



Algunas concepciones, argumentos y reflexiones en torno a los Derechos Humanos de los Niños y de las Niñas.

Ponencia Inauguración OPD Buin.
Buin lunes 22 de Mayo 2006.

Corporación Programa Chasqui

Se agradece la invitación que nos hizo, la OPD Buin-Paine, específicamente el equipo de la Comuna de Buin, a la Corporación Chasqui, para estar presente en este evento que consideramos de mucha importancia para la Comuna. A la vez, es un enorme desafío realizar una ponencia en este marco. El tiempo es siempre muy limitado y, por ello, he optado por presentar solamente algunas concepciones, argumentos y reflexiones que, espero, sean oportunas, de su interés y utilidad.

Quisiera partir con un concepto que, creo, tiene más que ver con la infancia de lo que se podría creer: me refiero al concepto de la "Ciudadanía". Ampliamente citado, comentado y discutido en la literatura, se ha definido y leído de diferentes formas¹. Destacan las conceptualizaciones, - en cuanto apelen a su expresión moderna -, que relacionan su origen con el ideario de la Revolución Francesa de fines del siglo XVIII, refiriéndose a la pertenencia a una sociedad. Sus miembros, - los integrantes de esta sociedad o los "ciudadanos" -, son considerados como depositarios y, por tanto, usuarios de los recursos, privilegios, libertades y derechos civiles, políticos y sociales, propios de esa sociedad en todos sus ámbitos (económico, político, jurídico, científico, educacional, familiar, religioso, artístico, salud, etc.²). Se enfatiza en la libertad como condición humana y el carácter igualitario del uso, goce y ejercicio de estos bienes sociales. El Primer

¹ Barros, P., "Exclusión Social y Ciudadanía" en P. Barros, D. de los Ríos y F. Torche, Lecturas Sobre la Exclusión Social, OIT, Santiago, 1998, pp. 7-8; Freijeiro Varela, Marcos, Ciudadanía, derechos y bienestar: un análisis del modelo de ciudadanía de T. H. Marshall, pp. 63-100 en http://www.revistauniversitas.org/n02/02-05_freijeiro.pdf, consultado el 13/05/2006.

² Torche, F., "Exclusión Social y Pobreza: Implicancias de Un Nuevo Enfoque" en P. Barros, D. de los Ríos y F. Torche, Lecturas Sobre la Exclusión Social, OIT, Santiago, 1998, pp. 107-109.

artículo de la Constitución Chilena confirma dicha concepción: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos."³ Estas concepciones se adscriben y se leen en el contexto de los denominados "Derechos Humanos de Primera y Segunda Generación".

Los Derechos Humanos de la Primera Generación refieren a los Derechos Civiles y Políticos. Son Derechos destinados a la protección del ser humano, individualmente considerado, contra cualquier agresión de algún agente en el ámbito público y, actualmente también, privado (Así, por ejemplo, agresiones en el ámbito familiar, constituyente de delito). Persiguen garantizar la libertad de los ciudadanos, organizando la fuerza pública y creando mecanismos judiciales que los protejan (Pone al centro la LIBERTAD). Apelan a la tarea judicial del Estado. Supone la monopolización de la violencia legítima en manos del Estado. Así, se refiere a los derechos a la vida, al honor, a la libertad, seguridad e integridad personal, libertad de expresión, a elegir y ser elegidos, al libre tránsito, a la asociación, a la información, etc.

Los Derechos Humanos de la Segunda Generación refieren a los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Son Derechos destinados a garantizar un acceso igualitario a los Derechos anteriores; para compensar desigualdades propias de la convivencia en sociedad (Pone al centro la IGUALDAD). Persiguen garantizar la igualdad de los ciudadanos, requiriendo del Estado una actuación para que los ciudadanos puedan acceder a los Derechos Civiles y Políticos acorde con las condiciones económicas de cada nación. Apelan a la función social del Estado. Son Derechos colectivos porque la vigencia y el goce de aquellos benefician a grupos de seres humanos, no a uno en particular. Así, se refiere a los derechos a trabajo, a la educación, a la salud, a la protección y asistencia a niños, niñas y la familia, a la vivienda, etc.

