

Entrevista a Emilio García Mendez

Entrevista realizada por Marina de Mendiguren
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Mar del Plata

Tuve el honor de poder entrevistar a una persona de quien podemos decir, sin lugar a dudas, es el referente más importante de nuestro país en la lucha por los derechos de la infancia. La absoluta dedicación y compromiso en esta tarea le han sido reconocido por los más altos organismos internacionales desempeñándose como Perito ante la Corte Interamericana de derechos Humanos, Consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica; Consultor de Unicef de las Oficinas de Chile, Cuba, México, Uruguay, India y Angola, Pakistán. Además de ser Profesor Titular en, Facultad de Psicología, y Profesor Invitado Posgrado de la Facultad de Derecho, de la UBA

Donde muchos claudican en pos de un transitar más cómodo y menos ríspido, El Dr. García Mendez ha sostenido una línea de pensamiento que nunca se ha vuelto funcional a los posicionamientos políticos de los gobiernos de turno, ni han domesticado sus agudos argumentos, todo lo contrario, su trabajo se ha centrado en fortalecer la radicalidad de sus planteos mediante análisis críticos que dan cuenta de los procesos que estamos viviendo y nos interpelan sobre la necesidad y la urgencia de asumir la parte que nos compete. Estos trabajos, sostenidos en el tiempo en contextos adversos con absoluta coherencia, le dispensan la admiración y el absoluto respeto de la comunidad académica nacional e internacional, esperamos compartir en esta entrevista, al menos una muestra de todo lo expresado, en su propia voz.

Marina de Mendiguren

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Méndez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

Hoy es 11 de marzo de 2014, estamos con el Dr. Emilio García Méndez para hacer una entrevista y preguntarle, antes que nada, cómo nace la Fundación Sur hace más de 10 años y cómo podría describir el camino que se recorrió hasta el día de hoy.

Bueno, la Fundación Sur nace como resultado de una práctica. Hace poco más de 10 años un grupo de abogados, la mayoría de ellos jóvenes, que se nuclean, algunos, preocupados por cuestiones penales en torno a mí y otros preocupados por cuestiones civiles en torno a Laura Musa y empezamos a tener una práctica objetiva de clínica jurídica. Empezamos a trabajar de un lado, en la defensa de casos concretos de violación a los derechos tanto de materia civil como de materia penal que involucran a menores de edad cuanto una especie de observatorio legislativo porque nosotros siempre hemos pensado que la ley no es condición suficiente para nada pero sí es condición imprescindible para todo; y siendo la Argentina el país más atrasado y al mismo tiempo el más brutal en materia de derechos de la infancia, el tema de las reformas legales (que además es un tema complejo en la Argentina, por el carácter federal) era otro componente esencial. En torno a estas prácticas se va dando un proceso de reflexión. Y ese proceso de reflexión se traduce en la existencia de seminarios y cursos, en primer lugar de carácter interno. Entonces, son tres los aspectos: la clínica jurídica, la cuestión del observatorio legislativo y el proceso de formación.

¿Por qué la Fundación se llama Sur? Porque hay un grupo de organismos de la Sociedad Civil en Brasil que se llama Sur y que es una institución en defensa de los Derechos Humanos cuya cabeza es un abogado brillante, un abogado brasilero que se llama Oscar Vilella y una señora extraordinaria que se llama Malac Popovich . Ellos tienen un proyecto financiado por las Naciones Unidas y una de las componentes de ese proyecto era ayudar a organismos de derechos humanos a consolidarse. Nosotros entramos en contacto con Sur, que, dicho sea de paso, tiene una extraordinaria revista pedagógica en materia de derechos humanos, y una de las mejores publicaciones que hay (es trilingüe, además, habla inglés, castellano y portugués) y entramos en contacto con una cierta regularidad. Cuando nosotros planteamos nuestra práctica, ellos nos dicen “¿Cuál es la institución?” y nosotros no teníamos ninguna institución. Y ellos dicen “¿Pero cómo?”

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

Hay cantidad de instituciones que existen como sello y no existen en la práctica y ustedes son un grupo que existe en la práctica pero no tiene una formalidad institucional”. Nosotros recibimos un primer aporte del grupo Sur de Brasil y en homenaje al grupo Sur de Brasil es que la fundación se llama fundación Sur Argentina. Ese es el único motivo por el cual se llama Sur, nosotros estaremos siempre agradecidos, en este caso a hermanos brasileros, un país en el cual yo por mil motivos he estado históricamente ligado y sigo estando ligado, tengo hasta un hijo brasilerero, mi hijo nació en Brasil y sigue teniendo pasaporte brasilerero. Entonces, hace 10 años (en el 2004) se consolida y este grupo de gente que estábamos trabajando. Quiero destacar, ya he nombrado aquí, a Laura (Musa) pero también a Laura Rodríguez, quien es hoy la directora de la clínica civil de la fundación, realmente es uno de los pilares fundamentales de esto, y realmente ha sido una de las personas que con un trabajo de hormiga ha hecho más. Las dos, Laura Musa y Laura Rodríguez han sido las personas que han colocado en el mapa de la agenda jurídica argentina la figura del Abogado del Niño. Esa es la historia de la fundación; hoy cumplimos diez años, pagamos el enorme precio de la independencia, esto significa que las penurias económicas no hacen parte en Sur de la patología del funcionamiento de la fundación sino de su fisiología y estamos acostumbrados a eso. Nosotros pensamos que colocar las cuestiones que muchas veces las instituciones mismas no pueden colocar, pero es una de las funciones esenciales de esta fundación. Al mismo tiempo la fundación, y este me parece un ejemplo buenísimo, no pretende reemplazar a nadie. No pretende sustituir a nadie, muy por el contrario, si nosotros hacemos defensa jurídica, no es nuestro primer objetivo. No solo no es el de sustituir a la defensa jurídica pública, sino, nuestro primer objetivo es el de fortalecer a la Defensa Jurídica Pública, y yo creo que para resolver un problema primero hay que construirlo como problema. ¿Qué quiero decir con esto? Un gran pedagogo brasilerero hacía una pregunta retórica que a mí me parece que es una pregunta extraordinaria: Decía “¿Cuál es el principal problema del trabajo infantil? El principal problema del trabajo infantil es que no es percibido como un problema, sino como una solución” Entonces, ¿cuál es el principal problema de la defensa jurídica? El principal problema de la defensa jurídica pública o privada es que no es

