

Noveno Congreso Nacional de Sociología Jurídica
“De la Ley a las prácticas. Confrontaciones sociales por el uso del derecho”
13,14 y 15 de noviembre de 2008.
Sociedad Argentina de Sociología Jurídica y Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional de Rosario

La administración de justicia para personas menores de edad.
El caso de los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires.

Florencia Graziano y Karen Jorolinsky
grazianoflorencia@gmail.com; karujoro@gmail.com
Instituto de Investigaciones Gino Germani, FSOC, UBA / CONICET

Comisión: V. La Administración de Justicia y los operadores jurídicos en la resolución de conflictos.

Introducción

La justicia penal para menores de edad en la Argentina es un tema del que mucho se habla. Pero poco es lo que se conoce acerca del modo en que los adolescentes y jóvenes son tratados por el sistema penal en nuestro país. Prueba elocuente de ello es que la caracterización del mismo aparezca muchas veces enunciada por mitos que operan como sustitutos de explicaciones y descripciones fundamentadas.

La temática del régimen penal para personas menores de 18 años de edad, ha aparecido en el escenario público en reiteradas ocasiones en los últimos años. Cada vez que en un hecho de violencia está implicado un joven menor de edad, resurge la discusión acerca de qué medidas implementar con respecto a los adolescentes autores o presuntos autores de delitos.

Así, circulan mitos que enuncian que la justicia penal con respecto a los menores de edad es “blanda”. Esta caracterización es la que permite afirmar que los jóvenes “entran por una puerta –al sistema penal- y salen por otra”. A su vez, en contraposición, otros mitos sostienen que la justicia penal para adolescentes se caracteriza por tener “jueces con resoluciones muy duras”. Ambos mitos contienen elementos normativos, elementos descriptivos y elementos axiológicos. Según Ferrajoli (1986) confunden permanentemente «fines» y «funciones» de la justicia y de la pena. Contribuyen, ya sea a desvalorizar ó a legitimar el derecho existente, al asimilar lo que sucede de hecho con aquello que normativamente se persigue, e inducen a la creencia de que lo que debería suceder, sucede en la realidad.

En este sentido, en el presente trabajo, nos proponemos observar la relación existente entre las leyes y las prácticas en los Tribunales Orales de Menores (TOM) de la Ciudad de Buenos Aires. Se tratará de reflexionar, desde una mirada sociológica, acerca de cómo los actores que trabajan al interior de los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires sortean, en la práctica, la administración de justicia para personas menores de edad.

Legislación vigente en los Tribunales Orales de la Ciudad de Buenos Aires

En la Ciudad de Buenos Aires, en el año 1992, con una reforma impulsada por León Arslanián, entonces ministro de Justicia del gobierno de Carlos Menem, se crearon los juzgados nacionales de menores y los tribunales orales de menores, por Ley 24.050.

Anteriormente, eran juzgados de instrucción, correccionales y de sentencia los que se asignaban a la atención de personas menores de edad. El cambio de nominación no implicó, al menos en los primeros años, un cambio en las competencias y las materias de atención. Es decir, las cuestiones penales y asistenciales continuaron confundidas, y hubieron de pasar varios años para que decante la competencia penal, y las cuestiones específicas de protección y contravención fueran absorbidas por instancias específicas (juzgados civiles de familia y programas de tipo administrativo).

De este modo, la justicia penal de menores fue de a poco especificando sus funciones y organizándose en base a las mismas. Así, como estipula el Artículo 28 del Código

Procesal Penal (CPP), “El tribunal de menores juzgará en única instancia en los delitos cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho, aunque hubiese excedido dicha edad al tiempo del juzgamiento, y que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años”; mientras que, como explicita el Art. 29 del CPP “El juez de menores conocerá: 1) En la investigación de los delitos de acción pública cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho. 2) En el juzgamiento en única instancia en los delitos y contravenciones cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho y que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o pena privativa de la libertad que no exceda de tres (3) años. 3) En los casos de simple inconducta, abandono material o peligro moral de menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de encontrarse en esa situación, conforme lo establecen las leyes especiales”.

Ahora bien, además de estas normativas que crean y de modo general reglamentan las funciones de los TOM, la Ley Penal que actualmente administra la comisión de delitos por parte de personas menores de 18 años de edad, es el Decreto Ley 22.278/80 (reformado por la Ley 22.803/83), que corporiza el denominado “Régimen penal de la minoridad”. Si bien es una ley nacional, como la Ciudad de Buenos Aires no cuenta aún con un fuero de justicia propio, se rige con esta normativa de fondo.