Posterior a estos, ya en la segunda mitad del siglo XX (es por la suerte de secuencia cronológica de su aparición histórica e importancia política que se habla de "generaciones de Derechos"), se habla de los Derechos Humanos de la Tercera Generación o Derechos de los Pueblos. Son Derechos destinados a la protección de Derechos de colectivos discriminados como grupos de edad, minorías étnicas o religiosas, hasta países de la denominada "periferia", que se ven afectados por alguna de las múltiples manifestaciones que cobra la discriminación económica social (Pone al centro la SOLIDARIDAD). Dichos derechos se encuentran en proceso de definición y ya aparecen como consagrados en diversas disposiciones de algunas convenciones internacionales. Se inscriben en la tensión entre el carácter universal de los Derechos

³ Constitución Política de la República de Chile, DTO – 100, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 22 de Septiembre de 2005, Artículo 1º, inciso 1º.

Humanos y el debido respeto por la diversidad. Invitan a diferenciar la "ciudadanía estatal" de la "ciudadanía de la sociedad civil", no como conceptos excluyentes, sino complementarios.

En este contexto adquiere relevancia la concepción de la "exclusión social", entendida como "debilitamiento o quiebre de los lazos (vínculos) que unen al individuo con la sociedad, aquellos que le hacen pertenecer al sistema social y tener identidad en relación a este"⁴. Con "sociedad" no se refiere solamente a la "nación" o "Estado", sino, además a los colectivos humanos, pertenecientes a la Sociedad Civil. La sociedad como "Nación" o "Estado" apela a la "Ciudadanía Estatal" con una diferenciación, en la práctica, entre "ciudadanos plenos, parciales y nominales", entre la "igualdad de derecho – o abstracta - y desigualdad de hecho", entre "la independencia de derecho y la dependencia de hecho" de los ciudadanos⁵. La sociedad comprendida como "Sociedad Civil" con la "Ciudadanía de la sociedad Civil" como correlato, apela a una ciudadanía entendida como un conjunto de derechos y prácticas participativas que se ejercita y opera, no solo a nivel del Estado, sino además a nivel de la sociedad civil (con autonomía del mercado), reconociendo la pertenencia de los individuos "a múltiples formas de interacción social"⁶. Se considera como contraparte de la "exclusión social", la inclusión o integración. Se prefiere este último concepto por enfatizar más el esfuerzo esperado de los distintos ámbitos de una sociedad (Estado y Sociedad Civil) para modificar y adecuar su funcionamiento, que de los individuos o colectivos particulares para adaptarse a este.

Se podría comprender la instalación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN)⁷ como una expresión de Derechos Humanos de la Tercera Generación o simplemente como un instrumento especializado de Derechos Humanos de la Primera y Segunda Generaciones. De todos modos, con la firma y posterior ratificación de esta Convención, Chile ha confirmado, en concordancia con lo dispuesto en otros instrumentos de derechos humanos⁸, que todos los menores de 18 años⁹, sin discriminación alguna¹⁰, son ciudadanos, portadores de derechos. Ya no como sus depositarios pasivos, sino, como sujetos de derechos,

⁴ Barros, P., 1998, Op., Cit., p. 1.

⁵ Quiroga, Hugo, El ciudadano y la pregunta por el Estado democrático, <http://www.insumisos.com/Articulos/El%20ciudadano%20y%20la%20pregunta%20por%20el%20Estado%20democr%C3%A1tico.pdf>, revisado el 19/05/2006.

⁶ Quiroga, Hugo, Op. Cit.

⁷ Convención Internacional de los Derechos del Niño, Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por Chile en 1990 (Decreto N° 830, cual "Promulga Convención sobre los Derechos del Niño", publicado en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990).

