

Justicia y Derechos del Niño

NÚMERO 7



SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

- **CONSTITUCIÓN Y DERECHOS DEL NIÑO / MARY BELOFF**
- **IGUALDAD EDUCATIVA Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA / CARLOS PEÑA GONZÁLEZ**
- **DERECHOS DEL NIÑO Y EDUCACIÓN / MIGUEL CILLERO**
- **DERECHOS HUMANOS, DERECHOS DEL NIÑO Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD. UN ENFOQUE CRÍTICO DE LAS "PENAS" DE LOS NIÑOS / JULIO CORTÉS MORALES**
- **PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE ADOLESCENTES EN URUGUAY. BREVE COMENTARIO DEL ORDEN JURÍDICO URUGUAYO. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA EN LA LEY Y EN LOS OPERADORES DEL SISTEMA JUVENIL / SUSANA FALCA**
- **LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO / MIGUEL CILLERO**

SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA

- **LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO COERCIÓN PROCESAL EN EL PROCESO PENAL JUVENIL ARGENTINO: UNA AVANCE EN LA MATERIA. (COMENTARIO A UN FALLO ARGENTINO) / MART INIANO TERRAGNI**
- **EN NOMBRE DE LA PROTECCIÓN (COMENTARIO SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD IMPUESTA A UN ADOLESCENTE EN UNA SENTENCIA URUGUAYA / DR. JAVIER M. PALUMMO**
- **EL CASO PANCHITO LÓPEZ (COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE CONDENA AL ESTADO DE PARAGUAY) / EDUARDO GALLARDO**

SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTOS

SITUACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CHILE A 15 AÑOS DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Justicia y Derechos del Niño

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 7

UNICEF

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Comité editorial:

Mary Beloff / Miguel Cillero / Juan Faroppa

Emilio García Méndez / Alejandro Gómez

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

Las informaciones contenidas en el presente documento pueden ser utilizadas total o parcialmente mientras se cite la fuente.

ISBN: xx-xxx-xxxx-x

Primera edición: 1.000 ejemplares

Asunción, Paraguay, septiembre 2005

Diseño y diagramación: Mónica Widoycovich

Impresión: Grafitec

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 5

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE 7

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS DEL NIÑO 9
MARY BELOFF

IGUALDAD EDUCATIVA Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA 47
CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

DERECHOS DEL NIÑO Y EDUCACIÓN 59
MIGUEL CILLERO

**DERECHOS HUMANOS, DERECHOS DEL NIÑO Y PRIVACIÓN DE
LIBERTAD. UN ENFOQUE CRÍTICO DE LAS “PENAS” DE LOS NIÑOS** 71
JULIO CORTÉS MORALES

**PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE ADOLESCENTES EN URUGUAY.
BREVE COMENTARIO DEL ORDEN JURÍDICO URUGUAYO.
ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA
EN LA LEY Y EN LOS OPERADORES DEL SISTEMA JUVENIL.** 91
SUSANA FALCA

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y EL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO** 97
MIGUEL CILLERO

SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA 105

**LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO COERCIÓN PROCESAL
EN EL PROCESO PENAL JUVENIL ARGENTINO: UN AVANCE EN LA
MATERIA.
(COMENTARIO A UN FALLO ARGENTINO)** 107
MART INIANO TERRAGNI

EN NOMBRE DE LA PROTECCIÓN (COMENTARIO SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD IMPUESTA A UN ADOLESCENTE EN UNA SENTENCIA URUGUAYA) DR. JAVIER M. PALUMMO	111
EL CASO PANCHITO LÓPEZ (COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE CONDENA AL ESTADO DE PARAGUAY) EDUARDO GALLARDO	117
SECCIÓN TERCERA	
DOCUMENTOS	131
SITUACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CHILE A 15 AÑOS DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	209

PRESENTACIÓN

La publicación de este número siete de la Revista Justicia y Derechos del Niño coincide con la realización del VIII Curso de Especialización sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur. Por primera vez, y a petición de las autoridades judiciales del Paraguay, el curso se llevará a cabo en octubre de 2005 en Asunción, permitiendo conocer y compartir las experiencias de profesionales de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

El objetivo de esta Revista es aportar nuevas miradas, consolidar principios jurídicos y apoyar el desarrollo de prácticas que transformen la justicia de infancia, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este número hemos incorporado artículos sobre derecho constitucional, derecho a la educación, responsabilidad penal para adolescentes, privación de libertad y derechos humanos. También se incluyó un análisis de lo que han significado para la infancia chilena los últimos 15 años, período transcurrido desde que Chile ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño. En la sección segunda, se examinan tres casos jurídicos que constituyen importante jurisprudencia.

