

# **La Reforma ¿ Garantiza la promoción y protección de los Derechos del Niño y de la Niña ?**

## **Ponencia**

**Foro-Debate “¿ Cómo vamos ciudadanos ? !  
Ser Niño, Niña y Joven en Chile: De la Negación a la Exclusión”.  
Valparaíso 9 – 10 de agosto 2002.**

Erik Lombaert  
Criminólogo  
Corporación Programa Chasqui  
Instituto Profesional Carlos Casanueva

Es muy difícil responder cabalmente a la invitación que se me hizo para este foro-panel. Dicha invitación consistía en aportar con una mirada crítica frente a la Reforma en materia de protección de derechos. Ello porque no existe prácticamente nada público y formal acerca de dicho proceso, a diferencia con la propuesta reforma para los infractores de ley, materia avanzada después de la presentación, por parte del oficialismo, del proyecto de ley de responsabilidad juvenil ante el parlamento el pasado viernes y presentación, por parte de parlamentarios de la UDI, de un proyecto de ley similar en el mes de junio.

La única información oficial y pública en materia de protección de derechos consiste en el anuncio por parte del Presidente de la República durante una visita al CTD de Pudahuel en el mes de junio del año 2000, dónde el Sr. Lagos encomienda a los Ministerios de Justicia y Mideplan de gestionar una separación de vías, idea que fue posteriormente retomada en algunos discursos oficiales del gobierno, como por ejemplo, durante las inauguraciones de algunas Oficinas de Protección de Derechos (OPD). Además está la cuenta pública del gobierno del año 2001 con sus proyecciones para el año 2002, contenidos del discurso presidencial del 21 de mayo 2002. Ahí, se anuncia los siguientes objetivos bajo el título “Nuevo Sistema de Atención a Niñas y Niños Vulnerados en sus Derechos”:

- Se dará cumplimiento a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Se cambiará integralmente la institucionalidad de infancia y adolescencia.
- Se reformará el Servicio Nacional de Menores, Sename.
- Se fortalecerá el rol de la familia en el desarrollo de los niños.
- Se generará una cultura ciudadana que promueva el respeto y la protección de los derechos de la infancia y el efectivo ejercicio de sus derechos.
- Se garantizará efectiva igualdad de oportunidades para niños, niñas y adolescentes.

- Habrá rápidas respuestas del Estado en situaciones de grave vulneración de derechos como violencia, maltrato y abuso, marginalidad, exclusión y discriminación social, entre otras.
- Se crearán mecanismos en el ámbito local para garantizar la efectiva y rápida protección de los derechos de niñas y niños.
- Habrá un sistema de protección a los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, que estará separado del sistema de sanción a los adolescentes que han infringido la ley.

Y se indican cambios legislativos que se requieren:

- Una nueva Ley del Sistema de Atención y Subvenciones del Sename que permitirá mejorar la atención que se entrega privilegiando la no-desvinculación del entorno familiar y social. Este proyecto, que establece el incremento gradual de los recursos del Sename en ocho mil millones de pesos, se encuentra aprobado en primer trámite legislativo por la Cámara de Diputados. La cual se espera tramitar durante este año.
- Una nueva Ley de Protección de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, que reemplazará a la actual Ley de Menores, que data de principios de siglo. La cual está en proceso de elaboración.
- Una nueva ley que creará un Servicio Nacional de Protección de Derechos de la Infancia, que permitirá que se preste atención a niños que han sido vulnerados o están en situación de exclusión. La cual está en proceso de elaboración.

Por su puesto hay muchos comentarios y especulaciones circulando y están a la vista los cambios concretos que el Servicio Nacional de Menores realiza en sus centros de administración directa y a través de sus nuevos lineamientos técnicos e instrucciones para los centros subvencionados. En este mismo contexto debe mencionarse la creación de nuevas modalidades de intervención como, por ejemplo, OPD, CIJ y algunos centros especializados en "temas emergentes" (niños de la calle y comercio sexual). Asimismo se ha producido una tímida reducción de plazas de la línea residencial, a favor de plazas ambulatorias.

A pesar de lo anterior, se desconoce los contenidos de los anunciados proyectos de ley y las instrucciones por parte de Sename hacia las Instituciones Colaboradoras no permiten vislumbrar con claridad la dirección de la anunciada reforma.

En este escenario he optado por, más que pronunciarme críticamente acerca de la Reforma en sí, aportar con algunas preguntas y argumentos que me parecen de importancia para el debate.

## **1. Separación de vías.**

La opción por una separación de vías no es evidente. Muy pocos países han optado por ella.

El anuncio de la separación de vías, mirada desde el Proyecto de Ley de Responsabilidad Juvenil y desde el proceso de separación técnica y administrativa llevado a cabo por el Servicio Nacional de Menores no deja en claro si se opta por una separación de poblaciones (niños, niñas y jóvenes con necesidades de protección de derechos y de ayuda v/s adolescentes infractores de la ley) o por una nítida separación de materias (y facultades o competencias), lo cual implicaría un trato por separado de la infracción como tal (con énfasis en el hecho y solamente invocando consideraciones individuales y socio-familiares para delimitar la severidad de la pena o para desjudicializar la situación) de la prestación de ayuda y protección de derechos. Muchos de los infractores han llegado a dicha situación, producto de necesidades no cubiertas y vulneraciones de derechos anteriores.

