente con esa preocupación, en el apartado III del *Informe del MPF, de Propuesta de cambio o modificación normativa*, los Fiscales, afirman, en forma unánime que *"Resulta imperioso que el art. 431 bis del Código de Rito pueda ser ampliado en su extensión para que pueda abarcar mayor cantidad de casos entendiendo por ello que el límite de hasta seis años de pena debe ser llevado a un margen superior para que resulte posible celebrar acuerdos en delitos más graves o en casos en los cuáles el concurso de delitos haga que la pena posible a aplicar resulte superior a la de los límites actuales"*. Esta recomendación también la hacen los Fiscales Generales ante Tribunales de mayores. Esta es una de las consecuencias más tangibles de las reformas al Código penal y la inflación de las escalas penales de los últimos años.
- 35 Bourdieu, P. (2000) caracteriza a los intérpretes autorizados del derecho, y opone a los teóricos (dentro de éstos a los profesores y a los juristas) con los prácticos (magistrados). Son los magistrados los que llevan a cabo los actos de jurisprudencia y por ese camino pueden llegar a contribuir a la construcción jurídica. Conforme a esta definición, nosotros hemos extendido el alcance del bando de los prácticos a fiscales y defensores.

supervivencia". Es en esta clave que deben inteligirse las propuestas de los actores judiciales en tanto agentes del campo jurídico.

1. Propuestas de reformas legislativas de Fiscales, Defensores y Magistrados

Las propuestas de reformas legislativas formuladas por los Fiscales en los sucesivos informes, pueden sintetizarse en:

1. Principios de oportunidad y disponibilidad de la acción: Coinciden en que debe legislarse ya que estos institutos permitirían acelerar el desarrollo de los procesos. También debe legislarse sobre el principio de insignificancia sustituyéndose penas por alguna multa o trabajo comunitario. Hay una propuesta de la Fiscalía General de Política criminal en tal sentido para remisión de casos que no revistan gravedad.
2. Ampliación de los límites del Art. 431 bis del código de procedimientos: El reclamo general es que pueda abarcar a mayor cantidad de delitos, y concursos y que pueda ser ampliado en su extensión. Además, se revisa último párrafo para permitir que se pueda celebrar igual un JA si hubiera algún rebelde y no todos prestaran conformidad.
3. Artículo 4º ley 22.278: Hasta tanto se modifique la ley, los Fiscales solicitan que al menos haya una reforma legislativa para modificar nominalmente la cuestión de nominar como "eximición o perdón judicial de la pena" en vez de "absolución", evitando confusiones al respecto.
4. Ampliación legislativa de la viabilidad de aplicación del artículo 76 bis a quáter del CP (probation): Coincidencia en solicitar la modificación del actual régimen de suspensión del juicio a prueba, y unificar criterios distintos y de ese modo, descomprimir la administración de justicia reduciendo los expedientes a resolver mediante audiencias de debate.
5. Modificación del artículo 67º del CP: Coinciden en que hay que reformar y ampliar actos procesales que se consideren disruptivos de la prescripción de la acción penal.
6. Programa de mediación penal juvenil: Todos acuerdan en la necesidad de crear e implementar un programa de mediación para todo el ámbito nacional, con el modelo de algunas provincias. Según los fiscales, estos programas surgidos como un mecanismo alternativo a la resolución de los conflictos originados a partir de un hecho delictivo, permiten obtener respuestas más satisfactorias para la víctima, el infractor y la sociedad.
7. Reforma legislativa integral en torno a leyes de menores. Los fiscales expresan textualmente: "Es menester encarar una reforma legislativa integral en torno a las leyes de menores en torno a una óptica interdisciplinaria moderna -tomando por referencia el ordenamiento jurídico penal de menores de Alemania- que trate entre otras cosas la edad tope de imputabilidad, alternativas a la aplicación de medidas de seguridad, la posibilidad de que en caso de comisión de delitos graves o de "tendencia dañosa" a de menores refractarios a toda enmienda, no pueda eximirse del cumplimiento de pena (con ciertos topes máximos y mínimos), la aplicación de penas alternativas

terapéuticas de tratamientos para recuperación de los menores, condiciones legales y requisitos para disponer la internación, y creación de un comité interdisciplinario que califique con los criterios más modernos a los menores punibles".

