



UN FUERO “ESPECIAL”

Dilemas y paradojas de la especialidad en el fuero de responsabilidad penal juvenil de la provincia de Buenos Aires¹

Por **Ernesto E. Domenech**²

Tal como se desprende del título, la preocupación que motoriza el texto es pensar en la especialidad disciplinaria e institucional en materia de derechos del niño. Ello obedece a que se trata de una conferencia del autor en el marco de las “Primeras Jornadas Provinciales del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil”, un encuentro organizado por funcionarios y operadores de este Nuevo fuero a fin de analizar su funcionamiento transcurridos 8 años de su implementación. El Dr. Domenech revisa la normativa anterior: cuándo y por qué entró en juego lo específico; de qué especificidad se trataba y a cuál se hace referencia hoy, sobre todo en procesos jurisdiccionales y con la consagración de la figura del abogado del niño. Se plantea una mirada que interroga sobre los límites, las prácticas y las relaciones con intervenciones de otras disciplinas.

Intuía que nadie podrá comunicarse verdaderamente mediante las palabras. La verdad está en lo secreto y lo secreto es lo no dicho

Héctor Tizón. La belleza del mundo

1. Patronato y Especialidad

Quienes propiciaron la hoy derogada ley del Patronato, dejaron pendiente la institución de un fuero especial para los menores de edad.

¹ Texto de la conferencia dada en las “Primeras Jornadas Provinciales del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil” realizadas el jueves 11 y viernes 12 de septiembre de 2014, en la ciudad de Tandil. Agradezco la colaboración amable de la **Abog. Celeste Leonardi** del IDN, FCJyS, UNLP.

² Director del Instituto de Derechos del Niño, FCJyS, UNLP.



Reclamaban entonces la institución del Juez de Menores que completaría las innovaciones que se realizaban al Código Civil con la Patria Potestad, con la ley Agote (hoy demonizada y derogada) y poco más tarde al Código penal con la sanción del Código Penal de 1922.

Era un reclamo que exigía un Juez concebido al modo de un gran Padre que pudiese morigerar las falencias de los padres reales en el cuidado o la corrección de los niños, de los “menores”.

¿Qué se debía exigir a este nuevo gran padre? Esta pregunta fue un motivo de debate cuando se sancionó, con gran acuerdo político, la ley provincial 4664 en la Provincia de Buenos Aires, la pionera en la creación de un fuero para “menores”.

¿En qué debía consistir su especialidad, sus rasgos distintivos? ¿Debía ser abogado? Tal vez de un modo más prosaico ¿cuánto debía cobrar? Todas estas preguntas atravesaron los debates parlamentarios de esa ley.

La ley 4664 se limitó a exigir que fuese casado. No que fuese padre, sino que fuese casado, en tiempos en que el divorcio vincular sencillamente no existía y los padres separados sufrían cierto estigma social. Y se decidió equipararlo económicamente a los demás jueces.

Sin embargo se dotó a este padre de grandes facultades, de un nombre curioso, y de una tríada de saberes indispensables.

Las facultades que poseía lo convertían en un juez capaz de atravesar todos los fueros existentes. El fuero penal, el civil, el laboral, el contravencional, el administrativo. El nombre era curioso, pues a un juez unipersonal se lo llamó Tribunal de Menores. Era un Juez uno y trino como el Dios del Catecismo. Un juez



omnipotente, omnisciente, capaz de verlo y poderlo todo pero sujeto por un sin fin de lazos minúsculos que anidaban en las entrañas de otros poderes del Estado cuyos nombres fueron cambiando con el tiempo. Dirección de Menores, en los años 70, Secretaría de Niñez y Adolescencia hoy.

Este nombre, “tribunal de menores” cifraba la pluralidad de saberes indispensables que debían preceder a las decisiones que adoptase el Juez de Menores: el saber médico y el saber social debían convivir con el saber jurídico. Sin ellos era inconcebible cualquier tipo de decisión judicial, que no se podía adoptar sin el informe de ambiente y el informe médico.