La ley 22.278, partiendo de la desconsideración de los adolescentes como sujetos de derecho, en nada se adecua a lo que debería ser un régimen de responsabilidad penal juvenil en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales ratificados por nuestro país. Esta legislación responde en forma acabada al modelo de la situación irregular, concepción a partir de la cual el Estado (a través de la justicia de menores), se arroga la facultad de intervenir coactivamente en la vida de aquellos niños denominados “menores” y de restringirles sus derechos en virtud de categorías vagas y antijurídicas, como la de abandono material o moral. Esta concepción del niño y del adolescente enmarcado en una “situación irregular” se basa en una concepción positivista de la desviación (Beloff, Mestres:1999) que es utilizada como instrumento de justificación para las reacciones coactivas que toma el Estado para con los niños y adolescentes que ingresan en el ámbito judicial.

Sin embargo, vemos que más que una coexistencia conflictiva, contradictoria, difícil de saldar, se establece entre el cuerpo normativo internacional y el nacional una dualidad que permite cierta armoniosa convivencia. De este modo, como veremos en el siguiente apartado, los administradores de justicia para adolescentes utilizan el cuerpo normativo al que son más afines, y se genera una suerte de coexistencia de ambos marcos que podría no resolverse por uno de los dos.

A su vez, la ley 22.278 no dispone cuáles son las medidas a tomar al considerar al adolescente culpable de un delito. En su art. 3, habilita al magistrado a “ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio (...)”. Esta falta de especificidad deja lugar a decisiones discrecionales por parte del juez.

La ley 22.278, al ser tan amplia e inespecífica, habilita, entre otras cosas, el no respeto de las garantías contempladas en la CN y en los tratados internacionales. A modo de ejemplo, podemos nombrar la violación del tratamiento igualitario ante la ley (art. 16 de la CN). Los adolescentes no tienen el mismo trato que los adultos ante la supuesta comisión de un delito. Según Mary Beloff, esta diferenciación se basa en el carácter tutelar que el Estado imparte para con los adolescentes, cuya justificación más falaz es proponer a la ley como un instrumento de “protección” y no de represión.

Otro ejemplo significativo de inadecuación de la ley 22.278 a la CDN es la violación al principio de inocencia. Aún cuando el adolescente es absuelto, “si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.(art. 1). Esto implica que el adolescente puede ser dispuesto por el juez, manifestando una clara contradicción con la CDN donde se establece que el niño “será considerado inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme con la ley” (art. 37, inc. 2 II, CDN), y con la ley de protección integral 26.061.

En el caso de la ley penal, siguiendo a Beloff, no se estaría culpando el hecho sino que esta ley sería un “ejemplo claro de un derecho penal de autor”. Esto permitiría un juicio sobre la vida familiar y personal del presunto autor o autor de un hecho delictivo, “para juzgarlo no ya por lo que hizo sino por lo que es” (Beloff: 1993).

Otros casos paradigmáticos de inadecuación con la CDN y que están habilitado por la ley 22.278, son las condenas a prisión perpetua a personas menores de edad, que tuvieron lugar en nuestro país en más de diez oportunidades. En efecto, Argentina es el único país de América Latina que ha aplicado sentencias a reclusión y prisión perpetua a personas que al momento de cometer el hecho delictivo que se les imputaba poseían menos de 18 años. Al respecto, el artículo 37 de la CDN, en su inciso a) establece que “Los Estados Partes velarán por que: Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”.

Ante estos casos de violación de derechos, la Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, efectuó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En octubre del 2005, Martínez se reunió con funcionarios de la Cancillería Argentina y el Ministerio de Justicia en una audiencia que se llevó a cabo en la sede de la CIDH en la ciudad de Washington, para avanzar en un "acuerdo amistoso" entre las partes. Esta instancia es el paso previo a que el organismo expida una recomendación que, de ser incumplida por el Estado, elevaría el proceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta esta inadecuación de la que venimos hablando, en un trabajo realizado en el año 2007, Denise Fridman y Karen Jorolinsky describieron y analizaron los 16 proyectos de reforma del Régimen Penal de la Minoridad, que estaban siendo tratados en el Congreso de la Nación en ese momento. Al respecto, mencionaban: *“La inadecuación de la ley penal al paradigma de protección integral de derechos, requiere de una modificación. En este sentido, (...) en las dos Cámaras del Congreso Nacional la mayoría de los proyectos que están siendo tratados se corresponden, por lo menos en sus enunciados, con una política infanto-juvenil acorde a la CDN. (...) Una primer mirada hacia ellos, nos muestra que no es por grandes diferencias de enunciados o por diferencias partidarias que alguno no ha sido aún sancionado. Entonces, nos preguntamos, ¿existe la posibilidad de que estos proyectos, que proponen una reglamentación penal para los adolescentes de nuestro país, obtengan fuerza de ley?,*