8. Proyecto de ley de Creación de tres nuevos Tribunales de menores para la Capital Federal.³⁶

Tal como se adelantó en el apartado de Metodología, las propuestas de los Defensores aparecen mediadas por los encargados de la redacción del informe del MPD y las demandas agrupadas en el apartado de "Análisis de propuestas y necesidades". En la Sección específica del Fuero Penal de menores aparecen muy pocas propuestas, entre las que merecen citarse aquellas vinculadas a la modificación del régimen penal de la minoridad, la ley 22278 que es la "piedra en el zapato" que irrita a todos. Sostienen que *"La vigencia de la cuestionada ley 22.278 genera un vacío legal en punto a la situación procesal de los jóvenes sometidos a procesos, especialmente los que se encuentran en privación de libertad que pasan a ser sometidos a un régimen penitenciarios de adultos aun cuando los delitos los hubieran cometido cuando menores de edad"*. Esta situación se vio agravada por el cambio en la mayoría de edad civil que al fijar la mayoría de edad en los 18 años impone el traslado de los otrora aún "menores de edad" sometidos a tutela sin solución de continuidad desde los institutos de menores a las unidades penitenciarias. Los Defensores abogan por la necesidad de una legislación penal juvenil plenamente congruente con los principios y estándares de la CIDN. Si bien la voz es la de uno solo de los Defensores, es representativa del sentir del conjunto: *"La normativa vigente contienen una lógica que entre en fuerte tensión y contradicción con aquellos principios y estándares, lo que impone la permanente tarea de armonización cuyos resultados son previsiblemente insuficientes"*.

Los Defensores también entienden que es necesaria la modificación de la normativa procesal y la creación de nuevos tribunales ya que la cantidad de causas supera ampliamente la capacidad de resolución por parte de los existentes.

Otras propuestas, que coinciden con las realizadas por los Fiscales, se encuentran subsumidas en la categoría de "propuestas de índole jurídico" en la Sección de Análisis y propuestas. Según el año, entre un 44,30% y un 50% de los Defensores efectuaron propuestas de índole jurídica, entre las que se destacan³⁷:

1. Sugirieron la reformulación del instituto de la suspensión de juicio a prueba
2. Señalaron que sería importante incorporar modificaciones al régimen de juicio abreviado. entre ellas introducir dentro del marco regulatorio la posibilidad de pactar la absolución de uno o varios imputados; y que en las causas con más de un imputado se plasme normativamente la posibilidad de concreción de aquellos que

36 El Procurador en sucesivas ocasiones elevó al Congreso de la Nación un proyecto de ley basado en los planteos recibidos por parte de los Sres. Fiscales ante los Tribunales Orales de la Nación. Así, se elevó un proyecto al Congreso en el año 2006 que perdió estado parlamentario, por lo que mediante la Res. PGN 24/09 se lo reeditó y representó (expte OV 26/09) que volvió a perder estado parlamentario en 2010, por lo que una vez más se lo reeditó mediante la Res. PGN 07/11. Aun el proyecto no ha tenido tratamiento parlamentario.

37 Del listado general se seleccionaron aquellas que repercuten en el fuero penal de menores, sean generales (juicio abreviado, *probation*, condiciones de detención) o específicas (ley penal juvenil)

así lo soliciten, resguardándose el derecho de los coimputados de los imputados que manifiesten voluntad de someterse a juicio oral.³⁸

3. Solicitud de sanción de una nueva ley penal juvenil acorde con la CDN
4. Reglamentación de la ley 26.061 (de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes) articulándose el traspaso a la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires de recursos asistenciales de índole local, conforme los nuevos paradigmas

Los jueces insisten en la necesidad de reforma legislativa. Uno de ellos marca un argumento irreductible: *"Lo que es una barbaridad y una vergüenza es que tengamos las mismas leyes después de veinte años de democracia"*.³⁹ En efecto, los magistrados son actores fundamentales en la administración de justicia, y se configuran como verdaderos agentes sociales en el campo jurídico. También suelen erigirse como legisladores por vocación, y en tal carácter, ensayan propuestas de modificación o de corrección, inspirados en los problemas de aplicación práctica que emergen de su ejercicio cotidiano. Así, la queja por la sobrecarga de trabajo, tiene su solución a la vista: el desdoblamiento de los tribunales existentes⁴⁰, la creación de mayor cantidad de tribunales⁴¹, la conversión de tribunales orales criminales en tribunales orales de menores (o de tribunales orales en lo penal económico), además del regreso a la redacción original de la ley 24170 y la remisión de la competencia ampliada.

A su modo, también plantean la aplicación del principio de oportunidad mostrando la desproporción de recursos que utiliza el estado en la persecución penal en relación al monto material de los daños y perjuicios de los hechos que juzga⁴².