El saber jurídico poseía ojos y oídos de otras disciplinas. Algunas con significativa trayectoria, como la medicina, otras incipientes como el saber que merodeaba a los visitantes o inspectores del Tribunal. Tiempo después, cuando la ley 4664 fue reemplazada por el decreto- ley 10.067, se incorporó el saber de los psicólogos.

La omnicompetencia del Juez ponía en evidencia que la infancia era una categoría capaz de atravesar todas las especialidades de las leyes y los saberes jurídicos de las academias de derecho. El derecho civil (todo), el derecho penal (todo), el derecho procesal, el derecho laboral, el derecho contravencional y hasta el derecho administrativo o constitucional poseían como protagonistas a los niños (menores o no). En este sentido el Juez Tribunal de Menores era competente para resolver cuestiones de los mayores. Desde las vinculadas con la patria potestad, hasta las relacionadas con las contravenciones que perjudicaran a niños.

Esta evidencia aún se mantiene. La infancia, la niñez no se inscribe en una única disciplina, jurídica o no jurídica, pero invita a las especialidades a relacionarse, a vincularse entre ellas. Pues estos vínculos, estas relaciones, pueden arrojar luces a ideas que la parcelación de los saberes de la infancia oculta.



La definición de niño tiene jerarquía constitucional a través de la CDN. Pero las clases de niños, las distintas minorías de edad, y sus capacidades civiles se encuentran en el Código Civil, como la estructura de la o las familias, y el régimen de la patria potestad o de la tutela. Más todavía hoy deberíamos reflexionar seriamente en torno al niño como consumidor, no sólo porque lo es y se estudia en el marketing de muy diverso tipo de empresas, sino porque se ha desarrollado el derecho del consumidor con leyes especiales, y los cursos y seminarios que suelen acompañarlas³.

El régimen penal de la infancia infractora y la consideración del niño como víctima de delitos se encuentran en el Código Penal y en la legislación que lo complementa, aunque no abundan los estudios de la parte especial o de la parte general asociados al niño víctima.

El vínculo del niño con la escuela y con la salud está atravesado por la complejidad casi insondable del derecho administrativo y no son pocas las disputas vinculadas a la relación del niño con aquellas. Y la prohibición del trabajo infantil (y la regulación del trabajo adolescente) se liga a la legislación laboral.

También la muy variada gama de procesos tiene como protagonista al niño. El niño como víctima y testigo en la legislación procesal penal, el niño como objeto de protección en el fuero contencioso administrativo cuando se reclama al estado, y el niño cuando reclama a particulares o es objeto de disputas familiares, en el derecho

³ En este sentido el Comité de los Derechos del Niño se ha expedido sobre este tema en la Observación General Nº 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. El párrafo 62 dice: *“Para cumplir su obligación de adoptar medidas para velar por que las empresas respeten los derechos del niño, los Estados deben exigir a las empresas que procedan con la diligencia debida en lo que respecta a los derechos del niño. Esto garantizará que las empresas identifiquen, prevengan y mitiguen el impacto de sus operaciones en los derechos del niño, por ejemplo en sus relaciones comerciales y en las operaciones mundiales . Cuando exista un riesgo elevado de que una empresa se vea involucrada en violaciones de los derechos del niño debido a la naturaleza de sus operaciones o su ámbito de funcionamiento, los Estados deben exigir un proceso más estricto de diligencia debida y un sistema eficaz de vigilancia”*. (CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013).



procesal civil. Es más: algunas categorías de jóvenes pueden ser protagonistas en la legislación contravencional, pues el joven hoy habilitado para conducir automotores 'puede ser infractor de las leyes del tránsito de vehículos.

2. Especialidad y fuero de responsabilidad penal juvenil

El niño como infractor de leyes penales encuentra, para algunos delitos⁴, el fuero de responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires. A cuyos magistrados se les exige especialidad.

