



# EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA LA INFANCIA

Por **Emilio García Méndez**,  
Fundación Sur-Argentina  
([www.surargentina.org.ar](http://www.surargentina.org.ar)).

**N**o abundan quienes sostengan frontalmente que los niños no deben ser considerados sujetos de derecho y -por ende- titulares irrenunciables de una defensa técnico-jurídica. Por ello, es posible que algunas de las ideas aquí expresadas sobre la función de la defensa jurídica sean tildadas de obvias.

Sin embargo, las posiciones contrarias a esta defensa consecuente y de calidad suelen presentarse cada vez más de modo oblicuo y solapado, minimizando y relativizando su importancia en vez de negarla. Mientras la retórica contra los derechos de la infancia es muy débil, las prácticas negativas y retrógradas crecen consistentemente en la etapa actual del ámbito.

En este campo y sobre todo en la cultura jurídica latinoamericana, las posiciones regresivas y conservadoras suelen expresarse con fuerza a nivel jurisprudencial, pero son prácticamente inexistentes a nivel doctrinario. Ocurre que hemos perdido progresivamente la capacidad de percibir lo obvio, que es entender los derechos de niños y adolescentes más allá de la retórica. Recuperar esta simple dimensión es uno de los objetivos de este texto.

## DOS PROBLEMAS

Toda reflexión sería sobre los derechos de la infancia -y no sólo de los adolescentes en conflicto con la ley penal- debe incluir hoy como tema prioritario uno de sus aspectos más relegados: la defensa jurídica. Sobran ejemplos de que ésta no sólo ha sido sistemáticamente entendida como un cuerpo extraño e innecesario, sino incluso como una influencia negativa, que debe suprimirse en pro del bienestar de la infancia.

Ya en el momento de la piedra fundacional de la cultura jurídica de la “situación irregular” (posición retomada hoy de modo cada vez menos vergonzante por los ‘neominoristas’)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> El término “neominorista” surge en Brasil y se refiere a quienes, habiendo participado de la enorme ruptura con la doctrina de la “situación irregular” que implicó la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA) en 1990, creyeron luego que se iba demasiado lejos o muy rápido en la consideración de niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Hoy se conoce con este término a los nostálgicos deseos de recuperar la discrecionalidad compasivo-represiva de la vieja doctrina tutelar. Más allá de la retórica, sus posiciones sobre la defensa jurídica son las mismas de hace un siglo.



*“La intervención del defensor no parece necesaria, porque a menudo en nuestro país la defensa no se limita -escribe Garofalo- a ofrecer excusas por los peores actos delictivos, sino además a hacer su apología”<sup>2</sup>.*

Estas posiciones no vienen de un pasado remoto. El Código de Menores boliviano, derogado recién en 1992, prohibía expresamente (Art. 192) la presencia del abogado en caso de conflictos de menores con la ley penal.

Pero además, es conveniente reconocer que el tema puede y debe abordarse desde una doble perspectiva: una interna, referida a los mecanismos para mejorar la calidad técnica intrínseca de las defensas, y una externa, vinculada al valor y sentido de la propia institución de la defensa jurídica en el nivel actual de desarrollo de los derechos de la infancia.

Bastante y con muy buen criterio se ha escrito sobre la primera, dominada por cuestiones procesales y de competencia. Pero aquí quiero ocuparme de la segunda, en que dos problemas mayores -muy interconectados pero de naturaleza diversa- sintetizan lo que podría llamarse el ‘panorama crítico’ de la defensa jurídica.

No por nada ambos problemas -presentes en toda América Latina- tienen su correlato con lo que ya he definido antes como la doble crisis del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil: una crisis de implementación y de interpretación<sup>3</sup>.

Si la primera se refiere a la calidad y cantidad de las políticas sociales, la segunda señala un problema de cultura jurídica: la inercia de seguir operando un instrumento jurídico garantista con la discrecionalidad y arbitrariedad propias del paradigma tutelar.

Creo que la defensa jurídica (especialmente pública y especializada) también vive una doble crisis, cuyos efectos la han convertido objetivamente en el sector más débil de la administración de justicia para la infancia. Esta debilidad -expre-

sada primero en cuestiones de tipo presupuestario- repercute sobre la paridad de armas y tiene luego una incidencia para nada evidente en la legitimidad de los sistemas de administración de justicia.

Me apuro a afirmar que el mero aumento de los presupuestos de la defensa pública especializada no resolverá automáticamente sus problemas esenciales. O sea, es condición imprescindible pero no suficiente para dotar de legitimidad a las decisiones de la justicia para la infancia.