⁸ Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁹ Artículo 1º, Convención internacional de los Derechos del Niño y de la Niña.

¹⁰ Artículo 2º, Convención internacional de los Derechos del Niño y de la Niña.

reconociendo su capacidad para ejercerlos por sí mismos, siempre en su condición interdependiente, acorde a su realidad bio-psico-social y, por ende también, jurídica.

La CIDN se separa de la tradición jurídica de los menores de edad, basada en la comparación de los niños y niñas con los adultos, resultando en la declaración de su incapacidad, como asimismo, se distancia de la práctica proteccionista que considera a los niños, niñas y jóvenes como meros objetos de protección, educación y control. Por el contrario, aparte de reafirmar su carácter de sujeto, portador de derechos, se le reconoce, al niño y a la niña, capacidad para ejercerlos por sí mismos.

El artículo 5º de la CIDN establece que el ejercicio de los derechos del niño y de la niña es progresivo en virtud de "la evaluación de sus facultades" y que a "los padres o, en su caso, [a] los miembros de la familia ampliada o [a] la comunidad [...]" les corresponde impartir "[...] orientación y dirección apropiadas para que el niño [y la niña] ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Dicho principio se ratifica con el reconocimiento del derecho "de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"¹¹.

Considerando que los niños y niñas son sujetos de derechos y en la medida que estos adquieran autonomía para ejercerlos, también podrá exigirse una creciente responsabilidad por sus actos¹², siempre gradual y correspondiente al progreso en el ejercicio autónomo de los derechos. No me refiero a "la responsabilidad penal de adolescentes que infringen la ley". No pretendo profundizar en ello, sino nos llevaría a otra discusión.

El principio de la autonomía y responsabilidad progresiva en el ejercicio de derechos se constituye en la clave para interpretar la función del Estado, la familia y la comunidad en la promoción del desarrollo integral del niño y de la niña: los derechos de los niños y niñas constituyen obligaciones para los adultos¹³. La Convención obliga al Estado, - al igual que a las instituciones relacionadas con la crianza, como la familia, el grupo de

¹¹ Artículo 12º, Convención internacional de los Derechos del Niño y de la Niña.

¹² Cillero, Miguel y Madriaga, Hugo, Infancia, Derecho y justicia: Situación de los Derechos del Niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década de los noventa, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y UNICEF, 1999, p. 23.

¹³ Bernal Pulido, Carlos, Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen Derechos Sociales?" de Fernando Atria, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Edición digital a partir de *Discusiones*, núm. 4 (2004), pp. 99-144, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12937957558077187421624/015573.pdf?incr=1>, consultado el 13/05/2006.

pares, la vecindad, la escuela, la empresa, la iglesia, los servicios públicos y privados, etc. (o sea, la "Sociedad Civil") -, a reconocer¹⁴, respetar¹⁵, proteger¹⁶ y garantizar¹⁷ los derechos estipulados, lo cual implica gestionar los recursos necesarios, ponerlos a su disposición y asegurar su accesibilidad. Siempre a partir del principio de la no-discriminación e igualdad.

La progresiva autonomía en el ejercicio de derechos y consecuente creciente responsabilidad por parte de los niños y niñas por los actos propios del ejercicio de sus derechos, al igual que la responsabilización del cumplimiento con las tareas de protección por parte de los adultos, no son realidades cumplidas con meras declaraciones, ni son procesos naturales o innatos que se "desenrollen" a la par con el crecimiento físico, ni tampoco son procesos espontáneamente motivados desde la coyuntura cultural: El ejercicio y respeto de Derechos, de modo responsable, reclaman por posibilidades de aprendizaje¹⁸.