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

entendida como una solución, sino que es entendida como un problema. Es decir, nosotros tenemos que construir hoy y a eso apunta este último texto que yo acabo de terminar hace relativamente poco para la defensa jurídica de Chile. Nosotros tenemos que empezar a construir la importancia de la defensa jurídica como el criterio más importante para entender la legitimidad de los sistemas de administración de justicia para la infancia. Sin una defensa jurídica autónoma seria, consecuente y sobre todo que no tenga crisis de identidad, no hay legitimidad en los sistemas de administración de justicia para la infancia. Todavía estamos lejos de poder pensar la administración de justicia para la infancia pero yo creo que ahí apuntamos. Y cuando digo “autónoma y eficiente técnicamente y sin crisis de identidad” yo siempre doy un ejemplo que me parece pertinente: los chanchos y los fiscales no tienen crisis de identidad. Los chanchos saben que vienen al mundo para ser jamón y los fiscales para acusar. La crisis de identidad de los defensores es que no todos los defensores saben que vienen al mundo para tener un compromiso ineludible con sus clientes que son los adolescentes infractores o los niños violados en sus derechos en cuestiones de naturaleza no penal. En consecuencia, una defensa jurídica sin crisis de identidad es una defensa jurídica que asume estas posiciones y no asume la defensa como un mero cálculo político y se piensan a sí mismos como colaboradores o asesores de los jueces; entonces, yo desconfío de las relaciones entre los defensores y el resto del sistema en dos situaciones: cuando las relaciones son muy malas o cuando las relaciones son muy buenas. Las relaciones entre la defensa y los jueces y los fiscales tiene que ser una relación de respeto mutuo. Se acabó, o por lo menos tenemos que acabar con aquella frase típica del tutelarismo que sonaba muy linda que decía “acá todos somos responsables de todo” porque cuando todos son responsables de todo no hay responsables de nada. Entonces creo que lo que nosotros tenemos que rescatar es la cuestión sistémica en el sentido “este es un sistema donde el juez cumple una función, donde la fiscalía cumple una función y la defensa cumple una función” y tenemos que entender a la función de la defensa como el criterio más importante para entender la legitimidad de los sistemas de administración de justicia.

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

¿Cuál entiende usted que fue el papel de los movimientos de lucha por los derechos de la infancia en América Latina en la gesta de las leyes de protección de derechos?

A mí me parece muy importante esta pregunta porque si nosotros no rescatamos la dimensión histórica de esto, corremos el riesgo de pensar como pensaba Hegel de los países Americanos: que los países Americanos no tienen historia. Y corremos el riesgo de pensar que esto es un cine continuado donde la función empieza cuando uno se sienta. El epicentro geográfico del movimiento de lucha por los derechos de la infancia en América Latina sin duda está en el Brasil. Y está en el Brasil de fines de la década del '80. Algunos años antes de la convención, y esto responde, y hay bibliografía, yo he hecho una compilación "Infancia, ley, democracia" donde he tratado también de rescatar esta historia de los derechos de la infancia. En Brasil se da una conjunción interesante a fines de la década del '80, una coyuntura política que implicaba salir de una de las dictaduras más largas de América Latina que fue la dictadura brasilera, que fue la dictadura que llevo casi 25 años. La conciencia sobre la existencia de extender el Estado Democrático Derecho a todos, y cuando uno plantea "todos" se plantea también el hecho de los niños, y la existencia en el Brasil de fines de la década del '80 de algunas personas que fueron claves, eran las personas justas en el momento justo. Yo rescato aquí dos personas: uno de ellos fue un gran pedagogo brasilero que se llamó Antonio Carlos Gómez Da Costa, que quienes se dedican a asuntos de educación saben quien fue, muerto prematuramente, fallecido hace unos cuatro años, muy joven; y otra persona muy poco conocida en América Latina que se llamo Daniel O'Donell, quien por circunstancias estrictamente familiares, que su mujer era funcionaria internacional, estaba en Brasil a fines de la década de los '80 y al mismo tiempo era consultor de la comisión que estaba elaborando la convención internacional de los derechos del niño. Daniel O'Donell es una de las personas que ha hecho la carpintería. ¿Quién escribió la Convención? Bueno, la convención se escribió hace diez años y se escribió a muchísimas manos, pero una de las manos más importantes fue la de Daniel O'Donell . En este proceso que se da en Brasil, la lucha por la