¿o es que aparece una adecuación al discurso políticamente correcto, en una coyuntura políticamente inadecuada, entre otros motivos por las elecciones del 2007, y un discurso expandido a través de los medios de comunicación que proclama mayor coacción para terminar con la inseguridad? ¿Serán estas las causas, dentro de otras posibles, las que están frenando estos proyectos en las comisiones legislativas? (...)”.

Para continuar pensando el tema de las normativas y empezar a plantear algunas cuestiones en relación a las prácticas que tienen lugar en la justicia penal de menores, nos parece interesante una situación ocurrida en uno de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. Una de nuestras entrevistadas nos relata un caso en el que el tribunal le adelantó la fecha del juicio a un joven para evitar que llegue al TOM con una condena como mayor. Dice así, *“Nosotros adelantamos todo para hacerlo antes, entonces le fijamos la fecha de audiencia, y la asesora pidió en la audiencia que se prorrogue el plazo, que no se resuelva ahí para ver qué resolvía mayores porque así sí mayores resolvía una condena después nosotros unificábamos”* Nos explica que ahora el Ministerio Público obliga a las defensoras a pedir absolución pero que *“las asesoras siguen siendo las mismas entonces siguen teniendo la misma mentalidad de siempre de dejar a los pibes adentro, de condenarlos”*. En esta situación, vemos cómo, por más que la norma para las asesoras de menores sea pedir la absolución, en la práctica encuentran el modo de continuar operando como lo venían haciendo antes de dicha norma, cuando podían pedir una condena para su defendido, entendiendo que así defendían a la sociedad. Introducimos este ejemplo, porque nos parece que no son sólo modificaciones legislativas lo que hacen falta en este fuero. En este sentido, podemos ver, siguiendo a Darío Melossi, que un cambio en la legislación acerca de, en nuestro caso específico, un régimen penal para jóvenes menores de 18 años de edad no implicaría modificaciones en las prácticas. El cambio en las prácticas supone también un cambio cultural que tarda mucho más tiempo y es más complicado de generar ya que se encuentra muy arraigado en cada una de las instituciones y de los sujetos que conforman la justicia penal juvenil. Aún así, pensamos que la sanción de una ley que regule y establezca un régimen de responsabilidad penal juvenil es un paso necesario e indispensable para poder comenzar a transitar el camino más arduo que es el de la modificación de las prácticas.

Ante la evidente inadecuación de la ley 22.278 a la CDN y demás tratados internacionales, así como a la propia ley nacional 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Dra. Beloff, entre otros autores, afirma que, mientras no exista en nuestro país una legislación penal adecuada, ciertos artículos de la CDN son factibles de aplicación inmediata sobre los casos de adolescentes infractores o presuntos infractores de la ley penal. Por ejemplo, el art. 37, incisos b) y d) rezan respectivamente “Ningún niño será privado de libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad ante un tribunal (...)”.

Siguiendo con esta idea, creemos interesante observar, describir y analizar las prácticas que los actores involucrados en el proceso penal llevan a cabo al interior de los tribunales. Así es que, una vez definida la legislación que dio origen y que regula el funcionamiento de la justicia penal para personas menores de edad, consideramos necesario inmiscuirnos en el ejercicio real de la justicia penal para adolescentes, en las prácticas cotidianas de los actores que intervienen en los Tribunales Orales de Menores.

Prácticas en los Tribunales Orales de la Ciudad de Buenos Aires

Las prácticas que los actores involucrados en el proceso penal llevan a cabo al interior de los tribunales, no son un reflejo acabado ni lineal de la normativa. Como hemos mencionado, la ley vigente y el hecho de que no exista un régimen de procedimiento penal juvenil, habilitan múltiples prácticas.

