

LOS MENORES DE EDAD EN CONFLICTO CON LA LEY Y EL PROBLEMA DE LOS CRITERIOS DE EFICACIA DE LA DEFENSA JURÍDICA: UN NUDO GORDIANO

*Emilio García Méndez**

Todo es política, pero la política no es todo.
NORBERTO BOBBIO

Resumen

Por lo menos desde el inicio de la modernidad para acá, la relación de los menores de edad con el derecho (entendido éste como certeza y previsibilidad), es una relación tortuosa. La historia es terca en mostrar que las peores atrocidades contra la infancia (como antes contra las mujeres) fueron cometidas mucho más en el nombre de la piedad y la compasión, que en nombre de la propia represión. Hasta hace muy poco (por ejemplo, en Bolivia hasta 1992), algunas legislaciones latinoamericanas prohibían expresamente la presencia del abogado en casos de naturaleza penal que involucraban a menores de edad. Detrás de esta aberración, existía la creencia en el carácter bondadoso y positivo de las sanciones. En este contexto, no llama la atención el hecho que la defensa jurídica, en especial la pública, constituya el eslabón mas débil en la cadena jurídica de los sistemas de justicia para niños y adolescentes. Las confusiones en torno a los criterios de eficacia para medir la acción de la defensa jurídica especializada constituyen un indicador irrefutable de esta cultura jurídica dominante. Se analizan en este artículo los orígenes históricos y las consecuencias prácticas de este fenómeno.

Palabras clave: Defensa jurídica, infancia y adolescencia, represión, menorismo, situación irregular, Convención sobre los Derechos del Niño.

Abstract

At least from the beginning of modernity up to nowadays, the relationship between minors and law (understood as certainty and predictability), has been tortuous. History is stubborn demonstrating that the worse atrocities against in-

* Presidente Fundación SUR Argentina. Diputado Nacional - SI (Solidaridad e Igualdad).

fancy (as it once was against women) were actually committed in the name of pity and compassion, rather than in the name of repression itself. Up to recent times (for example, in Bolivia up to 1992), some latinamerican legislations expesely prohibited lawyers' assistance in criminal cases that envolved minors. Behind that outrage, there was the belief in the benevolent and positive character of sanctions. In that context, there is no surprise in the fact that legal defense, particularly the public one, is the weakest link in the legal chain of the criminal justice system for children and adolescents. Confusions towards the criterion of efficiency to measure the action of specialized legal defense constitute an irrefutable indicator of this dominant legal culture. This article analizes the historical origins and practical consecuences of this phenomenon.

Key words: Childhood, adolescence, repression, minorism, irregular situation, Convention on the Rights of the Child.

Sí, históricamente hablando, la relación entre infancia y derecho en general es ya una relación complicada, mucho más lo es en relación a las garantías universales e irrenunciables que a favor de niños y adolescentes contienen los textos constitucionales.

Durante muchos años, en relación a la vigencia concreta de dichas garantías funcionó una suerte de acuerdo neutralizador con dos características centrales.

¿Cuántos años duró ese acuerdo? Noventa años, desde la aparición de la especificidad jurídica moderna de la infancia (el tribunal de menores de Chicago de 1899, hasta la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 –en adelante CIDN–).

¿Cuáles eran las características de ese acuerdo y cómo y por qué se resquebraja su legitimidad? Se trataba de un acuerdo implícito y prácticamente unánime, que sólo una particular interpretación latinoamericana de la CIDN, permitió poner seriamente en tela de juicio. Ello no implica, sin embargo, que dicho acuerdo no esté hoy de la mano de múltiples factores entre los cuales deben contarse las posiciones neomenoristas, en vías de recomposición en otros términos.

Para comenzar debe decirse que la CIDN fue correctamente entendida en América Latina como ruptura y no como continuidad en relación al viejo paradigma menorista que expresaba la doctrina de la "situación irregular", doctrina que, dicho sea de paso, no sólo se resiste a morir

sino que vuelve hoy con mucha fuerza de la mano de un neo-menorismo, para colmo travestido de “progresista”.¹

Un neomenorismo que se caracteriza, entre otras cosas, por escandalizarse frente a algunas palabras pero no frente a los hechos y realidades que esconden dichas palabras. Así, mientras los menores estén jurídicamente “dispuestos o institucionalizados” para ser protegidos, aunque en la práctica se hacinan en una vulgar cárcel de menores, todo está bien y no habrá nada de que preocuparse.