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

recuperación de los derechos a fines de la década del '80, cuaja en una nueva constitución, hay un movimiento para formar una nueva constitución para salir de la dictadura a fines de la década de los '80. La constituyente en Brasil tenía un mecanismo por el cual si se juntaba un número, si mal no recuerdo era de 30.000 firmas uno podía introducir una propuesta de enmienda constitucional en el debate. Ahí se crea un movimiento que se llama "Niño Constituyente". Este movimiento se abre liderado por Antonio Carlos Gómez Da Costa y Daniel O'Donnell para recoger 30.000 firmas que era lo necesario y creo que ellos mismos se sorprenden, porque en un plazo, creo que no fue superior a dos semanas se juntan casi 300.000 firmas, o sea, diez veces más de lo que se necesitaba. Esto llevó a proponer una enmienda constitucional que es el artículo 227 de la Constitución Federal de Brasil de 1988, que es la constitución que hoy está vigente en el Brasil. El artículo 227 de la constitución establece a la infancia como prioridad absoluta. Cuando uno mira, si uno se toma el trabajo de leer el artículo 227 de la constitución que fue aprobado en agosto de 1988: ¿Qué es el artículo 227 de la constitución brasilera? No es otra cosa que una síntesis de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que no existía, que era un proyecto. Pero el carpintero de este proyecto era Daniel O'Donnell que pone al servicio, digamos, de los movimientos de lucha por los derechos de la infancia, pone este conocimiento y empieza a plantearse, sobre todo en un país de dimensiones continentales como el Brasil que los pequeños proyectos, en todo caso, tenían un valor moral, tenían un valor ejemplificador pero que de lo que se trataba, no era de producir, seguir produciendo como en la época de la dictadura, cuando todos los canales entre el Estado y la sociedad estaban cerrados, políticas alternativas, sino que la enmienda constitucional fue, en las felices palabras de Gómez Da Costa, pasar de lo alternativo a lo alterativo, es decir, influir en las políticas gubernamentales para que, en democracia, las políticas gubernamentales se transformen en políticas públicas. En democracia, lo público es lo de todos. En consecuencia, lo público es una articulación, no desprovista de conflicto, porque mientras hay vida, hay conflicto, entre el gobierno y la sociedad civil. Entonces, ese artículo 227 de la constitución se aprueba, se establece una constitución federal que establece todos los derechos

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

de la infancia y empieza a plantearse, antes de la convención, la existencia de lo que yo después vine a llamar, una especie de esquizofrenia jurídica. Es decir, la vigencia de dos cuerpos jurídicos que regulan la misma materia de naturaleza antagónica. En este caso, el artículo 227 de la constitución y el Código de Menores en el Brasil. El Código de Menores de Brasil era un apéndice muy importante de la política social para la infancia de la dictadura militar brasilera. El Código de Menores fue aprobado en 1979, tuvo felizmente, corta vida y fue sustituido, porque la consecuencia de haber aprobado el artículo 227 de la constitución fue que inmediatamente después se creó una comisión de reforma del Código de Menores que terminó con la aprobación el 13 de julio de 1990 del Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil. El Brasil demostró que no solamente había que alterar los contenidos de las leyes sino los mecanismos de producción. Y realmente, creo que no ha habido nunca en la historia de América Latina una ley de infancia o una ley en general que haya sido el producto de un debate popular tan amplio como lo fue el Estatuto. En materia de contenidos, uno puede sintetizarlo en dos grandes elementos que marcan la diferencia radical de contenidos del Estatuto con todo lo que hasta el momento era hegemónico que era la doctrina de la situación irregular y ¿cuál era esto? Bueno, una dimensión era la dimensión penal. Todas las garantías del estado democrático de derecho funcionaban también para los niños. ¿Esto en qué se traduce? Se traduce en esta garantía del debido proceso: nadie podrá ser detenido sino en flagrante delito por orden escrita de autoridad competente y en el hecho de que no hay ninguna posibilidad de sancionar a alguien si no es como resultado de un debido proceso. El otro gran pilar de los contenidos del estatuto tuvo que ver con una cuestión social que era importantísimo cambiar: hay un artículo, que si no me equivoco es el artículo 23 del Estatuto del niño y del adolescente que dice “La mera falta o carencia de recursos materiales no podrá ser jamás un motivo suficiente para la pérdida o suspensión del patrio poder . En otras palabras, ¿qué quería decir esto? Que a una familia por el mero hecho de ser pobre, no se le podía quitar los hijos y que ahí lo que tendría que funcionar son las políticas públicas activas. Después, este artículo seminal fue reiterado en todas las nuevas leyes de infancia que a partir de 1990 se

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

sucedieron en América Latina. En el caso de la Argentina este artículo está reproducido en la ley 26061 del 2005.

¿Y a qué atribuye usted que demorara tanto tiempo (casi 15 años) Argentina en dictar su ley?