Una especialidad curiosa, paradójica, imprecisa e insuficiente

Claro que se trata de una especialidad curiosa, paradójica, imprecisa e insuficiente. ¿Por qué es curiosa y paradójica? Porque se exige a los magistrados y miembros del ministerio público⁵ de la primera instancia del fuero de responsabilidad penal juvenil⁶, pero no a los magistrados de las instancias superiores. Ni la Fiscalía General,⁷ ni las Cámaras de Apelación, ni las Cortes poseen especialidad. Y no podía, en el caso de las Cortes, ser de otro modo. Exigir esta especialidad a los miembros de las Cortes hubiese requerido una reforma constitucional, nada más y nada menos. Otras razones también controvierten esta especialidad como una entidad nueva: los jueces de menores del "paradigma del patronato" continuaron en la actualidad como jueces de responsabilidad penal juvenil o jueces de garantías del joven⁸, los fiscales del proceso penal juvenil son también los fiscales de los adultos involucrados en hechos cometidos con niños y los defensores particulares no necesitan especialidad alguna.

⁴ Ya que no todos los delitos son imputables a los jóvenes (tal es el caso de los de acción privada o los que tienen penas inferiores a dos años de prisión).

⁵ La ley para nada alude a los abogados defensores privados del niño, pero si se aplican en forma supletoria las disposiciones del C.P.P. Entonces el joven tiene derecho a nombrar defensor.

⁶ La ley nada dice en relación a los jueces de familia

⁷ La Fiscalía General interviene en los reclamos de las víctimas cuando se oponen a las decisiones de los fiscales en relación al no inicio de actuaciones o desistimiento de las iniciadas y para la asignación de un fiscal no especializado en causas seguidas a niños y mayores. Ley 13.634 arts. 41 y 66

⁸ Ley 13.634 art. 89. Sin embargo se le impuso a la SCBA brindarles una capacitación permanente y actualizada una exigencia que no se vislumbra en ninguno de los restantes jueces de la Provincia. Sobre todo porque la actualización los comprende a todos.



Además la reglamentación de la subrogación de magistrados en caso de ausencia de jueces de la especialidad, prevé la integración con jueces que provienen del cuerpo de magistrados suplentes y del ámbito penal.⁹ Es que, por otra parte el Código de Procedimiento Penal, es aplicable en forma supletoria al proceso penal de los jóvenes infractores, y al igual que el Código de Procedimiento Civil y Comercial¹⁰. La especialidad también se ve puesta en jaque cuando jueces especialistas deben intervenir en causas y acciones que no son de su especialidad como los amparos.¹¹

Por otra parte es una especialidad también paradójica por otras razones. Como hemos visto el niño es protagonista de muchos otros procesos en la Provincia de Buenos Aires, y en todos estos fueros que también deben escuchar al niño, que deben dimensionar su palabra, que toman decisiones sobre su futuro y en las instituciones que debieran protegerlo, se deben aplicar las prescripciones de la CDN pero no se les exige a quienes en ellos se desempeñan especialidad alguna. Más aún: algunos de estos magistrados poseen estrictas funciones en relación a la infancia como los Asesores de Menores.

Estas paradojas ponen en tela de juicio el significado mismo de la especialidad.

¿En qué consiste esta especialidad?

⁹ Ver resoluciones de la SCBA 1216 modificada por la 2467. En 2013, se cuestionó la constitucionalidad de dicha resolución por afectar el principio de especialización consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. La SCJBA sostuvo que la resolución 1216 fue creada al amparo de las atribuciones conferidas a la Suprema Corte por los arts. 164 de la Constitución de la Provincia y 32 de la ley 5827 Orgánica del Poder Judicial y agregó que: *"en aras de garantizar la tutela judicial continua y efectiva y procurando la mayor eficacia en la prestación del servicio de justicia, de conformidad con el art. 15 de la Constitución de la Provincia - y frente a la inminente puesta en marcha del fuero-, era necesario establecer un sistema que previera el reemplazo de los jueces para casos excepcionales."* (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. "S., E.M. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 16.338. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- La Plata", Causa P. 113.673, sentencia de 18 de diciembre de 2013).

¹⁰ Ley 13.634 art. 1

¹¹ La reglamentación de la especialidad en los amparos es exactamente la opuesta a la del fuero de infancia pues en la regulación de los amparos cualquier juez puede intervenir esté la acción relacionada o no con temáticas de su especialidad, en cambio la Cámara de Apelaciones es la del fuero contencioso administrativo.



Ahora bien ¿en qué consiste esta paradojal especialidad?