La interpretación de la CIDN, que logró imponerse y que hoy está seriamente amenazada, mucho más por las prácticas concretas que por los discursos, colocaba con fuerza y honestidad intelectual al niño y el adolescente como sujeto de derechos. Esa interpretación que cuestionó seriamente en su momento a las prácticas y los discursos imperantes, encuentra hoy más dificultades que nunca, porque se sigue enfrentando no sólo a las viejas prácticas que continúan inmodificadas, sino también a un discurso que ha cambiado en apariencia para volverse al mismo tiempo más banal y más hipócrita, y por supuesto más cínico.

Peor aún, las viejas prácticas han recibido un baño de legitimidad nada menos que de carácter constitucional, de la mano de iconos del progresismo argentino como es el caso de la doctora Carmen Argibay, y latinoamericano como es el caso del doctor Raúl Zaffaroni. Estos juristas, ambos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, no sólo suscribieron sino que idearon y redactaron un fallo que será recordado como el mayor retroceso en materia de derechos humanos de la infancia durante la vigencia de la vida democrática argentina. El día 2 de diciembre de 2008, la Corte Suprema argentina, convalidó la constitucionalidad de un decreto de la dictadura militar (el 22.278 de 1980, que contiene el todavía vigente Régimen Penal de la Minoridad), que permite la utilización de la privación de libertad por “protección” para menores de 16 años. Menores de edad que, considerados por el mencionado decreto inimputables y no punibles, no pue-

¹ Esta pendiente aún en América Latina un análisis mas profundo y detallado de la tendencia que aquí denominamos “neomenorista”. La misma, surgida inicialmente en el Brasil de la mano de aquellos que habían participado originalmente en los movimientos de ruptura con el paradigma de la situación irregular, se propone además de relativizar la importancia de las reformas legales, una vuelta a la discrecionalidad tutelar, sobre todo en el tema de la responsabilidad penal de los menores de edad.

den ser sometidos a ningún proceso judicial, lo que no impide, sin embargo, ser enviados, ahora con el beneplácito del más alto tribunal, a una vulgar cárcel de menores. A esto debe agregarse el hecho que, la nueva ley de Protección Integral de la Infancia (ley 26.061 de 2005), prohíbe expresamente en su artículo 36 utilizar la privación de libertad como forma de protección. Pocas veces una sentencia de la Corte Suprema ha sido tan flagrante y explícitamente contraria a derecho como en este caso.

Pero volvamos al tema de la interpretación de la CIDN en sus orígenes. Me parece posible distinguir tres posiciones:

1) la interpretación radical de algunas Organizaciones no Gubernamentales (ONG's) que percibían, sobre todo al calor del proceso de recuperación de la democracia en la década del 80 del siglo XX, en la CIDN un instrumento diabólico del imperialismo por *internacional* y por *jurídico*. Por oposición, era el trabajo directo con los niños en el "barro de lo social" donde iba a dirimirse la lucha por el futuro de la infancia. Una lucha donde no había tiempo ni espacio para barroquismos jurídicos.

¿Dónde acabaron el grueso de esas ONG's en términos de práctica concreta? Acabaron reconvirtiéndose en ONG's de *servicios pobres para los pobres*. Por lo demás, en términos ideológicos y en sus versiones más extremas, terminaron construyendo legitimidades, primero para defender y luego para promover el trabajo infantil;

2) la interpretación burocrática, formal y superficial que pretendía y pretende entender a la CIDN como parte de un proceso de evolución natural que posibilite la integración pacífica de ambos paradigmas (situación irregular y protección integral). La peculiar interpretación del principio del interés superior como forma de reintroducir el paternalismo discrecional en las decisiones judiciales, fue la punta de lanza de este nuevo paradigma que muchos no dudamos en caracterizar como el paradigma de la ambigüedad. Esta interpretación se expresó mediante lugares comunes y frases hechas, de las cuales "la CIDN nos cambia el futuro de los derechos de la infancia", sea tal vez la más emblemática y representativa;

3) Una interpretación crítica y no corporativa, que entendió que la CIDN nos cambiaba fundamentalmente el pasado de los derechos de la infancia. En ese sentido la CIDN como instrumento que entendía a los niños como sujetos de derechos y por ende como ciudadanos, nos permi-

tió una revisión histórica crítica acerca de la evolución de su condición jurídica.²

De esta forma la CIDN nos posibilitó entender que el gran cambio no estaba tanto en un futuro, que siempre está por venir, sino en un pasado que no debemos olvidar. Es decir, en la comprensión clara (para aquellos que quisieran verla) acerca de que mediante la negación masiva y sistemática de sus garantías constitucionales, se organizó en América Latina la política de compasión-represión, no de la infancia en general, sino de los niños pobres en la región. Una política para la cual los llamados sistemas de justicia especializados fueron y continúan siendo piezas claves de su ejecución. Fue esta visión crítica la que permitió denunciar la naturalización de un doble estándar, para comenzar de carácter institucional: los ministerios de salud y educación como ejecutores de la política social para “toda” la infancia y la justicia de menores como ejecutora de la política social para los niños pobres en particular.