Bueno, en primer lugar, en Argentina hubo una política deliberada durante, por lo menos, diez años de 1990 al 2000; quien lideró la política para la infancia a nivel gubernamental en la Argentina era una especie de monumento a la doctrina de la situación irregular y estaba hipócritamente convencido de que la ley de patronato, la ley Agote 10903, que es la segunda ley más vergonzosa de la historia Argentina era superior a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Entonces, la Argentina se plantea, digamos, como una excepcionalidad y por eso permanece durante casi 15 años, por que los intereses corporativos en la Argentina fueron gobierno. Ahora, si nosotros en la década del noventa tenemos una política social para la infancia que privilegia los intereses corporativos, después, fuera de ciertas políticas universales que tiene que ver con la asignación por hijo, etc. En materia de garantías de derecho lo que va a venir después en esta llamada, irónicamente, se me ocurre a mí, en esta materia de derecho de la infancia, “década ganada” va a ser mucho peor. Y me refiero a los resultados, la Argentina es, lo digo con dolor, el país más atrasado y el más brutal en materia de derechos para la infancia y se nota. ¿En qué se nota? Bueno, no hay ningún país de América Latina que tenga más condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condenas de la Corte, no Denuncias ante la Comisión. Cuatro condenas de la corte entre la del caso Bulacio de 2003 hasta el caso Mendoza (2013), es interesante, las perpetuas; una condena perpetua hacia menores de edad, caso único en la historia de América Latina, no haya generado un único comentario por parte de los organismos oficiales encargados de derechos de la infancia en la Argentina.

Sí, realmente es preocupante y es muy llamativa esa situación.

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

¿Cómo entiende que puede sustentarse un proyecto de construcción de ciudadanía de la infancia? (Teniendo en cuenta esta cuestión que usted refiere ... cuando en el pasado el autoritarismo trataba de generar súbditos y hoy en día una visión de los derechos de la infancia malentendidos como beneficencia terminan generando una especie de clientelismo.

Bueno, ya lo dije y quiero repetirlo y probablemente lo repetiré más de una vez, cuando uno analiza cuestiones vinculadas con derechos, la dimensión histórica no es deseable, es imprescindible. ¿Por qué es imprescindible? No solo por aquello que yo ya dije que si uno no analiza la dimensión histórica uno tiende a pensar que esto es un cine continuado que la historia empieza cuando uno se sienta; es que solamente cuando uno analiza la dimensión histórica de esto, uno puede entender por ejemplo lo siguiente: las peores atrocidades, primero los hombres contra las mujeres y después los adultos, hombres o mujeres contra los niños. Las peores atrocidades, la historia es terca en mostrar que se han cometido y se siguen cometiendo mucho más en nombre del amor, en nombre de la piedad, en nombre de la compasión, mucho más que en nombre de la propia represión. Por eso yo pienso que el déficit histórico que los adultos y las instituciones tienen con los niños, el déficit histórico es mucho más un déficit de justicia que un déficit de amor porque el amor es una cuestión... yo no tengo nada contra el amor pero es una cuestión que rige las relaciones interpersonales, en las cuestiones institucionales mientras más ha abundado la terminología del amor, más han sido despojados los niños y las mujeres de sus derechos. ¿Por qué? Porque en el amor no hay límites y en la justicia sí. Entonces ¿Por qué nosotros necesitamos, particularmente en un país como la Argentina recuperar permanentemente la dimensión histórica de estos problemas? Yo lo quiero sintetizar en la frase de un filósofo absolutamente desconocido, o bastante desconocido que se llamó George Santayana, esto es paradójico porque Santayana era un filósofo católico idealista, un filósofo que de alguna forma estaba en las antípodas de Marx y sin embargo es el autor de una frase que muchos tienden a confundir como una frase de Marx; ¿Cuál es la frase de Santayana que me parece particularmente adecuada? Santayana es el autor de esta frase que dice “Aquellos que no conocen su historia

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

están condenados a repetirla” ¿Y cuál es la historia? Nosotros hemos derogado recién en el 2005, o sea, 15 años después de la Convención, hemos logrado derogar, parcialmente la ley de patronato. ¿Por qué digo “parcialmente”? Porque el artículo cuatro, que es el corazón de la ley de patronato 10903 subsiste –perdón - el corazón de la ley de patronato 10903 subsiste en el artículo 4 del decreto de la dictadura 22278 que es el régimen penal de la minoridad. Ahora, la ley de patronato 10903, yo acostumbro decir que es la segunda ley más vergonzosa, más grotesca de la historia Argentina. ¿Cuál es la primera? La primera para mí es la ley 4144. La ley 4144 de 1902 (o 1912) la Ley de Residencia. La ley de Residencia era muy simple, esto muestra la complejidad de nuestra historia y los cadáveres que tenemos; ¿quién es el autor material de esta ley 4144? Miguel Cané. Un emblema de amor a la juventud, digamos, en la cultura oficial Argentina. ¿Cuál era el contenido de la ley 4144? La ley 4144 llamada “Ley de Residencia” de 1902 permitía expulsar del país sin intervención judicial a los extranjeros indeseables. ¿Indeseables para quién? Para los dueños del país. ¿Quiénes eran los extranjeros indeseables? Los socialistas, los comunistas, los anarquistas. ¿Y por qué “grotesca” la ley? Porque la Argentina hasta bien entrado el siglo XX es un país, como bien decía Carlos Fuentes, Carlos Fuentes decía “si nosotros los mexicanos descendemos de los aztecas y los peruanos descienden de los incas los argentinos descienden de la nave”. Entonces es un país que hace una ley que permite expulsar sin ninguna garantía prácticamente al 50% de la población. Ahora, la pregunta es, ¿cuál es la relación entre la ley 4144 de 1902 y la ley de patronato 10903 de 1919? La relación es que, a mi juicio, para 1919 estos extranjeros indeseables empezaron a tener hijos y para los dueños del país eran tan indeseables como sus padres, pero que a diferencia de sus padres no eran extranjeros. Entonces hubo que crear una ley que permitiera expulsar al interior de las instituciones, confinar a los hijos de los extranjeros indeseables. Este es el origen grotesco en la ley 10903 y esta ley 10903 era el emblema bajo el cual en la década de los '90 y en la política social del menemismo en la Argentina se denigraba como extranjerizante a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y se defendía la Ley de Patronato.