En este apartado comenzaremos relatando cómo es el proceso penal para personas menores de edad. Esto es, cómo se inicia una causa penal, cuál es el circuito que recorre y quiénes son los actores que intervienen.

Empecemos por el principio, hay tres modos por los cuales una causa puede ingresar al sistema judicial: por una detención policial, a este procedimiento se lo denomina por “prevención”, por una denuncia, ya sea en una comisaría o en la cámara criminal ó por el oficio de los jueces. En la justicia de menores, lo que sucede habitualmente, es que las causas ingresan por una detención policial.

La causa ingresa al juzgado de menores, donde se recaban las pruebas sobre el hecho, esta es la llamada etapa instructoria. También está la etapa indagatoria, que es cuando el imputado puede declarar -o no- ante el juez de menores.

En el juzgado se tramitan dos expedientes por separado, por un lado el expediente actuario, que es donde se tramita la causa y por otro lado el expediente tutelar, que es donde se evalúan cuestiones personales del imputado.

Los juzgados de menores de la Ciudad de Buenos Aires son siete, y cada uno tiene tres secretarías, dos actuarios y una tutelar. Son sólo dos los juzgados que hoy en día continúan tramitando en la misma secretaría, la causa y el expediente tutelar.

Ahora bien, en todos los juzgados de menores, en la etapa de instrucción, se realiza lo que se denomina “disponer provisoriamente del menor”. Si bien la disposición tutelar está impuesta por la ley 22.278, hay variaciones con respecto al momento del proceso en el que dicha disposición se inicia. Hay juzgados que inician la disposición tutelar ni bien el juez de instrucción dicta el procesamiento, que es cuando considera que existe la posibilidad de que ese adolescente haya cometido un delito y hay otros juzgados que recién disponen provisoriamente del menor después del procesamiento, es decir, al momento en que el fiscal de instrucción pide que la causa pase a un tribunal oral para elevarla a juicio. Se supone que para este momento la causa se ha investigado y existen pruebas suficientes como para considerar que efectivamente se cometió un delito. Hoy en día si el tribunal sobresee al menor, los juzgados finalizan la tutela. Práctica que no era así hasta hace cuatro o cinco años atrás, cuando los juzgados de menores seguían tutelando a los jóvenes una vez que se los sobreseía.

Pasemos al momento del juicio, que es donde se da la mayor diferencia entre la justicia de menores y la de mayores. Si bien, en lo hasta aquí relatado, ya podemos marcar diferencias entre ambas justicias -dado que en la justicia de mayores no existe el expediente tutelar, ni las prácticas que esto conlleva, sino que existe sólo un legajo de personalidad muy breve-, la mayor diferencia, como hemos mencionado, se da en el momento del juicio, cuando las causas de las personas menores de edad pasan a los Tribunales Orales de Menores.

Consideramos oportuno aclarar que en los Tribunales Orales de Menores se encuentran causas de adolescentes autores o presuntos autores de delitos que cometieron las acciones que activaron la reacción judicial entre los 16 y 18 años de edad, y cuya sanción prevista, en caso de que corresponda, no debe ser inferior a tres años de prisión. Ingresan en los TOM aquellos adolescentes cuya causa haya sido elevada por los juzgados de menores de primera instancia, es decir, ya realizada la etapa de instrucción y con un claro requerimiento de elevación a juicio.

Se define por sorteo cuál de los tres TOM que hay en la Ciudad de Buenos Aires va a tramitar la causa. La causa que se venía tramitando en el juzgado de menores pasa a la secretaría tutelar del tribunal. Una vez que la causa llegó al tribunal se fija una fecha de juicio. La práctica indica que si hay detenidos en la causa se va a fijar fecha más rápido y, teniendo en cuenta que los TOM se encuentran repletos de causas en las que hay imputadas personas mayores de edad y que la mayoría de las veces éstas últimas están privadas de libertad, lo que sucede, paradójicamente, es que el tribunal creado específicamente para personas menores de edad, termina dando prioridad a las causas con mayores.

Durante el juicio los actores que intervienen tienen un orden para hablar. Primero habla la defensora de menores, después el fiscal y después la defensa técnica.

