

La defensa jurídica y el problema de la legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia.

Emilio García Méndez.

Fundación Sur-Argentina (www.surargentina.org.ar).

1. Consideración preliminar. 2. Los dos problemas de la defensa jurídica. 3. El papel de la defensa jurídica en el debate actual sobre la responsabilidad penal juvenil. 4. La cuestión penal juvenil en Brasil y Argentina. 4.1. Brasil. 4.2. Argentina. 5. A modo de conclusión.

1. Consideracion preliminar.

No cabe ninguna duda que no abundan hoy voces que en forma pública y frontal sostengan que los niños no deben ser considerados sujetos de derecho y por ende titulares irrenunciables a una defensa técnico - jurídico.

Por ello, es posible que algunos de los planteos que aquí se realizan en relación con la función de la defensa jurídica sean tildados de obvios. Sin embargo, tengo la impresión que las posiciones contrarias, más que al derecho de defensa en abstracto, a una defensa técnico jurídica consecuente y de calidad, suelen presentarse cada vez con mayor intensidad en forma oblicua y solapada, minimizando y relativizando su importancia en vez de negarla.

En el campo de la infancia, mientras la retórica contra sus derechos es muy débil, por el contrario, las prácticas negativas y retrógradas crecen en forma consistente. Este rasgo, caracteriza a mi juicio como pocos el estado de la etapa actual de los derechos de la infancia. En este campo y sobre todo en la cultura jurídica latinoamericana, las posiciones regresivas y conservadoras suelen manifestarse con mucha fuerza a nivel jurisprudencial, mientras son prácticamente inexistentes a nivel doctrinario.

Es en este contexto, que hemos perdido progresivamente la capacidad de percibir lo obvio. En otras palabras, de entender los derechos de niños y adolescentes mas allá de la retorica (1). Recuperar esta simple dimensión, es uno de los modestos objetivos que se propone este breve texto.

2. Los dos problemas de la defensa jurídica.

Estoy convencido que toda reflexión seria y actual sobre el tema de los derechos de la infancia en su conjunto, y no sólo cuando se trata de los adolescentes en conflicto con la ley penal, debe incluir como tema prioritario precisamente uno de sus aspectos más sistemáticamente relegados: la cuestión de la defensa jurídica.

Desde un punto de vista histórico, sobran ejemplos que demuestran que la defensa jurídica, no solo ha sido sistemáticamente entendida como un cuerpo extraño e innecesario, sino mas aun como una influencia negativa que es preciso suprimir en aras de la realización del bienestar de la Infancia.

Ya en el momento de lo que puede ser considerado la piedra fundacional de la cultura jurídica de la “situación irregular” (posiciones hoy retomadas en forma cada vez menos vergonzante por aquellos sectores denominados neo menoristas) (2) podían escucharse estas palabras:

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” (pp.250-251) (3).

Estas posiciones no parecen ser cosas de un pasado muy remoto. El código de Menores boliviano derogado recién en 1992, prohibía expresamente la presencia del abogado en caso de conflictos de menores de edad con la ley penal.

Pero además, parece conveniente reconocer, antes de continuar avanzando en este razonamiento, que el tema puede y en mi opinión debe, abordarse desde una doble perspectiva: una primera perspectiva que podría denominarse **interna** que se refiere a los mecanismos destinados a mejorar la calidad técnica intrínseca de las defensas y una segunda perspectiva, que podría denominarse **externa**, que se refiere 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 y se está escribiendo sobre lo que aquí se denomina perspectiva interna, una perspectiva, como ya se dijo, dominada por aspectos relativos a cuestiones procesales y de competencia. Por razones que intentaré dejar claro a lo largo de este breve texto, no es de la primera sino de la segunda perspectiva de la que aquí quiero prioritariamente ocuparme.

Parto de la base que dos problemas mayores, de naturaleza totalmente diversa pero profundamente interconectados, sintetizan lo que podría denominarse el panorama crítico de la defensa jurídica.

No por acaso, estos dos problemas que hacen referencia, con mayor o menor intensidad a todos los países de América Latina, tienen su correlato con lo que en otra parte he definido como la doble crisis del Estatuto del Niño y el Adolescente del Brasil: una crisis de implementación y una crisis de interpretación (4). Para decirlo rápidamente, si la primera se

refiere a la calidad y cantidad de las políticas sociales, la segunda se refiere mucho más a un problema de cultura jurídica. Es decir, a la inercia de seguir operando un instrumento jurídico garantista con la discrecionalidad propia del paradigma tutelar.

