

## Segundo Seminario Infancia y Ciudadanía

Niños y niñas de Chile... NO MAS OLVIDO!!

Participan profesionales, académicos(as), comunicadores(as), organizaciones e instituciones que trabajan con niños y todos aquellos que tienen respeto y cariño por los niños y niñas.

Consultas: 856-0308  
e-mail: son-arte@chasqui.cl

APOYAN  
Corporación Chasqui  
Corporación Caleta Sur  
Escuela Trabajo Social Universidad Arturo Prat  
Corporación Grada  
Colegio de Antropólogos



Unidad de Comunicaciones - COMITEC

04 de Noviembre de 9 a 14 horas en Palacio Ariztia - Cámara de Diputados - Alameda 1642

### Segundo Seminario Soñarte: "Infancia y Ciudadanía – Niños y Niñas de Chile ; No más olvido !"

Ponencia  
"Trampa en el enfoque de los derechos"  
Erik Lombaert  
Corporación Chasqui  
04 de Noviembre del 2004

*"Antiguamente cuando la religión era fuerte y la ciencia débil, el hombre confundía la magia con la medicina; ahora, cuando la ciencia es fuerte y la religión débil, toma la medicina por magia."*  
(Thomas Szasz, psiquiatra norteamericano)

Como intervención, quisiera solamente compartir algunos temores que tengo en relación al "derecho" como instrumento cultural mediático.

Primero algunas cosas que me parecen muy interesantes, potentes:

1. Se ha dicho, y yo también lo he suscrito, que con la Convención Internacional de los derechos del Niño y de la Niña se ha logrado el reconocimiento de los niños, niñas y jóvenes (los menores de 18 años) como sujetos de derechos. Aquí hay claramente un avance en la concepción de la infancia: desde la consideración de los niños y niñas como "objetos de protección, educación y control", a reconocerlos como "sujetos de derechos".

Con la convención se ha roto con la tradición jurídica que comparaba a los niños, niñas y adolescentes con los adultos, resultando en la declaración de su incapacidad jurídica y social. Aparte de reafirmar su carácter de "portadores (pasivos) de derechos", ahora se les reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismos, siempre acorde a su realidad bio-psico-social y jurídica.

2. En este sentido, igualmente me parece tremendamente importante la instalación del "**enfoque de derechos**" para orientar, planificar y diseñar políticas sociales y acciones sociales: Viene a reemplazar los enfoques médico-sanitario, tutelar, de la irregularidad y de necesidades.

"El Enfoque de Derechos nace con el propósito de ejercitar una nueva mirada de la realidad donde niños y niñas son protagonistas de sus propios espacios de desarrollo en la sociedad. El enfoque de derecho se contrapone al de necesidades e implica una responsabilidad directa del Estado, en relación a su rol como garante principal en hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de niños y niñas estipulados en la Convención Sobre los Derechos del Niño."<sup>1</sup>

Declarar a los niños y las niñas "**sujetos de DERECHOS**" y planificar, diseñar, ejecutar y evaluar acciones sociales desde un "**enfoque de DERECHOS**", sin desconocer que se refiere a miradas más potentes y humanizantes que las miradas anteriores, hasta constituyentes de mayor soberanía ciudadana, tiene su peligro, tiene su trampa:

Los conceptos "Sujeto de Derechos" y "Enfoque de Derechos" refieren al "*Derecho*" como elemento mediático central.

Hay un autor escandinavo que se llamaba Karl Olivecrona (1897 – 1980)<sup>2</sup> que ha reflexionado acerca del discurso jurídico: el decía que el derecho tiene mucho de magia: Dice que en el discurso jurídico de países de tradición jurídica romano-germánica (como Chile) usamos expresiones como "derechos", "deberes y obligaciones", "facultades"; igualmente nos referimos a: "capacidad", "propietario", "tutor", "delito", "responsabilidad penal", "culpabilidad", etc. Y hablamos de estos "entes jurídicos" como si existieran realmente.

Nuestros derechos nos parecen perfectamente reales. Sin embargo, ¿ es REAL eso de ser "propietario", eso de ser "tutor", eso de "tener derecho a opinión" ? ¿ es REAL la "igualdad ante la ley" ? Es obvio que los derechos, facultades y deberes, no pertenecen al mundo sensible, al mundo tangible. Solamente existen actos humanos.

Eso del "Derecho" pareciera que se basa en una especie de "creencias" ampliamente compartidas: Se considera que el derecho atribuye "consecuencias" o "efectos" jurídicos a ciertos actos. Cuando alguno de estos actos se realiza, nos sentimos autorizados a "creer" que el "efecto" también se ha "producido" (siempre que otras circunstancias no lo hayan impedido).