Nos parece oportuno resaltar que la continuidad que han tenido en el tiempo la Revista y el Curso constituye un logro importante, ya que reformar y modernizar las legislaciones nacionales respecto a infancia y adolescencia requiere de un esfuerzo a largo plazo, compromisos institucionales y un acompañamiento perseverante.

Egidio Crotti

*Representante de Unicef
para Chile y el Cono Sur
Santiago, septiembre de 2005*

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE



CONSTITUCIÓN Y DERECHOS DEL NIÑO

MARY BELOFF*

“El poder reservado al gobierno local es más extenso, porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo. El poder general es limitado, y se compone en cierto modo de excepciones. Solo es de su incumbencia lo que está escrito en la constitución, todo lo demás es de la provincia. Nada más precioso, más eficaz, más esencial al progreso y engrandecimiento de los pueblos argentinos, que el poder reservado á sus gobiernos provinciales. Es el llamado á transformar su ser y á salvar la República”.

Alberdi, Juan Bautista, Derecho público provincial¹.

I. Introducción

¿Por qué en la Argentina se sigue aplicando una ley de menores de 1919 reñida con los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional? ¿Por qué el país ignora los procesos de cambio legal, institucional y social producidos en América Latina en los últimos quince años como consecuencia de la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño², tratado incorporado a la Carta Magna?

Éstas son las preguntas que se hacen quienes tratan desde hace años de explicar el extraño “caso argentino”, no en lo económico ni en lo político, sino en lo relacionado con las leyes para la infancia. Para responderlas no basta el análisis jurídico. Razones históricas, institucionales y culturales probablemente expliquen mejor la persistencia de un modelo jurídico-institucional obsoleto y deslegitimado, si no a nivel general, por lo menos entre los especialistas; pero ¿se debe renunciar a dar

* Profesora de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Agradezco a mi amiga y colega de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, María Laura Clérico, el haber leído pacientemente un borrador de este trabajo y el haberme hecho –como es habitual en ella– lúcidas observaciones sobre el texto, cuando tenía los mejores motivos imaginables para concentrarse en otras actividades, mucho más gratificantes. Agradezco también a Diego Freedman, brillante egresado, ex alumno y colaborador impecable en mi actividad docente en la misma Facultad, su recopilación de citas pertinentes de algunos autores clásicos del derecho constitucional argentino, su lectura atenta y sus valiosos comentarios. Finalmente, agradezco a Facundo Machesich, abogado egresado de la UBA, su cuidadoso trabajo de edición de las notas del texto.

¹ Capítulo primero, § 6, Colección Obras Clásicas 2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Departamento Editorial, Buenos Aires, 1956, p. 187.

² En adelante CDN.

inteligibilidad a esta particular situación a partir de argumentos jurídicos? La respuesta que se propone en este trabajo es negativa³.

Un modelo teórico autista como el del derecho tutelar de menores impidió durante décadas contrastar sus dispositivos jurídicos con otros ámbitos normativos, en particular con el derecho constitucional. En rigor –como indicaré más adelante– esta indiferencia fue recíproca: el derecho de menores se autoacuarteló dentro de sus muros tutelares, en tanto el Derecho (“de mayores”) jamás se interesó siquiera mínimamente por lo que pasaba con los menores de edad detrás de esos muros –no sólo conceptuales–, una vez que de ellos comenzaba a ocuparse su derecho “específico”.