Estoy convencido que también la defensa jurídica (y me refiero obviamente muy especialmente a la defensa pública especializada), está de alguna manera inmersa en una doble crisis cuyas consecuencias la han convertido objetivamente en el sector más débil de la administración de justicia para la infancia. Esta debilidad que se manifiesta con fuerza y en primer lugar en cuestiones de tipo presupuestarias repercute obviamente sobre la paridad de armas y tiene ulteriormente una incidencia, para nada evidente, en la legitimidad de los sistemas de administración de justicia.

Me apresuro a afirmar para evitar cualquier interpretación maniqueísta y corporativista de mis palabras, que el mero aumento de los presupuestos de la defensa no resolverá automáticamente sus problemas esenciales. Dicho de otra forma, **el aumento de los presupuestos de la defensa pública especializada, es condición imprescindible aunque al mismo tiempo para nada 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 acerca de los problemas que se derivan de la debilidad de la defensa jurídica en el campo de los derechos de la infancia, permiten afirmar que el principal problema aquí consiste en que la fragilidad de la defensa no solo no es considerado un problema, sino que, por el contrario, es considerado por muchos como una verdadera solución (5). Esto especialmente desde el punto de vista de una perspectiva que al mismo tiempo no tiene ningún pudor en presentarse como una “perspectiva de derechos”, pero que en rigor de verdad resulta una perspectiva “eficientista” y sobre todo cortoplacista del bienestar de la infancia (6).

Esta última perspectiva, dominante actualmente en muchos ámbitos, constituye, como se tratará de dejar claro más adelante, un componente central del largo proceso de involución autoritaria en que desde hace tiempo están sumergidos los derechos de la infancia en la región (7).

Este primer componente de la crisis de la defensa jurídica, que hace referencia a la dimensión material del problema, resulta relativamente fácil de entender, aunque muy difícil de resolver. Más aun, este tipo de crisis tiende a retroalimentarse continuamente. Si la defensa no cumple sus funciones específicas establecidas constitucionalmente, para que financie adecuadamente si para cumplir otras funciones, que no son aquellas que marcan la Constitución y las leyes para la infancia existen otras instituciones que pueden ser más y mejor financiadas.

Este componente puede llamarse **estructural**. Su origen está en primer lugar, en el abandono a que muchas veces torpemente son sometidos aquellos subsistemas de la administración que no son percibidos como esenciales para el funcionamiento de las funciones ejecutivas.

Se parte aquí de la base, que la defensa pública con un alto nivel de autonomía debería estar ubicada (como de hecho en general lo está) en el ámbito del Poder Ejecutivo. En este sentido y aunque resulte paradójico, podría afirmarse que el principal problema de la debilidad de la defensa jurídica radica precisamente, como ya se afirmó mas arriba, en que no siempre dicha debilidad es percibida como un problema. Por el contrario, a la debilidad de la defensa jurídica, que ya era percibida por muchos como una solución en la búsqueda del bienestar de la infancia, se suma ahora el componente de la eficacia frente a los problemas de la inseguridad.

Pero a este componente **estructural** debe agregarse un componente **cultural**, complejo no solo de resolver sino además y sobre todo de entender.

Se trata de un componente profundamente radicado en la cultura jurídica y en la historia de lo que denominado “defensa”, poco y nada ha tenido que ver con las funciones con las que hoy, bajo el paradigma de la Convención, así como del derecho constitucional al debido proceso, entendemos por la misma. Esta historia se ha traducido generalmente en una profunda crisis de identidad respecto de las funciones específicas de la defensa jurídica.

Esta crisis de identidad tiene su origen en el desarrollo histórico de las funciones del ministerio público fiscal. La ambigüedad esquizofrénica contenida en la representación simultanea de los intereses del menor y de la sociedad tal como lo establece, por ejemplo, la larga tradición de una figura hermafrodita como el “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 (8), representa, paradójicamente, un notable avance respecto de sus antecedentes históricos mas remotos.