Desde ya, consideran que es necesaria una reforma integral para lo que además de cambiar la ley penal, haya un código de menores que considere otros aspectos. En tal sentido, están en consonancia con Fiscales y Defensores.

Hacia el interior de la Justicia, los Fiscales abogan por la unificación de criterios jurisprudenciales en los siguientes tópicos:

38 Nótese que Fiscales y Defensores solicitan modificaciones diferentes: los Fiscales, con voluntad de "abreviar" mayor cantidad de casos, piden ampliación de límites procesales y el cambio de escalas penales; los Defensores ponen su acento en la mayor cantidad de garantías.

39 Se han cumplido 30 años de democracia en diciembre de 2013. Esto recuerda a lo que Marx escribió al comenzar *El 18 de brumario de Luis Bonaparte*: *"Hegel dice que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal se producen dos veces (...): la primera vez como tragedia y la segunda vez como farsa"*; y es inevitable recordar que este mismo juez, diez años atrás, cuando lo entrevisté por primera vez, hacía la misma referencia.

40 Expresa un juez: *"Yo soy un convencido que acá la solución es Tribunal unipersonal y Jurado. Hubo un proyecto que fue de Granillo Ocampo (un ex ministro de justicia) en este sentido. Para mí la solución es un juez por Tribunal, con lo cuál pasaríamos de tres tribunales a nueve, con un secretario y dos o tres empleados. Habría menos causas también, eh ... y juicios por jurados, eso es común en muchos países, a lo mejor es más caro y por eso no se hace."*

41 Otro juez propone: *"(...) o crear más tribunales... para mí lo más sencillo es volver a hacer lo que hizo la Cámara en la época de Riva Amarayo, esto es, que se afecten juzgados de mayores a menores, porque es evidente que «mayores» está haciendo menos de la mitad de nosotros; si le sacan dos tribunales en treinta, ni se va a notar; y a nosotros dos más nos daría muchísimo; lo ideal sería tres, pero bueno, y no cambiaría el presupuesto en nada"*.

42 Véase este párrafo. Afirma un juez: *"Yo le diría que en un tribunal oral más del 60% seguramente son cosas muy estúpidas, muy tontas"*. Y prosigue: *"cuestiones que se podrían resolver en forma mucho más sencilla de otra manera. Sin necesidad de perder el estado mucho dinero, en pagarle al defensor, a los tres jueces, que estamos ahí, para resolver sobre un chico que ingresó a un locutorio y manoteó la caja, y les sacó 20 pesos, y lo corrieron tres cuerdas, y lo engancharon a él y a otro más (...)"*

- Artículo 4° de la ley 22278, especialmente en los criterios para aplicación o eximición de pena a los jóvenes que cometieron delitos siendo menores de 18 años.
- Respecto a la prescripción de la acción y los plazos
- Interpretación del concepto "arma de utilería".
- Excarcelaciones: adopción del Plenario Díaz Bessone.

En su función de reinención de lo cotidiano, los fiscales solicitan que los dichos de los testigos que hayan depuesto en sede policial, puedan ser incorporados por lectura en caso de que el testigo no aparezca en audiencia. Sobre la no presencia de testigos, los Defensores elevarán aún más la apuesta y pedirán que sean válidas las presentaciones por videoconferencia ya que permitirán ahorrar costos de traslado y garantizar la efectiva sustanciación de audiencias. Los Defensores presentan recursos para lograr la permanencia de los jóvenes privados de libertad en institutos de seguridad hasta tanto se pronuncie la sentencia. Asimismo, tanto fiscales como defensores muestran la imposibilidad de dar cumplimiento al requisito del año de tratamiento tutelar previsto por la ley 22.278 por efecto del cambio en la mayoría de edad civil. Así, proponen diversas soluciones basadas en la gestión de lo cotidiano. Los jueces invocan la *probation* por cumplida, y sobre este punto acuerdan los Fiscales y Defensores.⁴³ También los jueces postulan el dictado de "sobreseimiento por tutela prolongada", y proponen que aquellos jóvenes que "andan bien, y van camino a la absolución, pero que por las demoras en la administración de justicia ven postergados sus juicios, sean sobreseídos utilizando la tutela prolongada como una "excusa absolutoria" que cancela la punibilidad por motivos que surgen con posterioridad al hecho⁴⁴.