En cambio un modelo teórico que integre el análisis de la condición jurídica de la infancia a las discusiones más generales del derecho en el país no sólo tendrá como efecto directo terminar con el aislamiento conceptual autoinducido del derecho tutelar de menores e impugnar sus ilegalidades en términos constitucionales –como se ha venido haciendo desde fines de la década de 1980, no con mucho éxito jurisprudencial, por cierto–, sino que arrojará luz sobre algunas discusiones actuales respecto de qué características debe asignarse a la regulación de la condición jurídica de la infancia en la Argentina. Si el Derecho logra atravesar esos muros invisibles del derecho tutelar de menores, ello permitirá que los derechos prevalezcan. Esto puede lograrse de muchas maneras: con activismo judicial en el mejor sentido de la expresión, con reforma legal, con educación jurídica de grado y postgrado que integre en sus planes de estudios al sujeto niño, con la implementación de políticas públicas que garanticen una protección integral y universal de la infancia. La reforma legal por sí misma –sin estos otros elementos– no puede operar sino tibios efectos sobre la realidad.

Desde este enfoque es fácil advertir que el extendido escepticismo respecto de la adecuación del derecho interno argentino a la CDN está soslayando un elemento sustancial en la descripción general del problema. Las preguntas que inician este trabajo parecen ignorar que en la República Argentina sí se ha dado cumplimiento al mandato emanado del art. 4 de la CDN cuando determina que “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”; pero han sido los estados provinciales los que lo han hecho, no el Estado nacional.

Esta circunstancia particular invita al análisis. El caso de la República Argentina vis à vis la CDN resulta interesante por diferentes motivos. En primer lugar –desde el punto de vista de la especificidad de la materia–, porque permite conocer el grado de adecuación legal e institucional del país a los compromisos internacionales asumidos referidos a la protección legal a la infancia. En segundo lugar –y desde el punto de

³ Ciertamente, esta conclusión presupone una concepción de la ciencia del derecho alejada de las creencias de la dogmática tradicional, pero que la incluye como uno de sus componentes esenciales. En este sentido recojo la invitación de Genaro Carrió en Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho, en Revista “Academia”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 1, n° 2, primavera 2003, ps. 111-126; publicado originalmente en “Lecciones y Ensayos”, año 1957, vol. VI, ps. 27-37.

vista constitucional más general—, porque permite explorar algunas características particulares del sistema federal argentino. En tercer y último lugar, porque permite formular algunas proyecciones en términos de la nueva ingeniería institucional que el país debe darse para garantizar concretamente mínimos estándares de derechos humanos a su población menor de edad.

Mientras el Congreso nacional—en lo que puede ser calificado como una escandalosa inacción legislativa— no acierta a dictar una ley que regule la condición jurídica de la infancia en concordancia con los estándares internacionales en la materia—algunos de ellos incorporados al texto constitucional en 1994—, algunas legislaturas provinciales argentinas han producido una serie de normas destinadas a dejar en el pasado las prácticas e instituciones tutelares. ¿En cuánto estas nuevas leyes provinciales impactan sobre la garantía de los derechos de niños y niñas a nivel nacional? ¿Es constitucional esta intensa actividad legislativa provincial en la materia?

Para responder estas preguntas se impone otra vez aquel dato empírico soslayado en las discusiones generales, pero particularmente revelador: la producción de normas relativas a la infancia en los ámbitos provinciales ha sido fecunda. ¿Podría haberlo sido de haberles estado vedada esta actividad, sin grave escándalo institucional? La respuesta puede ser afirmativa por una razón desalentadora: este tema no preocupa mayormente a los legisladores en el presente ni los preocupó en el pasado⁴; pero intentaré construir una tesis algo más optimista: las provincias conservaron el poder de legislar sobre los asuntos referidos directamente a la vida de sus comunidades, entre los que se encuentra incluida—implícitamente— la protección a los niños, como sea que se la entienda. ¿Por qué la conservaron? ¿Por qué al constituyente no le interesó específicamente el tema—más allá de la preocupación por un aspecto de la protección a los niños, que es la educación primaria—? Por el motivo anterior: como se verá más adelante, el tema era irrelevante en los agitados tiempos de formación y consolidación del Estado nacional.