En un clásico de la literatura menorista argentina. “Los menores desamparados y delincuentes en Córdoba” de médico psiquiatra Dr. Gregorio Bermann (Córdoba, Talleres gráficos de la penitenciaria, tomo II ,1933), puede leerse 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 protestara nunca lo bastante contra esta mala interpretación de su función...” p.122.

De agencia de colocaciones de los hijos de los pobres a colaboradores del juez de menores. Esta es la historia con su consiguiente sedimentación jurídica con que la defensa jurídica actual debe hacer las cuentas.

Para decirlo otra vez con toda claridad, para establecer una defensa jurídica adecuada no se trata, de inscribirse en la continuidad de una cultura y tradición sino, por el contrario, de romper profundamente con ella. El mayor de los desafíos en el peor de los contextos.

3. El papel de la defensa jurídica en el debate actual sobre la responsabilidad penal juvenil.

Varios son los temas que atraviesan el debate actual sobre la responsabilidad penal juvenil en la región. Estos debates no se dan ni en el vacío ni en condiciones neutras. Por el contrario, se dan en un contexto que podría denominarse de alarma social permanente. En este sentido, tengo la impresión que aunque no sea para nada evidente, **el papel de la defensa jurídica constituye una de las variables fundamentales para entender las distintas posiciones que asume el debate.**

Queda claro entonces, que no me propongo aquí reconstruir o reproponer la totalidad del debate en torno a la cuestión penal juvenil en América Latina.

Me interesa ahora, partiendo de mis análisis anteriores (a los que hecho mención en la nota 7 de este texto), insistir en aquellos aspectos más directamente vinculados con la(s) función(es) de la defensa jurídica.

Como ya lo he afirmado en forma más detallada y extensa creo que la cuestión de la infancia se encuentra desde fines de la década de los 90 en un largo proceso de involución autoritaria. Desde esa época no ha habido ni en el plano legal ni en el plano institucional reformas significativas que aun en un sentido muy amplio puedan ser entendidas como de carácter emancipatorio o progresista. Sin embargo, visto desde el momento actual parece posible distinguir dos etapas en el largo y continuo proceso de involución autoritaria.

Una primera hasta fines del 2003-2004 que retrospectivamente podría denominarse “clásica”. La misma se manifiesta en forma fácilmente reconocible y podría decirse que respondiendo a líneas ideológicas previamente trazadas. Se caracteriza por ser de alguna forma el caballo de batalla de un retribucionismo hipócrita que suele activarse sobre todo en coyunturas de tipo electoral. Bajar la edad de la imputabilidad penal, es decir, hacer ingresar a los menores de edad en el sistema penal de adultos y aumentar las penas (una verdadera tautología) parecen ser las consignas que sintetizan esta posición.

Sin embargo, desde mediados de la década pasada (2003-2004) la continuación de la involución autoritaria se ha vuelto mucho más compleja tanto en el plano ideológico, cuanto en el plano legal e institucional. Descifrar las claves de esta nueva coyuntura se ha vuelto un verdadero desafío. Por esta razón y por tratarse de tendencias en pleno proceso de materialización, es que el análisis que aquí se realiza es sobre todas las cosas, de tipo abierto y exploratorio.

En primer lugar ya no parecen ser dos sino tres las posiciones en juego en el nuevo debate. El frente de rechazo a las posiciones abiertamente represivas y regresivas (fáciles de identificar y a las que ya se ha hecho mención) parece bifurcarse irremediablemente hoy en dos nuevas posiciones.

Por un lado, la de aquellos, entre los que definitivamente me encuentro, que consideran necesario avanzar en la corrección de las deficiencias de diverso tipo en la implantación de los

sistemas de responsabilidad penal juvenil. Por el otro, la de aquellos que, definitivamente inscriptos en posiciones neomenoristas, consideran adecuado y conveniente el retorno a las múltiples formas de la 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 relativas a la privación de libertad continúan en aumento, parece ser una de las estrategias privilegiadas de acción. El Brasil y la Argentina parecieran ser los epicentros geográficos privilegiados de este debate. En las líneas que siguen, intentaré reconstruir en forma muy breve y esquemática las líneas centrales de este debate en curso.

4. La cuestión penal juvenil en Brasil y Argentina.

4.1. Brasil

Un riquísimo debate sobre la cuestión penal juvenil, que paradójicamente incluye por parte de algunos su propia negación, está en curso hace ya más de una década en el Brasil. No es posible reconstruir aquí el debate completo razón por la cual remito a una bibliografía básica en portugués, en general bastante desconocida para el público de lengua castellana (8). Ello me exige aquí de citas particulares en relación a materias específicas.