La particularidad del juicio penal a la que nos referíamos anteriormente, consiste en que el régimen creado para las personas menores de edad prevé un desdoblamiento de la sentencia. En la primera sentencia se valoran “hecho y prueba” y se declara la responsabilidad penal -o no- del imputado sometido a proceso. En la segunda sentencia,

o sentencia definitiva -al cese del año de tratamiento tutelar que indica la ley 22.278-, se determina la sanción a aplicarle. Es decir, si en la primera sentencia el juez declara la responsabilidad penal del menor, si se comprueba el hecho y se lo considera autor del mismo, tendrá que transcurrir como mínimo un año de tratamiento tutelar para dictar la segunda sentencia. Al momento de la segunda sentencia el tribunal evalúa cómo se ha comportado el joven durante el año de tratamiento tutelar -además de las modalidades del hecho, de los antecedentes del menor y de su propia impresión-, y decide si se le impone o no una sanción. Las opciones que tiene son tres: absolverlo -es decir, no aplicarle sanción-, reducirle la sanción en la forma prevista por el Código Penal para el delito en cuestión, o condenarlo sin reducción. Dicha sentencia debe pronunciarse cuando el adolescente ya haya cumplido los 18 años.

Hasta aquí todo el proceso. En adelante nos referiremos a las prácticas que se llevan a cabo a discreción, de las cuales algunas ya hemos ido adelantando a lo largo de esta presentación. Lo que narraremos a continuación surge de las observaciones que hemos realizado de las audiencias llevadas a cabo en los TOM de la Ciudad de Buenos Aires, y de entrevistas a distintos actores que trabajan en la justicia de menores: jueces, fiscales, defensores y personal de la secretaría tutelar.

Según los entrevistados que trabajan en la secretaría tutelar, la tarea que se realiza en los TOM es, las más de las veces, de tipo asistencial y esto se debe a que los jóvenes que ingresan a los tribunales tienen la mayoría -sino todos- sus derechos básicos vulnerados. En muchas ocasiones el tribunal es para los jóvenes un lugar al que se puede acudir ante una situación de desamparo. No faltan los jueces que “se sientan a hablar” con ellos o las secretarías que los acompañan a buscar un lugar donde dormir (por ejemplo, hoteles que tiene la Ciudad de Buenos Aires) porque “*no lo iba a dejar en la calle*”. Aunque saben que “*no son cosas que le competen al poder judicial*”, aseguran que “*no son cosas que uno puede dejar de hacer*” y agregan “*son nuestros clientes diarios*”. Otras veces son las madres las que llegan al tribunal a pedir ayuda, porque sus hijos están teniendo problemas de adicción, porque intuyen que están cometiendo delitos y no los pueden contener, entonces recurren al tribunal en busca de una solución. Y ahí la respuesta puede ser que se lo cite al joven, aún sabiendo que no se va

a presentar, para de ese modo poder decretarle “la rebeldía” y a partir de ahí internarlo en un instituto con el fin de “ayudarlo”.

Cuando indagamos acerca del tipo de delitos que llegan al tribunal, nos encontramos con que la mayoría son arrebatos, que terminan caratulados como “robo en banda”, -por ser hechos cometidos entre cuatro ó cinco personas, aunque no sean hechos premeditados, se considera un agravante-. Al respecto nuestra entrevistada agrega “*en mi vocalía hay una estafa de unos pibes que se sentaron a tomar una cerveza, se levantaron y se fueron*” y ella misma concluye “*ahí está la selectividad del sistema, son morochitos todos, por eso es una estafa*”.

El *deber ser* del proceso en la justicia de menores es como lo relatamos más arriba: instrucción - primera sentencia (declaración de responsabilidad)- se suspende el trámite de la causa por un año y se realiza el tratamiento tutelar - segunda sentencia. Pero, debido a la cantidad de causas que tramitan los TOM, en el funcionamiento real esto es diferente. Lo que pasa la mayoría de las veces es que el año de tratamiento tutelar es anterior a la declaración de responsabilidad, así es que cuando llega el momento del juicio el joven ya ha estado bajo tutela judicial mucho más tiempo del que prevé la ley.

A su vez, si bien se supone que existen dos instancias distintas donde primero se determina si hubo responsabilidad penal y después se evalúa el comportamiento del menor, lo cierto es que los jueces llegan al momento del primer debate habiendo leído el expediente tutelar, lo cual implica que tienen un conocimiento previo que no tendrían por qué tener. De esta manera se forman una opinión sobre la persona, que incide al momento de dictar sentencia

Respecto al momento de la resolución, del dictado de la segunda sentencia, nos encontramos con diferentes opciones que abonan nuestra hipótesis de la discrecionalidad. Hay jueces que tienen la “postura” de considerar la reducción de la pena como regla general, esto se basa en un fallo de la Corte Suprema que sentó jurisprudencia en este sentido. Al parecer, fue un fallo interpretado de modo controversial, ya que algunos jueces consideraron la reducción de la pena como regla general, pero otros no lo creyeron así. En este sentido, uno de nuestros entrevistados nos decía: “*para mi tribunal la reducción es la regla general pero para otros no*”.