Las nuevas leyes provinciales argentinas fueron dictadas, en los últimos diez años, en diferentes contextos político-institucionales, y con mayor o menor acierto en su formulación; no obstante, un lector minucioso podrá advertir que todas ellas presentan un denominador común: al tratar de resolver situaciones históricamente abordadas desde la perspectiva tutelar tradicional (a través de la ley de Patronato de Menores nacional o de sus equivalentes locales), las nuevas leyes provinciales necesariamente avanzaron sobre dispositivos e instituciones considerados tradicionalmente de orden nacional. Ello ha generado algunas tensiones entre las facultades de las legislaturas provinciales y aquellas reservadas al Congreso nacional en virtud

⁴ Sobre la falta de relevancia política de la legislación de infancia, a propósito de la ley 12.607 de la Provincia de Buenos Aires aprobada por unanimidad el 29 de diciembre de 2000 que nunca entró en vigencia, véase Beloff, Mary, Un fallo tardío pero dichoso. Comentario a la sentencia 1.2278 "Procurador General de la Suprema Corte de Justicia v. Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad Ley 12.607. Acción de inconstitucionalidad", en "Revista de Derecho de Familia", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003-1, ps. 72-93.

de lo normado por el art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional, como no se había dado con anterioridad en el país.

Curiosamente, la inacción del Congreso nacional ha permitido a algunas provincias argentinas honrar los compromisos internacionales de la Nación al asumir un rol protagónico en la defensa de los derechos de la infancia, de acuerdo con las más modernas concepciones en torno del tema expresadas en el derecho internacional de los derechos humanos de los niños y niñas, cuyos estándares han sido incorporados al derecho positivo argentino mediante ley aprobatoria de la CDN N° 23.849 y reafirmados por la incorporación de este tratado al texto constitucional en 1994⁵.

La actividad legislativa provincial en esta nueva perspectiva permite reflexionar acerca del carácter que ha tenido y tiene la protección jurídica de la infancia en la Argentina. En este sentido, el presente trabajo intenta superar la tensión aparente entre las provincias y el Estado nacional –en lo que hace a las facultades de ambos ámbitos para legislar sobre el tema de la infancia– mediante una interpretación legal dinámica que –sin soslayar el análisis dogmático constitucional– incorpore la perspectiva histórica de la condición jurídica de la infancia para darle inteligibilidad al proceso de producción legislativa en materia de niñez en el país desde sus orígenes, en el presente y con miras al futuro.

Me concentraré en las leyes específicamente dirigidas a regular la condición jurídica de la infancia tanto a nivel federal y nacional cuanto provincial, y no en otras leyes que regulan materias que, por su naturaleza, tienen impacto sobre la infancia como pueden tenerlo las leyes de educación, salud o aun el presupuesto nacional, ya que esto excedería el propósito de este trabajo. Asimismo, me propongo evaluar esos avances y los retrocesos, e identificar los obstáculos legales e institucionales para concretar las reformas necesarias.

Los problemas que intentaré resolver en lo que sigue se relacionan, en primer lugar, con la ubicación de la protección a la infancia dentro del diseño constitucional argentino. Hasta la fecha no existe un criterio respecto de si este tema integra las facultades delegadas por las provincias al gobierno federal, si es una competencia provincial o si se trata de un caso más de lo que algunos autores denominan “facultades concurrentes”.

En segundo lugar, y según cómo se resuelva el problema anterior, intentaré definir el carácter de la Ley de Patronato de Menores N° 10.903 como ley nacional, federal o local. En la misma línea, procuraré explicar si está vigente y, en caso afirmativo, precisar su ámbito de validez.

⁵ En tal sentido el ejemplo de lo ocurrido con la ley 2.302 de la provincia de Neuquén es ilustrativo. La figura del defensor de menores, incluida en la ley desde un enfoque tutelar tradicional, ha sido reconvertida en la principal figura de defensa de derechos de los niños y las niñas neuquinos, habiendo desempeñado en los últimos años un trabajo extraordinario que incluso ha implicado la tramitación de casos ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Sobre el particular ver Osés, Nara y Vitale, Gustavo, Ley de niños y adolescentes, Ed. Fabián di Plácido, Buenos Aires, 2004.

En tercer lugar, trataré de definir cuáles son las áreas relacionadas con la condición jurídica de la infancia que debería regular el Congreso de la Nación para adecuar el derecho interno a los estándares internacionales; y cuáles en cambio son facultad-deber de las provincias, en atención a sus límites constitucionales actuales en este tema. Para ello, separaré mínimamente las nuevas legislaciones provinciales.

