



Passagens. Revista Internacional de História

Política e Cultura Jurídica

E-ISSN: 1984-2503

historiadodireito@historia.uf.br

Universidade Federal Fluminense

Brasil

García Méndez, Emilio

DE LAS RELACIONES PÚBLICAS AL NEOMENORISMO: 20 AÑOS DE CONVENCIÓN  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN AMÉRICA LATINA (1989-2009)

Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 3, núm. 1, enero-abril,  
2011, pp. 117-141  
Universidade Federal Fluminense  
Rio de Janeiro, Brasil

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337327175007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

*Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica,*  
Rio de Janeiro: vol. 3 no.1, janeiro-abril 2011, p. 117- 141.

**DE LAS RELACIONES PÚBLICAS AL NEOMENORISMO: 20 AÑOS DE CONVENCIÓN  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN AMERICA LATINA (1989-2009)**

**DAS RELAÇÕES PÚBLICAS AO NEOMENORISMO: 20 ANOS DE CONVENÇÃO  
INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA NA AMÉRICA LATINA (1989-2009)**

**FROM PUBLIC RELATIONS TO THE NEW CONCEPTION OF TREATMENT OF MINORS:  
20 YEARS OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD IN  
LATIN AMERICA (1989-2009)**

**DES RELATIONS PUBLIQUES A UN NOUVEAU TRAITEMENT DES MINEURS : 20 ANS  
DE CONVENTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ENFANT EN AMERIQUE  
LATINE (1989-2009)**

DOI: [10.5533/1984-2503-20113106](https://doi.org/10.5533/1984-2503-20113106)

**Emilio García Méndez**

**RESUMO**

Este artigo realiza um balanço crítico do impacto e das perspectivas da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na América Latina, ao longo dos últimos vinte anos. Considerando a América Latina em seu conjunto, o texto distingue três períodos diferenciados: a) o primeiro período (1889 a 1991) como o momento da ratificação da Convenção Internacional; b) no segundo período (1992 a 1997) ocorre a expansão jurídico-cultural dos direitos da infância; e c) o terceiro período (1997 a 2009) implica um processo de retrocesso autoritário pelo desmantelamento das garantias da Convenção.

Palavras-chave: Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança; direitos humanos; garantismo.

**RESUMEN**

Este artículo realiza un balance crítico del impacto y de las perspectivas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina, a lo largo de los últimos veinte años. Considerando la América Latina en su conjunto, el texto distingue tres periodos

diferenciados: a) el primer periodo (1889-1991) como el momento de la ratificación de la Convención Internacional; b) en el segundo periodo (1992-1997) ocurre la expansión jurídico-cultural de los derechos de la infancia; y c) el tercer período (1997-2009) implica un proceso de retroceso autoritario por el desmantelamiento de las garantías de la Convención.

Palabras-clave: Convención Internacional sobre los Derechos de la Infancia, derechos humanos, garantismo.

## **ABSTRACT**

This article presents a critical assessment of the impact and prospects of the International Convention on the Rights of the Child in Latin America during the last twenty years. Considering Latin America as a whole, the text distinguishes three different periods: a) the first period (1989-91) is considered as the moment in which the International Convention was ratified; b) in the second period (1992- 97) the juridical-cultural expansion of children's rights took place; e c) the third period (1997-2009) involves an authoritarian backlash characterized by the dismantlement of the legal rights guarantees of the Convention.

Key words: International Convention on the Rights of the Child; human rights, legal rights system.

## **RÉSUMÉ**

Cet article opère un bilan critique de l'impact et des perspectives de la Convention internationale des droits de l'enfant en Amérique latine au cours des vingt dernières années. Dans sa prise en compte de l'Amérique latine dans son ensemble, le texte distingue trois périodes : a) la première période (1989 à 1991), qui est celle de la ratification de la Convention internationale ; b) la deuxième (1992 à 1997), qui voit l'expansion juridicoculturelle des droits de l'enfance ; et c) la troisième (1997 à 2009), qui implique un processus de régression autoritaire en vue du démantèlement des garanties de la Convention.

Mots-clés : Convention internationale des droits de l'enfant ; droits de l'homme ; garantisme.

*Donde una libertad se quiebra las demás vacilan. Las libertades no están solas, las libertades son una. Por eso, en una hermosa paradoja, las libertades vienen en cadena. En la única cadena que el hombre puede soportar sin que pierda su razón de ser, la cadena de las libertades, que debe rodear al hombre, envolverlo, pegarse a su cuerpo y a su espíritu.<sup>1</sup>*

## I. Introducción

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante la Convención) acaba de cumplir veinte años de vigencia. ¿Son veinte años tiempo suficiente para realizar un balance acerca de su impacto y perspectivas en América Latina?

Cuentan que durante las celebraciones centrales de los 200 años de la Revolución Francesa en 1989, el entonces presidente Mitterrand en una pequeña cena con los líderes de los países más importantes del mundo, anunció, en tono de broma, que colocaría en posición incómoda al entonces primer ministro chino Deng Tsiao Ping. Fiel a su promesa, a los postres el presidente francés requirió a su homólogo chino su opinión acerca de la Revolución Francesa. “Me parece prematuro abrir un juicio, sería conveniente dejar que el polvo se asiente”, dicen que respondió con fina ironía el huésped chino. Una anécdota que, “si no es verdad esta bien inventada” como dirían los italianos. No comparto la opinión del Sr. Deng y además pienso que la legitimidad de un balance no se debería medir por los años transcurridos sino por las transformaciones efectivamente acontecidas.

No ignoro, que se podría escribir un volumen de grandes dimensiones con los problemas y, sobre todo, con los retrocesos a que el proceso de implementación de la Convención ha estado sometido en el mundo en general y particularmente en esta región. Sin embargo, un balance “pragmático” donde primen los debes y haber tradicionales, corre el riesgo de consolidar una visión superficial y burocrática de costos y beneficios, reduciéndola a un mero compromiso político coyuntural ignorando la dimensión de enormes transformaciones culturales que implica su simple existencia. Desde una perspectiva como esta, la propia Revolución Francesa, que marca la entrada de occidente en la modernidad o incluso la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, debería considerarse como esfuerzos inútiles dignos de mejor causa.

---

<sup>1</sup> Valderrama, Pedro Gómez (1958). *Muestras del Diablo*, Bogotá.

No comparto obviamente esta visión reduccionista, y sobre todo fragmentaria, de acontecimientos que indican rupturas culturales profundas que imponen un tipo de análisis diferente, perspectiva a la que quiero adscribir en esta oportunidad. Por lo demás, se trata en casos como este de comenzar por preguntarse como debemos posicionarnos frente a las promesas incumplidas, pero efectivamente realizadas, de las diversas expresiones de la modernidad. En este sentido, no está demás recordar que la propia Convención puede ser entendida como una especie de Revolución Francesa que llegó a la infancia con doscientos años de atraso.

Si descartamos la indiferencia, el *cualunquismo* y el *deja vu*, variaciones de un pragmatismo ramplón y cortoplacista, dos son las posiciones posibles de ser adoptadas frente a las promesas incumplidas de la modernidad: o rebajamos los niveles de exigencia para “adaptarnos” a la realidad o trabajamos para el cumplimiento de las promesas, con la dosis adecuada de indignación moral y paciencia histórica que un desafío como este nos impone.

Sin ignorar, la pesada carga que implican las diversas variaciones de un “realismo” inmovilizador, eterno justificador de atropellos a la dignidad humana, no tengo dudas en escoger la segunda de las opciones presentadas. Al fin de cuentas, el derecho no es otra cosa que “la lucha por el derecho”, tal como lo afirmaba el realismo lúcido y comprometido con la causa de los derechos humanos de una pensadora contemporánea como Hannah Arendt.

Dejo en claro aquí, que considero las cuestiones objeto de este texto en términos generales para toda América Latina. En que medida, las tendencias que intenta poner al descubierto este análisis se verifican con mayor o menor intensidad en los diversos contextos nacionales deberá ser materia de los debates y discusiones posteriores que un texto como este pretende generar.