Al momento de la segunda sentencia también se evidencia la diferencia de criterios en otras cuestiones. Hay quienes consideran que si el menor está detenido por una nueva causa, aunque no esté condenado, significa que se ha involucrado en nuevas situaciones de riesgo, lo cual es razón suficiente para imponerle una pena y por otro lado, hay quienes no tienen en cuenta la nueva causa si ésta no tiene sentencia firme.

Los jueces de uno de los TOM plantearon una resolución – que fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal- en la que se considera el sobreseimiento de los jóvenes por tutela prolongada, es decir, sin juicio. *“Es algo que no existe en ningún lado, se inventó, se inventó bien, pero se inventó algo, no es una prescripción”*. En las palabras de esta entrevistada, podemos leer una interesante cuestión en la relación entre ley y práctica. Ella nos relata el “invento” del Tribunal en el que trabaja, y deja entrever que, así como inventaron *bien* esta medida en la que sobreseen a los adolescentes por tutela prolongada, también podría haber sucedido que otro tribunal “invente mal”. Es decir, puede suceder, dada la amplitud de la legislación en el fuero, que un tribunal proponga una resolución, enmarcada también en las garantías constitucionales, pero con criterios muy diferentes a los de este tribunal.

Otro “invento” de este tribunal es la probation dada por cumplida por el tiempo de tutela. En realidad es algo que en general realizan cuando los jóvenes tienen defensores particulares, porque, según dijeron nuestros informantes, *“a la defensa oficial no le gusta ésta práctica”*. Esta defensa prefiere el juicio abreviado con absolución, nuestro entrevistado nos explica en qué consiste, *“cuando los pibes vienen muy bien les conviene firmar abreviado con absolución que es cuando vos lo apretás al fiscal y le decís, che, viene bien, ¿firmamos un abreviado?, vos por el abreviado pedirías tal pena pero como el pibe viene tan bien lo absolvemos igual”*. Al respecto, una de las personas entrevistadas nos decía: *“Si se firma el abreviado sin sobreseimiento sería como una audiencia oral de juicio, lo declaran responsable punto. La segunda sentencia igual corre. La defensa va a aceptar un abreviado en vez de una audiencia oral cuando el pibe esté al horno y le convenga pactar con el fiscal una pena más reducida, y esa pena más reducida, en menores, por la tutela, puede llegar a ser nula”*.

Dentro de este tribunal, también fue creada una modificación a la figura de la prescripción, pero esta creación, a diferencia de la del sobreseimiento, no fue aceptada por la Cámara de Casación Penal. Para que una causa prescriba tiene que haber transcurrido el tiempo que hubiera correspondido por la pena pero, según palabras de nuestra entrevistada, *“en menores, a partir de que la reducción es la regla, nunca vas a llegar a la pena máxima, entonces vos no tenés que tener en cuenta la pena máxima, tenés que tener en cuenta la reducción que vos tendrías por la tentativa, teniendo en cuenta eso, la prescripción sería antes, entonces nosotros le decimos “la prescripción por la doble reducción. Ese también es un invento del tribunal, pero ese no les gustó tanto a Casación. El de sobreseimiento sí les gustó. En el sobreseimiento no se te borra lo del buen nombre y honor, te queda sobreseído, pero te queda en los antecedentes”*.

A su vez, en este tribunal en el que estuvimos desarrollando la mayor parte de nuestro trabajo de campo, también se lleva a cabo una práctica específica respecto al Artículo 41 quáter del Código Penal. Según este artículo, *“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”*. Pero en este tribunal, este artículo es leído de una manera especial, y solo lo aplican, agravándole la pena al mayor de edad, cuando pueden probar que realmente haya habido un uso del menor.

Para seguir con la lista de “inventos” vale agregar un comentario que nos hizo un juez en una charla informal de pasillo. Nos contó que en la secretaría tutelar del tribunal se encuentran trabajando una antropóloga y una psicóloga. Entre otras funciones, ellas preparan un informe sobre el tratamiento tutelar de la persona menor de edad imputada, que lo reparten a todas las partes antes del juicio. En palabras del juez: *“hacen un dictamen del tratamiento tutelar y por eso el fiscal compra y pide la absolución”*. El propio juez expresa, *“es un invento de este tribunal”*.

