

DILEMAS DE UNA ESPECIALIDAD DÉBIL – EL CASO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Por Julián Axat

La ponencia que aquí se transcribe es una síntesis de la exposición realizada en la UBA en noviembre de 2011,¹ acerca del principio de especialidad y su proyección en la Provincia de Buenos Aires. He tratado de mantener los términos de la exposición, evitando citas y referencias bibliográficas al pié, para una más fácil lectura.

ANTECEDENTES

Como bien dice el profesor Emilio García Méndez (siguiendo a P. Aries), un análisis riguroso de la historia de la infancia es la historia de su control. De allí que la categoría infancia no sea categoría ontológica, sino un resultado complejo de construcción social cuyos orígenes pueden ubicarse en el s: XVII, tiempo hasta el cual, esos individuos pequeños se integran totalmente al mundo de los adultos. Niños vistiendo ropas de los adultos, realizando sus mismas actividades y recibiendo igual trato.

Los cambios que se producen en el seno de la familia, núcleo del capitalismo industrial, al decir de J. Donzelot,² conlleva una distinción en el trato, y la normalización del nuevo sujeto-objeto niño, como dispositivo de control. Aparece así la idea de “protección”, como higiene, como ortopedia. Pacto médico/jurídico (corporaciones) del modelo disciplinar: el control familiar de la masturbación, el aseo, la escuela, el Instituto, el orfanato —los Niños

1 9 de Noviembre de 2011, Facultad de Derecho de la UBA. Jornada “Hacia una Justicia Especializada en la Ciudad de Buenos Aires”- Experiencias Argentinas, Panel I- Organizado por el Consejo de la Magistratura de CABA, Defensoría General CABA, Ministerio Público Tutelar CABA.

2 La Policía de las Familias, Pre Textos, Valencia, 2007.

sanos/curados y los Niños enfermos (habla Foucault en Vigilar y castigar) —. La violencia no se ejerce más sobre el cuerpo (tortura), sino sobre el alma (proceso de dulcificación de los castigos).

En este *episteme*, la escuela es el lugar de preparación y entrenamiento de un cuerpo dócil del menor para permitir el ingreso de adulto a la fabrica o a la cárcel (lugar donde lo espera otro régimen para el cuerpo). Durante ese período se comienza a perfilar también un nuevo órgano de protección, ya no el médico-pedagógico, sino el estrictamente jurídico: EL TRIBUNAL DE MENORES: Institución judicial (diferenciada a la de los adultos) del control del “objeto” de tutela llamado Menor. Montado sobre la dupla: Protección/Represión del menor delincuente-abandonado, basado en la situación irregular del contexto social: EL PATRONATO.

La creación de un Tribunal de Menores, un fuero especial y distinto al de los adultos, se produce en Illinois Estados Unidos, en 1899, se trata de un hito en la historia moderna del control de la categoría vulnerable menor. A partir de allí, entre comienzos del s. XX, la cultura institucional del PATRONATO, nace en Argentina 1919 (Ley Agote), 1923 Brasil, 1927 México, 1928 Chile, Uruguay 1934, en 1939 en Venezuela y en el resto de Latinoamérica. También aparecen los primeros Congresos Internacionales que tratan la cuestión de la minoridad: el de Paros de 1911, que elabora un documento clave con los principios claves del modelo tutelar. Dos serían las razones que justifican en los Congresos la necesidad de dar tratamiento por separado a los menores: a) las espantosas condiciones de vida en las cárceles en las que los niños eran alojados en forma indiscriminada con los adultos, y la formalidad de la ley penal de los adultos, que para los menores debe ser más flexible, en función de la protección-represión.