A pesar de que por el hecho de ser un código de tipo integral el ECA (Estatuto del Niño y Adolescente de 1990) contiene en su interior un verdadero sistema de responsabilidad penal juvenil, a una década de su vigencia dicho sistema 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 de los postulados del debido proceso. Tanto es así, que los retrasos en la creación de la defensa pública o el escaso peso de sus funciones se debieron en parte y en los distintos estados que componen el Brasil, a un Ministerio Público que, relativizando sus funciones de acusación (fiscalía) e interpretando en forma desmedida sus funciones de control de la 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 solo 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 la privación de libertad.

Esto produjo durante un tiempo (que hoy parece en esencia superado), una profunda crisis de identidad en relación a las funciones de la defensa pública, incluso desde la propia perspectiva interna de la misma. 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 el debate mencionado se encuentra en curso, es posible afirmar que el grueso de la jurisprudencia de los tribunales superiores (Superior Tribunal de Justicia y Supremo Tribunal Federal) parecen haber zanjado definitivamente 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.

4.2. Argentina.

Mucho mas complejo, aunque tal vez mucho mas áspero, es el debate en la Argentina donde rige en materia de responsabilidad penal juvenil un decreto de la dictadura militar de 1980 (Decreto 22.278) que dispone la imputabilidad penal a partir de los 16 años y al mismo tiempo la posibilidad de disposición absoluta por debajo de esa edad, lo que en la práctica implica el uso de la privación de libertad por “protección”. Una práctica esta última, expresamente prohibida por la mas reciente ley de Protección Integral de la Infancia (art.36 de la ley 26.061 de 2005).

Para una compresión mas detallada de este debate remito aquí nuevamente a la bibliografía señalada en la nota 7 de este texto, a las que agrego aquí algunas consideraciones adicionales.

En primer lugar es necesario recordar que la derogación del mencionado decreto ha sido no una, sino dos veces exigida expresamente en el arco de diez años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fallo “Bulacio” del 2003 y Fallo “Mendoza y otros” –sentencias de reclusión perpetua a menores de edad de 2013).

Puede decirse que en el caso de la Argentina el debate ha transcurrido y continua transcurriendo mucho mas por la vía política y jurisprudencial que por la vía doctrinaria (9).

Los escasos y verdaderamente pobres desarrollos doctrinarios en la materia no son otra cosa, que comentarios apologéticos de una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), que, contrariando expresamente la Constitución Nacional y la Convención Internacional de los derechos del niño, convalida el uso de la privación de libertad como forma de protección para los menores de 16 años. Se trata de fallo García Méndez- Musa de diciembre de 2008. He aludido mas extensamente a este fallo en la segunda de las bibliografías citadas en la nota 7 de este texto. Me parece importante desarrollar brevemente la esencia del debate argentino sobre la cuestión penal juvenil.

El mismo se concentra sobre el rango de edad en que debe establecerse la responsabilidad penal juvenil. Téngase presente que en diciembre de 2009 el Senado de la Nación Argentina aprobó un proyecto (posteriormente archivado sin tratamiento alguno en la Cámara de Diputados) que establecía una responsabilidad penal absolutamente diferenciada respecto de

los adultos con penas privativas de libertad acotadas en el tiempo (3 y 5 años para la franja de 14 y 15 y 16 y 17 años respectivamente con un máximo total de 8 años para la ultima franja en caso de concurso real de dos de los pocos delitos gravísimos que habilitaban el uso de la privación de libertad). Este proyecto incluía además de todas las garantías del debido proceso una batería 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 de edad.

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 casi la totalidad del debate actual sobre la cuestión penal juvenil en la Argentina.