Ya con la Declaración de los Derechos Humanos quedó claro que todos los seres humanos son ciudadanos, sujetos de derechos y libertades propios de la sociedad de pertenencia. Este conjunto de derechos y libertades que cada ciudadano posee, incluyendo a los niños, niñas y jóvenes, podríamos denominarlo el "dominium". Este concepto se refiere a una interpretación determinada de la libertad personal: "ausencia de interferencia ofensiva o culpable de otros".¹⁹

El dicho "La libertad de uno termina donde comienza la libertad del otro" representa una interpretación "asocial" de la teoría mencionada. Constituye una declaración de guerra: Menos libertad absorbida por los

¹⁴ Artículo 6° inciso 1°, 15 inciso 1°, 18 inciso 1°, 23 inciso 1° y 2°, 24 inciso 1°, 25, 26 inciso 1°, 27 inciso 1° y otros de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¹⁵ Artículo 2° inciso 1°, 8° inciso 1°, 9° inciso 3°, 10° inciso 2°, 14 incisos 1° y 2° y otros de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¹⁶ Artículo 3° inciso 1°, 8° inciso 2° y otros de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¹⁷ Artículo 2° inciso 2°, 6° inciso 2°, 12 inciso 1°, 20 inciso 2° y otros de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¹⁸ Así, por ejemplo, el derecho a expresar la opinión y ser escuchado será garantizado "al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio"; *En Grupo de Trabajo Interministerial de Infancia y Adolescencia, Compromisos del Estado con los Derechos del Niño, Agosto 2000 se sugiere "Promover la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer progresivamente grados crecientes de opinión acerca de los asuntos que los afecten, considerando las etapas y características propias de su desarrollo" y "Garantizar que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio." (ambos relacionados con el art. 12° de la Convención); "Desarrollar iniciativas dirigidas a sensibilizar a la sociedad en el respeto a la diversidad y a fomentar la tolerancia frente a las diferencias." (relacionado con el artículo 14° de la Convención); "Ser introducido a la cultura a través de la estimulación del lenguaje" (relacionado con el artículo 13° de la Convención); "Desarrollar programas educativos que incluyan una formación para la ciudadanía, relevando los derechos y deberes de las personas dentro de la sociedad" (relacionado con el artículo 15° de la Convención).*

¹⁹ Braithwaite, J. And PH Pettit, *Not Just Desert. A Republic Theory of Criminal Justice*, 1990, Oxford University Press, Oxford/New York, p. 55 (cita traducida por L. Erik Lombaert).

otros, implica más libertad para uno. De este punto de vista, el otro es considerado como un rival en mi lucha para ampliar mi libertad; se concibe a libertad como un bien cuyo tamaño es estable y del cual se requiere definir su distribución. El hablar de los derechos de los niños y de las niñas inspira temor: es entregar poder al otro a costa del propio poder (poder suma cero). En este mismo contexto se contraponen el Estado con los ciudadanos; predomina la soberanía por sobre la ciudadanía. La intervención estatal se considera como una disminución de las posibles libertades de los individuos. Esta concepción se considera al ideario propio de los Derechos Humanos de la Primera y Segunda Generaciones.

Diferente es la lectura social de los derechos y libertades. No basta con evitar y delimitar la intervención ilegítima de otros, sino que se requiere garantizar los derechos y libertades. El "dominium", en este contexto, es el conjunto de derechos y libertades, socialmente garantizados, que cada ciudadano posee. Se refiere a un "territorio garantizado" y abarca la esfera de ejercicio libre e ilimitado de derechos, garantizado por el contexto social. Podría expresarse de este modo: "No solamente tengo derechos, sino, además, sé que tengo derechos, sé que otros también saben que tengo derechos y que podrían, eventualmente, ayudar a defenderlos en caso de amenaza o vulneración". Creemos que solamente en estas condiciones se puede ejercer y gozar plenamente de los derechos y libertades, se puede comprender la integración a la Ciudadanía, no solo Estatal, sino, también de la Sociedad Civil.