Según García Méndez, el origen de las Cortes especiales de Niños, en USA y en Latinoamérica, no obedece a la necesidad de otorgar derechos, sino de garantizar el objeto de control por vía de la protección/represión, por lo que la especialidad de la niñez lejos está de consolidarse en esa etapa. Al juez de menores le basta con ser “un buen padre de familia” y saber tener trato con la

Corporación Médica, mecanismo basado en la compasión-represión

Explica el profesor G. Méndez: *“en las décadas del 40 y 50, comienza un lento y contradictorio proceso de legitimación cultural de distintas corrientes bio-psico-antropológicas que fundamentan el derecho de los menores, que comienza a separar la idea de niño delincuente/niño abandonado. Con crítica fundamental sobre la idea de segregación (distintos Congresos de la época introducen esos cambios discursivos). La lenta pero irreversible crisis fiscal del Estado latinoamericano, no hacen más que reducir las cifras de la asistencia y la caridad, y consolidar el marco de una pobreza ya existente”*.³

En este contexto surge por primera vez un movimiento social dedicado al tema infancia y adolescencia que moviliza tendencias discursivas contrarias al viejo modelo del derecho asistencial autoritario, haciendo eje en el principio de legalidad, en la idea de sujeto de derecho/debido proceso, y en la necesidad de realizar políticas sociales inclusivas. Es decir, de la ruptura entre el viejo pacto médico/jurídico, nace el modelo de la protección integral de los derechos del niño que se cristaliza con las nuevas democracias del 80, por su consolidación en el seno de la ONU, y se crea el instrumento internacional consensuado por la mayoría de los países (menos USA): la Convención sobre los Derechos del Niño (en argentina ratificada por ley 23.849 de 1990), como también el Estatuto del Niño y adolescente del Brasil, y en la mayoría de la legislación moderna sobre el tema. Todos ellos son la coagulación de un contexto histórico-político, producto de años de luchas, cambios de imaginario-situación económica.

ESPECIALIDAD EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CIDN)

El art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño reza: *“III) Que la*

causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley (...)”.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General n° 10 (2007), ha analizado, en particular, la importancia del concepto de especialidad de la jurisdicción del art 40 párrafo 3° de la CIDN, habiendo considerado —en su capítulo V— los aspectos básicos que implicaría la “Organización de justicia juvenil” preparada para atender el interés superior de los niños:

“90. A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores. De conformidad con el párrafo 3° del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños en conflicto con las leyes penales.

91. En la presente observación general se han expuesto las características que deberían reunir las disposiciones básicas de esas leyes y procedimientos. Queda a la discreción de los Estados Partes las demás disposiciones, lo cual también se aplica a la forma de esas leyes y procedimientos. Podrán establecerse en capítulos especiales de los instrumentos generales del derecho penal y procesal, o reunirse en una ley independiente sobre la justicia de menores.

92. Un sistema amplio de justicia de menores requiere además el

establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

93. El Comité recomienda que los Estados Partes establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes. Cuando no pueda hacerse de manera inmediata por motivos prácticos, los Estados Partes velarán por que se nombre a jueces o magistrados especializados de menores (...)”.

ESPECIALIDAD EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CADH)

El principio de especialidad también surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que establece en su artículo 5.5 *“Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el criterio de especificidad y, a través de la Opinión Consultiva n° 17, fijó la condición de los niños, niñas y adolescentes por la cual se debe crear una justicia penal juvenil con el alcance antes mencionado, y al respecto establece:

“Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así

como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar (Punto n° 11)

Es decir, frente a cualquier controversia o situaciones que involucren niños y adolescentes, se debe buscar preservar la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal, la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presenta la figura de la “remisión” a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente, el niño o niña (ver Opinión Consultiva 17/02).

La idea de un principio de especialidad tiene que ver en este contexto, con la posibilidad de que exista una función jurisdiccional específica, que se dedique a la función punitiva, no contaminada con el cúmulo de tareas de política social/asistencial. O con capacidad para separar las cuestiones protectorias de las tareas netamente punitivas, por medios de mecanismos de remisión.

También la especialización implica la creación de instancias administrativas (servicios sociales descentralizados) que se dediquen al área de promoción y protección de derechos.