## II. Las Preguntas

Propongo comenzar la revisión crítica propuesta, en torno a dos preguntas que ayuden a vertebrar el análisis: **a)** ¿qué hechos y circunstancias del mundo social hicieron posible la aprobación de la Convención? y **b)** ¿qué continente era este en el momento de aprobación de la Convención en 1989?

Es bastante probable que pensar una Convención, entendida como un instrumento internacional de derechos humanos de carácter vinculante que concibe a niños y adolescentes como sujetos de derechos, estuviera y este fuertemente vinculada con un difuso y difícil de aprehender pero palpable, proceso de democratización de las relaciones familiares<sup>2</sup> y más específicamente con un cambio profundo pero no siempre perceptible de las relaciones entre padres e hijos<sup>3</sup>. Son las peculiaridades de este proceso, en curso pero incompleto, las que remiten para su mejor comprensión a la relación entre el derecho y la realidad. Cualquier visión crítica en esta materia se enfrenta al desafío de superar el lugar común que, casi invariablemente, afirma que necesitamos un derecho “que refleje nuestra realidad”. Consecuente con este “sentido común”, una ley de educación, por ejemplo, no debería afirmar entonces que la educación es un deber del Estado y un derecho de todos, sino que la educación es solamente un derecho de aquellos cuyos padres gozan de un determinado nivel económico. Por el contrario, desde una genuina perspectiva de derechos humanos, uno coloca en el derecho aquello que no existe en la realidad y que se quiere crear (un educación de calidad, por ejemplo) o bien aquello que existe y que uno quiere eliminar (la violencia contra mujeres y niños, por ejemplo).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, piedra angular de los derechos humanos, comienza sosteniendo la igualdad de todos los seres humanos. ¿Por qué sostiene esto la Declaración? Precisamente porque los seres humanos no son iguales. La igualdad no existe en la naturaleza, necesita por el contrario de un hecho político fundante que lo afirme a través de una norma jurídica. Si efectivamente todos los seres humanos fueran iguales, las declaraciones de derechos humanos serían superfluas e innecesarias. Si el proceso de democratización de las relaciones familiares fuera completo, la Convención sería inútil.

En otras palabras, *como el proceso de democratización de las relaciones familiares está en curso en el mundo de lo social, la Convención ha sido pensable y posible, pero como dicho proceso esta no solo incompleto sino además plagado de resistencias, la Convención es necesaria.*

---

<sup>2</sup> Sobre el complejo, contradictorio y sobre todo confuso e incompleto proceso de democratización de las relaciones familiares, ver Beck, Ulrich (1997). "Demokratisierung der Familie". In Beck, Ulrich (compilador) (1997). *Kinder der Freiheit*, Frankfurt am Main: Ed. Suhrkamp.

<sup>3</sup> Para un análisis histórico específico de las transformaciones en las relaciones entre padres e hijos, ver Elias, Norbert (1998). "La Civilización de los Padres" In *La civilización de los padres y otros ensayos*, Bogota: Ed. Norma.

En definitiva, estoy profundamente convencido de que este es el presupuesto más adecuado para entender la Convención – que no está exenta de ambigüedades y contradicciones- no como un mero trámite administrativo burocrático sino, por el contrario, como la expresión de una profunda transformación cultural en el proceso histórico en que se encuadran y desarrollan las relaciones entre padres e hijos en particular y entre la infancia y el mundo de los adultos en general. Así, la Convención puede entenderse entonces, como la expresión jurídica de profundas transformaciones socio-culturales. Su carácter de divisoria de aguas en el proceso histórico de cambios en las relaciones familiares, proviene muy especialmente del hecho de presentarse como una alteración sustancial del núcleo duro que históricamente ha regulado las relaciones entre padres e hijos o si se quiere, entre la infancia y los adultos en general. Núcleo duro constituido sencillamente por el comportamiento abiertamente arbitrario y discrecional en la interpretación y tratamiento de las necesidades de la infancia.

Para sintetizar, digamos que no es precisamente la autoridad de los padres o de las instituciones lo que la Convención coloca en la ilegitimidad. Estoy convencido que en los tiempos que corren, niños y adolescentes necesitan hoy más que nunca la autoridad de los padres y de las instituciones. Lo que la Convención coloca en la más absoluta ilegitimidad es el autoritarismo entendido como la “autoridad” despojada de razones. En otras palabras, lo que la Convención coloca cultural y jurídicamente en la ilegitimidad es el tratamiento discrecional y arbitrario de las necesidades de la infancia. La Convención, objetiva las necesidades reales de la infancia y las transforma en derechos exigibles. Este es concretamente, el paso de las necesidades a los derechos. Nada más, pero tampoco nada menos.

Pero vayamos ahora a la segunda de las preguntas. ¿Cuáles eran las circunstancias históricas que marcan la aparición de la Convención en América Latina?

Para fines de los ochenta del siglo pasado, buena parte de los países suramericanos estaban saliendo, con mayores o menores marcas en la piel de las jóvenes democracias, de la larga noche del autoritarismo que significaron las dictaduras militares. Pero si el autoritarismo y la brutalidad fueron el mínimo común denominador de todas las dictaduras, sus políticas específicas por múltiples circunstancias que no corresponde analizar ahora, difirieron significativamente. En ese sentido, tal vez la más articulada y la única con verdaderos planes estratégicos de permanencia en el poder haya sido la más larga de todas:

la dictadura militar brasileña. Una dictadura que diseñó y puso en práctica políticas sociales para la infancia que incluyeron una estrategia normativa específica con un “Código do Menor” de 1979, cuyo contenido y alcances resulta muy poco conocido en el resto de América Latina<sup>4</sup>. Estos hechos, sumados al dinamismo de los movimientos sociales de resistencia, sobre todo en el campo de las políticas para la infancia (única oposición medianamente tolerada por el régimen militar a mediados de los 80 del siglo pasado), convierten a Brasil en un lugar de observación privilegiado de la recepción de la Convención en América Latina.

### III. Las respuestas

No resulta difícil caracterizar a las políticas sociales para la infancia del régimen militar brasileño<sup>5</sup>. Ello en la medida en que, para comenzar, las mismas no podían dejar de reflejar la política global expresada por el gobierno dictatorial. De este modo, las políticas sociales para la infancia, más allá de su contenido explícitamente autoritario, resultaban hipercentralizadas, burocráticas y por sobre todas las cosas privilegiaban la institucionalización (un mero eufemismo para nombrar a la privación de libertad) como la medida más “intensa” de “protección”. Así, en la contracara de todas y cada una de dichas políticas se fue gestando, en el seno de la sociedad civil, un vasto movimiento alternativo<sup>6</sup>, que privilegiaba la descentralización y los enfoques no burocráticos basados especialmente en los recursos de tipo comunitario.

<sup>4</sup> La escasez de estudios históricos sobre la infancia, así como la aprobación temprana (1990) del Estatuto del Niño y el Adolescente, conspiraron contra la posibilidad de un mayor conocimiento y difusión de un texto legal de “avanzada” del menorismo latinoamericano, que remozaba y actualizaba las clásicas legislaciones menoristas de carácter histórico como la ley Agote de Argentina (ley 10.903 de 1919), el Código del Niño del Uruguay de 1934 y el propio código brasileño de Melo Matos de 1928. El creciente acercamiento doctrinario y personal de las nuevas posiciones neomenoristas al menorismo clásico, obliga a una revisión un poco más detallada y en profundidad de los textos “clásicos” del menorismo cultor de la doctrina de la “situación irregular”, sobre todo para poner en evidencia la vuelta a las raíces de la “compasión represión” en los nuevos textos neomenoristas solapada y vergonzantemente críticos de las posiciones y los movimientos sociales y doctrinarios que surgen a partir de la Convención en la década de los 90 del siglo XX.