---

<sup>1</sup> <http://www.achnu.cl/noticias/enfoquederechos.htm>; Ver también:

<http://www.scslat.org/search/publi.php?cod=6&lang=s>

<sup>2</sup> Inspirado en Escudero, J. Francisco, El "motor inmóvil" jurídico y los actos mágicos, Noviembre 2000, [http://noticias.juridicas.com/areas/00-Generalidades/10-Art%EDculos/200011-00000017.html#sys\\_inicio](http://noticias.juridicas.com/areas/00-Generalidades/10-Art%EDculos/200011-00000017.html#sys_inicio).

Ahora, los actos que "desencadenan" estos efectos son nada más que la pronunciación (sea por escrito) de palabras, sólo de palabras. O sea, el acto jurídico es en esencia un acto lingüístico.

Para ejemplificar lo que estoy diciendo: Ciertas frases son dichas ante un notario en presencia de testigos y ¡abracadabra!, la propiedad de un inmueble se ha transmitido, alguien se ha convertido, "realmente", en propietario y otro ha dejado de serlo. Con sólo pronunciar ciertas palabras, la "propiedad" ha "transmigrado" de un individuo a otro. Hay pagos por entremedio, pero, solo por las declaraciones emitidas ante el notario, se traspasa la propiedad. Así pronunciando palabras (consten por escrito o no), son "creados" los "entes" jurídicos. Ciertos individuos declaran algo y ¡zas! se "crea" una sociedad anónima, una corporación, una fundación, un municipio o un Estado. Así funciona el mundo de los "Derechos".

Se proclama y ratifica la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña y los niños y niñas son sujetos de derechos, capaces de ejercer derechos. Las Cartas Internacionales de Derechos Humanos han instalado del mismo modo el principio de la **igualdad**, base para la participación ciudadana. Los hombres no son iguales por naturaleza, necesitan una institución política para llegar a serlo: la ley. Solo el acto jurídico puede generar igualdad. La igualdad es producto de una ley.

Eso del "derecho" tiene mucho de magia, o sea, la creencia de producir efectos deseados mediante medios diferentes a los de la causalidad natural. No se trata aquí de sostener con estas ideas que el derecho tiene una naturaleza mágica, sino que la forma que opera es exactamente igual a como operan los actos mágicos.

Por supuesto, para que ciertas palabras, propias del discurso jurídico, tengan su efecto (mágico), deben ser pronunciados por personas que cumplan con ciertos requisitos – como pertenecer a determinada institución, por ejemplo - ; requisitos que han sido definidos en otro momento por otros que también tenían que cumplir con ciertos requisitos; y así, para que ese discurso jurídico tenga su efecto, se requiere de una concatenación de palabras y procedimientos (o, si quieren, de rituales) previos.

El discurso jurídico, en definitiva, es un meta-discurso muy particular: Es constituyente, instituyente, performativo y prescriptivo. No es descriptivo, o sea, los efectos de actos jurídicos sólo son percibidos como reales porque los ciudadanos, integrantes de la comunidad de interlocutores de un discurso jurídico determinado, le otorgan el estatus de real.<sup>3</sup>

El efecto creador, constitutivo, predictivo y performativo (la llamada "demiurgia jurídica" o "creación jurídica", la cual en esencia es una "creación lingüística"), es efectivo, más allá de la represión, - que por supuesto es otro mecanismo como para atribuir efectos reales a determinados actos jurídicos -, siempre y cuando sea inteligible para la comunidad de interlocutores de ese discurso, siempre y cuando estos interlocutores sean parlantes de ese lengua y manejan con maestría sus expresiones, siempre y cuando atribuyan el significado al acto jurídico - y sus efectos intencionados – acorde a las reglas de juego de dicho discurso.

Eso es lo asombroso del "derecho": Resulta habitual pensar que los derechos y los deberes son creados, que los derechos son transmitidos y que las facultades son conferidas. Pero lo

---

<sup>3</sup> Inspirado en Cáceres Nieto, Enrique, Institucionalismo jurídico y Constructivismo Social, Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 100, 1999, UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/100/art/art1.htm>.

extraordinario del caso es que esta "creación", "transmisión", o "conferimiento" son realizados mediante declaraciones verbales. Y cuando usamos este lenguaje parece que nos moviéramos en una "realidad" similar a la del mundo sensible conocido.

Ahí está mi temor: La trampa que anuncié, no está en el derecho en sí. De hecho, yo no pretendo hacer una crítica al derecho como instrumento cultural, al contrario, yo estudié derechos y no dejo de asombrarme por las potencialidades de este valioso instrumento cultural; por su magia.