En este último caso se esperaría un escepticismo frente a las posibilidades educativas o de ayuda psico-social, familiar y comunitaria de la respuesta punitiva frente a la infracción a la ley. La responsabilización y reinserción social no podrían ser consideradas como fines de la pena, sino, a lo más, como indicaciones para limitarla.

Ninguna práctica, ninguna teoría de la educación sostiene virtudes de una educación (por ejemplo con el propósito de la responsabilización) coercitiva o coactiva.

Ni el propio proyecto de ley, anunciado como un sistema que busca la responsabilización de adolescentes a través de la aplicación de penas juveniles, ni el anuncio de los principios de la reforma por parte del gobierno, - así, por ejemplo, no se han dado señales claras que un nuevo servicio de protección de derechos debería salirse del Ministerio de Justicia - , ni los debates públicos generados en torno al tema, ni mucho menos las indicaciones técnicas por parte del SENAME a los centros que actualmente atienden a adolescentes infractores de la ley, adscriben dicho escepticismo.

Al plantearse la separación de vías, vale preguntarse acerca de la relación que existirá entre un sistema de protección de derechos y ayuda por un lado y un sistema punitivo por el otro, sabiendo que la mayoría de los muchachos que cometen delitos y que se encuentran atrapados por el sistema requieren simultáneamente protección de sus derechos y ayuda. ¿ El legislador y, posteriormente, la justicia estarán dispuestos a permitir que se suspenda, postergue o suprima un proceso para dar prioridad a la participación del adolescente a un programa de ayuda y educación de competencia de otra instancia ? o sea, ¿ el legislador estará dispuesto a preferir el derecho del adolescente infractor a gozar de todas las condiciones necesarias para su desarrollo integral antes de las exigencias propias de una cultura inspirada en la "seguridad ciudadana" ?

De todos modos, la implementación de un sistema punitivo especial para adolescentes infractores tiene algunas ventajas comparadas con el sistema actual: (1) El juez que sentencia sobre infracciones a la ley no determinará medidas de protección a los niños, niñas y jóvenes que ingresan al sistema por necesidades de protección de sus derechos y ayuda; (2) Se establecen derechos y garantías propios al debido proceso que hoy en día son rotundamente negados a todos los niños, niñas y adolescentes que ven judicializados su situación.

## **2. Argumento: La autonomización en el ejercicio de los derechos.**

Con la firma y posterior ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña (CIDN)<sup>1</sup>, Chile se adscribe al paradigma emergente que reconoce a todos los menores de 18 años<sup>2</sup>, sin discriminación alguna<sup>3</sup>, como sujetos de derechos. En tal sentido, la CIDN concuerda y reafirma lo dispuesto en los instrumentos de derechos humanos<sup>4</sup>: El niño/a como persona es considerado como sujeto de derechos y, como tal, goza de todos los derechos que se reconocen en la Constitución de los Estados, los tratados internacionales y las leyes internas.

La CIDN se separa de la tradición jurídica de menores 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 objetos de protección, educación y control. Por el contrario, aparte de reafirmar su carácter de sujeto, portador de derechos, se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, acorde a su realidad bio-psico-social y jurídica.

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 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”<sup>5</sup>.

Considerando que los niños y niñas son sujetos de derechos y en la medida que los niños y niñas adquieran autonomía para ejercer los derechos, también podrá exigirse una creciente responsabilidad por sus actos<sup>6</sup>, siempre gradual y correspondiente al progreso en el ejercicio autónomo de los derechos.

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 adultos. La Convención obliga al Estado, - al igual que a las instituciones relacionadas con la crianza, como la familia, el grupo de pares, la

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Artículo 1º, Convención internacional de los Derechos del Niño y de la Niña.

<sup>3</sup> Artículo 2º, Convención internacional de los Derechos del Niño y de la Niña.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Artículo 12º, Convención internacional de los Derechos del Niño y de la Niña.

<sup>6</sup> 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.

vecindad, la escuela, la empresa, la iglesia, los servicios públicos y privados, etc. -, a reconocer<sup>7</sup>, respetar<sup>8</sup>, proteger<sup>9</sup> y garantizar<sup>10</sup> 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, niñas y adolescentes 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 cultura: El ejercicio y respeto de derechos de modo responsable reclaman por posibilidades de aprendizaje<sup>11</sup>.

Se ha diagnosticado en los niños, niñas y jóvenes, “ganas” y “deseos” para participar, asociarse, opinar, expresarse libremente, estar bien con sus padres y el colegio, recibir un buen trato, accesibilidad a recursos, etc., muchas veces sin grandes pretensiones: Con sus propios pares, al interior de sus respectivas familias, en la población, en la escuela, en su cotidianeidad. Dichas perspectivas se ven en muchas ocasiones truncadas por variadas dificultades y conflictos sin resolver, propios de la interdependencia con otros y significación a partir de experiencias anteriores, muchas veces francamente frustrantes.