<sup>5</sup> Dos textos tan lucidos cuanto específicos sobre la materia resultan claves para la reconstrucción pormenorizada de este período, “Evolución del Derecho Brasileño del Niño y del Adolescente” de Edson Seda y “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente”, de Antonio Carlos Gomes da Costa. Ambos textos se encuentran en Méndez, Emilio García y Carranza, Elías (Org.) (1992). *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases Para una reforma legislativa*. Buenos Aires: Ed. Galerna.

<sup>6</sup> Dos eran las vertientes ideológicas principales de estos movimientos sociales en el Brasil de la década del 80 del siglo XX. De este modo se entienden las diferencias aun en los temas de fuerte coincidencia en materia de política social. Mientras grupos de la izquierda laica aseguraban que los “niños de la calle” constituyan la manifestación de las contradicciones del sistema capitalista que estaba muy próximo a su derrumbe, los grupos de base de la Iglesia Católica sostenían que esos niños eran pequeños Cristos que anuncian la llegada de un nuevo mundo. En ambos casos, paradójicamente, el aumento del número de estos niños se entendía como un hecho positivo.

Ya está aquí presente la cuestión de la libertad, como verdadera divisoria de aguas para entender la forma y la esencia de la política social en general y de la política social para la infancia en particular.

El tema de los niños de la calle<sup>7</sup> adoptó un carácter emblemático, en la medida en que sintetizó el corazón del posicionamiento en relación a todos los problemas de la infancia. Si por un lado la denuncia sobre la existencia de los “niños de la calle” constituía una forma de poner en evidencia la cara obscura del milagro económico del que se jactaba el gobierno militar, por el otro, la glorificación de estos niños parecía legitimar la proliferación de propuestas para construir innumerables y minúsculos proyectos, que con mayor o menor nivel de mesianismo, se presentaban como radicalmente alternativos a las estructuras estatales.

La escuela y la familia, como instituciones “conservadoras” (aparato ideológico del Estado se decía en la época) para unos y frágiles e inútiles para otros, resultaron paradójicamente las víctimas políticas privilegiadas del autoritarismo económico y el mesianismo social. Por ello, también es cierto que en la medida en que los sectores más lúcidos y menos corporativos de la sociedad civil fueron percibiendo la dimensión cuantitativa insignificante (medida en términos de cantidad de niños) de este enfoque **alternativista** con relación al número total de niños en las diversas situaciones de riesgo, se fue produciendo, a la par que avanzaba también la apertura democrática, un agotamiento conceptual del enfoque y un creciente paso a posiciones que muy lúcidamente el pedagogo brasileño Antonio Carlos Gomes da Costa denominó, **alterativistas**. Se trataba en realidad de reconocer en la apertura democrática, la posibilidad de un salto cualitativo en la política social a través de la interlocución crítica con los poderes del Estado. En otras palabras, se instauraba un nuevo concepto de política pública, entendida como una articulación -no desprovista de conflictos- entre el gobierno y la sociedad civil.

Lentamente se fue abriendo paso la necesidad de reproducir en forma ampliada las mejores experiencias de la sociedad civil. La reforma Constitucional de 1988, cuyo artículo 227 constituía una síntesis de aquello que un año más tarde sería aprobado como

---

<sup>7</sup> Para el mejor análisis existente destinado a la compresión de la lógica política y cultural del tema de los niños de la calle, ver Costa, Antonio Carlos Gomes da (1998). *Niños y Niñas de la Calle: vida, pasión y muerte*. Edición de Unicef Oficina de Argentina.

Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>8</sup>, abrió definitivamente las puertas para la primera reforma legal de nuevo tipo en América Latina : El Estatuto del Niño y el Adolescentes de Brasil aprobado en julio de 1990.

Todos los términos del debate brasileño se extrapolan en forma bastante mecánica al resto de los países de América Latina, incluso aquellos donde la situación política y social difería notablemente de la realidad de las dictaduras militares.

Es precisamente en este contexto de tensión entre el **alternativismo** y **alterativismo** que la Convención desembarca en América Latina.

Bajo estas condiciones era casi obvio que la recepción de la Convención iba a despertar reacciones que oscilaban entre la indiferencia y el rechazo, al interior del incipiente y heterogéneo movimiento de los derechos por la infancia; tanto por tratarse de un instrumento de carácter jurídico, reservado en el imaginario social para instituciones como la justicia y la policía, cuanto por su “lejana” proveniencia ya que se trataba de instrumento internacional generado por las Naciones Unidas.

La idea dominante era que aquellos que trabajaban en la acción directa con los niños, no podían ni debían perder el tiempo con cuestiones intrascendentes por lo demás de carácter “superestructural”. No muy diversa, incluidas las razones que motivaban la posición, fue la reacción institucional del UNICEF. Se temía, muy sinceramente en mi opinión, que ocuparse de un instrumento de esta naturaleza (recuérdese que UNICEF tuvo una escasa o nula participación en los debates que llevaron a la aprobación de la Convención), distrajera recursos humanos y materiales preciosos para la lucha en pos de un mejor bienestar de la infancia. Prácticamente ninguna conexión positiva era posible (ni mucho menos deseable) entre la ley y la condición material de la infancia. De ese modo UNICEF relegó, en el momento de su aprobación, a un ignoto departamento de relaciones públicas la incomoda cuestión de la Convención.

En el fondo, la coincidencia entre los diversos actores era todavía mayor. Parecía que sólo una suma de proyectos fragmentarios del gobierno y la sociedad civil (preferentemente

---

<sup>8</sup> El hecho circunstancial de que uno de los redactores de la Convención residiera en el Brasil permitió un conocimiento anticipado de la misma ya que innumerables borradores de la Convención circulaban, entre los activistas del movimiento social brasileño, mucho antes de su aprobación. El artículo 227 de la Constitución Brasileña de agosto de 1988, no es otra cosa que una síntesis de toda la Convención incluso más de un año antes de su aprobación.

de esta última) podía contribuir al aumento del bienestar de la infancia. La síntesis de estas posiciones fue fácil de lograr: la misma se concretó en el apoyo, financiero y sobre todo en la documentación de dichas experiencias para su réplica y diseminación.

Se creía que en la multiplicación al infinito de “modernos” proyectos **alternativos** de “niños de la calle”, se encontraba el futuro de las políticas sociales al mismo tiempo que la tan ansiada mejora de las condiciones materiales de la infancia.

A más de 20 años de estos hechos, algunos de estos proyectos “piloto”, verdaderos animales de otra era geológica, subsisten fatigosamente como recuerdo y testimonio del pasado en el museo de cera de las políticas sociales.

Llegados a la década de los 90, el tema del trabajo infantil comenzó a desplazar al tema de los “niños de la calle” como tema emblemático de la infancia en la región. Así, surgieron en la región, nuevas organizaciones de “niños trabajadores” (invariablemente manipulados por los cultores de las posiciones más extremas del viejo movimiento **alternativista**), que por lo demás, se proponían la glorificación del trabajo infantil como la forma más legítima de participación de la infancia. No es casual que proyectos de este tipo (cuya víctima primera y principal fue y es la escuela pública), hayan aparecido con mucha más fuerza, precisamente en aquellos países (Perú, Bolivia y Paraguay) en que históricamente la institución escolar no ha ocupado un lugar de privilegio en el imaginario social. Por el contrario, en los países donde a pesar del deterioro de la escuela, la misma continuaba teniendo un lugar de privilegio en el imaginario social, estos proyectos no florecieron y su cultores permanecieron (y permanecen) con un perfil muy bajo reivindicando en forma más bien vergonzante no solo la inevitabilidad sino incluso las “bondades” del trabajo infantil.

Fue en el tema de las diversas estrategias de participación infantil que se intentó dirimir un debate que, lamentablemente, no alcanzó a tener la visibilidad y profundidad necesaria para oxigenar las discusiones sobre la política social, sofocadas por el pseudo-cientificismo de banales estudios sobre las “nuevas” formas de pobreza. Tal como lo afirmó en su momento Eduardo Bustelo, los “modernos “estudios “minimalistas” sobre la

*fenomenología de la pobreza cumplieron eficientemente la función no declarada de relativizar y más aun abandonar la rica corriente de estudios sobre la concentración de la riqueza*<sup>9</sup>.