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 40 inciso 3 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 hayan infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. Asimismo, las Reglas de Beijing en la Regla 2.3 indican que: “*En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores...*”¹². Entonces, de acuerdo con la normativa internacional el principio de especialidad exige leyes, procedimientos e instituciones específicas para niños, además de la capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil¹³.

En el ámbito local, la *especialidad puede ser rastreada en la ley 13.634*, en el C.P. P. y en la ley que regula la intervención del “abogado del niño” en la Provincia de Buenos Aires, sin perjuicio de la que puede descubrirse en la ley 26.061 y en las reglas de Beijing.

Una pauta puede encontrarse en el art. 24 de la ley 13.634 en tanto exige a los aspirantes a cargos del Ministerio Público acreditación ante el Consejo de la Magistratura de conocimiento sobre Derechos del niño y del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos del niño.

¹² Ver Regla 2.3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

¹³ El principio de especialidad también se encuentra regulado en: las Directrices de Riad (Directriz 52) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.5)



Una disposición curiosa no sólo porque se limita a los “aspirantes” a cargos del Ministerio Público, sino porque pareciese limitarse al conocimiento sobre Derechos del Niño y el Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos del niño. Una limitación incomprensible pues se omite la capacitación para la escucha del niño y de otras disciplinas, cuando tanto en los procesos de familia, como en el ámbito penal se mantienen y crean Cuerpos Técnicos auxiliares interdisciplinarios. Además es necesario que estos operadores cuenten con un cabal conocimiento de normas penales y del procedimiento penal de adultos que integran también el conjunto normativo de la responsabilidad penal juvenil.

Por otra parte ¿De qué serviría conocer normas sin conocer aunque sea rudimentariamente las disciplinas de estos cuerpos auxiliares, y sin conocer cómo se expresan los niños, y como deben interpretarse sus palabras o sus actos?¹⁴ Es decir el valor de sus palabras y de su interés superior¹⁵. No es posible soslayar que el proceso de menores, según lo llama las Reglas de Beijing, implica un ambiente tal que permita la expresión libre de la opinión del niño y de “comprensión”. Ahora bien ¿Cómo se podría actuar con “comprensión” si se desconoce que un niño cuando infringe una ley penal habla con ese acto, aunque calle en el proceso, sea por sí o por consejo de su defensor?

¹⁴ La CDN al valorar la palabra del niño, la escucha del niño, su capacidad para dar un opinión valiosa, y al privilegiar el “interés superior del niño” permite atisbar habilidades indispensables no sólo en los magistrados de un fuero específico, sino en todo tipo de autoridades que deba enfrentar cuestiones con la infancia. Estas habilidades deberían relacionarse con el saber entrevistar y escuchar al niño, conocimientos operativos sobre las situaciones que puedan condicionar us palabra y un adecuada formación que permita dar alguna significación a la expresión “interés superior” del niño, una expresión que debería ser explorada de la mano de la Convención de Viena antes que de la ley 26.061.

¹⁵ La Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial dice en su párrafo 44: “Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5). El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad . Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión”. Comité de los Derechos del Niño.



Por otra parte la capacitación normativa posee dificultades cuando las leyes que regulan la responsabilidad penal de un niño o un joven son mutantes e inconsistentes como ocurre en el ámbito de los derechos del niño en la Provincia de Buenos Aires. ¹⁶Tal es el caso, por ejemplo, de las severas inconsistencias de la reglamentación local sobre el régimen de responsabilidad penal juvenil y la ley 22.278, cuya constitucionalidad no ha objetado la CSJN¹⁷,

O las objeciones de constitucionalidad que se le puedan formular a la ley 22.278 o la inconsistencia entre las leyes de ejecución de las penas nacional y provincial entre sí y eventualmente con las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

A estas dificultades debe añadirse la proliferación de interpretaciones discrepantes del alcance de estas reglas, tanto en las decisiones judiciales como en la Doctrina.

Es curioso, además, que esta “especialidad estrictamente normativa” desconozca, o no se haga cargo de los propósitos de la especialización que se enuncian en el art. 6.3 de las Reglas de Beijing para la Justicia de Menores.