Los procesos penales seguidos contra adolescentes deberán contar con una ley de fondo, un procedimiento, y actores procesales especializados en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la ley penal, lo cual conlleva necesariamente al conocimiento de otras disciplinas relacionadas con la materia.

Que los procedimientos se adapten a las necesidades de los adolescentes, previendo incluso estándares más exigentes en comparación con los vigentes para las personas adultas.-

Que las autoridades administrativas de aplicación del sistema y los establecimientos de ejecución de las penas sean especiales, es decir, diferenciados de los destinados a la población de mayores de 18 años.-

Que las sanciones penales y las medidas alternativas al proceso penal sean diferentes de las del régimen general.

LA ESPECIALIDAD EN EL RÉGIMEN PENAL JUVENIL DE LA

PROVINCIA DE BUENOS AIRES (LEY 13634).

La ley 13634 en la provincia de Buenos Aires, si bien no avanza sobre aspectos de fondo de la materia penal juvenil que aún se encuentra pendiente, es una norma de gran impacto en la construcción de un nuevo régimen, incorporando institutos procesales que permite modificar sustantivamente el régimen aplicable hasta el 2007: la vieja ley 10.067.-

En la Provincia de Buenos Aires, los art. 23 y 24 de la ley 13634, garantizan la especialización de los funcionarios

La especialización estará dada entonces por normas, procedimientos, juzgados y tribunales diferenciados de los previstos en el sistema de justicia asistencial y penal de adultos. Los juzgadores, en este nuevo sistema resuelven los conflictos jurídicos apuntando a que los adolescentes involucrados en estos procesos puedan comprender el daño causado y que las eventuales consecuencias jurídicas derivadas de su acto no violen el principio de proporcionalidad, aplicando en primer lugar las sanciones no privativas de la libertad, y utilizando sólo esta sanción como medida de último recurso y por el menor tiempo posible. En esta inteligencia, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que todos los funcionarios que tengan contactos con niños en el ámbito del sistema de justicia de menores reciban una formación adecuada.

Entiendo que todos los principios que hemos visto ut supra, han pretendido ser receptados por el legislador en la Provincia de Buenos Aires en las leyes 13298 y 13634 sancionadas en 2005, e implementadas en julio de 2008.

Ahora bien, veamos de qué manera se implementó y se hizo de la especialidad una formula débil:

Regla de especialidad procesal: El art 1 de la ley 13634 establece la jerarquía “especial” (o de mejor estándar) del derecho procesal penal juvenil, sobre el

procesal de adultos, estableciendo al segundo como sistema supletorio.⁴ Es decir,

4 Siguiendo este criterio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal de nuestro país, al determinar que los niños, niñas y adolescentes por su condición tienen derechos específicos, adopta el llamado principio de “autonomía progresiva”. Este principio ha sido tomado por la Corte, expresando que: “...la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente, desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. En términos simples, esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por ello, el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (...) De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento.” Asimismo, continúa diciendo: “32) Que, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado - como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo (...) 33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar “la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD) (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004).” En igual línea, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, reafirmó el principio de especialidad explicando uno de sus alcances: “...el artículo 40, inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño refiere que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones “específicos” para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declara culpable de haber infringido esas leyes; y en forma concordante con esa disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales, distintos de los correspondientes a los mayores de edad (O.C. n° 17/2002) (...) En consecuencia, es desacertado supeditar la efectivización del principio de que los menores de edad sean juzgados por tribunales especializados a una eventual modificación de las reglas de

son aplicables todas las reglas de la ley 11922 a niños y adolescentes, en cuanto no sean modificadas por la ley 13634. El art 64 de la ley 13634 establece la medida de seguridad de los no punibles. Obsérvese que el estándar es mucho más bajo que el de la ley 11922 (siempre hay mínimamente un debido proceso antes de la aplicación de cualquier pena). Pero también el art 43 de la ley 13634 establece un estándar interesante de privación de la libertad, en el que la prisión preventiva no puede durar más de 180 días, prorrogables por 180 días más como máximo. Ahora bien, qué ocurre si el joven es juzgado y se lo encuentra culpable, se lo condena, pero la misma no queda firme porque el defensor apela: vació. La ley 13634 establece como máximo 360 días. Bueno, los jueces retornan al art 371 del CPP, y dejan una prisión preventiva por tiempo indeterminado, hasta que adquiera firmeza por revisión.