Finalmente, intentaré clarificar de qué manera se relaciona la reforma legal e institucional en materia de infancia a nivel federal con las reformas provinciales. Ello con la finalidad de señalar el impacto concreto que estas reformas podrían tener para impulsar la demorada reforma a nivel nacional.

II. Diseño constitucional argentino y protección a la infancia

1. Antecedentes históricos

Para comprender el lugar que la protección a la infancia ha ocupado y ocupa en el diseño constitucional argentino, es necesario remontarse aunque sea mínimamente a la historia de la relación entre la ley y los menores en la Argentina. La cuestión no es sencilla porque no existen mayores estudios socio-históricos o socio-jurídicos sobre el tema; además, porque la propia definición del sujeto “menor” entraña una cantidad de dificultades adicionales⁶.

Si se repasa la historia de la condición jurídica de la infancia en la Argentina se advierte que en tiempos del derecho indiano, éste apenas regulaba la cuestión mediante la reproducción de instituciones españolas –en rigor, como ocurría con todo el derecho entonces en las colonias–, que no lo trataban como asunto autónomo sino fusionado con la protección de mujeres, huérfanas, bajo un marco similar al del amparo a los “naturales”⁷.

⁶ Sobre la distinción entre niños y menores ver Beloff, Mary, No hay menores de la calle, en “No Hay Derecho”, n° 6, junio de 1992; Beloff, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo IV; Gomez da Costa, Antonio Carlos, Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente, en AA.VV., Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, ps. 131-153; Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Condición jurídica y derechos humanos de la niñez”, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafos 3 y 4.

⁷ Hasta 1745 en Buenos Aires no existía la posibilidad de que las mujeres ingresaran a un convento para concretar sus vocaciones religiosas (para ello tenían que trasladarse a Córdoba), razón por la cual, según explica Birocco, las mujeres no casadas no tenían otra alternativa que actuar informalmente como “beatas” que era el nombre que se daba a quienes hacían votos privados de castidad para dedicarse al ejercicio de la caridad y la oración. La presencia de estas beatas que solicitaban limosna al Cabildo determinó –según el mismo autor– al gobernador de Buenos Aires, Agustín de Robles, en 1692, a reunir a las huérfanas de la ciudad en un ámbito aislado (el antiguo Hospital Real de San Martín) para protegerlas de los varones solteros y educarlas en los valores de la vida religiosa. Así se creó la primer Casa de Recogimiento para Huérfanas que se puso en funcionamiento recién en 1699 con una importante alteración en sus fines, ya que se la organizó como institución de clausura. Corta fue la vida de esta primer institución ya que en 1701 el nuevo gobernador Valdés Inclán en cumplimiento de una Real Cédula ordenó el desalojo del edificio para que volviera a ser hospicio al tiempo que encargó al Cabildo en 1702 buscar casa para las “doncellas huérfanas”. El carácter que se había dado a esta Casa de Recogimiento para “huérfanas” fue impugnado por la élite porteña, que en realidad pretendía crear un lugar en el que ubicar al excedente familiar femenino (como religiosas). Recién en 1755 surgió la primer institución duradera abocada a la educación y asistencia de huérfanas. Cf. Birocco, Carlos María, La primera Casa de Recogimiento de huérfanas de Buenos Aires: el beaterio de Pedro de Vera y Aragón (1692-1702), en Moreno, José Luis, La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX), Trama Editorial/Prometeo Libros, Buenos Aires, 2000, ps. 21-46.

No es posible hablar de una “política” sobre el tema en esos tiempos, pero sí de un interés compartido por el ámbito gubernamental, la élite porteña y la Iglesia católica que era quien, en definitiva, establecía las pautas de comportamiento aceptables al reunir estándares religiosos con morales y controlar su estricto cumplimiento⁸. Como ya desde esos tiempos “protección” se asociaba a ubicación institucional y/o internación, algunas órdenes religiosas tenían a su cargo la administración de los lugares de “alojamiento” o “depósito” de quienes necesitaran cuidado o ayuda⁹.