Lo curioso es que esta negativa a extender la responsabilidad penal por debajo de los 16 años no implica que los mismos, cuando se encuentren en “peligro material o moral” tal como lo establece el decreto de la dictadura, no sean privados de libertad para ser “protegidos”. Un número alto, aunque absolutamente desconocido de menores de 16 años se encuentra privado de libertad en la Argentina (10). Llama poderosamente la atención, que la Defensoría General de la Nación, competente en el plano nacional también por las defensas jurídicas de los menores de edad, jamás haya dado instrucciones generales a los defensores públicos para que presenten habeas corpus a favor de menores de 16 años que sin ninguna de las garantías del debido proceso se encuentran privados de libertad. Téngase en cuenta que la Defensoría General, órgano integrante del Poder Judicial constituye la institución mas activa en el rechazo a la responsabilidad penal juvenil por debajo de los 16 años. Oficialmente esta institución aboga por la existencia de “políticas públicas” para los menores de 16 años como única respuesta. Parece claro en la práctica, que estas “políticas públicas” constituyen de hecho un eufemismo para designar a la privación de libertad.

5. A modo de conclusión.

En términos generales estoy convencido que las deficiencias y debilidades de la defensa jurídica, consecuencia por otra parte ineludible de la relativización de sus funciones, produce dos impactos negativos de naturaleza diversa y uno de ellos de muy difícil percepción.

El primer impacto negativo de la baja calidad de la defensa jurídica suele repercutir en forma inmediata e individual sobre los adolescentes imputados produciendo en general un incremento en el número de los privados de libertad y un aumento en la pérdida de legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia. Nada que no se conozca.

Pero hay un segundo impacto negativo mucho más difícil de percibir y potencialmente mucho más peligroso que se refiere al hecho que la baja calidad de las defensas jurídicas permite en forma más o menos sistemática un uso bastardo de las políticas sociales. Es decir, el uso de políticas sociales coactivas como expresiones **ligth** de la política criminal. La colaboración de la defensa pública en formas espurias de **remisión** en el caso del Brasil o en los **juicios abreviados**

en el caso de la Argentina, constituye la forma como más generalmente se materializa este impacto negativo de difícil percepción.

Es obvio que no pretendo ni circunscribir el debate regional a las vicisitudes por las que atraviesa la discusión en dos países en la región (Brasil y Argentina en este caso), ni mucho menos resumir toda la riqueza del debate en el pequeño espacio de este breve artículo. Me propuse aquí, para comenzar, 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, superar una crisis de identidad con una frondosa y pesada carga histórica, son algunas de las tareas al mismo tiempo obvias y ciclópeas que tenemos por delante. Reafirmar el compromiso irrenunciable del defensor con su cliente (el adolescente imputado de un delito) constituye tal vez una tarea de Sísifo en las condiciones que dictan, tanto la permanente alarma social por la inseguridad, cuanto la arrasadora “crueldad-bondadosa” del eficientísimo cortoplacista en su carrera por el bienestar de la infancia.

Colocar la cuestión penal juvenil en su justa dimensión se convierte, en general, en la primera, obvia y al mismo tiempo mas difícil tarea de todo aquel que pretenda abordarla con seriedad. 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 mas temprano que tarde, será entendida como un termómetro esencial de nuestra azarosa lucha por la democracia.

Buenos Aires, octubre de 2013.

NOTAS.

1. La clínica jurídica para menores de edad de la Fundación Sur Argentina (www.surargentina.org.ar) realiza con su práctica concreta lo que podría denominarse una crítica en acto contra las concepciones retóricas del “derecho del niño a ser oído” sosteniendo que el derecho del niño a ser oído o derecho de defensa material (reconocido en el artículo 12 de la CDN) debe ser ejercido en conjunto con el derecho de defensa técnica, y que sólo así adquiere validez procesal. Al respecto, la creciente complejidad de los procesos hace imprescindible los conocimientos técnicos de un abogado para que el niño no solo sea oído sino que sus peticiones sean debidamente consideradas. El derecho de defensa material y técnica implican el reconocimiento de un debido proceso legal para los niños, niñas y los adolescentes, y en consecuencia, su calidad de parte procesal, en igualdad de condiciones con las otras partes.

Así el niño tiene derecho a ser oído, que sus peticiones sean debidamente consideradas, a ofrecer y controlar prueba, rebatir peticiones de las otras partes, ser notificado y recurrir.

2. Es probable que el término “neomenorista” se haya originado en el Brasil en relación a aquellos que 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 1980, les pareció luego en que se iba demasiado lejos o demasiado rápido en la consideración de niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Hoy, para decirlo sintéticamente, se conoce con este término a aquellos deseosos de recuperar la discrecionalidad compasiva-represiva de la vieja doctrina tutelar.