Regla de competencia especial: Los arts 18, 21, 22, 23 establecen la creación de órganos especiales en los 18 Departamentos Judiciales: Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil; Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, Juzgados de Garantías del Joven, Ministerio Público del Joven (Fiscalía Penal Juvenil y Defensoría Oficial Penal Juvenil). Aquí surgen problemas que paso a mencionar, pues la ley crea la regla, pero también su excepción (trampa a la especialidad). El art 19 de la ley 13634 establece que: *“a los fines de la transformación en juzgados de responsabilidad penal juvenil y juzgados de garantías del joven creados por esta ley, se disuelven en los distintos departamentos judiciales todos los Tribunales de Menores actualmente existentes, sin perjuicio de lo dispuesto por el art 89”*. El art 89 dice para completar la trampa a la especialidad: *“Los magistrados actualmente titulares de los Tribunales de Menores disueltos por el art 19, permanecerán en sus funciones atendiendo las causas que tramitan en sus respectivos Tribunales, y*

distribución de competencia que contiene la ley procesal, toda vez que corresponde también a los tribunales locales el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado.”

continuarán haciéndolo con posterioridad a su asunción como jueces de responsabilidad penal juvenil o jueces de garantías del joven...”. Si un nuevo derecho de la infancia debe combatir el fraude de etiquetas, un sistema que nace de este modo no proviene de lo nuevo. Remata el art 90 ley 13634 “En correlación con lo dispuesto en el artículo 19, autorízase al Poder Ejecutivo a reasignar por Decreto, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia, a los actuales Magistrados del Fuero de Menores en los nuevos cargos creados por la presente...”

Regla de la especialidad por idoneidad/aptitud especial comprobada ante órgano de elección de jueces —Consejo de la Magistratura—. Especialidad perfeccionable por capacitación interna. El art 24 ley 13634, establece dos reglas: “idoneidad acreditada por selección” (**ex ante**): a) Los aspirantes a cubrir los cargos del Ministerio Público creados por la presente, deberán acreditar ante el Consejo de la Magistratura, especialización en Derechos del Niño y amplio conocimiento del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos del Niño. (**ex post**) b) Especialidad perfeccionable por capacitación interna: Asimismo, la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia proveerá a los Miembros del Ministerio Público designados con la citada especialización, la capacitación que estimare conveniente.

Es decir, la especialidad como idoneidad acreditada (*ex ante*), no es fungible por alguien que no haya pasado por el proceso de selección especial (por ejemplo un Fiscal ordinario). La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 40.3 exige analizar la idea de “especialidad o especificidad”, no como un aspecto “de hecho” (posee o no tal capacidad), sino como “un elemento normativo” de la actividad fundante de los actos jurídicos que tienen consecuencias sobre el particular sujeto de tutela: el niño/joven.⁵ El proceso de

5 Aquí advierto un problema: La mayoría de los funcionarios que ingresaron como magistrados a partir de 2008, tras un concurso llevado a cabo en el Consejo de la Magistratura Provincial, son provenientes del Fuero Penal de Adultos, o del viejo sistema de Tribunal de

capacitación (ex post) y de adquisición de la aptitud se perfecciona por una política interna de los órganos superiores (ver art 91: “*La Suprema Corte de Justicia deberá proveer la capacitación permanente y especializada, a Magistrados y al personal mencionado en el artículo anterior, adecuada a sus nuevas funciones*”).