En nuestra observación de las audiencias hemos visualizado en los jueces una actitud pedagógica en la forma en que se dirigen a los jóvenes. Luego del despliegue escénico que se produce durante los juicios orales, -donde los agentes que intervienen utilizan

formulismos del tipo Vuestra Señoría, su Excelencia, para dirigirse a los magistrados, donde todas las personas que están en la sala se ponen de pie cuando entran los jueces (por una puerta exclusiva para ellos), donde estos últimos tratan de usted a los imputados-, llega el momento, después de leer el veredicto, de la tarea pedagógica, en el que los jueces instan a los jóvenes a “portarse bien”, a no cometer nuevos delitos, a estudiar, a trabajar.

A continuación, transcribimos algunas citas donde esta actitud queda plasmada:

“hiciste cosas buenas y esto te pasa porque eras menor de 18 años. Metiste la pata pero reparaste el daño, podés empezar tu vida adulta sin causas penales, no las generes”.

“espero que hayan aprovechado la experiencia y de acá en más dedicarse a otra cosa”.

“ponete las pilas, hacé las cosas bien, afanando no sos bueno sino no te hubieran agarrado tantas veces”.

“vos fuiste creciendo de la manera en que pudiste, ahora debes comportarte como una persona de bien”.

Al decir de Carla Villalta (2004) en su discurso se visualiza cómo intentan basar su autoridad en prerrogativas morales y en la creencia de que la tarea de esta justicia es fundamentalmente procurar la “salvación” de los menores.

Siguiendo la tipología que realiza Silvia Guemureman (2001) estos jueces entrarían en la de los *controladores proactivos* que buscan la producción de comportamientos y de conductas. Activamente tratan de valerse de su dominio (juez frente a acusado) para inculcar valores y creencias socialmente aceptables: las de ellos mismos elevadas al rango de universalidad.

Según Gaetano de Leo (1985), la imagen más frecuente que las instituciones de menores dan de sí mismas es la de una positiva aceptación de la delegación social para ocuparse de la reeducación de los menores desviados, con la producción de una sofisticada ideología de tutela de los jóvenes marginados o en dificultades. Se niegan o se sitúan en un segundo plano la pena y el control social de los jóvenes y se coloca en el centro la función reeducativa y resocializadora del menor desviado, dentro del objetivo

más general de desarrollar una acción dinámica de tutela de los derechos y necesidades de los niños, preadolescentes y adolescentes. Otro grupo de operadores rechaza el optimismo de la ideología reeducativa y de tutela de los derechos y necesidades de los jóvenes. Ellos ven el problema en términos de defensa social, de orden público. La justicia tiene como objetivo defender la sociedad y la convivencia civil de quien comete actos criminales. Para algunos de estos trabajadores, el Tribunal para los menores es un organismo a menudo indulgente, laxo, que no logra nunca restablecer, con claridad y firmeza, la autoridad de las normas sociales sobre el reo menor.

Entre estos últimos podemos ubicar a uno de los fiscales que en una audiencia, al momento de fundamentar su posición decía, *“estamos frente a un tratamiento tutelar negativo”*. *“Tuvo oportunidades que no supo aprovechar”*. *Equiparar este caso con los anteriores resulta chocante*”. Y más tarde, en una charla de pasillo, nos comentaba –refiriéndose al mismo caso-, *“a este chico no se le puede dar el mismo premio que a los otros. No tiene voluntad, no le da el físico ni la cabeza”*. *“Lo van a dejar en libertad hoy, y que va a volver”*.

Como venimos desarrollando, mucho de lo que sucede al interior de los Tribunales Orales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires, tiene más que ver, recordando al trabajo de Michel De Certeau, con una *invención de lo cotidiano*, que con un procedimiento lineal, unívoco y cerrado.

A modo de conclusión

Para concluir, en base a las situaciones que venimos describiendo, y teniendo en cuenta las disidencias que se producen entre los jueces –mayormente no en la dimensión normativa de atribución de responsabilidad penal a los jóvenes -primera sentencia-, sino en la dimensión valorativa de la aplicación de la segunda sentencia- donde, ante una misma causa, cada juez integrante aún de un mismo Tribunal, puede sostener una opinión, y valorar los resultados del tratamiento tutelar en forma distinta, nos surgen algunas reflexiones.