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

Hay una preocupación que surge de muchos sus escritos que es esta cuestión sobre derecho y realidad y esta tensión que se genera entre ambos ¿Cómo ve el papel estratégico del derecho en el proceso de cambio social? ¿Podría explicar a qué se refiere al hablar de “masoquismo institucional”?

A ver, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1949 (que de un lado, es la piedra angular de la historia moderna de los derechos humanos y del otro lado es hija de la tragedia porque, digamos, sin el holocausto no hubiera habido Declaración Universal de los Derechos Humanos) plantea en su artículo primero –palabras más, palabras menos- dice “todos los hombres son iguales” ¿Por qué esta declaración dice que todos los hombres son iguales? Justamente porque no lo somos. Porque si todos los hombres fueran iguales las leyes de derechos humanos serían superfluas. La igualdad no existe en la naturaleza. La igualdad necesita de un hecho político fundante, por eso es que nosotros necesitamos revisar una frase demoledora en el peor sentido de la palabra, del sentido común, cuando dice y se repite mucho y de buena fe, que dice “necesitamos leyes que reflejen nuestra realidad”. No, nosotros necesitamos leyes que sean mejor que la realidad; porque para eso ya tenemos la realidad. Borges cuenta la historia de un emperador chino que quiso hacer un mapa perfecto del imperio y entonces durante veinte años, 20000 cartógrafos trabajaron en este mapa. Cuando terminaron, el mapa era inútil porque tenía el mismo tamaño que el imperio. Entonces, nosotros necesitamos establecer una tensión entre el derecho y la realidad. [A dónde queremos ir] Exactamente porque digo, porque si nosotros dijéramos “Necesitamos una ley de educación que refleje la realidad” como lo hice, en sentido común, bueno, una ley de educación que refleje la realidad debería decir “el derecho de educación un derecho de aquel cuyo padre o madre gane \$15000”. Sin embargo ¿qué dice la ley de educación? La ley de educación es un deber del estado y es derecho de todos. Entonces, se plantea permanentemente en las reformas jurídicas, siempre han planteado tensión entre el derecho y la realidad. Y entonces cada vez, y esto no es un patrimonio de la Argentina, yo en este sentido, y después puedo hacer algunos ejemplos de esto un poco más adelante, pero digo, yo no

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

creo que en la Argentina haya problemas que sean exclusivos de la Argentina si uno mira el contexto latinoamericano. Sí me parece que habiendo problemas que son comunes a todos los países de América Latina en la Argentina se encuentran particularmente exacerbados. Por ejemplo, el irrespeto por el derecho y la hegemonía que tiene un pensamiento discrecional en la Argentina, a veces encarnado por un conservadurismo reaccionario y a veces encarnado por un pseudo-progresismo el cual no quiero hacer nombres, solamente apellidos, Zaffaroni es la encarnación de este pseudo-progresismo que ha hecho estragos materia de derecho de la infancia en la Argentina. Entonces cada vez que en América Latina se ha planteado una ley que es mejor que la realidad la sociedad tiende a dividirse entre aquello que queremos –que cambie la realidad para que quede como la ley- y aquellos que quieren que cambie la ley para que quede como la realidad. Entonces esta es la tensión que se establece permanentemente entre el derecho y la realidad. Y me parece particularmente interesante sobre las visiones escépticas del derecho; me gustaría citar un texto reciente no traducido todavía al castellano porque Steffano Rodotaá italiano cuyo libro se apropia de esta frase de Hannah Arendt “El Derecho a tener Derecho” así se llama el libro, y él dice una obviedad pero una obviedad que hay que decirla para que después uno la piense como obvia. Y es “los derechos son débiles o son fuertes” y dice con mucha sencillez “los derechos son fuertes cuando la política se apropia de ellos y los derechos son débiles cuando la política se aleja de ellos”

En este sentido le iba a preguntar ¿a qué atribuye que supuestos sectores progresistas tanto operadores sociales como políticos, judiciales, etc toleren mantener al margen del Estado de Derecho a los jóvenes? Por ejemplo, permitiendo la utilización de la privación de la libertad bajo un supuesto de “protección” o que la Corte falle la Constitucionalidad del decreto 22.278.

Bueno, yo creo que en primer lugar esto remite a una historia que nos trasciende y es, y que vuelvo a repetir, la historia de lo que uno puede llamar “derechos de la infancia” es terca en mostrar que las peores atrocidades se cometen mucho más en nombre del amor, la piedad y la compasión que en nombre de la propia represión. Porque hay toda una terminología y una