Principio de jurisdicción especializada y no fungible-sustituible (la subrogancia del sistema de adultos como trampa al sistema penal juvenil)

El art 29 establece, en concordancia con el art 1 ya visto: “*El Juez de Garantías del Joven tendrá la misma competencia asignada por el artículo 23 de la ley n° 11922 -Código Procesal Penal- y modificatorias, con la especificidad de serlo respecto de niños.*” Esto ha llevado a un aprovechamiento en el que los jueces intervienen (sistemáticamente) subrogando a Tribunales del Crimen de adultos, que están acefalos o vacantes, etc. El art 27 establece una regla interesante: “*El Tribunal Penal de la Responsabilidad Penal Juvenil... estará constituido por tres (3) Jueces de la Responsabilidad Penal Juvenil del respectivo departamento judicial. En los departamentos judiciales en los que no pueda conformarse el Tribunal por no haber tres (3) Jueces de la Responsabilidad Penal Juvenil, el mismo se integrará con el Juez de Garantías del Joven que no hubiese intervenido en el proceso. En aquellos departamentos judiciales donde funcione sólo un (1) Juez Penal de la Responsabilidad Penal Juvenil, el Tribunal será presidido por éste e integrado por Jueces de la Responsabilidad Penal Juvenil de otros departamentos judiciales, los que serán predeterminados por sorteo al comienzo de cada año por la Suprema Corte de Justicia (...)*”.

Aquí ha ocurrido la mayor violación al principio de especialidad en la Provincia, dado que no se han cubierto todas las vacantes aún, o bien alguno de los jueces está recusado o con licencia. La Suprema Corte de Justicia de la

Provincia de Buenos Aires ha obliterado el artículo por la Acordada n° 1216 que establece en el artículo 1 inciso c: *“En los casos en que no hubiere número suficiente u operadas las sucesivas sustituciones persistiera el impedimento, se recurrirá por sorteo a los Jueces de primera instancia del fuero penal que no se encuentren en turno al momento de la desinsaculación”* y en el inciso “d” se dispone que *“En los casos excepcionales en que persista el impedimento, se acudirá a los magistrados que conforman la siguiente lista y en el siguiente orden: Jueces de primera o única instancia de los fueros Contencioso Administrativo, Laboral, Civil y Comercial y Familia. Los magistrados no serán convocados a integrar los Juzgados en una nueva causa, hasta tanto se agote la totalidad de los Jueces que integran la lista”*.

Ningún artículo de la ley 13634 ha contemplado una subrogancia como la que la Suprema Corte aquí ha previsto. De modo que el artículo 1 inc “c” y “d”, de la Acordada n° 1216 al pretender reglamentar los mecanismos de composición e integración del Tribunal de Juicio, permite realizar reemplazos con jueces no especializados no previstos por el legislador, cercenando -de ese modo- el derecho que tiene todo niño/joven al que se le imputa un delito, a ser juzgado por una jurisdicción especializada en niños/adolescentes. Decimos entonces que la reglamentación dictada por la Suprema Corte Provincial, si acaso es una potestad constitucional,⁶ la misma restringe derechos y garantías, que la propia ley de

6 Entiendo -en primer lugar- que la SCBA carece de potestades legislativas o reglamentarias propias del Ejecutivo provincial, para reglamentar una norma como lo es la ley 13634. En efecto, el art. 161 de la Constitución Provincial no contempla una atribución como la que la Suprema Corte se arroga, en tanto si bien sí puede reglamentar aspectos que hacen a su propia Administración de Justicia (subrogancias por ej.), no puede ni podría extenderse hacia aspectos que la ley no ha previsto. De modo que la reglamentación, que en el caso que se trae pretende reformular y rellenar vacíos de la propia ley 13634 (a mi entender no son vacíos, pues el art 27 de la ley 13634 explica completamente el sistema de subrogancias), implica la auto-atribución de facultades que la Constitución Provincial le ha otorgado solo al Poder Legislativo (arts. 103 a 112); o bien como Potestad reglamentaria al Ejecutivo (arts. 144 a 146). En segundo lugar, aún cuando se considere que se trata de una facultad reglamentaria de la Suprema Corte, la misma no podría desnaturalizar el sentido de la propia ley 13634 y el mecanismo de subrogancias que esta ha previsto, y el especial énfasis dado al principio de “especialidad” o “especificidad” de la jurisdicción.-