La libertad y la igualdad se transforma en un asunto social, se complementan con la solidaridad y la colaboración. Dependemos unos de los otros para garantizar y ampliar el "dominium", transformando al otro en un aliado. El "dominium" es el conjunto de derechos y libertades que se adquiere colectivamente, se establece y se garantiza en la constelación social. De este modo se incorpora el ideario de los Derechos Humanos de la Tercera Generación como parte integral de la Ciudadanía.

La tarea fundamental de un "buen" Estado es ampliar el "dominium" de los ciudadanos y, en caso de ser necesario, defenderlo de vulneraciones ilegítimas. Este último no refiere solamente a la oferta de protección en caso de atropellos por otros ciudadanos, sino, además, del mismo sistema judicial. En caso que la justicia tuviese demasiadas y arbitrarias facultades de coerción y coacción, se delimitaría el territorio garantizado de los ciudadanos. Para esta interpretación predomina la ciudadanía por sobre la soberanía. La coerción y coacción judicial deben emplearse solamente como último recurso cuando los derechos y libertades están seriamente amenazados o el "dominium" dañado, y con el fin de interrumpir dichas situaciones.

Desde este razonamiento, la protección y promoción del goce y ejercicio de los Derechos del Niño y de la Niña adquieren un significado social y comunitario y el Estado se reconoce como una entidad con una doble funcionalidad: una funcionalidad social, la cual debe apuntar a la ampliación del dominium, y una funcionalidad judicial, la cual refiere a la defensa sólo y exclusivamente cuando exista una amenaza de vulneración de derechos y cuando el dominium esté dañado. Asimismo, se reconoce la complementariedad de la Ciudadanía Estatal y de la Sociedad Civil.

De modo de conclusión, refiriéndome directamente al tema que nos convoca hoy: el lanzamiento de una nueva iniciativa, llamada Oficina de Protección de los Derechos de los Niños y Niñas de la comuna de Buin (lo mismo para Paine), y a la luz de lo dicho anteriormente, específicamente relativo al dicho que *"no solamente tengo derechos, sino, además, sé que tengo derechos, sé que otros también saben que tengo derechos y que podrían, eventualmente, ayudar a defenderlos en caso de amenaza o vulneración"*, se pueden, a lo menos, esperar cuatro campos de acción, no sólo de la OPD, sino de la sociedad civil de la Comuna:

- "Tengo derechos": Se requiere de la difusión de los Derechos de los Niños y las Niñas, incluyendo, por cierto, los y las jóvenes.
- "Sé que tengo Derechos": Apela a un trabajo directo con los niños, niñas y jóvenes, específicamente en el ámbito del aprendizaje para el goce, uso y ejercicio de derechos.
- "Sé que otros saben que tengo Derechos": Invita a un trabajo con el mundo adulto; individuos, colectivos, organizaciones, servicios públicos y privados; instancias estatales y de la sociedad civil. Pierde sentido que los niños, niñas y jóvenes aprendan a ejercer derechos de modo responsable, si los adultos no se los reconocen.
- "Estos otros podrían ayudar a defender estos derechos en caso de amenaza o vulneración": La defensa de derechos, su debida protección, con el propósito de su restitución en caso de vulneración, siempre acompañado con la reparación de daños causados, es, por cierto, una tarea que convoca a Carabineros, Policía de Investigaciones y Tribunales, pero, a la vez y en coherencia con lo planteado, requiere acciones de la sociedad civil: la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña enfatiza, como ya indicado, en la responsabilización por parte de los adultos en la protección y promoción de derechos.

Es una agenda inmensa que seguramente no se la puede la OPD por sí sola, ni ningún proyecto con recursos siempre limitados: Es indudable que la OPD podrá jugar un liderazgo en estos procesos. Espero que con mi intervención se entendiera, que ello requiera, además de la OPD, de la responsabilidad que le corresponde a la Sociedad Civil, a toda la comunidad buinense.

Erik Lombaert
Corporación Programa Chasqui