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

fraseología me parece impotente ilustrarla con un chiste tan viejo, de cuando existía la Unión Soviética: cuentan que un ruso y un polaco se pierden en el bosque y pasan tres días sin comer. Y al cabo de tres días encuentran una cabaña y abren la puerta y en la cabaña hay una mesa y arriba de la mesa hay un pan. Y entonces el ruso le dice al polaco “dividámonos este pan como hermanos” y el polaco le dice “no, como hermanos no, 50% y 50%”. Lo que quiero decir es que el pensamiento discrecional, el pensamiento de aquellos que creen que tienen la capacidad de decidir en cada momento qué es lo mejor para los otros ha hecho estragos primero, en relación a las mujeres y después en relación a los niños. Y ha sido tan hegemónico que las mujeres que primero han sido víctimas de este pensamiento discrecional después muchas veces se han convertido de alguna forma en victimarios. Esto muestra el carácter hegemónico de este pensamiento. La Argentina tiene una larga historia de ser un país para usar el feliz título del libro de Carlos Nino “País al margen de la ley” es decir, la Argentina tiene una enorme historia de hegemonía del pensamiento discrecional. Yo hace un tiempo me refería a la Ley de Residencia, la 4144 de 1902. En 1946 cuando el presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la cámara de diputados en 1942 fue el presidente más joven en la historia de la Comisión de Asuntos Constitucionales, John William Cook, la primera propuesta de Cook fue la de derogar la ley 4144. Se firmo rápidamente en el despacho de comisión pero cuando llegó el día de la votación uno a uno los diputados del bloque oficialista comenzaron a abandonar el recinto y Cook no podía entender hasta que un diputado le dijo “compañero, esa ley era mala cuando la manejaban los otros. Ahora que la manejamos nosotros esa ley es buena porque nos permite discrecionalmente decir que sí y decir que no. De hecho la ley 4144 fue derogada recién en 1958. Entonces, ahora en la Argentina es curioso, es el único país que no tiene un sistema de responsabilidad penal juvenil. Al mismo tiempo, es el único país donde los sectores progresistas, desde un vago compromiso social de izquierda hasta el que encarna algunos juristas como Zafaroni... la Argentina es el único país que no tiene una ley de responsabilidad penal juvenil. Que tiene vigente, después de más de 30 años de democracia, un decreto de la dictadura militar. Que ha irrogado sentencias de

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

recursión perpetua a menores de edad; y condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cada vez que en la Argentina se plantea con seriedad una ley de responsabilidad penal juvenil, ignorando lo que pasa e inventando un futuro que no existe, estos sectores progresistas se oponen con el argumento de que van a criminalizar a los menores de edad. Como si hoy no hubiera privación a la libertad sin debido proceso a los menores de 16 años, penas de reclusión perpetua para los mayores de 16. Todo esto es defendido por un progresismo narcisista bien pensante. ¿Por qué? [Esa es la pregunta] Bueno, la respuesta para mí, es bastante –espero que se entienda porque es una respuesta bastante dolorosa y me parece que es la siguiente- (y este es el plus que tiene esta cuestión en la Argentina en el contexto latinoamericano) En América Latina, o dicho de otra forma, la represión en la Argentina durante la época de la dictadura militar fue tan brutal, tan desmesurada, pero cuando digo desmesurada me refiero comparada incluso con otras dictaduras militares. La represión de la dictadura Argentina fue desmesurada y brutal comparada con la brasilera o con la chilena o con la uruguaya, que los sectores que se auto perciben como progresistas no aciertan a establecer sin culpa un discurso serio sobre la represión legal. Entonces ¿qué es lo que sucede? Por eso es que nosotros vivimos a los bandazos; nosotros vivimos del fomento del piqueterismo a la aprobación de una ley antiterrorista que se construye sobre la sociedad. El mismo gobierno la misma mayoría parlamentaria, promueve los piquetes y al mismo tiempo promueve una criminalización. Entonces vuelvo a repetir en centro del concepto, la represión ilegal fue tan desmesurada que nosotros no acertamos a elaborar sin culpa un discurso serio sobre la represión legal de los comportamientos violatorios de la ley penal. Entonces, ese es el punto, nosotros no tenemos problemas, me refiero a la realidad, en interpelar a los adolescentes como locos, como enfermos o como enemigos. Pero sí tenemos problemas en interpelarlos como sujetos responsables. Porque cuando yo interpelo al otro como loco, como enfermo o como enemigo, yo no me hago responsable de nada . Cuando yo lo interpelo como sujeto responsable, yo me hago responsable. Me parece que la clave está ahí. La clave está ahí. De lo que se trata es de, por izquierda o por derecha, barrer bajo la alfombra.

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

¿Qué opina sobre la resistencia sostenida a la defensa técnica de los jóvenes y del fallo de la Corte que adopta el criterio restrictivo en cuanto a la posibilidad de que el niño cuente con un abogado que lo patrocine si es menor de 14 años? Hace poco con el dictado de la ley del abogado del niño en la provincia de Buenos Aires, en una entrevista radial personas que estaban habituadas a tomar entrevistas jurídicas se sorprendieron porque no se habían enterado de la existencia del Abogado del Niño. Preguntaban ¿Pero cómo esto no se difunde? ¿Cómo un chico se va a enterar que tiene derecho a un abogado si esto no se difunde?

Cuando uno analiza, y yo estoy trabajando en un análisis de la jurisprudencia de la corte en materia de infancia, analizando aproximadamente 50 fallos de la corte de la Corte Suprema de justicia en materia de infancia, 25 civiles y 25 penales, más allá de la retorica, el único hilo conductor que hay en estos fallos es un retroceso. Es una vuelta al tutelarismo. Nosotros, desgraciadamente, tenemos dos íconos del progresismo en un caso Carmen Argibay), un icono del movimiento de mujeres y el otro Zaffaroni un icono de cierto movimiento progresista un poco incomprensible; y ellos son aquellos que han hecho pasar todos sus prejuicios, han utilizado su cargo en la Corte, para hacer pasar todos sus prejuicios tutelaristas. ¿Por qué digo esto? Y casi una cuestión de prevaricato porque aun en contra del derecho vigente han sostenido la ley 26061 que dice “Se prohíbe la privación de libertad como forma de protección” Entonces Zaffaroni ha dicho “yo creo que la privación de libertad en cárceles de menores es un lugar adecuado para que aquellos menores supuestamente amenazados de muerte por la policía (digo supuestamente porque yo mismo me ofrecí a acompañarla a Carmen Argibay a la fiscalía para hacer la denuncia contra la policía por amenaza de muerte a estos menores de edad ya que ella en cuanto juez de la Corte y no en cuanto Carmencita de Palermo había hecho este tipo de denuncia . Entonces me parece que hemos tenido la mala suerte de tener este falso pensamiento progresista, que son, digamos, son dos ejemplos de un extraordinario narcisismo. Me gustaría saber cuál sería la reacción de Carmen Argibay (aca le otorgo a Zaffaroni la responsabilidad más importante en esta decisión de la Corte, me parece que Carmen Argibay acompañó) pero me gustaría saber qué