Este artículo al referirse a la necesidad de que exista “un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales” en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de la justicia de menores, y de que quienes las deban ejercer posean competencia prescribe *“Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”*. Por otra parte la

¹⁶ Estas inconsistencias producen una verdadera “anomia legislativa”, que se ve incrementada con los fenómenos de “inflación legislativa” en el país, consecuencias todas que implican un significativo descrédito en la ley, en general, y en la ley como instrumento de cambio.

¹⁷ Ver Caso “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia del 2 de diciembre de 2008.



existencia de facultades discrecionales se funda en “las diversas necesidades especiales de los menores”, así como la “diversidad de medidas disponibles.”

De este modo un conocimiento meramente normativo no satisface más que parcialmente la capacitación y especialidad de un operador de la justicia “de menores”, pues es menester que conozca cabalmente las necesidades de los niños, y posea como virtud la actuación juiciosa y de acuerdo a funciones y mandatos, es decir pueda operar con respeto a ciertos límites que enmarcan la “prudencia”¹⁸ al actuar.

El conocimiento de las necesidades de niños y jóvenes, el significado de sus palabras y de sus modos de actuar, de ninguna manera proviene de las especulaciones jurídicas. Requiere otros saberes por parte de los operadores que, al menos, les encuadren la ignorancia propia y la necesidad de recurrir a otras personas para enmendar estos límites.

En las leyes del patronato, eran los saberes indispensables los que podían orientar el sentido de la especialidad. Pero ¿qué saberes son ineludibles en los procesos penales de hoy? La respuesta inquieta: ninguno. Ni la información del ambiente del niño, ni la relacionada con su historia personal o sus condiciones psíquicas y familiares son contemporáneamente necesarios. ¿Será esta desinformación un logro? ¿O acaso un espejo de la misma carencia de los procesos de adultos? Procesos sin historias, ni biografías ¿no hacen de las ilegalidades meras abstracciones?

En la legislación procesal penal de adultos se alude a algún tipo de especialidad cuando se regula el testimonio del niño víctima de abuso sexual infantil en el art. 102 bis, pero se alude a la especialidad de profesionales no abogados en maltrato infantil

¹⁸ La prudencia al actuar es un Virtud que, criterio de Manuel Atienza es indispensable en los jueces. Ver Atienza, Manuel. Virtudes Judiciales. Ed. Fontamara. México: 2004.



o en abuso sexual infantil, una tarea que con frecuencia se encarga nada más y nada menos que a los Cuerpos Técnicos Auxiliares del Fuero de responsabilidad penal juvenil.

Es razonable, de este modo, que quien debe valorar estos testimonios no esté exento de las dificultades y vicisitudes que presentan. Y cuando los imputados sean jóvenes menores de 18 años serán los jueces de responsabilidad penal juvenil los que deberán enfrentarlas.

En la reglamentación del “abogado del niño” también se alude a la especialidad, tanto en la legislación local, como en la ley 26.061, aunque con matices diferentes.

El art. 2 de la ley 14.568 de la Provincia establece que *“La asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño.”*

En cambio el art. 27 de la ley 26.061 indica como derecho de un niño el *“Ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia”*

Como puede advertirse en tanto la ley local menciona un criterio de intervención con fundamento interdisciplinario este requerimiento no aparece en la ley 26.061, que se limita a exigir una especialización sin mayores definiciones.

Y esta ausencia de formación interdisciplinaria en el fuero de responsabilidad penal juvenil instala no pocas preocupaciones. ¿Pues debe entenderse que un defensor de Niños debe comportarse como uno de adultos? O Fiscal de niños, debe homologarse al Fiscal de adultos? En especial cuando el acuerdo del niño cobra relevancia crucial como en los juicios abreviados ¿con qué conocimientos o



habilidades se escucha al niño, se asigna valor a su palabra o se defiende su “interés superior”?

La respuesta a todos estos interrogantes no puede obviar ciertas ideas y ciertos supuestos que atraviesan las discusiones en torno a la innovación legal en el fuero de infancia.

Se ha afirmado la importancia de concebir al niño como sujeto de derechos, del mismo modo como los adultos lo son. De dejar de considerarlos incapaces, menores.