#### **IV. Las etapas de la Convención en América Latina**

En un texto anterior, publicado por primera vez en el año 2004<sup>10</sup>, ensayé por primera vez una periodización del proceso de implementación de la Convención Internacional en América Latina. Una periodización referida con especificidad al proceso de las necesarias reformas legales que se desprenden del art. 4 de la Convención, destinadas a armonizar la legislación interna con el espíritu y la letra de del texto internacional (“*Los Estados partes adoptaran todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...*”).

La idea de privilegiar un enfoque de esta naturaleza se debió muy especialmente al hecho de que la experiencia muestra, que si de un lado la mera reforma legal no resulta en absoluto garantía de implementación efectiva de la Convención, su ausencia constituye, paradójicamente, una práctica garantía de su no implementación.

Distingú en ese momento, considerando a América Latina en su conjunto, tres períodos netamente diferenciados, que aquí recreo y amplifico en forma bastante libre respecto del texto anterior.

**a) Primer período (1989 a 1991): ratificación de la CDN incorporación formal a la legislación interna**

El primer período esta caracterizado como el de ratificación de la Convención por parte de los gobiernos así como su incorporación formal a la legislación interna, sin ninguna alteración, sin embargo, de la preexistente legislación nacional. Conviene recordar que en ninguna otra región del planeta se produjo y se celebró con fuerza en su momento, un proceso más extenso y acelerado de ratificación de la Convención que en América Latina.

---

<sup>9</sup> Sobre este punto específico, ver el artículo de Eduardo Bustelo, “La política social sin política”, Trabajo presentado al Encuentro Internacional Políticas Sociales e Institucionalidad Pública. Organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador, 28 al 30 de abril de 2008. In *Saúde em Debate*, Porto Alegre, Brasil, v. 31, n. 75/76/77 jan./dez. 2008. p.194-209.

<sup>10</sup> Me refiero a Méndez, Emilio García (2004). “Entre el Autoritarismo y la Banalidad: Infancia y Derechos en América Latina”. In Méndez, Emilio García y Beloff. Mary (Compiladores) (2004). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogota: Ed.Temis.

Visto en retrospectiva, la visión de aquel proceso resulta un poco menos “heroica” que en esos días. El mismo se debió probablemente, más que a un elevado nivel de conciencia, a la irresponsabilidad de la dirigencia política de la región que no previó ninguna consecuencia práctica (y justamente por ello avanzó decididamente) a partir de un gesto que únicamente se percibía como simpático en el contexto de la comunidad internacional. En este caso, bueno es decirlo y reconocerlo, la irresponsabilidad se articuló perfectamente con la superficialidad en el tratamiento de la cuestión. Dicho en otras palabras, existía un convencimiento tan implícito cuanto extendido acerca del carácter “gratuito” de la ratificación de la Convención. Es precisamente durante este periodo, como ya se anticipó aquí, que UNICEF circunscribió todo aquello relativo al tratamiento de la Convención a una prácticamente desconocida sección interna de relaciones públicas ubicada en la sede central de la organización. Se trataba en realidad, también para un organismo internacional, de cumplir un “lejano” compromiso impulsado por las Naciones Unidas pero -de forma bastante similar a la actitud de los organismos no gubernamentales de base- sin afectar todo aquello que se percibía como el corazón de las acciones concretas a favor del bienestar de la infancia.

**b) Segundo período (1992 a 1997): expansión jurídico cultural de los derechos de la infancia**

Puede caracterizarse como un período de expansión jurídico- cultural de los derechos de la infancia. Es decir, el período durante el cual se producen el grueso de las reformas legales y, en mucha menor medida aquellas reformas de carácter institucional que debían necesariamente seguir a las reformas de carácter legal<sup>11</sup>.

**c) Tercer período (1997 a 2009): involución autoritaria por el desmantelamiento de las garantías**

---

<sup>11</sup> Sólo Brasil, primer país de la región que realizó una verdadera reforma sustancial de su legislación interna producto de la ratificación de la Convención, avanza realmente en el proceso posterior de reformas institucionales. La descentralización efectiva del órgano nacional encargado de los temas de infancia (FUNABEM era su denominación) y el traspaso de la ejecución de las políticas a los órganos inferiores de la administración (Estados y Municipios), dejó al nuevo órgano central (FCBIA) con las funciones de financiamiento y sobre todo de coordinación y diseño de las políticas nacionales. Se trataba, en cumplimiento de un principio básico de la administración moderna, de separar funcionalmente a los órganos de ejecución, de los órganos de financiamiento control y coordinación. Este proceso, no sólo no se verificó con esta intensidad en otros países de la región, sino que puede afirmarse que esta la institucionalidad menorista con sus diversas denominaciones, se encuentra hoy más fortalecida, más hipercentralizada y sobre todas las cosas más funcional a los enfoques tutelaristas y clientelistas, que en los momentos de aprobación de la Convención. Sobre todo el proceso de reformas legales en América Latina puede consultarse el análisis exhaustivo realizado en Méndez, Emilio García y Beloff. Mary (Compiladores) (1998). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Edición conjunta de Temis de Bogotá y De Palma de Buenos Aires. Existen dos ediciones posteriores corregidas y sobre todo actualizadas de 1999 y 2004.

Por último desde 1997 hasta la fecha, se inaugura un largo proceso de involución autoritaria el que, sin embargo, reconoce fuertes mutaciones internas, siempre dentro de la tendencia general dominante. Si desde 1997 hasta los años 2003-2004, la involución autoritaria se manifiesta bajo la forma clásica de las propuestas de aumento de las penas y baja de edad de la imputabilidad<sup>12</sup>, a partir de esa última fecha empieza a manifestarse de forma bien diversa. Se trata ahora, no tanto del aumento de la verborragia represiva sino mucho más sutilmente del desmantelamiento sistemático, jurisprudencial, normativo y fáctico de todo tipo de garantías destinado a facilitar la utilización de la privación de libertad, como una “forma reforzada de política social”, muy especialmente para los adolescentes pobres de las periferias de los grandes conglomerados urbanos.

## V. El neomenorismo

La etapa actual del proceso de involución autoritaria aparece marcada simultáneamente por el surgimiento de un nuevo tipo de confrontación, que ha venido progresivamente a desplazar la existente entre el que ya despuntaba como crecientemente heterogéneo movimiento por los derechos de la infancia de un lado, difusamente vinculado con la recuperación democrática y, la vieja cultura menorista, representada casi

---

<sup>12</sup> El fin del ciclo positivo de las reformas legales y el comienzo de lo que hoy puede ser visto como el inicio de la primera etapa del proceso de involución autoritaria a partir de 1997, aparece marcado por tres hechos de naturaleza relativamente diversa y sin una visible conexión entre ellos. Me refiero específicamente a la primera sentencia de reclusión perpetua a un menor de edad en la Argentina en 1997 (a las que luego se sumaran otras once sentencias de este tipo), a decretos represivos contra los menores de edad del gobierno de Fujimori en el Perú en 1998. Decretos que establecen tipos penales totalmente abiertos y penas inusitadamente altas para menores de edad (decretos sobre “Pandillaje Pernicioso” y “Terrorismo Agravado” respectivamente y, por último, a la irracional política represiva del complejo proceso social que representan las maras (pandillas juveniles) en por lo menos tres países centroamericanos (Honduras, Guatemala y El Salvador).

Para un conocimiento exhaustivo de todas las sentencias de reclusión perpetua dictadas en la Argentina a partir de 1997, ver *Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003)*, Buenos Aires, diciembre de 2003. Publicación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina) con el apoyo de la oficina de Unicef en Argentina.