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

pensaría Carmen Argibay si alguien propusiera el penal de Ezeiza como el lugar donde llevar a las mujeres que están amenazadas o golpeadas por los maridos. Me gustaría saber cuál sería su reacción

¿Qué opinión le merece el anteproyecto de nuevo Código Penal que se está tratando actualmente?

En realidad no lo conozco porque oficialmente, cuesta mucho emitir una opinión sobre algo que después a uno le dicen “pero ese no era el anteproyecto. Lo que me parece es que este anteproyecto que este debate tiene dos ganadores y cuarenta millones de perdedores. Los dos ganadores son Massa, que en un ejercicio de oportunismo descomunal ha visto un claro y se ha notado un punto coyuntural en el debate sobre la seguridad en la Argentina, porque nadie en su sano juicio piensa que en el problema gravísimo de la inseguridad, el Código Penal sea una variable fundamental para esto, yo creo que la variable fundamental para entender la cuestión de la inseguridad en la Argentina son dos de naturaleza diversa: uno es la cuestión social y el tema de la desigualdad y la pobreza etc etc y del otro lado el descalabro que significa la cuestión policial en Argentina. Es decir, no me parece comenzar a debatir la cuestión de la seguridad por la cuestión del Código Penal. Me parece que el oportunismo de Massa solamente me parece equivalente al oportunismo de Zaffaroni que en un ejercicio descomunal de narcisismo pretende pasar a la historia siendo el autor de un anteproyecto que los sectores progresistas supuestamente se amalgamaron en torno a su Código Penal. [Pero también esto obedece al terreno fértil que le han sembrado en atacar las dos cuestiones principales que usted estaba mencionando recién] A mí me parece que acusar a Zaffaroni de progresista es muy injusto, sobre todo cuando uno tiene en consideración que él ha sido quien ha legitimado el uso de la privación de libertad como forma de protección a los menores de edad. En todo caso, si es progresista además es esquizofrénico.

Cuando usted habla del paradigma de la ambigüedad en varios de sus trabajos ¿Esto también no tiene que ver con un poco de esta cuestión?

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

Si, el paradigma de la ambigüedad en todo caso está directamente vinculado con el tema de la discrecionalidad, es decir, el paradigma de la ambigüedad significa tener construcciones jurídicas y construcciones institucionales que no se rijan por principios sino que se rijan por conveniencias coyunturales.

En un trabajo de Maristella Svampa, publicado en su libro “ Cambio de Época“. . Refiere a las tensiones entre las miradas académicas y militantes que conviven en algunas personas, que a partir de sus trabajos han asumido un rol más protagónico en el activismo social y que se expresan de diferente manera. ¿Qué nos puede contar de su propia experiencia al respecto? Ella en un momento dice que el militante se termina “comiendo” al académico porque la lucha por los derechos es de una gran intensidad. ¿Cómo fue su experiencia al respecto? Teniendo en cuenta los ámbitos en los cuales usted ha participado políticamente.

Yo creo que he podido mantener un cierto equilibrio, entre lo que pienso y lo que enseño y lo que estudio con aquello que ha sido mi práctica política institucional. Creo no haber sido nunca participe de un doble discurso. Yo planteé desde hace muchos años una posición que nunca fue una posición dominante porque me parece que la cuestión de la infancia siempre ha oscilado entre lo que yo llamo un retribucionismo hipócrita de aquellos que creen que aumentando las penas y bajando la edad de la imputabilidad y haciendo más duro el sistema se puede resolver y del otro lado aquellos que yo llamo “paternalistas ingenuos” que niegan la posibilidad, cualquier función al derecho penal pero que al mismo tiempo cierran los ojos frente al avance de la represión por los canales que no son los legales y los institucionales. Porque esto implica que estas dos visiones; implican una visión esquizofrénica de la infancia. Aquellos que piensan que los adolescentes son ángeles y otros que piensan que son demonios. Yo al principio incluso pensaba que había un grupo que pensaba que eran ángeles y otros que eran demonios, pero después la cosa es más compleja todavía. Hay unos que piensan de mañana que son ángeles y no es lo mismo que a la tarde que piensan que son demonios. Un discurso que a mí me parece serio y consecuente no es un discurso heroico. Es un discurso que dice “a ver, los adolescentes no son ni