fondo no ha previsto (el artículo 28 de la Constitución Nacional dispone que los derechos “no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”). Entiendo que no existen razones legales que justifiquen por medio de la Acordada n° 1216 se contraría el sentido de aquello que el legislador ha previsto en el art 27 de la ley 13634, el cual resulta en perfecta armonía con el mandato previsto en el art 40 parr 3 de la CIDN que obliga a mantener la garantía de una jurisdicción especializada.

Los jueces de garantías del joven no se subrogan entre sí tal como lo establece el art 27 ley 13634 primera parte, a la hora de conformar Tribunales de Juicio. Lo hacen obliterando el sentido de la ley, siguiendo pautas prácticas de subrogancia establecidas por la Suprema Corte.

El art 27 de la ley 13634 establece que aún en el caso de no poderse cubrir la vacante con un juez especializado del mismo departamento, debería integrarse con un juez especializado de otro departamento, tal como lo indica el art 27 segunda parte. De allí que la Ac. n° 1216 SCBA en su art. 1 incs. “c” y “d”, vulnere el espíritu de aquello que el legislador ha receptado en el art 27 citado, que no es otra cosa que la idea de “preservar la especialidad del juzgador” conforme al art 40 parr 3° de la CIDN. Ninguna razón constitucional justifica la integración de Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil con magistrados proveniente de la Justicia de Adultos, acostumbrado a pautas y/o trato vinculado a un modelo distinto de juzgamiento.⁷

7 Nada justifica que no se hayan previsto estas situaciones conflictivas y se pretenda cercenar derechos de los jóvenes (la especialidad del magistrado que lo va a juzgar), porque acaso no existen en el departamento judicial lista de conjueces especializados subrogantes; o bien porque no se llenan las vacantes con jueces especializados de otros departamentos tal como prevé en su última parte el art 37 de la ley 13634. La situación descrita resulta injusta en la práctica y ha llevado a que las Defensorías Penales Juveniles de este Departamento Judicial de La Plata, con fecha 27/10/09 hayamos elevado nota al Defensor Gral Deptal y a la Sra. Procuradora de la Corte, esbozando la preocupación respecto a designaciones de Jueces de Adultos para juzgar a niños: “... Tenemos el agrado de dirigimos a Ud. a fin de solicitar eleve la presente propuesta a la Sra. Procuradora General de la Suprema Corte de Justicia para que se incorpore al Departamento Judicial de La Plata en el sorteo para la integración de los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, de acuerdo con las previsiones del art.27 de la Ley 13.634 (...) Tal vez por omisión involuntaria no se ha incorporado a este Departamento

Muchos defensores hemos tratado de impugnar estas conformaciones recusando a los jueces del fuero de adultos, con fundamento en el art 27 ley 13634. Muchos de esos jueces se han opuesto invocando la Acordada 1216 ya citada. Ocurren dos cuestiones: a) no hay causal de recusación motivada en la falta de especialidad (art 47 ley 13634), de allí que agotado el doble conforme no se abra la tercer instancia toda vez que se entendiente que la sentencia no es