Cuando intentamos avanzar en la comprensión del funcionamiento real de la justicia penal para adolescentes, consideramos interesante esta intersección entre lo legal y lo moral, que hemos desarrollado en este trabajo.

En este sentido, creemos que el derecho, y así también las decisiones judiciales, pueden aparecer como lógicas, racionales, “objetivas”, es decir, como si al seguir lo que estipula la ley y ciertos procedimientos ya establecidos, se llegase a un único resultado posible. Pero al mirar al interior del funcionamiento de los tribunales, nos damos cuenta que esto no es tan así.

En este sentido, coincidimos con Silvia Guemureman, cuando afirma (en varias comunicaciones presentadas), que es la contingencia la que paradójicamente, mejor explica el acaecer dentro de los tribunales de menores.

Bibliografía:

- Beloff, Mary (1993). Niños y adolescentes. los olvidados de siempre. En Maier, Julio (Comp.), *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Análisis Crítico (pp.243-264). Buenos Aires: Editores del Puerto,
- Beloff, Mary (2004): “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, 1989-2004, en *Infancia, ley y democracia en América Latina* (E.García Méndez-M. Beloff comp.), Editorial Temis, (3º edición), Buenos Aires.
- Beloff, Mary, Mestres, Luis (1999). Los recursos en el ámbito de la justicia de menores. En Maier, Julio B. J. (Comp.), *Los recursos en el procedimiento penal* (pp. 353-385).Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bourdieu, Pierre: (1980) *El sentido práctico*. Taurus, Madrid, 1991.
- De Certeau, M. y Girard, P.M (1999): *La invención de lo cotidiano*, Universidad Iberoamericana, México.
- De Leo, Gaetano (1985): *La Justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, Editorial Teide, Barcelona.
- Donzelot, Jacques (1979): *La policía de las familias*. Capítulo 4: “El complejo tutelar”, Editorial Pre –Textos, Valencia.

- Ferrajoli, L. (1986): “El derecho penal mínimo”, en Revista *Poder y control* N°0, PPU, Barcelona, España.
- Fridman, Denise y Jorolinsky, Karen (2007) “¿Qué está sucediendo con los proyectos de responsabilidad penal juvenil? Un cambio que se aletarga en el Congreso de la Nación”. Disponible en www.observatoriojovenes.com.ar
- Graziano, Florencia (2007) “Prisión perpetua a menores de edad: Seguimiento de casos, estado de situación de las sentencias e identificación de argumentaciones encontradas”. Disponible en www.observatoriojovenes.com.ar
- Guemureman, Silvia (2005) “Los jóvenes en las tenazas de la justicia. Entre la fuerza de la ley y la fuerza del derecho”, comunicación presentada en el VI RAM Antropología, Montevideo, 2005.
- Guemureman, Silvia (2006) “Aplicación de la justicia y el derecho en personas menores de 18 años de edad: un *estado de excepción* permanente”, comunicación presentada en el *Foro UNESCO: El nexo entre la ciencia y la política, Taller de Políticas sociales para la infancia y la juventud. La búsqueda del dialogo posible entre los investigadores y la comunidad política*. Coordinadoras: Mariela Macri-Silvia Guemureman, IIGG/FSOC/UBA.
- Guemureman, Silvia (2007) “Entre alegatos, discordias legislativas y demandas sociales de punición a los jóvenes”, comunicación presentada en el VII RAM –Reunión de Antropología del Mercosur, Porto Alegre, Brasil, julio del 2007.
- Guemureman, Silvia y Daroqui, Alcira (2001) *La niñez ajusticiada*, Editores del Puerto, Buenos Aires
- Guemureman, Silvia y Jorolinsky, Karen (2007): “Sentencia Judiciales, ¿Qué hay detrás de esa decisión?”, comunicación presentada en el XXVI Congreso ALAS, México, disponible en CD del Congreso.
- Villalta, Carla. (2004) “Una filantrópica posición social: los jueces en la justicia de menores en, Tiscornia, Sofía (compiladora) *Burocracias y Violencia. Estudios de Antropología Jurídica*. Antropofagia. Buenos Aires.

Otras fuentes consultadas:

- Código Procesal Penal de la Nación
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Ley 22.278

- Ley 24.050
- Ley 26.061