Volviendo a un punto anterior, la mención a la falta de evidencia sobre los problemas derivados de la debilidad de la defensa jurídica en el campo de los derechos de la infancia permite afirmar que el principal problema es que esa fragilidad no sólo no es considerada un problema, sino que muchos la ven como una verdadera solución.

Esto, especialmente desde una perspectiva que se presenta sin ningún pudor como “de derechos”, pero que -en rigor- es “eficientista” y, sobre todo, cortoplacista del bienestar de la infancia. Esta mirada, dominante en muchos ámbitos, es un componente central del largo proceso de involución autoritaria que experimentan los derechos de la infancia en la región.

Este primer componente de la crisis de la defensa jurídica -la dimensión material- es relativamente fácil de entender, pero muy difícil de resolver. Más aún, este tipo de crisis tiende a su propia retroalimentación. Si la defensa no cumple sus funciones específicas establecidas constitucionalmente, para qué financiarla adecuadamente, si para cumplir otras funciones existen otras instituciones, que pueden ser más y mejor financiadas.

Este componente es estructural y su origen está, primero, en el abandono a que muchas veces torpemente son sometidos aquellos subsistemas de la administración percibidos como no esenciales para la operación de las funciones ejecutivas.

Se parte aquí de la base de que la defensa pública con alto nivel de autonomía debería ubicarse (como ocurre en general) fuera del Poder Judicial. Así, y aunque sea paradójico, podría afirmarse que el principal problema de la debilidad de la defensa jurídica radica precisamente en que no siempre es percibida como un problema.

<sup>2</sup> Afirmaciones extraídas de “Actas del primer congreso internacional de tribunales de menores”, París 1912, pp. 250-251.

<sup>3</sup> Ver “Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por qué una historia de los derechos de la infancia?”, en “Justicia, Adolescente e Ato infracional: socioeducacao e responsabilizacao”, Ilanud, Sao Paulo, 2006.

Por el contrario, a esta debilidad -ya percibida por muchos como una solución en la búsqueda del bienestar de la infancia- se suma ahora el componente de la eficacia ante los problemas de la inseguridad.

A este componente debe agregarse uno cultural, complejo no sólo de resolver, sino sobre todo de entender. Está profundamente radicado en la cultura jurídica y en la historia de lo que -llamado eufemísticamente “defensa”- poco y nada ha tenido que ver con las funciones con las que hoy -bajo el paradigma de la CIDN y del derecho constitucional al debido proceso- se entiende por la misma.

Esta historia se ha traducido generalmente en una profunda crisis de identidad sobre las funciones específicas de la defensa jurídica.

La crisis se origina en el desarrollo histórico de las funciones del Ministerio Público que, bajo este nombre genérico, en países como Argentina aglutina a la acusación y a la defensa. La ambigüedad esquizofrénica de la representación simultánea de los intereses del menor y de la sociedad tal como lo establece, por ejemplo, la larga tradición de la figura hermafrodita del “asesor de menores” o “curador de menores” (consagrada en el primer caso como modelo para toda la región en el Art. 59 todavía vigente del Código Civil Argentino de fines del siglo XIX), representa, paradójicamente, un notable avance respecto de sus antecedentes históricos más remotos.

Esta esquizofrenia alcanza su máximo nivel institucional, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, donde el procurador general es también el jefe de los fiscales y de los defensores.

En un clásico de la literatura menorista argentina, “Los menores desamparados y delincuentes en Córdoba”, del psiquiatra Gregorio Bermann, se lee textualmente:

*“Las defensorías de menores a veces a cargo de personas de buena voluntad -no necesitan ser letrados entre nosotros- se han convertido en la mayoría de los casos en agencias de colocaciones de las niñas y varones cuya custodia se les confiere. No se protestará nunca lo bastante contra esta mala interpretación de su función<sup>4</sup>.”*

<sup>4</sup> Bermann, Gregorio, “Los menores desamparados y delincuentes en Córdoba”, Córdoba, Talleres Gráficos de la Penitenciaria, tomo II, 1933, p. 122.

De agencia de colocaciones de los hijos de los pobres a colaboradores del juez de menores. Esta es la historia, con variaciones más semánticas que sustanciales según el país, y con la consiguiente sedimentación jurídica con que la defensa jurídica actual debe hacer las cuentas.

Para decirlo claro: para establecer una defensa jurídica adecuada no hay que inscribirse en la continuidad de una cultura y tradición sino, por el contrario, romper profundamente con ella. El mayor de los desafíos es el peor de los contextos.

### DEFENSA JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

Varios temas atraviesan el debate actual sobre la responsabilidad penal juvenil en la región, en un contexto de alarma social permanente. Así, y aunque no sea para nada evidente, el papel de la defensa jurídica es una de las variables fundamentales para entender las distintas posiciones del debate.