Dos son los decretos emitidos en 1998 por el gobierno de Fujimori, que se inscriben con absoluta claridad en la tendencia de involución autoritaria que comienza a fines de los años 90 del siglo pasado. El primero denominado de “Pandillaje Pernicioso”, destinado supuestamente a combatir la delincuencia juvenil es el decreto legislativo 899 (mayo de 1998). Utilizando tipos penales absolutamente abiertos, discretionales y obviamente de mero carácter peligrosista se establecen penas mínimas muy altas de prisión para adolescentes de entre 12 y 18 años. El segundo decreto también de mayo del mismo año es el decreto 895 contra el terrorismo agravado. Según el mismo se establecen para delitos, de muy dudosa tipificación, penas de cadena perpetua a menores de edad.

Sobre el mistificado y manipulado fenómeno de las maras en Centroamérica puede consultarse, sólo a modo indicativo, el texto de Portillo, Nelson (2003). “Estudios sobre pandillas juveniles en El Salvador y Centroamérica: una revisión de su dimensión participativa”. *Apuntes de Psicología*. Colegio de Psicólogos, Universidad de Sevilla, España, Vol. 21, número 3, p. 475-493.

exclusivamente por el corporativismo de los viejos jueces de menores, difusamente vinculado con el orden autoritario.

Esta nueva confrontación, ahora al interior mismo de los nuevos movimientos por los derechos de la infancia, iría progresivamente a oponer a quienes pretenden entender en forma coherente y consecuente a niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos, con aquellos que en muchos casos habiendo participado del movimiento original de reformas, pensaban que se estaba yendo demasiado lejos o demasiado de prisa y por ello era necesario recuperar “los aspectos positivos” del viejo tutelarismo paternalista contenidos en la doctrina de la “situación irregular”<sup>13</sup>.

Es claro para cualquier observador precavido, aunque todavía predomine un alto nivel confusión debido al carácter oscuro y vergonzante que asumen casi siempre las posiciones neomenoristas en América Latina, que a las motivaciones de carácter ideológico cultural destinadas a sustentar los movimientos reaccionarios y anti reformista, se sumaron aquellos que vieron en esta perspectiva una forma políticamente eficaz y socialmente aceptable para recuperar o conservar intactos sus intereses groseramente corporativos. Como siempre sucede, tampoco caprichos y variables personales resultan ajenos a la explicación de esta ruptura.

El alcance de la discrecionalidad judicial y administrativa en el tratamiento de las cuestiones que afectan a la infancia y un confuso debate sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de los adolescentes (en realidad dos caras de la misma moneda), constituyeron el punto de partida de la creciente fractura en el campo de los movimientos sociales por los derechos de la infancia.

Una conturbada reunión de la ABMP (la asociación brasileña que agrupa a jueces y fiscales de la infancia) realizada en la ciudad de Gramado, en el Estado de Río Grande do Sul en 1999, constituyó probablemente el primer momento de formalización de esta ruptura. Más precisamente, dicha división se concretó en torno al debate que generó una propuesta de ley de “Ejecución de Medidas Socio Educativas” realizada por el Dr. Fernando Amaral e Silva, ex juez de menores, redactor del Estatuto del Niño y el Adolescente y para ese momento juez del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Santa Catarina. Un proyecto

---

<sup>13</sup> Existe una tan abundante cuanto conocida literatura sobre la llamada doctrina de la “situación irregular”, razón por la cual me abstengo de citar algún texto en particular. Una parte de ella, posee la curiosidad adicional de haber sido producida, paradójicamente, por quienes hoy sustentan con entusiasmo posiciones **neomenoristas**, negando enfáticamente las posiciones sostenidas hasta hace muy poco.

destinado particularmente a disminuir los niveles de discrecionalidad y subjetividad en las prácticas relativas a la privación de libertad. Esta tensión, entre el “tutelarismo” y las garantías, no sólo está presente hasta hoy sino que se ha profundizado considerablemente.

Es obvio, como ya se afirmó, que el proceso cuyo desarrollo se intenta aquí reconstruir, es el resultado de tendencias de carácter general en la región, tendencias que se verifican con mayor o menor claridad en los diversos contextos nacionales y dentro de las cuales, por ejemplo, el Brasil se distingue por su carácter anticipatorio mientras la Argentina se destaca por su carácter retardatario. Recuérdese que el Estatuto del Niño y el Adolescente fue aprobado en julio de 1990, mientras la ley nacional de protección de la infancia de Argentina data solo del 2005. Ni que hablar de un régimen penal de la minoridad heredero de la dictadura militar argentina, que no sólo continúa vigente sino que ha recibido la sorprendente bendición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>14</sup>.

Varios son los motivos que obligan aquí a una actualización y profundización de esta propuesta de periodización de implementación de la Convención en América Latina. Entre ellos, el cambio de tendencia específica en estos últimos años, siempre dentro del marco global de involución autoritaria, y la creciente consolidación de un nuevo tipo de enfoque anti reformista, todavía difuso, desarticulado y por sobre todas las cosas vergonzante, en la medida en que no se anima aún a asumir públicamente sus verdaderos rasgos, particularmente por su creciente identificación con la vieja cultura menorista.

Una fractura como esta supone obviamente la profundización y consolidación de la creciente división en curso dentro del vasto y heterogéneo campo de los derechos de la infancia que, hasta el momento se había sostenido unido frente al proceso de las necesarias reformas legales e institucionales que surgían de la Convención.

Un balance como el que aquí se presenta intenta no sólo actualizar en general los términos del debate en torno a los derechos de la infancia en la región, sino además abrir nuevas líneas de investigación destinadas a mostrar la objetiva funcionalidad de las

---

<sup>14</sup> Se hace referencia aquí al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, identificado con el número 331:2691, “Recurso de Hecho de García Méndez Emilio y Musa Laura, sobre Habeas Corpus Colectivo a favor de menores de 16 años privados de libertad en el Instituto General San Martín de la Ciudad de Buenos” del año 2008. El fallo completo puede consultarse en internet y también en el Nro. 11 de la publicación de Unicef “Justicia y Derechos del Niño”, Santiago de Chile, 2009 (p. 391-407). La documentación completa referida a este fallo, desde la presentación del Habeas Corpus hasta la apelación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se encuentra al momento para estudio de su admisibilidad, puede encontrarse en la página web de la Fundación Sur –Argentina, [www.surargentina.org.ar](http://www.surargentina.org.ar).

propuestas neomenoristas en relación con las propuestas de re legitimación del viejo orden menorista. En otras palabras, avanzar en la puesta al descubierto de vínculos de diverso tipo entre ambos fenómenos<sup>15</sup>.

## VI. El neomenorismo y la retórica de la reacción

Albert Hirschman, brillante politólogo de Princeton y profundo conocedor de América Latina, en un texto extraordinario de 1991 “The Rhetoric of the Reaction”, desafortunadamente traducido al castellano como “Retóricas de la Intransigencia”<sup>16</sup>, destinado al análisis crítico de los argumentos de quienes históricamente se han opuesto a las grandes reformas positivas de la modernidad, identifica tres tipos de tesis destinadas a legitimar la instauración de movimientos reaccionarios contrarios a los grandes procesos de transformación política y social.

Tres tesis íntimamente vinculadas cuya existencia autónoma sólo es posible de aislar en el momento del análisis teórico conceptual. Llama la atención que este enfoque no haya sido más explorado en América Latina. Ello en la medida en que el enfoque de Hirschman parece particularmente adecuado para una mejor comprensión de las razones y los objetivos de las posiciones anti reformistas en el campo de los derechos de la infancia, tanto en el contexto de América Latina, cuanto más allá de sus fronteras.

Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano producto de la Revolución Francesa, pasando por las conquistas del sufragio universal hasta la formulación

---

<sup>15</sup> Que el Brasil constituya el lugar de “avanzada” de las posiciones neomenoristas en América Latina parece fuera de discusión. Desde confusas posiciones pseudo progresistas, recubiertas por una poco comprensible retórica de un abolicionismo criollo, se intenta una demolición sistemática de las garantías que, por sobre cualquier otra consideración, afectan la libertad de niños y adolescentes. De otra forma no se entienden los ataques sistemáticos a una de las más sagradas garantías del derecho penal moderno como es el instituto de la prescripción. Me refiero concretamente a los embates contra una decisión jurisprudencial en ese sentido, de seguimiento obligatorio por los tribunales inferiores emanada del Supremo Tribunal de Justicia del Brasil(STJ), que reconoce la prescripción penal de las acciones en relación con los menores de edad en conflicto con la ley penal. En portugués, se denomina “Sumula” a ese tipo de jurisprudencia.