Pero ¿implica esta imagen que el niño deba ser igualado al adulto? ¿Que le deban ser aplicadas exactamente las mismas reglas?

No pareciese este un camino saludable.

Si los niños fuesen exactamente iguales a los adultos, entonces estos extraviarían su responsabilidad sobre los niños. Asimilar por completo el niño al adulto es lisa y llanamente negar a la infancia.¹⁹

E ignorar la infancia implica ignorar que es el adulto y las redes de adultos, los que contienen los que sujetan al niño, los que lo van configurando persona. Eligen su nombre y lo emplazan en una red familiar, lo “socializan” y educan. Lo contienen y lo limitan. Un niño sin todas estas redes de contención sería un niño abandonado a su suerte, no un sujeto de derechos y por cierto de obligaciones. Porque en ese proceso de socialización el niño descubre al Otro, vislumbra la importancia de relacionarse con él y de respetarlo, y encuentra los límites y las fronteras de ese encuentro, como cuando juega. Porque el juego implica reglas, respetos y

¹⁹ Sobre el tema es muy interesante la lectura de Justicia de Menores y Falacia Garantista de Osvaldo Agustín Marcon publicada en El Litoral el 27 de Agosto de 2014.



transgresiones, y si tiene derecho a jugar debe verse en este derecho no solamente la importancia del ocio, sino la importancia de hacer cosas respetando reglas, de encontrarse con otros y con reglas, con límites.

Por otro lado otro interrogante acucia a quien defiende la especialidad. ¿Es la especialidad la heroína indispensable de esta cruzada por los niños?

Volver la historia del Patronato arroja sorpresas. Curiosas sorpresas.

Mucho antes que se imaginase la CDN. Cuando el Patronato se presentaba como un paradigma triunfante e insustituible, hubo quienes atisbaron sus dificultades en especial en la Provincia de Buenos Aires.

No fueron, claro está, especialistas. Los especialistas defendían a capa y espada al Patronato. Fueron no especialistas. Fueron defensores de pobres y ausentes de un departamento del interior, del departamento judicial de Dolores los que cuestionaron el diseño del proceso penal de menores. Advirtieron que no era lo suficientemente bilateral y contradictorio y reclamaron su inconstitucionalidad. No invocaban más que las añosas reglas constitucionales. Nada más, pero nada menos. No tuvieron éxito alguno. Pero las invocaron.

La especialidad en la infancia fue en realidad un estorbo para cuestionar estos aspectos del Patronato y la fascinación por sus ideas y sus promesas un verdadero obstáculo para prevenir contra sus riesgos.

Debió pasar mucho tiempo para que en otro país, que jamás suscribió a la CDN, se declaren inconstitucionales las reglas penales que imaginaron los “salvadores del niño”. Este éxito lo lograron abogados sin especialidad alguna en los Estados Unidos



de Norteamérica²⁰. En ambos casos actuaron abogados sin más formación que la jurídica, del mismo modo que mucho más adelante en la Provincia, abogados emplearon (con éxito) habeas corpus para recurrir internaciones indebidas en plena vigencia de las leyes del Patronato.

Esta pequeña historia transnacional nos advierte claramente las fronteras de la especialidad. La especialidad permite ver muchas cosas. Pero obstaculiza ver otras tantas, en particular sus fronteras, sus límites. Y si en algo sirven las ideas con que Thomas Khun caracterizó a los Paradigmas es en poner en evidencia las batallas que las especialidades, los paradigmas presentan, para advertir sus límites, sus confines. Porque lo paradigmas “ven” nuevos problemas, o problemas viejos con nuevos ojos, o al menos con nuevas lentes. Pero, como toda teoría y toda lente, a la par que descubren un universo obturan otro. Instalan obstáculos.

Por cierto la especialidad abre muchas posibilidades, pero impide otras.

Una mirada por la situación contemporánea tal vez nos advierta sobre estas dificultades.

No está mal recapitular un poco la historia del Patronato. El Patronato se erigió contra la autoridad parental, en medio de un mundo poco globalizado, con Estados Nacionales sólidos, con una Modernidad pétrea, con Estados de Bienestar.