Queda claro, entonces, que no pretendo reconstruir todo el debate sobre la cuestión penal juvenil en América Latina, sino insistir en los aspectos más directamente vinculados con la(s) función(es) de la defensa jurídica.

Ya he afirmado que desde fines de los ‘90 la cuestión de la infancia sufre una involución autoritaria. Desde esa época no ha habido reformas legales o institucionales significativas, que incluso puedan verse como emancipatorias o progresistas. Es posible distinguir dos etapas en el proceso

Una primera etapa “clásica” -hasta fines de 2003-2004-, se expresa de modo reconocible y responde a líneas ideológicas previas. Es como el caballo de batalla de un retribucionismo hipócrita, que suele activarse en época electoral. Bajar la edad de imputabilidad penal y aumentar las penas (una verdadera tautología) sintetizan esta posición.

Sin embargo, desde mediados de la década pasada esta involución se ha vuelto más compleja, por lo que descifrar sus claves es un gran desafío, de modo que el análisis que intentamos es sobre todo abierto y exploratorio. Primero, hoy parecen ser tres las posiciones en juego: el rechazo a las posturas represivas y regresivas parece bifurcarse irremediablemente en dos nuevas posiciones.



Por un lado, la de quienes -como yo- creen necesario avanzar en corregir las diversas deficiencias de la implantación de los sistemas de responsabilidad penal juvenil. Por otro, la de quienes -desde el neomenorismo- consideran adecuado volver a múltiples formas de discrecionalidad.

Relativizar las funciones constitucionales de la defensa jurídica, vía la negación del carácter penal de los sistemas de administración de justicia para la infancia en los que - por otra parte- las prácticas de privación de libertad siguen en aumento, parece ser una de las estrategias privilegiadas, con Brasil y Argentina como epicentros geográficos.

### BRASIL Y ARGENTINA

Un riquísimo debate sobre la cuestión penal juvenil -que paradójicamente incluye en algunos su propia negación- ocurre hace más de diez años en Brasil.

A pesar de que por el hecho de ser un código de tipo integral, el Estatuto del Niño y Adolescente de 1990 (ECA) contiene un verdadero sistema de responsabilidad penal juvenil, tras diez años de vigencia comenzó a ser sistemáticamente negado -para comenzar- por una extraña amalgama de organismos gubernamentales y funcionarios del Ministerio Público, cuyas funciones se extendieron mucho más allá de lo que aconsejaba la materialización del debido proceso. Tanto así, que los retrasos en la creación de la defensa pública o el escaso peso de sus funciones se debieron en parte a un Ministerio Público que -relativizando sus funciones de acusación (fiscalía) e interpretando desmedidamente sus funciones de control de legalidad, negaba la necesidad de una defensa pública autónoma fuera de su competencia.

La pretensión de sustituir la responsabilidad penal por una vaga responsabilidad social (ignorando la experiencia histórica de las páginas más negras del derecho penal totalitario) no sólo condujo al extremo de negar la prescripción en los procesos juveniles, sino que se extendió -vía argucias pedagógicas- a una valoración acríticamente positiva de las sanciones penales.

El resultado paradójico fue la negación conceptual del carácter penal de sus medidas, mientras aumentaban las

prácticas concretas de privación de libertad. La complejidad implícita en el carácter pedagógico y al mismo tiempo la naturaleza punitiva de las medidas socioeducativas colaboró activamente con esta confusión, deliberadamente aumentada por los neomenoristas.

Esto produjo por un tiempo (que hoy parece superado) una profunda crisis de identidad -incluso interna- sobre las funciones de la defensa pública. Al mismo tiempo, una fuerte corriente de afirmación del carácter penal de los dispositivos del ECA produjo paulatinamente la corrección por la vía jurisprudencial de los peores excesos del neomenorismo.

Aunque este debate sigue en curso, se puede afirmar que el grueso de la jurisprudencia de los tribunales superiores parece haber zanjado el debate a favor del carácter netamente penal del sistema, requisito imprescindible para la vigencia plena de las garantías constitucionales, comenzando por el irrenunciable derecho a la defensa técnico-jurídica.

Mucho más complejo -y tal vez más áspero- es el debate en Argentina, donde en materia de responsabilidad penal juvenil rige el Decreto Ley 22.278 -aprobado por la dictadura militar en 1980-, que dispone la imputabilidad penal a partir de los 16 años y la posibilidad de disposición absoluta por debajo de esa edad, lo que en la práctica implica el uso de la privación de libertad como “protección” para “menores en peligro material o moral”.

Triste eufemismo para llamar a la pobreza. Conviene recordar que usar la privación de libertad como forma de “protección” está expresamente prohibido por la más reciente ley de protección integral de la infancia de 2005 (Art.36).