Lo que se requiere es (rei)vindicar dichas “ganas” o perspectivas como derechos esenciales e inherentes a su ser persona, sujeto de derechos, ciudadano. Ello implica la generación de condiciones para que dichos “deseos” no sólo puedan realizarse, sino, que puedan trascender como aprendizajes genéricos, contribuyendo en un proceso de progresiva autonomización en el ejercicio de derechos y responsabilización por los actos asociados (en su condición de interdependencia).

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Artículo 3° inciso 1°, 8° inciso 2° y otros de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

<sup>10</sup> Artículo 2° inciso 2°, 6° inciso 2°, 12 inciso 1°, 20 inciso 2° y otros de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

<sup>11</sup> 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).

La tarea encomendada, por lo tanto, consiste en generar condiciones y compartir instrumentos culturales para el ejercicio de los derechos, apropiados a la cotidianidad de los niños, niñas y adolescentes. No se refiere solamente a la generación de condiciones y adquisición de instrumentos que permitan superar dificultades y conflictos inhibidores de perspectivas visualizadas aquí y ahora, sino, además, a su transferencia, promoviendo una motivación intrínseca para el desarrollo y logro de metas personales y colectivas de modo autorregulado.

En definitiva, la convención obliga a generar condiciones para la progresiva autonomización del ejercicio de derechos, para una paralela responsabilización de las acciones por parte de los niños, niñas y jóvenes, como, asimismo, para una responsabilización creciente por parte de sus familias y otros agentes significativos de sus comunidades, incluyendo el propio Estado, del cumplimiento con las tareas de protección.

Desde esta perspectiva, propongo que a la hora de debatir proyectos de ley relacionados con la protección de derechos, y específicamente proyectos de leyes orgánicas para la creación de un Servicio en reemplazo del actual Sename, es importante evitar la generación exclusiva de instancias estatales de la línea de las políticas sociales focalizadas, restringidas y sin los recursos necesarios, de carácter proteccionista (o sea, con solamente fines bomberiles: oferta de respuestas concretas y particulares), excluyendo la promoción de la autonomización en el ejercicio de los derechos, para evitar una nueva estigmatización de un grupo de niños, niñas y adolescentes que, aunque no se llamarán “menores”, recibirán su propia etiqueta; para colaborar en pos de una progresiva responsabilización por parte de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos y responsabilización en el cumplimiento con las tareas de protección, por parte de la sociedad adulta.

### **3. Argumento: El entendimiento social de los deberes.**

Ya con la Declaración de los Derechos Humanos quedó claro que todos los seres humanos son ciudadanos, sujetos de derechos y libertades, enmarcados y delimitados por la convivencia en sociedad. Este conjunto de derechos y libertades que cada ciudadano posee, podríamos denominarlo el “dominium”. Este concepto se refiere a una interpretación determinada de la libertad personal: “ausencia de interferencia ofensiva o culpable de otros”.<sup>12</sup>

El dicho “La libertad de uno termina donde comienza la libertad del otro” representa una interpretación “asocial” de la teoría mencionada. Menos libertad absorbida por los otros, más libertad queda para uno. De este punto de vista, el otro es considerado como un rival en mi lucha para ampliar mi libertad; la libertad es 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

---

<sup>12</sup> 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).

soberanía por sobre la ciudadanía. La intervención estatal se considera como una disminución de las posibles libertades de los individuos.

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" 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. Contempla un aspecto subjetivo: "no solamente tengo derechos, sé que tengo derechos, sé que otros también saben que tengo derechos y que podrían, eventualmente, ayudar a defender el territorio garantizado en caso de amenaza o vulneración". Solamente en estas condiciones se puede ejercer y gozar plenamente de los derechos y libertades.

La libertad se transforma en un asunto social. 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.

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. En tal sentido cabe precisar los límites entre la acción judicial y la acción social, argumento que apoya la separación de vías, entendida como una separación de materias y no de poblaciones.

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 severa amenaza de vulneración de derechos y cuando el dominium esté dañado.

#### **4. Conclusión.**

En definitiva, quise aportar con algunas preguntas y argumentos que me parecen de importancia para el debate.

Así, destacué que la separación de vías no es opción obvia, sino, más bien, compleja. Así, surgen preguntas como ¿ Qué exactamente se separa (en el discurso v/s en la practica) ? ¿ Cómo se lleva a cabo la separación ? y ¿ Cómo se coordinará ambos campos ?

Se podría esperar una progresiva responsabilización en el ejercicio de los Derechos en la medida que se logre una progresiva autonomización en el ejercicio de los mismos y responsabilización de los adultos en el respeto, garantía y protección de derechos y ello solamente puede generarse en un contexto de aprendizaje libre de coerción y coacción.

El ejercicio de los derechos y goce de libertades se da entendiendo los derechos como un asunto social, no individual y aceptando la intervención jurídica como último recurso para cuando el goce y ejercicio de los derechos estén amenazados o el dominium dañado.

Valparaíso, 09/08/2002