Los derechos, y específicamente, los derechos humanos, son producto de luchas sociales, luchas colectivas, luchas reivindicativas; luchas en búsqueda de lo justo, de justicia, en su sentido ético. Lo cual luego se hace carne en convenciones, leyes, instituciones. Logrando eso, es por cierto un gran triunfo.

El riesgo está cuando se considere dicha encarnación como culminación (o sea, fin) de dicha lucha (lo cual a algunos parece convenir). Así, estas ideas y creencias, principios y valores, o sea, los motivos de estas luchas, se consagran en discurso jurídico, en derecho, entendido como una forma, muy elegante y civilizada, para la modificación, y por ende, el control del comportamiento. Digo elegante y civilizada porque se trata de una forma aparentemente pacífica (al menos excluiría la violencia física, la ley del talión, el ojo por ojo y diente por diente). Digo aparentemente porque eso de usar la libertad como moneda de cambio por la disciplina, obediencia y utilidad para el sistema socio-económico operante/dominante, en muchos casos es bastante violento.

El tema se traspasa a manos de los legisladores y abogados, o sea, los que están en el lugar preciso y que cumplan con los requisitos establecidos por actos jurídicos, como para generar, por otros actos jurídicos, nuevos "entes jurídicos", "entes mágicos". Quienes, pretendiendo ser coherentes con las lógicas jurídicas, centran la atención en la creación de leyes y decretos, para garantizar principios básicos como "legalidad", "debido proceso", "imparcialidad", etc., para recrear instancias más elegantes y civilizadas para efectuar un control, un sistema penal "especial" acorde al carácter "especial" de este nuevo "sujeto de derechos".

Les recuerdo que estamos hablando a propósito de la niñez, de la infancia, de la juventud, con sus vivencias y emocionalidad, a las cuales atribuyen significados, como todos los seres humanos; significados que están disponibles en los discursos situados y anclados en el ámbito de su cotidianidad. Los significados son previos a las experiencias y no se inventan cada vez que se producen.

El discurso jurídico ¿ Está realmente disponible para los niños y las niñas ? ¿ Está presente en el ámbito de su cotidianidad ? Y si lo está (y les aseguro que lo está de uno u otro modo), los niños y niñas, ¿ Son interlocutores que manejan y dominan esa lengua, cómo para participar de actos jurídicos y adjudicar el carácter de real, al igual que los adultos, a los efectos de estos actos ?

Garantizar los hechos que están detrás del discurso jurídico, y que motivaron estas luchas sociales que culminaron en la Convención de los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Jóvenes, o sea, las ideas y creencias, principios y valores, la comprensión social del ejercicio de derechos y de la ciudadanía, no se hace realidad por arte de magia. No basta con imponer el discurso jurídico del mundo adulto a los niños, niñas y jóvenes o con enseñarles la lengua de ese

discurso. En cuanto a los niños, niñas y adolescentes en Chile, se requiere de otros "entes jurídicos", los cuales deben ser creados todavía, y de discursos complementarios. Se requiere de soluciones tangibles, concretas. Se requiere de una mezcla de luchas, acciones, compromisos, protagonismo, técnicas, ética, voluntades, ideología y política.

Una cosa es que sepan que tengan derechos. Una segunda es, que se sepan sujetos de derechos, que tengan las posibilidades para aprender a ejercer derechos y que estén en las condiciones para significar y posicionar sus necesidades, sus anhelos, sus sueños, sus perspectivas como "derechos", como derechos legítimamente exigibles, siempre reconociendo al otro como un sujeto de derechos que merece ser respetado como tal. Y una tercera cosa es que puedan confiar en que los demás, específicamente los adultos, también sepan que tienen derechos, - que cumplan con su magia -, y que, por lo tanto, podrían ser co-garantes de los derechos.

Por ello, prefiero referir a los niños, niñas y jóvenes, más allá de sujetos de derechos, como **sujetos históricos** (Gabriel Salazar) **y sociales**, merecedores de un trato especial acorde a su particular condición bio-psico-socio-cultural, y, porque no, jurídica. Sujetos históricos y sociales, situados, quizás con mayores grados de autonomía con respecto a los adultos que generaciones anteriores, pero siempre interdependientes.

En ese mismo sentido, más allá de un **enfoque** de derechos, preferiría ver destacado el aspecto **vincular**, lo cual incluye la vinculación societal, o sea, la vinculación con la sociedad organizada e institucionalizada (como, por cierto, el ámbito de los derechos).

Sin pretender ofender al Sr. Szazs, autor del adagio con el cual empecé, quisiera, inspirado en su dicho, crear uno propio: *"Antiguamente, al igual que ahora, el derecho es mágico, lo cual lo hace, a la vez, tan potente como frágil."*



<http://www.chasqui.cl/son-arte/>  
son-arte@chasqui.cl