Las ideas de la CDN se han articulado en el país al menos de la mano de un quiebre de este Estado de Bienestar, en medio de una Modernidad licuada, inestables, mutante que alteraría las reglas del trabajo, de las estructuras familiares, de la educación. Los Institutos de Menores (una simplificación riesgosa) fueron vistos como cárceles para jóvenes privados de libertad, sin reparar en la multiplicidad de instituciones que se edificaron alrededor del Patronato. Para colmo la reivindicación

²⁰ Caso Kent vs. United States (1966), Caso Gault (sentencia 387 de 1967), Caso Winship (1970), entre otros.



de las familias, como un nuevo mecanismo de contener a los niños, tanto como de las ONGs. no demoraron en presentar sus dificultades, pues la crisis involucró a las familias mismas, a los roles parentales. El abuso sexual infantil intrafamiliar se denunció y evidenció como nunca antes.

La pérdida del mundo del trabajo socializó a los niños con adultos que no recibían más que ayudas estatales, y en pocas décadas crecieron las generaciones “ni ni”, de jóvenes que ni estudian ni trabajan. Las nuevas tecnologías pusieron formas nuevas a problemas viejos como el bullying, y trastocaron las formas de la representación política jaqueada también por la globalización económica. La violencia se constituyó en un común denominador de variantes diversas: violencia escolar, violencia familiar, maltrato infantil, violencia institucional.

Y hasta los expertos tan valorados fueron debatidos por los ciudadanos de a pié, dando lugar a nuevas categorías como la tiranía de los expertos.²¹ De modo entonces que hasta los especialistas y la especialidad han sido objeto de controversia y de reclamo, de la que no han permanecido indemnes los aparatos del estado y sus poderes, con los reclamos de lenguajes claros y transparencia.

Todas estas crisis, a las que se sumaron indicadores preocupantes de pobreza, mostraron un estado anómico incapaz de cuidar los niños y familias con muy pocos recursos como para convertirse en salvadores o educadores de ellos²².

Frente a estas situaciones, borrado como recurso el Juez de menores “salvador”, se echaron manos a otros recursos jurisdiccionales foráneos a la justicia penal juvenil. Típicos, por cierto de otras jurisdicciones. La acción de protección de personas en el fuero civil. El amparo en cualquier fuero en la provincia.

²¹ Sugiero la lectura de ¿Democratizar la democracia? Las nuevas formas del diálogo social. De Francois Graña

²² Al momento de escribir este trabajo me encuentro leyendo, por la gentileza de Mercedes Silvia Minicelli su libro *Infancias en estado de excepción, derechos del niño y psicoanálisis* altamente recomendable para discernir el impacto de la legalidad sobre los niños en el contexto de un Estado anómico, en un permanente estado de excepción con niños “sin ley” y “en banda”.



Pareciese entonces que la capacitación en procesos interdisciplinarios de intervención incluyendo las diversas especialidades jurídicas es una condición necesaria de la especialidad

Del mismo modo un conocimiento acabado de las formas de entrevistar a un niño, de determinar si está en condiciones de formarse un criterio autónomo conforme a su edad, y de ponderar cómo y de qué manera considerar el interés superior del niño, también devienen condiciones indispensables, pues las decisiones que adoptan Fiscales y Defensores de Niños no pueden quedar al margen de la consideración del interés superior del niño.

3. Prácticas y preguntas

Repasar las prácticas también es indispensable.

Veamos: los niños y los jóvenes no hablan sólo por lo que dicen o lo que callan, sino por lo que hacen. Las acciones de los niños y jóvenes son modos de expresarse. Cuando un niño o un joven transgrede reglas penales dice algo, confiese o no el hecho. ¿Cuál es el modo de escucharlo? El mero desarrollo ritual de un proceso?

Mi experiencia en los procesos penales me hace pensar que poco o casi nada entienden las personas sometidas a procesos de las estructuras laberínticas con que se los diseñen, que, transitadas con urgencia, con términos exiguos y fatales, son menos comprensibles aún. Una estudio interdisciplinario de lo que sucede con un niño y su familia sometido a un proceso penal arrojaría luz sobre estas dificultades.

La presencia del niño en las audiencias para analizar su prisión preventiva es necesaria, en el debate, en cambio, es relativa.