43 Jorolinsky reconstruyó este aspecto a través de entrevistas. Así, compone este mapa de posiciones, según las palabras de un Defensor: "Lo que se está haciendo ahora es como muchas veces, y tiene que ver a veces con la distorsión del sistema penal de menores actual, muchas veces este seguimiento ya se le hizo antes al pibe con la tutelar, entonces se pide la probation y no es para futuro sino que se le da por cumplida, digamos esas reglas de conducta por todo lo que hizo en el tutelar, digamos si esto fue positivo, si surgió efecto. Entonces de esta manera esto es así, se le concede la suspensión del juicio a prueba y se lo sobresee. Y bueno se le saca la causa de encima". Y según las palabras de un Fiscal: "...porque vos a lo mejor hiciste una audiencia de probation hace dos o tres años, y en realidad el chico ya está haciendo la probation, es más algunos equiparan la ley de menores con la probation, (...) entonces dos o tres años después, cuando evaluás el cumplimiento de las reglas de conducta, y ves que cumplió razonablemente, entonces, ¿para qué vas a darle un año más si ya lo hizo?". Otro de los Defensores entrevistados explica este tipo de resolución de la causa, y le agrega su consideración acerca de el beneficio que esto trae para la sociedad: "...todos a nivel social queremos que los chicos dejen de hacer pavadas, y que seamos una sociedad mejor donde realmente te guste vivir (...) lo que se pide es que se considere desde ese día y para atrás, son chicos que llevan 2 años, 3 años de observación, como el chico está siendo observado y controlado y ha cumplido las pautas, se ha puesto a estudiar, dejó de delinquir, dejó de drogarse, viene cada vez que lo citan y demás, yo creo que es un súper beneficio para la sociedad, no hace falta mandar al chico a pintar un banco de una plaza, pedimos que se considere de carácter retroactivo, se extingue el hecho y se sobresee al chico".

44 El Dr. Pablo Jantus, en Sentencia 3357/2007, fundamenta: "Una peculiar característica de esta excusa absolutoria es que la causa que cancela la punibilidad surge a partir de la actividad jurisdiccional que transcurre paralelamente al proceso penal. Pero (...) es usual que el trámite de la causa sea más lento que el proceso que se da en el expediente tutelar; esto es así, porque la tutela implica el control permanente de la vida del joven, mientras que la suerte de la causa principal (...) está ligada a los plazos procesales. El resultado es que, en innumerables ocasiones se extiende la tutela más allá de lo razonable, solamente porque no es posible realizar el juicio que la ley requiere para aplicar el art. 4° de la ley 22.278. De este modo, nos encontramos ante encausados que, por su óptimo comportamiento tutelar, terminarán absueltos por aquella disposición, en el peor de los casos; en otras palabras, sin otra alternativa la resolución del conflicto estará en la absolución, sea por no haberse verificado todos los estamentos de la teoría

Los Defensores año tras año reiteraron la sugerencia de elaboración de proyectos que unifiquen durante todo el proceso la Defensa de los imputados, y lograron que la Defensoría mediante la Res. 573/09 lo reglamente.

Con disímil éxito, los actores judiciales logran por la vía de la jurisprudencia, o por la vía de las recomendaciones de los representantes del Ministerio Público que propuestas que han emergido del "saber práctico" adquieran fuerza de ley a través de su consagración entre los intérpretes del derecho que habitan el campo jurídico de los tribunales. Si de reformas legislativas se trata, el grado de éxito es menor: aún los juristas son los consejeros privilegiados de los legisladores, aunque ni unos -los teóricos, profesores o juristas- ni otros -los magistrados, fiscales y defensores- han logrado modificar el régimen penal de la minoridad adecuando la legislación nacional a las prerrogativas de la CDN, y este fracaso pesa a todos por igual.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio: "Bartleby o de la contingencia" En *Preferiría no hacerlo*, Ed. PRE-TEXTOS, Valencia, España, 2005.
- AINIS, Michele: *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Saggi Tascabili Laterza, Roma, 1997.
- BOURDIEU, Pierre: *La fuerza del derecho, Elementos para una sociología del campo jurídico*" (original, primera edición en *Les actes de recherche de sciences sociales* 64, 1986) Versión utilizada: Capítulo V, en *Poder, derecho y clases sociales*, García Inda (comp), Editorial Palimpsesto.
- DE CERTEAU, Michel: *La invención de lo cotidiano*, I, Artes de hacer, 1990 (1ª edición en castellano).
- FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar: El nacimiento de la prisión*, Ed. SIGLO XXI, 1976.
- FOUCAULT, Michel: *La voluntad de saber- Historia de la sexualidad Tomo I*, Ed. SIGLO XXI, México, 1977.
- FOUCAULT, Michel: *Microfísica del poder* Ed. LA PIQUETA- Madrid, 1980.
- GUEMUREMAN, Silvia (comp.): *Érase una vez en un tribunal de menores. Observatorio de demandas y respuestas judiciales en los tribunales de la provincia de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho/UBA, 2005.
- GUEMUREMAN, Silvia: *La cartografía moral de las prácticas judiciales en los Tribunales de Menores*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- GUEMUREMAN, Silvia: "LAS ESTADÍSTICAS JUDICIALES, LOS MIEDOS Y LOS MITOS. Una pincelada