Véase al respecto el texto de Mario Luis Ramidoff, “Sumula 338, do STJ. Reflexoes”, publicada em *Caderno de direitos da Criança e do Adolescente*, ABMP (Asociación Brasileña de Jueces y Promotores de Justicia), junio de 2008. Ignorando groseramente cualquier principio de contradicción, Ramidoff basa su ataque a la prescripción en el hecho de que la pretensión del Estado en el caso de las medidas socio-educativas no sería de carácter punitivo, sino de carácter educativo (incluida la privación de libertad). Luego de insistir en el carácter educativo de la medida socio-educativa, el autor (abolicionista confeso) concluye con un rechazo rotundo a la ilusión de creer en el cualquier tipo de finalidad del castigo, es decir, de la medida socio-educativa.

<sup>16</sup> Ver: Hirschman, Albert O (1991). *The Rhetoric of Reaction. Perversity, Futility, Jeopardy*, The Belknap Press of Harvard University Press. Edición castellana: Hirschman, Albert O (1991) *Retóricas de la Intransigencia*, México: Fondo de Cultura Económica.

del Estado de Bienestar, todas estas reformas se han enfrentado – siempre siguiendo a Hirschman- con un conjunto de tres tesis reaccionarias, destinadas a frenar o lisa y llanamente a destruir dichos procesos de reformas.

La tesis de la *perversidad*, según la cual toda acción deliberada para mejorar algún rasgo del orden político, social o económico solo sirve para empeorar la condición que se pretende remediar; la tesis de la *futilidad*, según la cual toda tentativa de transformación social será invalida y no lograra de ninguna manera alterar el orden preexistente y, por último, la tesis del *riesgo*, según la cual el precio de cualquier reforma propuesta es demasiado alto en la medida en que, invariablemente, pondrá en peligro alguna conquista importante anterior.

Puede decirse que aún en una forma no necesariamente consciente o estructurada una extraña amalgama de estas tres tesis está presente en la contraofensiva cultural desatada, tanto desde el neomenorismo latinoamericano, cuanto desde la perspectiva similar que surge del liberalismo conservador anglosajón<sup>17</sup>.

Llegados a este punto no está demás reflexionar sobre el hecho de que, si por un lado debemos precavernos de la exageración de equiparar sin más el movimiento de reformas por los derechos de la infancia con las enormes conquistas político culturales que se suceden a partir del siglo XVIII, por el otro, resultaría un error subestimar la potencialidad desestabilizadora del orden social (en realidad de un orden social entre tantos posibles) del proceso de democratización de las relaciones familiares. Se trata de una cuestión extraordinariamente delicada en la medida en que involucra una verdadera revolución en la histórica relación entre padres e hijos. Una revolución que, sin ignorar también sus enormes diferencias, mantiene interesantes similitudes con el proceso de transformaciones sociales y jurídicas (todavía en curso) que afecta las relaciones entre los hombres y las mujeres.

Conviene recordar que no sólo las tesis de Hirschman sino tesis explícitamente catastróficas, referidas específicamente a la muerte y desaparición de la familia, fueron esgrimidas hasta hace muy poco por pseudos juristas de todas las latitudes frente

<sup>17</sup> Salvando todas las diferencias que no son pocas, un debate similar al que ocurre en América Latina, tiene lugar hace bastante tiempo en el mundo académico anglosajón, entre lo que allí se denominan posiciones “liberacionistas” y “tutelaristas” (caretakers). A diferencia de lo que sucede en América Latina, el debate en el mundo anglosajón resulta considerablemente más rico y esclarecedor en la medida en que las diversas posiciones son asumidas con total claridad, despojadas del carácter confuso y vergonzante que asumen en América Latina las posiciones **neomenoristas**. Para un análisis más detallado de estos debates, ver: Archard, David (1993). *Children. Rights and Childhood*, Ed.Routledge.

prácticamente a cualquier avance en la dirección de la igualdad jurídica y social plena entre hombres y mujeres<sup>18</sup>.

Pero volvamos al centro de nuestro análisis. El fenómeno que hoy con un poco más de claridad y elementos de juicio puede ser caracterizado como **neomenorismo** nace, como ya se anticipó, en el país pionero de la región en materia de reformas legales e institucionales que siguen a la Convención: Brasil.

Digamos que la importancia de su análisis es por lo menos doble ya que, además de su valor intrínseco, sus articulaciones, por lo menos objetivas, con la especificidad de la etapa actual del proceso de involución autoritaria lo convierten en imprescindible para cualquier evaluación crítica del estado de los derechos de la infancia en América Latina.

Escuché por primera vez utilizar la expresión **neomenorismo** en el Brasil de fines de la década del 90<sup>19</sup>. La misma pretende describir y si fuera posible entender con más profundidad, posiciones actuales que significan una verdadera regresión a los orígenes de la cultura menorista de comienzos del siglo XX, por parte de individuos ligados a los movimientos originales de reforma de comienzos de los 90. Se trata de personas convencidas de que se ha ido demasiado rápido o demasiado lejos en las posiciones que consideran a los niños como verdaderos sujetos de derechos en el contexto del principio de la autonomía progresiva que establece la Convención en sus artículos 5 y 12.

Resulta interesante constatar que mientras la contraofensiva cultural del liberalismo conservador anglosajón avanza sin culpas ni ambigüedades tal como ya se anticipó y como además se desprende de los textos que se consideran más adelante, bastante diversa es la situación en el equivalente **neomenorismo** latinoamericano. Se trata en este último caso de un movimiento tan confuso en sus límites cuanto en sus planteos conceptuales que por lo

<sup>18</sup> Un texto particularmente agudo e incisivo sobre el proceso de transformaciones que sufre la institución familiar es: Roudinesco, Elisabeth (2004). *La familia en desorden*, México: Fondo de Cultura Económica. Contrariamente a lo que anuncian los textos de la antipsiquiatría radical de los años 60 del siglo pasado en relación a la muerte y desaparición de la familia, asistimos hoy a una lucha denodada por el reconocimiento como institución familiar de prácticamente todas las formas de relación entre los seres humanos.

<sup>19</sup> Escuche el término por primera vez de boca del Dr. Fernando Amaral e Silva, ex juez de menores, miembro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Santa Catarina y, lo que a los efectos de este análisis resulta más importante, figura central de la comisión redactora del Estatuto del Niño y el Adolescente. Es probable hipotetizar en forma retrospectiva que sin la claridad conceptual y estratégica del Dr. Amaral en los aspectos específicamente jurídicos, así como del pedagogo Antonio Carlos Gomes da Costa en los aspectos sociales, el Estatuto de Brasil no hubiera asumido el carácter de ruptura paradigmática que lo distinguió como pionero en la región.

demás, posee la curiosa y evidente dificultad para plasmar sus posiciones ideológicas en propuestas de carácter normativo y tal vez por eso mismo acaba invariablemente concluyendo que las reformas legales carecen de cualquier tipo de trascendencia.

Se pone de este modo en evidencia la fragilidad y heterogeneidad de la amalgama de las motivaciones anti reformistas.

Desde profundas convicciones filosófico-religiosas, pasando por el oportunismo más ramplón, hasta la percepción de estrategias institucionales más o menos concientes destinadas a evadir los temas de alto riesgo y sensibilidad política en relación con los gobiernos, que plantea la cuestión de los adolescentes en conflicto con la ley, conforman el caldo de cultivo que ayuda a entender una especie de Babel de la retórica de la reacción.