Judicial en el sorteo previsto por Resolución N°1214/08 de la Suprema Corte de Justicia. (...) En ese marco, la Presidencia de la Excm. Cámara de Apelación y Garantías de La Plata ha integrado Tribunales con Jueces no especializados. Así en causa N°1425/2009, de trámite por ante el Juzgado de Responsabilidad N°2. (...) La integración no especializada vulnera los principios de especialidad del Fuero y el del Juez Natural previstos en los arts.18 y 75 inc.22 de la C.N. por su remisión al art.40 inc.3) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 18 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 27 de la Ley 13.634 y 1° del C.P.P.. Es contraria, también a las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (reglas 1.6 y 6). Ellas constituyen norma interpretativa de la normativa específica del Fuero en nuestra Provincia a partir de la disposición del art.10 de la Ley 13.298. (...) Por otro lado, vulnera el principio de igualdad ante la Ley (arts.16 de la C.N. Y II de la Constitución Provincial). En efecto, otros Departamentos Judiciales que cuentan con dos Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil integran los Tribunales Juveniles con pares de otra jurisdicción (Ejemplo: Quilmes), y aún los que sólo cuentan con un único Juez Juvenil, se integran con otros departamentos hasta conformar el Tribunal (Ej.: Dolores). Así los jóvenes del Departamento Judicial de La Plata se encuentran en situación de discriminación respecto de los que habitan en los restantes departamentos judiciales (...) Entendemos que resulta adecuado, por los motivos señalados, requerir a la Suprema Corte de Justicia que incorpore Departamento Judicial de La Plata en los sorteos previstos en la Resolución N°1214/08 y las subsiguientes referidas a idéntica cuestión, y que disponga que aquellas causas en las que se hubiera designado Jueces no especializados y no se hubiera realizado aún audiencia de debate se disponga una nueva integración bajo las pautas propuestas (...). Si bien hasta el momento la Procuración Bonaerense no se ha expedido al respecto, por Resol. N° 862/09 del 21 de Diciembre de 2009, se ha dicho: "... el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil se caracterizan por su especialización y especificidad, conforme lo expresamente normado por los arts. 23, 24, 31 y ccs. de la ley 13634, disposiciones que reparan en las especiales características del individuo involucrado en causas de esa naturaleza y las particulares limitaciones que en estos casos rigen respecto de una eventual respuesta punitiva. Esta Procuración General ha destacado, desde el dictamen emitido en P. 93.713 "Amoroso" el 19/7/2006, la trascendencia que asumen los principios de idoneidad y especialidad en el diseño de políticas legislativas o institucionales en materia de infancia, principios que también habrán de regir la implementación de aquellas políticas siguiendo los lineamientos trazados en los arts. 40 y 41 de la Convención de los derechos del Niño..." . Es claro que el criterio de conformar Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil con jueces que provienen de la Justicia de Adultos conculca derechos. A esta altura, a dos años de la implementación del Fuero penal Juvenil, las meras razones de gestión no deben ser atendidas para excepcionar garantías y derechos. En tal sentido, la Acordada n° 1216 de la SCBA resulta contraria al principio de especialidad receptado por la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que resulta inconstitucional.

equiparable a definitiva; b) agotado el doble conforme, el juicio se lleva a cabo y la impugnación termina siendo en la apelación de la sentencia definitiva; con lo cual, la cuestión termina quedando abstracta y de tratamiento inoficioso. Y esto nos lleva al punto siguiente.

El doble conforme no especializado

Hemos visto que, conforme a la normativa internacional existe un estándar internacional o pauta hermenéutica que deviene de la CIDN y que ha sido interpretado en la necesidad de crear un Fuero Minoril “en un sentido amplio”, sin restricciones que impliquen forzar el concepto de jurisdicción minoril, solo a una primera instancia, sin tener en cuenta la posibilidad de asignarle a la segunda instancia el logro de una competencia especial.

Nace la necesidad de pensar un derecho de niños y jóvenes a obtener un doble conforme especializado integral, como parte de una misma jurisdicción especializada (de revisión amplia) en la temática minoril, conformada por Salas de las Cámaras Penales Departamentales, creadas a tales efectos.

El Comité de los Derechos del Niños, en la Observación General n° 10 (punto 60), ha sostenido que el derecho de apelación (establecido en el artículo 40.2.b. de la CIDN, implica que:

“... El niño tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia...”