3. Estas afirmaciones están extraídas de la publicación de la “Actas del Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores”, Paris 1912 (pp.250-251)

4. Si bien me he referido al tema en varios artículos, hago mención aquí a “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.

5. Esta alusión constituye una paráfrasis y al mismo tiempo un homenaje a Antonio Carlos Gomes da Costa quien agudamente afirmaba que “el principal problema del trabajo infantil consiste en que precisamente no es por muchos considerado un problema, siendo en cambio percibido como una solución”.

6. Siempre me ha resultado extremadamente difícil definir y sobre todo entender lo que en forma esquemática y apresurada se suele definir como “la perspectiva de derechos”. Si estoy convencido en cambio en que resulta más fácil y adecuado definir aquello que no constituye una perspectiva de derechos: una visión cortoplacista de los derechos de la infancia. La promoción del trabajo infantil, con el uso de argumentos vinculados con la sobrevivencia, me parece la más patética de las evidencias.

7. Me refiero en orden histórico de publicación a los análisis críticos realizados primero en “Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina”, en, “Infancia, ley y Democracia en América Latina”, Ed. Temis, Bogotá, 2004 (pp.11ª 25) y algunos años después a “De las relaciones públicas al neomenorismo : 20 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en América Latina (1989-2009), en, En “Espacio Abierto”, Revista del Centro de Investigaciones y Estudios Judiciales. Asociación de Funcionarios judiciales del Uruguay. Nro 13 año 2010, pp. 80-95. A ellos sustancialmente me referiré cuando me explaye un poco más en el debate actual sobre la cuestión penal juvenil en América Latina.

8. La figura del Asesor de menores, quedó establecida en el texto original del Código Civil Argentino aprobado el 29 de setiembre de 1869 y aun vigente a pesar de su contradicción con los principios de la CDN y de la ley de protección Integral de niños y adolescentes del año 2005 que instituye en su art. 27 la figura del Abogado del Niño.

Art. 59. A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

9. Este desarrollo jurisprudencial y al mismo tiempo la pobreza de las posiciones doctrinarias tiene su explicación particular. Dos de los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscriben ideológicamente a lo más rancio de la ideología tutelar minorista. Se trata de los Ministros de la Corte, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay. Ello explica el carácter inédito de una fallo de la CSJN (el ya citado García Méndez – Musa del 2.12.2008) que a la par que declara constitucional el decreto de la dictadura 22.278 de 1980, convalida, en flagrante y expresa violación de la Constitución Nacional y la ley de Protección de la Infancia 26.061 de 2005, el uso de la privación de libertad como forma de protección. Ignorando la nueva legislación estos jueces han producido una sentencia cuyo único fundamento, además de sus prejuicios, lo constituye un vacío principio formal de autoridad institucional. Por otra parte, el bajo nivel de centralidad política que posee la materia, explica que por indiferencia el resto de los jueces del máximo tribunal hayan acompañado esta sentencia. La misma se encuentra a la espera de su admisibilidad en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el día 2.5.2009.

10. Se anexa aquí una breve selección bibliografía en lengua portuguesa que muy bien sintetiza el estado actual del debate en la materia:

COSTA, Ana Paula Motta. Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da Invisibilidade à Indiferença". Porto Alegre; Livraria do advogado, 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2005.

MORAI DA ROSA, Alexandre. BRITO LOPES, Ana Christina Introdução Crítica ao Ato Infracional - Princípios e Garantias Constitucionais .2ª Ed.- Rio de Janeiro: Livraria e editora lumen juris, 2011

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: RT, 2002.

KONZEN, Afonso A. A Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do advogado Ed. 2005.

_____. Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato Infracional: Medida Sócio-Educativa é Pena?. São Paulo: Juarez Oliveira, 2002.

_____. Processo Penal Juvenil: a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. A Proteção Constitucional de crianças e adolescente e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003.

_____. Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. São Paulo, Verbatim, 2008.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. Curitiba, Juruá, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves et alli. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8.069/1990 ; artigo por artigo/ Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore, Rogério sanches Cunha. - 3ª ed - são Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ªed., 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª Ed. 2012.

HECARIA, Sérgio Salomão. Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil. São Paulo: RT, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil. São Paulo: RT, 2006.

11. No existe en la Argentina desde el año 2008 ningun tipo de información oficial sobre el número de menores de 18 años privados de libertad.