Como quiera que sea, el **neomenorismo** constituye un intento destinado a procurar argumentos y legitimidad a profundos retrocesos que un conjunto de circunstancias adversas le plantean en América Latina a la cuestión de los derechos de la infancia en esta etapa de su desarrollo. En todo caso, estos retrocesos se configuran hoy por el intento más o menos articulado de retornar de las políticas a los pequeños programas y de las propuestas de construir una política pública basada en la interacción crítica con las políticas de gobierno, a las viejas formas del alternativismo de la década de los 80. Es en este marco, que no resulta tan sorprendente la increíble diversidad que contiene este “Arca de Noe”. Desde las viejas figuras del más rancio menorismo, representado por aquellos que se opusieron frontalmente a las reformas legales e institucionales que se derivaban de una legítima interpretación de la Convención y que hoy intentan reciclarse en confusas propuestas de una vaga “justicia restaurativa”<sup>20</sup>, hasta las últimas posiciones decididamente anti reformistas de la cultura académica anglosajona<sup>21</sup>, que advierte hoy contra los peligros de tomarse en serio el

---

<sup>20</sup> Existe hoy una profunda confusión en este campo debido a la grosera manipulación de un fenómeno tan rico e interesante cual es el de la “justicia restaurativa”. Toda ley de responsabilidad penal juvenil coherente con la Convención, posee de hecho el conjunto de elementos que caracterizan a una justicia dedicada a articular el delicado equilibrio entre el derecho de las víctimas y las necesidades de reinserción social de los adolescentes en conflicto con la ley. No es justamente eso lo que aquí se cuestiona. Me refiero particularmente al hecho de que conspicuos representantes del menorismo más regresivo, se hayan convertido de improviso en puntos de referencia centrales de una “justicia restaurativa” (justamente allí donde no hay justicia) destinada exclusivamente a legitimar nuevas formas de paternalismo represivo discrecional. Utilizar el escudo de la “justicia restaurativa” para legitimar la destrucción sistemática de las garantías, no consiste en otra cosa que en un apoyo decisivo a la consolidación de las peores tendencias de la etapa actual de la involución autoritaria.

<sup>21</sup> Me refiero aquí específicamente, a modo de ejemplo, a dos textos altamente representativos en la medida que condensan como pocos el espíritu anti reformista que impera en una parte nada menor del liberalismo conservador anglosajón, me refiero tanto al libro de Guggenheim, Martin (2005). *What's Wrong with Children's*

derecho a la libertad de niños y adolescentes, todo parece caber en esta ola de nostalgia paternalista represiva que parece imperar en estos días.

Relativizar la importancia de los derechos y con ello de todos los esfuerzos dirigidos a las reformas legales que surgen del carácter vinculante de la Convención, justificar, con base en necesidades coyunturales, la violación de principios constitucionales<sup>22</sup>. Asumir posiciones dubitativas o incluso negativas en relación a la pregunta acerca de si la legitimidad de los derechos de la infancia constituye una cuestión de principios o de mera eficacia. El abandono institucional, por parte de organismos tanto de gobierno como de la sociedad civil, de cuestiones políticamente sensibles y delicadas y su artificial sustitución por temas banales e inocuos, desprovistos de todo riesgo de carácter político, objetos privilegiados de consensos tan fáciles cuanto intrascendente, son algunos de los tantos ingredientes que dan forma y sistematicidad a retrocesos sobre los que crecen y se desarrollan las posiciones que aquí se han definido como **neomenoristas**.

Posiciones que se expresan en forma confusa y desordenada tanto en el burdo contrabando conceptual de “nuevas” formas de una incomprensible e inexplicable versión de “justicia restaurativa”<sup>23</sup>, destinada en realidad a introducir nuevas formas de discrecionalidad,

---

*Rights*, Harvard University Press, cuanto al más reciente libro de Tubbs, David L. (2007). *Freedom's Orphans. Contemporary Liberalism and the Fate of American Children*, Princeton University Press.

<sup>22</sup> Dudo que en la jurisprudencia latinoamericana exista un caso más grosero de inconstitucionalidad explícitamente reconocida que el fallo de fines de 2008 al que aquí se hace alusión en la nota 14. El Dr. Raúl Zaffaroni conocido jurista, integrante de la Corte Suprema de Argentina y, seguramente autor material e intelectual del fallo en cuestión afirmaba textualmente en entrevista publicada en la edición argentina de la Revista *Playboy* del mes de mayo de 2009 lo siguiente:

PLAYBOY: Un planteo en la Corte Suprema pidió que liberen a chicos detenidos ilegalmente en un instituto de menores porteño. ¿Por qué la Corte no autorizó esa medida?

ZAFFARONI: En diciembre del año 2008 dijimos "esto es inconstitucional", pero por razones coyunturales, no lo podíamos declarar inconstitucional.

PLAYBOY: ¿Cuáles son las razones coyunturales para no poder declarar inconstitucional algo que sí consideran inconstitucional?

ZAFFARONI: Con los eslóganes que habla dando vuelta, el riesgo es que se generara un gatillo fácil contra los adolescentes. Nosotros hemos tenido epidemias de gatillo fácil en 1984 y 1985 con la policía recién salida de las órdenes de (Ramón) Camps. No le puedo dar el argumento a una fuerza que yo solté 50 para que me maten 100, sobre todo cuando hay eslóganes políticos que pueden generar ese tipo de riesgos.

Para despojar de cualquier posible duda al lector, aclaremos que este fallo de la Corte Suprema, defendido sin titubear por el jurista argentino, valida la Constitucionalidad de un decreto de la dictadura militar argentina (el 22.278 de 1980), que en flagrante violación de lo explícitamente dispuesto la ley de infancia vigente (ley 26.061 de 2005), permite la privación de libertad en cárceles de menores para la supuesta “protección” de menores que el propio decreto de la dictadura designa como inimputables y no punibles.

<sup>23</sup> Insisto nuevamente aquí sobre lo ya afirmado en la nota 20. Resulta urgente por lo menos en América Latina, realizar un abordaje crítico y desmisificador de aquellas propuestas engañosas de justicia restaurativa, destinadas únicamente a aumentar los niveles de discrecionalidad de las decisiones judiciales, así como a eliminar las garantías básicas del debido proceso. De lo que se trata es de la necesidad de distinguirlas

normativamente desterrada en los textos legales que legítimamente se derivan de una interpretación adecuada de la Convención.

Pero a las propuestas jurídicas de reintroducción de la discrecionalidad propia de la clásica cultura menorista basada en la vieja doctrina de la “situación irregular”, hoy remozadas de la mano del **neomenorismo**, se suman las reflexiones de carácter académico con todo el peso de la autoridad automática que proviene del mundo de la filosofía anglosajona. Así, en el trabajo de David L Tubbs, al que ya se ha hecho mención, con un título que es todo un programa de acción, “Freedom’s Orphans” (Huérfanos de la libertad) puede leerse:

*Primero, tengo muchas dudas sobre la promulgación judicial de nuevos derechos en las últimas décadas (...) Rechazo la declaración de nuevos derechos carentes de bases sólidas en la constitución. Por tanto me opongo a la declaración de nuevos derechos incluso si su propósito es ayudar a los niños. Segundo, si el lector acepta los principales presupuestos de este estudio, es decir, que los niños son impresionables, dependientes y, en términos amplios “subdesarrollados” (las comillas son del autor), entonces podemos ver que algunos derechos conducen imprudentemente a problemas. Tenemos que estar alertas en considerar a los niños como portadores de un amplio número de derechos especialmente “los derechos de libertad” (las comillas son del autor). Precisamente porque son seres humanos subdesarrollados a los niños les falta la inteligencia y el juicio necesario para ejercitarse responsablemente muchas libertades.<sup>24</sup>*

Es en este contexto político-cultural en que se desarrolla la nueva y difícil de caracterizar etapa actual de implementación de la Convención.