Paradójicamente, esta cultura del doble estándar impactó profundamente a los componentes de los sistemas de justicia que entendieron y todavía entienden a la “especialización” como una forma de legitimar su apartamiento de los principios constitucionales que guían al conjunto de los procesos judiciales, muy en particular aquellos de carácter penal.

Este conflicto de paradigmas impactó diversamente en la cultura institucional de los componentes de los sistemas de justicia especializada, sobre todo porque los avances constitucionales en ese plano fueron de alguna forma vinculando con fuerza a los procesos de tipo acusatorio con los avances y la consolidación de la democracia. En este contexto, fueron los jueces de menores los primeros en acusar el impacto de estas transformaciones. Lentamente comenzaron a entender, por ejemplo, que su función (constitucional) era la de dirimir conflictos jurídicos y no la de resolver problemas sociales, función que correspondía nada menos que al gobierno y a la sociedad. En esta línea, también entendieron que la ausencia de cualquier principio de legalidad, materializada

² Decisiva para esta interpretación fue el seminal artículo de Miguel Cillero, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.) *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2004. La consideración del “interés superior”, como satisfacción integral de derechos y el rechazo a legitimar cualquier forma de paternalismo discrecional constituyó un punto de ruptura con el viejo paradigma cuya importancia todavía no ha sido lo suficientemente valorada.

en el principio más caro de la justicia de menores, “el juez podrá disponer aquello que crea más conveniente”, conspiraba directamente tanto en relación a la legitimidad de sus decisiones, cuanto a su importancia relativa dentro del sistema de justicia en general.

No menos importante resulta la comprensión creciente por parte de los jueces en relación a que el principio de legalidad no sólo contiene las garantías del imputado frente al sistema de justicia, sino la garantía de la independencia judicial frente a los desbordes de una opinión pública, que muchas veces resulta la menos pública de las opiniones. Algo similar ha ocurrido con la misión del Ministerio Público, que ha encontrado en el control de la legalidad de los procedimientos y en su titularidad del monopolio de la pretensión punitiva del Estado una forma (que no siempre se expresa claramente) de superar la arcaica y anti-democrática función promiscua de pretender defender simultáneamente los intereses del “menor” y de la sociedad. En su forma extrema esta confusión todavía posee expresiones institucionales en algunos países de la región. La subsistencia hasta hoy de los llamados asesores o defensores de Menores con esa doble función en la Argentina, constituye el ejemplo más emblemático de este absurdo jurídico.

Pero es obviamente a los problemas vinculados con la defensa jurídica de los menores de edad a los que quiero dedicarles aquí una rápida reflexión con el ánimo de contribuir, tanto a mejorar la calidad técnica de las defensas jurídicas de los menores de edad, cuanto a mejorar la posición institucional relativa de la defensa jurídica pública en el ámbito de los sistemas de justicia para la infancia.

Tengo la impresión de que la defensa jurídica de los menores de edad en conflicto con la ley (penal o no penal), muy especialmente aunque no exclusivamente la pública, enfrenta dos tipos de problemas. El primero, muy fácil de entender y en general común a toda el área de la política social, se refiere a los conocidos problemas de financiamiento y carencias materiales. Esta situación, sin embargo, y sin desconocer la gravedad de la misma, no pareciera ser responsable en primer lugar de la mayor parte de las deficiencias que en cualquier conversación surge espontáneamente de los propios defensores. Es a un segundo problema de naturaleza teórico-conceptual que quiero aquí referirme con un poco más de detenimiento. Diré para comenzar, que algunas transformaciones jurídicas post CIDN han puesto fuertemente en tela de juicio la hegemonía centenaria del paradigma de la compasión-represión. Esta si-

tuación ha provocado una fuerte crisis de identidad en el sistema de justicia para la infancia en general y muy en particular en el subsistema de la defensa pública.