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

ángeles ni demonios, son “Sujetos de Derecho “. Y nadie puede ser sujeto de derecho si no es sujeto de responsabilidades.” Y a mí me parece que una de las cosas importantes es colocar en esta cuestión penal juvenil el tema de la ley (que en este caso es el tema de la reforma jurídica) en su justa dimensión. ¿Qué quiere decir “en su justa dimensión”? Yo digo: una ley de responsabilidad penal juvenil no es condición suficiente para nada. Pero es condición imprescindible para todo. Y al mismo tiempo lo que yo pienso es que la ley penal juvenil no es para resolver la cuestión penal juvenil. Como el código penal no es para resolver la cuestión criminal. Entonces uno dice: Pero, a ver (porque al sentido común le suena poquísimo) pero si la ley penal juvenil no es para resolver la cuestión penal juvenil, ¿para qué sirve? Sirve para una cosa muy modesta que es para administrar en forma transparente, democrática y racional este conflicto de los menores de edad con la ley penal. Entonces, como nosotros somos, en ese sentido, por muchas cosas, un país de bandazos, un país donde pasamos de la promoción del piquete a la ley antiterrorista con la misma mayoría parlamentaria, plantear cuestiones no heroicas cuesta, en un país además fundacional, donde parecería ser que todo se está inventando todos los días. Yo creo haber mantenido y sigo manteniendo un discurso que ha tenido, digamos, enemigos y detractores democráticamente distribuidos en todo el espectro ideológico.

*¿Y dónde piensa que está nuestra mira de acá a cinco años? ¿Dónde nos ve posicionados?
¿Piensa que se va a llegar a la sanción de la ley penal juvenil antes del cambio de gobierno?*

Nosotros estamos en esta materia, en esta misma situación hace muchos años. En lo que Gramsci llamaba “el equilibrio catastrófico”, es decir, nosotros no hemos podido avanzar con la aprobación de una ley de responsabilidad penal juvenil. No hemos tenido fuerza suficiente para esto, pero hemos tenido fuerza suficiente como para evitar la relegitimación del decreto 22278. Zaffaroni ha dicho en público, y a mí me parece que el gran avance de este debate es que si nosotros no tenemos una ley de responsabilidad penal juvenil en la Argentina, yo no quiero tampoco sobreestimarlo pero en buena medida se lo debemos a Zaffaroni y a sus operadores jurídicos. Y a por ejemplo a Diana Conti en Cámara de Diputados fue quien le dio a () con

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

complicidad de otros sectores llamados progresistas, al proyecto de responsabilidad penal aprobado en el Senado en diciembre del 2009. Bueno, a mi me parece que si nosotros esperamos tanto tiempo a mi no me parece mal que se trate de tener una ley de responsabilidad penal juvenil a cualquier precio. A mi me parece que si nosotros no tenemos una ley de responsabilidad penal juvenil, por eso tampoco quiero sobreestimar a Zaffaroni, que ha encarnado esta discrecionalidad judicial y este pensamiento mágico que ha sido un pensamiento dominante en el campo jurídico, lo ha encarnado bastante bien. Por eso ha tenido el éxito que ha tenido, lo que Zaffaroni no tiene son principios. Pero si me parece interesante el hecho de que Zaffaroni haya dicho públicamente y en reiteradas ocasiones que no hay que derogar el decreto de la dictadura, que hay que establecer algunos límites en materia de pena, etcétera, pero que en el fondo (y esto es lo que significa) que él está de acuerdo, en primer lugar, que los menores de edad no tengan debido proceso y en segundo lugar, en darle a la discrecionalidad judicial un soporte importante. Los jueces que durante muchos años fueron cómplices de este discurso, yo creo que hoy no lo son más. Porque hoy los jueces se han dado cuenta, por ejemplo, que las garantías del debido proceso no solo son una garantía del imputado frente al sistema de administración de justicia sino que son una garantía del juez frente a la sociedad. Porque cuando un juez trabaja con el principio de legalidad, este juez le puede decir a los medios de comunicación “esto puedo y esto no puedo”. Cuando un juez tiene facultades omnímodas los medios de comunicación y la presión social exigen que este juez haga maravillas. Zaffaroni piensa que es un súper hombre, los demás jueces creo que no.

Hay dos cuestiones que veo que en muchos de sus trabajos usted reitera y en este momento también es una cuestión importante: es la falta de estadística que tenemos en nuestro país respecto de un montón de cuestiones que si hubiera que estudiarlas no tendríamos de donde obtener datos.

Bueno, nosotros no es que sólo tengamos falta de estadística, ya ignoramos todo. Nosotros desde el año 2008 no sabemos cuántos menores de edad hay privados de libertad en la

DE MENDIGUREN, M. Entrevista a Emilio García Mendez. INFEIES – RM, 3 (3). Entrevistas. Mayo 2014:
<http://www.infeies.com.ar>

Argentina. Entonces, dentro de la reconstrucción que hay que hacer de este país, una de las cosas que tenemos que reconstruir es el termómetro, no solo en materia de INDEC, sino en materia de todo porque si nosotros no tenemos, mira, te puedo pasar ahí, esta subido a la página. Nosotros acabamos de subir a la página una radiografía que hacen casi todos los países... de la cuestión penal juvenil en Costa Rica. Donde desde el presupuesto hasta el número de los privados de libertad a 30 días fecha, porque si nosotros no tenemos información cuantitativa confiable no se puede trabajar. Pero es que así está. Y yo creo que lo que vamos a descubrir en muchos campos, en materia de tierra arrasada que está dejando este gobierno, es mucho más de lo que nosotros podamos imaginar.

Bueno, le queríamos agradecer su tiempo y la extensión en la entrevista y quedamos en contacto para cuando venga usted a dar clase en Mar del Plata que ya lo estamos esperando en el mes de Junio.

Ahí nos veremos.

Muchas gracias.