Mientras, como ya se afirmó, la primera etapa del proceso de involución autoritaria se inaugura alrededor de 1997, su vigencia política y jurídica se extiende hasta los años 2004-2005 aproximadamente. Se trata, como se vio, de un período marcado por varios hechos emblemáticos de índole diversa (ver nota 12), en distintos países. Un período marcado por la doble consigna mediática de “aumento de las penas y baja de edad de la imputabilidad” primero y por la destrucción de las garantías procesales y de fondo en la etapa actual.

## VII. Conclusión: el problema de la libertad.

---

claramente de los contenidos legítimos de justicia restaurativa contenidos en las todas las leyes serias de responsabilidad penal juvenil de la región. La tarea es urgente no solo por necesidades de claridad académica y conceptual. Es obvio, aunque no sea evidente, que estas formas espurias de “justicia restaurativa” resultan altamente funcionales a las nuevas tendencias en que se expresa la involución autoritaria en esta etapa.

<sup>24</sup> Tubbs, David L. (2007). Op. Cit, p. 8 e 9.

Una vez más como sistemáticamente ha ocurrido desde la aparición de las “poor houses” inglesas, la respuesta penal se convierte en un instrumento privilegiado de la política social o, lo que es lo mismo, la política social se expresa a través de la normativa penal. Esto es precisamente lo que expresa el viejo enfoque de la compasión-represión, reconocido sustento del **menorismo** clásico y recurso solapado y vergonzante del **neomenorismo**. Ya no como en sus orígenes para introducir coactivamente grandes masas de marginados al mercado de trabajo, sino por sobre todas las cosas para “resolver” una de las manifestaciones sociales más agudas que aquejan y ponen en peligro a las frágiles democracias de la región.

Me refiero a los problemas que plantean los jóvenes pobres de las periferias de los grandes conglomerados urbanos. Problemas que hasta hoy torpemente, algunos pretenden resolver con la destrucción sistemática de las garantías para poder utilizar la privación de libertad, no como una forma de respuesta fuerte y seria del Estado frente a los delitos graves cometidos por los menores de edad, sino, *como una forma de “política social reforzada” para dichos jóvenes*. Esta tendencia, me animo a afirmar, *constituye uno de los componentes centrales de la cuestión de la infancia en la América Latina actual*.

Pero la respuesta represiva imperante implica un doble retroceso. En primer lugar, porque constituye una violación flagrante a las más elementales garantías que el derecho constitucional y no solo este, otorga (como base fundamental de legitimidad del sistema político) a todos los ciudadanos y en segundo lugar, porque el avance de la legitimidad social de las respuesta represivas resulta directamente proporcional a la legitimidad de la retracción del gasto social público destinado para este tipo de población.

No sorprende que sea Argentina, el país más atrasado en materia legislativa y judicial en la materia, donde se concentren y se hagan evidentes, buena parte de las manifestaciones que a nivel regional alimentan esta nueva tendencia. Al gravísimo fallo de la Corte Suprema Argentina ya citado – un fallo que como era de suponer ha alimentado las peores tendencias normativas y jurisprudenciales- deben agregarse propuestas normativas infraconstitucionales destinadas a blanquear y consolidar esta aberrante tendencia<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> La tendencia a la utilización de la privación de libertad como forma “reforzada de política social” parece haber encontrado una clara formalización normativa en la nueva ley procesal penal juvenil de la Pcia. de Buenos Aires (ley 13.634 de la Pcia. de Buenos Aires). Mientras el Régimen Penal de la Minoridad vigente (decreto 22.278 de la dictadura militar, aprobado en 1980), designa a los menores de 16 años como inimputables y no punibles, la

Ninguna acción y en consecuencia tampoco ninguna reacción a transformaciones jurídico sociales opera en el vacío. Tengo la impresión de que esta articulación objetiva entre las posiciones neomenoristas y la actual etapa del proceso de involución autoritaria, ha sido posible, entre otras cosas, por el debilitamiento agudo a que están sometidos los valores relativos a la libertad. Con la caída del muro puede decirse que cayó también el interés por el uso del concepto de libertad, eficaz en su momento para la guerra ideológica contra el bloque del socialismo real. La seguridad como valor supremo ha ido ocupando progresivamente su lugar.

Perdida del valor de la libertad, mucho más si de lo que se trata es de la libertad de los “otros”, es decir, en este caso, de los jóvenes pobres de las periferias urbanas.

Revertir esta contraofensiva reaccionaria e instaurar un debate serio en torno a la importancia y centralidad de la libertad para una política social en verdadera sintonía con la Convención, puede constituir un aporte significativo para evitar una política social basada en la –supuesta- seguridad y eficacia que brindaría la privación de libertad como forma reforzada de política social.

En realidad no es en el fondo ninguna política específica lo que está aquí realmente en juego. Lo que está aquí realmente en juego, es, parafraseando el título de un de los más brillantes libros de Norberto Bobbio, **el futuro de la democracia**.

### **Bibliografia:**

Archard, David (1993). *Children. Rights and Childhood*, Ed.Routledge.

Beck, Ulrich (compilador) (1997). *Kinder der Freiheit*, Frankfurt am Main: Ed. Suhrkamp.

---

practica efectiva de la privación de libertad por razones tutelares sigue plenamente vigente, sobre todo con el espaldarazo que significó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a la que aquí se hace mención en las notas 14 y 22 de este texto. El art.64 de la ley 13.634 establece que “*En casos de extrema gravedad en que las características del hecho objeto de intervención del sistema penal aconsejen la restricción de la libertad ambulatoria del niño imputable, el fiscal podrá requerir al juez de garantías el dictado de una medida de seguridad restrictiva de la libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo*”. Resulta obvio decir que incluso la “extrema gravedad” del hecho quedara sujeta a la más absoluta discrecionalidad del sistema de justicia. Para un análisis exhaustivo de esta legislación, ver: Méndez, Emilio García y Vitale, Gabriel (compiladores) (2009). *Infancia y Democracia en la provincia de Buenos Aires. Comentario crítico sobre las leyes 13.298 y 13.634*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto-Fundación Sur Argentina.

Bustelo, Eduardo (2008). "La política social sin política", Trabajo presentado al Encuentro Internacional Políticas Sociales e Institucionalidad Pública. Organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador, 28 al 30 de abril de 2008. In *Saúde em Debate*, Porto Alegre, Brasil, v. 31, n. 75/76/77 jan./dez. 2008. p.194-209.

Costa, Antonio Carlos Gomes da (1998). *Niños y Niñas de la Calle: vida, pasión y muerte*. Edición de Unicef Oficina de Argentina.

Elias, Norbert (1998). *La civilización de los padres y otros ensayos*, Bogota: Ed. Norma.

Guggenheim, Martin (2005). *What's Wrong with Children's Rights*, Harvard University Press.

Hirschman, Albert O (1991). *The Rhetoric of Reaction. Perversity, Futility, Jeopardy*, The Belknap Press of Harvard University Press.

\_\_\_\_\_ (1991). *Retóricas de la Intransigencia*, México: Fondo de Cultura Económica.

Méndez, Emilio García y Beloff. Mary (Compiladores) (2004). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogota: Ed.Temis.

Méndez, Emilio García y Carranza, Elías (Org.) (1992). *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases Para una reforma legislativa*. Buenos Aires: Ed. Galerna.

Méndez, Emilio García y Vitale, Gabriel (compiladores) (2009). *Infancia y Democracia en la provincia de Buenos Aires. Comentario crítico sobre las leyes 13.298 y 13.634*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto-Fundación Sur Argentina.

Portillo, Nelson (2003). "Estudios sobre pandillas juveniles en El Salvador y Centroamérica: una revisión de su dimensión participativa". *Apuntes de Psicología*. Colegio de Psicólogos, Universidad de Sevilla, España, Vol. 21, número 3, p. 475-493.

Roudinesco, Elisabeth (2004). *La familia en desorden*, México: Fondo de Cultura Económica.

Tubbs, David L. (2007). *Freedom's Orphans. Contemporary Liberalism and the Fate of American Children*, Princeton University Press.

Valderrama, Pedro Gómez (1958). *Muestras del Diablo*, Bogota.

Recebido para publicação em fevereiro de 2010.