Primero, la derogación del citado decreto ha sido exigida expresamente dos veces durante diez años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fallo “Bulacio” de 2003 y fallo “Mendoza y otros”, de 2013, por sentencias de reclusión perpetua a menores de edad).

En el caso argentino, el debate sigue más por la vía política y jurisprudencial que por la doctrinaria, donde los escasos y pobres desarrollos en el tema no son más que comentarios apologeticos de una jurisprudencia de la Corte Suprema



de Justicia de la Nación que -contrariando expresamente la Constitución y la CIDN-, convalida el uso de la privación de libertad como forma de protección para los menores de 16 años (fallo “García Méndez-Musa”, diciembre de 2008).

Creo importante explicar la esencia del debate argentino sobre la cuestión penal juvenil. Éste se concentra en el rango de edad en que debe fijarse la responsabilidad penal. En diciembre de 2009 el Senado aprobó un proyecto (luego archivado sin tratamiento en la Cámara de Diputados) que fijaba una responsabilidad penal diferenciada, con penas privativas de libertad acotadas en el tiempo (3 y 5 años para las franjas de 14 a 15 y de 16 a 17 años, respectivamente, con un máximo de 8 años para la última franja, en caso de concurso real de dos de los pocos delitos gravísimos que habilitaban el uso de la privación de libertad).

El proyecto incluía, además de todas las garantías del debido proceso, una serie de medidas no privativas de libertad, como la prestación de servicios a la comunidad, para hacer frente al grueso de los delitos que cometen los menores.

La negativa a establecer la responsabilidad penal por debajo de los 16 años y a partir de los 14 se ha convertido en el punto decisivo que explica hoy casi todo este debate en Argentina.

Lo curioso es que esta negativa no implica que los menores, cuando estén en “peligro material o moral”, no sean privados de libertad para ser “protegidos”. Un número alto, aunque desconocido de menores de 16 años está privado de libertad en Argentina<sup>5</sup>.

Llama mucho la atención que la Defensoría General de la Nación jamás haya dado instrucciones generales a los defensores públicos para que presenten *habeas corpus* a favor de quienes -sin ninguna de las garantías del debido proceso- están en esta condición.

Este órgano, integrante del Poder Judicial, es la institución más activa en el rechazo a la responsabilidad penal juvenil por debajo de los 16 años. Oficialmente, aboga por la existencia de “políticas públicas” para los menores de 16 años como única respuesta. Parece claro, en la práctica, que éstas son más bien un eufemismo de la privación de libertad.

<sup>5</sup> Desde 2008 no existe en Argentina ningún tipo de información oficial sobre el número de menores de 18 años privados de libertad.

## COMO CONCLUSIÓN

Las deficiencias y debilidades de la defensa jurídica -efecto ineludible de la relativización de sus funciones- produce dos impactos negativos diversos, uno de ellos de muy difícil percepción.

El primero suele repercutir de inmediato sobre los adolescentes imputados, vía aumento general de los privados de libertad y pérdida de legitimidad de los sistemas de justicia para la infancia. Nada nuevo.

Pero hay un segundo impacto negativo, mucho más difícil de percibir y potencialmente más peligroso: la baja calidad de las defensas jurídicas permite un uso bastardo de políticas sociales coactivas como expresiones *light* de la política criminal.

La colaboración de la defensa pública en formas espurias de remisión (facultad del Ministerio Público -prevista en el ECA- de no presentar acusación en el caso de Brasil) o en los juicios abreviados en el caso de Argentina, es la forma en que más generalmente se materializa este impacto negativo.

No pretendo circunscribir el debate regional a las vicisitudes de la discusión en dos países ni menos resumir toda la riqueza del debate en este artículo. Me propuse llamar la atención sobre el lugar privilegiado que el tema de la defensa jurídica ocupa en el debate sobre la “cuestión penal juvenil” en la región.

Recuperar las funciones constitucionales de la defensa jurídica y superar una crisis de identidad con una pesada carga histórica son algunas de las tareas que tenemos por delante. Reafirmar el compromiso irrenunciable del defensor con su cliente (el adolescente imputado) es tal vez una tarea de Sísifo en las condiciones de permanente alarma social por la inseguridad y de arrasadora “crueldad-bondadosa” del eficientísimo cortoplacista en su carrera por el bienestar de la infancia.

Poner la cuestión penal juvenil en su justa dimensión se convierte, en general, en la primera, obvia y más difícil tarea de todo aquel que pretenda abordarla seriamente. La lucha por mejorar la calidad y cantidad de la información cuantitativa confiable no debería significar otra cosa que la lucha por ganar centralidad política en una materia que, más temprano que tarde, será entendida como un termómetro esencial de nuestra azarosa lucha por la democracia. 