La palabra del joven es indispensable en los acuerdos de suspensión de juicio a prueba y en el juicio abreviado, acuerdos todos que exigen su consentimiento y su compromiso... sin embargo ¿Entiende el joven el contenido de estas audiencias? ¿Se da cuenta cabal de lo que en ellas sucede? Y si no se diese cuenta ¿qué valor tendría su presencia, o su aquiescencia para consentir medios alternativos de resolución de disputas?

Cuando se le dicta una sentencia ¿La comprende? Más todavía: cuando se escribe una sentencia ¿Se escribe para el que el niño la comprenda? Y si no se escribe para que el niño la comprenda, ¿se escribe una sentencia de lectura fácil para él?

Todas estas preguntas no las puedo responder, pero considero indispensable plantearlas, porque de nada vale recitar jugosos principios que sean ajenos por completo al joven.

La adecuada comunicación con el joven implica pensar con extremo cuidado, el diseño y forma de las audiencias, el lenguaje que empleamos en ellas, la forma de escribir las decisiones y las sentencias y la forma de comunicarlas, el modo de pensar los roles procesales y su significación²³. Recientemente la Corte Mejicana ha dado una lección en la materia al proponer modos de hacer sentencias de lectura fácil, comprensible para quien debe padecerla²⁴.

Muchas veces la parafernalia que conforman los lenguajes que hablamos en las instituciones y con los que redactamos expedientes, interlocutorios y sentencias, descalifican al joven como sujeto de derechos, porque le impiden comprender cabalmente lo que sucede. Hacen del joven o del niño, un verdadero señor K que recorre laberintos de palabras²⁵.

²³ ¿Deben las partes en estos procesos descalificarse, introducir chicanas, o dilatarlos de cualquier otro modo?

²⁴ Ver http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/17/actualidad/1382028542_197723.html

²⁵ Ver Kafka, Franz. El Proceso.



Imaginen ahora esas complejas y extensas audiencias para cumplir el art. 338 del C.P.P. Que en nombre de la especialidad llevan tanto tiempo y dinero en nuestra provincia ¿Qué valor poseen para un joven?

La mera igualación de derechos del niño con el adulto, con el agregado de algunos otros que mejoren su situación, no es significativa ni significativa si las prácticas desmienten el significado profundo que poseen. Y las prácticas necesitan ser escritas y pensadas, discutidas y modificadas. Ha existido a mi entender una excesiva creencia en la importancia fundacional de la nueva legislación de infancia, en desmedro de las prácticas que se establezcan.

La ausencia de garantías en el proceso de niños en los EUA (cuya constitución inspiró la nuestra y el sistema acusatorio) permitió la descalificación de un proceso contra niños sin la CDN, y fue también en los EUA donde nació la figura del abogado del niño.

¿Qué queda entonces de la especialidad en todo este escenario?

Sin duda nuevas preguntas y nuevas y diversas respuestas.

Muchas de las respuestas que el Patronato imaginaba no han podido ser sustituidas, aunque han sido fragmentadas. Y la especialidad de los fueros de infancia es una de ellas.

La especialidad ha sido enunciada pero no definida con precisión. O no al menos del todo. Se ha limitado a un fuero o a algún tipo de problemas de la infancia. Urge repensarla. El abordaje interdisciplinario urge, para entender la infancia como categoría, para escuchar los niños, para pensar el significado de su palabra y los límites que la propia CDN le impone. También para que se establezca un saludable



diálogo y convivencia con los actores no institucionales. El análisis de las prácticas en toda su complejidad urge.

Concluyo: el patronato fue mucho más que un paradigma. Formó parte de una “cultura institucional” aún no reemplazada. La especialidad atravesó a ambos “paradigmas”, pero su significado es complejo, cambiante y extenso. Excede largamente el fuero de responsabilidad penal juvenil, y nos desafía. Nos invita a una aventura cotidiana. Parece decirnos, con perdón de Joan Manuel Serrat “hoy puede ser un gran día, plantéatelo así... si la rutina de aplasta dile que ya basta de mediocridad, hoy puede ser un gran día, dale la oportunidad”.