Desde un punto de vista histórico, las preocupaciones con la defensa jurídica de los menores de edad son nuevas. La defensa jurídica fue siempre considerada un mal y ni siquiera necesario. Hasta comienzos de la década de los 90 del siglo XX, algunos códigos de menores (como el boliviano, por ejemplo, en su artículo 148, Decreto Ley 12.538 de 1975) prohibía expresamente la presencia del abogado. A esta situación se le suma, en ese festival del eufemismo que es el derecho de menores, la consideración de las sanciones o penas como un bien. La necesidad de que las mismas contengan funciones pedagógicas y resocializantes, sirvió de excusa para que algunos en forma ingenua, y otros en una mezcla de cinismo con hipocresía, pretendieran envolvernos con palabras destinadas a ocultar la esencial naturaleza punitiva de cualquier sanción. Esto se refiere muy particularmente a la privación de libertad, disfrazada burdamente con nombres tales como internación, ubicación institucional, etcétera). Privación de libertad que, en rigor de verdad, ha funcionado como la única y excluyente respuesta no tanto por los delitos cometidos por los menores de edad, sino mucho más por los nunca definidos comportamientos “antisociales”. Este fraude de etiquetas, ha sido decisivo en generar una crisis de identidad en la defensa jurídica, que ha conspirado directamente contra la formación de los defensores y contra la calidad técnica de sus defensas. Considerada la sanción como un bien, muchos defensores han creído y todavía creen, que su tarea, lejos de ser la defensa irrestricta y la absolución de su cliente, consistía en colaborar con el resto del sistema de justicia (jueces y fiscales) para contribuir al “bienestar del menor”.

La Argentina, como ya se ha visto, presenta una situación emblemática en la materia. Mucho más a partir del año 2005, cuando una nueva Ley de Protección Integral de la Infancia (la Ley 26.061), prohibió expresamente la utilización de la privación de libertad como una forma de protección. Es precisamente la vigencia de esta ley, la que convierte en particularmente grotesco el fallo de la Corte Suprema argentina arriba citado.

Por motivos cuya explicación completa y detallada exceden este breve texto, la Argentina se ha vuelto un ejemplo paradigmático de un nudo gordiano del cual los problemas aquí expuestos son sólo una pe-

queña porción. Argentina reúne el triste privilegio de ser el país más atrasado, más brutal y más hipócrita en la materia. Más atrasado porque es el único país de la región que todavía no posee un sistema de responsabilidad penal juvenil. Más brutal porque es el único país de la región que ha inflingido sentencias de reclusión perpetua a menores de edad (por lo menos 13 desde 1997 a la fecha). Más hipócrita porque es el único país de la región donde sectores que se autoperciben como progresistas se rasgan las vestiduras frente a la eventual instauración de un sistema penal juvenil, mientras conviven e incluso fomentan (como es caso de Argibay y Zaffaroni) la utilización de la privación de libertad como una forma de “política social reforzada” para los adolescentes pobres.³

Norberto Bobbio, el gran jurista italiano que concebía al intelectual como sujeto independiente aunque de ningún modo indiferente en relación a los grandes temas y problemas de su tiempo, afirmaba que la función de los hombres de cultura era mucho más aquélla de sembrar dudas y no la de pontificar certezas.⁴ Sin embargo, algunos nudos necesitan ser cortados en la medida que decididamente amenazan la paz social. Mientras para desatar un nudo hace falta la razón de los intelectuales, para cortarlo hace falta la espada de la política.

Sólo cuando entendamos que una articulación inteligente de ambos mundos resulta imprescindible para mantener viva nuestra frágil democracia, habremos dado un paso decisivo en la dirección que exige una sociedad más justa.

Recepción: 06/05/2009

Aceptación: 05/06/2009

³ La posición de Raúl Zaffaroni merecería un capítulo aparte. Luego de haber impulsado y firmado el 2 de diciembre de 2008 una sentencia de la Corte (nos referimos al *Caso García Méndez Emilio y Musa Laura Cristina s/causa nº 7537 Expte. CSJN Nº 147/ "G"* del año 2008), que declara constitucional el decreto de la dictadura militar 22.278 de 1980 –Régimen Penal de la Minoridad– que permite la privación de libertad por “protección” de menores inimputables y no punibles, Zaffaroni ha declarado en innumerables entrevistas en medios masivos de comunicación, desde el día siguiente a la sentencia, exactamente lo contrario a lo firmado en la misma. Actitudes como ésta, podrían tal vez encontrar mejores explicaciones en el campo de la psiquiatría que en el campo del propio derecho.

⁴ Sobre estas posiciones de Norberto Bobbio, cfr. el tan reciente cuanto excelente libro de Danilo Zolo, *L'aito de la libertà*, Feltrinelli, Milán, 2008.