A mi entender, siguiendo las ideas del Comité de Derechos del Niño, no puede satisfacer las mismas normas y requisitos que el que conoció el caso en primera instancia, si acaso, no se tratara de un funcionario capacitado y especializado, conforme establece el principio de especialidad del art 40 parr 3°

de la CIDN, y quien ha cumplido con los requisitos establecidos por los arts 24, 25 de la ley local 13634.-

En el fuero Penal Juvenil Provincial, se violenta la garantía de doble conforme especializado, pues los magistrados que componen las Salas de la Cámara Penal y de Garantías revisan los actos del Sistema Penal Juvenil, sin tener la capacitación ni la formación necesaria; a la vez que sin haber rendido los exámenes correspondientes a la especialidad que sí han rendido ante el Consejo de la Magistratura los que hemos sido designados conforme los arts. 24, 27, 29 ley 13634. La consecuencia es un sistema de alta disparidad de criterios, y con el riesgo de inobservancia permanente de la Convención sobre los Derechos del Niño. O bien, la asimilación lenta del Sistema Penal Juvenil a los criterios establecidos en la jurisprudencia de las Salas de las Cámaras Penales para adultos.

No se trata de una cuestión “de hecho” analizar en cada caso si tal juez de Cámara tenía o no preparación en la temática minoril. Es una cuestión formal y constitucional (de idoneidad en la materia probada ante el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires), que los magistrados que revisan aspectos de especial tratamiento y trato ante niños infractores, lo hagan con la misma (o mejor) capacidad formal y constitucional que los que sí hemos pasado por dicho proceso de designación (art 24 ley 13634). Pues resulta ilógico y carente de fundamentos que la especialidad que preserva la manda del art 40.3 CIDN haya sido consagrada hacia una tutela jurisdiccional restringida (hacia la primer instancia), dejando de lado una tutela amplia (sobre una primera y segunda instancia).⁸

8 La existencia de un proyecto de reforma de la ley 13.634 bajo el tramite legislativo D2778/10-11 por ante la H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, demuestran que el planteo aquí realizado no es dogmático, sino real, viable y concreto. Dicho proyecto se enmarca en la problemática que aquí se trata y denuncia, creando Salas Penales Juveniles en todas las Cámaras Penales de los Departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires.

COLOFÓN

La ausencia o el bastardeo de la especialidad o especificidad hacia dentro de un nuevo Sistema Penal Juvenil creado desde 2008 en la provincia de Buenos Aires conlleva a una subordinación de ese sistema normativo institucional a los sistemas de rutinas y practicas institucionales del Sistema Procesal Penal de Adultos que tiene más de diez años (ley 11.922, vigente desde 1998).

Hasta aquí entiendo que puede vislumbrarse un tipo de especialidad robusta o débil, según sea la inserción institucional de la “especialidad” como plus de derechos y capacidad de (mejorar) trato, proyectados hacia un sistema autónomo, no residual o satelital.

En la Provincia de Buenos Aires, estaremos ante una especialidad restrictiva y material, como contracara de lo que puede ser una especialidad robusta y garantista, hasta tanto no se brinde una política criminal y procesal que asegure un escenario (autónomo) de nueva institucionalidad formalmente capacitada y seleccionada, cuya calidad se asiente en una verdadera jurisdicción especial (en un sentido amplio), frente a niños y adolescentes infractores.

La utilización automática de prisiones preventivas, la aplicación de penas exorbitantes, el hacinamiento en lugares de detención, la detención policial sin control judicial inmediato, entre otras cuestiones, son datos o ejemplos que evidencian un sistema penal juvenil (ley 13634) reflejo a las características (abusivas) del sistema (actual) de adultos (ley 11922). La tendencia a la réplica en las prácticas abusivas, da cuenta de cierta convivencia-connivencia entre una doble tradición de pauta: la tutelar y la procesal de los adultos.

La proyección efectiva de una especialidad garantista y sustantiva como política criminal-procesal hacia niños-adolescentes, es la que podría quebrar la tendencia que se observa.