del delito, sea por que, de comprobarse que el individuo cometió un hecho reprochable, se tiene la certeza de que ha operado la causa que cancela la punibilidad (...) Ante este panorama, en el que se destaca que el juicio continúa únicamente por una razón formal, dado que todos los involucrados saben íntimamente cuál será el resultado material del proceso, cabe preguntarse qué razonabilidad tiene la decisión de seguir adelante con la causa principal y mantener el tratamiento tutelar -con la restricción de derechos que implica - cuando la demora no puede atribuirse a quien está sometido a proceso y quien tiene, como ya examinamos, derecho a que se resuelva rápidamente su situación frente a la imputación que se le efectúa". Los otros dos camaristas adhieren al voto del Dr. Jantus incorporando argumentos en el mismo sentido de la "excusa absolutoria". El joven sujeto de la sentencia resulta así sobreseído.

- del funcionamiento de la justicia penal de menores en Argentina", en *Revista Derecho y Ciencias Sociales Acceso a la Justicia*. Abril 2012. N°6 Pgs.109 -138 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP
- GUEMUREMAN, Silvia (Comp.): *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes. Componentes punitivos, entramados protectorios e historias de vida. Pasado, presente y futuro*. 2014 (en prensa)
- JOROLINSKY, Karen: "*Retornar a la buena senda*. Administración de justicia penal para adolescentes en los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires (2000-2008)". Tesis para optar por el título de Master en investigación en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010 (inédita)
- MATZA, David: *El proceso de desviación*, Editorial Taurus, Madrid, 1969.
- OST, Franz: *Júpiter, Hércules y Hermes: Tres modelos de juez*, en *Doxa*, N°14, Valencia, 1993.
- PARDO, María Laura: *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras. Análisis lingüístico de sentencias judiciales*, Editorial CEAL, Buenos Aires, 1992.
- SPATARI, Gabriela; JOROLINSKY, Karen; GUEMUREMAN, Silvia; DAROQUI, Alcira; FRIDMAN, Denise: " 'La reforma del espanto y del clamor público' o cómo profundizar la tensión entre sistema penal y derechos humanos", Comunicación presentada en el XXVI Congreso ALAS en el Grupo de trabajo Socialización y violencia, Guadalajara, México, 2007.
- VASILACHIS DE GIALDINO, Irene: *Enfermedades y Accidentes laborales. Un análisis sociológico y jurídico*, Abeledo Perrot Editores, Buenos Aires, 1992 (a).
- YNGVESOON, Barbara: "Making Law at the doorway: the clerk, the clerk, the court and the construction of the community in a New England town", in *Law and Society Review*, Volumen 22 Number 3, 1989.

NORMATIVA CONSULTADA:

- Ley 22.278/80 y su modificatoria Ley 22.803 Régimen Penal de la Minoridad.
- Ley 24.050 Organización y Competencia de los nuevos tribunales penales.
- Ley 24.170 Modificación de competencia del poder judicial de la Nación.
- Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley 24.946/98 Ministerio Público
- Ley 24.825/97 Juicio Abreviado
- Ley 25.767/03 Incorporación art. 41 quáter
- Ley 26.579/09 Mayoría de edad civil
- RES. PGN 24/00: SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. CRITERIO AMPLIO.
- RES PGN 56/02
- RES PGN 86/04
- RES PGN 130/04
- RES. PGN 24/09 Y 07/2011: Creación de nuevos tribunales orales de menores y sus respectivas Fiscalías y Defensorías
- RES FGPC 7/08
- RES. DGN 0573/09
- RES. DGN 1170/05

RES. DGN 0471/07

RES. DGN 1954/08

OTRAS FUENTES:

Entrevistas realizadas a jueces de tribunales orales de menores

INFORMES MINISTERIO PUBLICO FISCAL (AÑOS 2008 A 2012)

INFORMES MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA (2008-2012)