Desde los comienzos de la formación del Estado nacional la protección a la infancia pobre y desvalida fue materia excluida de los asuntos de interés de la joven República. Tal como dan cuenta algunos estudios¹⁰, esa problemática era abordada por entidades de lo que hoy se denominaría sociedad civil, ya sea en su variante liberal laica o en la variante religiosa. Sobre la base de este dato histórico puede afirmarse que la protección a la infancia carente o desvalida era un tema reservado al ámbito privado.

Otro dato importante de ser mencionado en este breve recorrido histórico es que en los primeros años de formación del Estado nacional la protección de los niños abandonados sólo aparece esporádicamente como asunto de preocupación pública estatal en relación con políticas sanitarias o educativas, en tiempos de “modernización” del Estado y/o de conflictos con la Iglesia. Los debates que tuvieron lugar durante el período transcurrido entre la creación de la primera Casa de Niños Expósitos en 1779¹¹ hasta la creación de la Sociedad de Beneficencia en 1823 durante el gobierno liberal de Bernardino Rivadavia, y desde entonces hasta la disolución de esta institución en 1946 durante el primer gobierno peronista, apoyan esta idea. De modo que desde siempre el tema de la protección a los niños –entendida como protección a la infancia desvalida– perteneció al ámbito privado; pero a partir de la segunda década del siglo XIX, superada la guerra de la Independencia e iniciados los conflictos internos por la unidad nacional, la cuestión de la infancia comenzó a ser

⁸ En palabras del procurador de la ciudad, el 8 de octubre de 1692: “(...) lo conveniente que será al bien de esta república (...) se funde una casa de Recogimiento que sirva de retiro a las doncellas nobles virtuosas huérfanas y pobres que desearan vivir en él y castigo a las personas que con su mal ejemplo las escandalizan”. Y en palabras del obispo Cayetano Marsellano y Agramont cuando autorizó al mayordomo de la Hermandad de la Caridad, Francisco Álvarez Campana, a abrir una nueva Casa de Recogimiento en 1755, con número limitado de recluidas a cargo de una matrona: “(...) teniendo asimismo entendido que por la suma pobreza que hay en este país muchas niñas huérfanas quedarán en un total desamparo y expuestas a muchas miserias corporales y espirituales, y que de su recogimiento con la buena educación y doctrina a que estarán sujetas y a que arreglarán su modo de vivir, resultará mucho provecho a sus almas y gloria a Dios Nuestro Señor”. Cf. Birocco, *La primera Casa de Recogimiento de huérfanas de Buenos Aires*, cit., ps. 27 y 42.

⁹ Esta circunstancia tan temprana va a explicar no sólo en la Argentina sino en muchos países latinoamericanos la resistencia a las leyes que prohíban el uso indiscriminado del encierro para niños, en razón de que estas instituciones de encierro caritativo o sanitario han recibido, desde antaño, subsidios estatales directos o indirectos para el cumplimiento de su función.

¹⁰ Cf. Torrado, Susana, *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*, Ed. de la Flor, Buenos Aires, 2003, ps. 578 y siguientes.

¹¹ Cf. Moreno, José Luis, *La Casa de Niños Expósitos de Buenos Aires, conflictos institucionales, condiciones de vida y mortalidad de los infantes 1779-1823*, en Moreno, *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX)*, cit., ps. 91-127. Conforme informa este autor, la Casa de Niños Expósitos fue inaugurada en agosto de 1782 con el dispositivo del torno, por iniciativa del Síndico Procurador General Marcos José de Ríglis. Siempre contó con escasos recursos para la numerosa cantidad de niños que desde un inicio fue alojada allí al punto de llegar a pensarse en vender como esclavos a los niños provenientes de grupos “sospechosos” de haberlos dejados allí para liberarlos, idea que fue rechazada por el monarca español.

objeto de intervención estatal significativa que asegurara el funcionamiento de las casas de internación (a través de subsidios a instituciones religiosas, por ejemplo), pero no para definir el perfil o contenidos de la protección¹².

Como es previsible en atención a estos antecedentes, las cuestiones referidas a la protección de la infancia estuvieron ausentes en la discusión acerca de las características del futuro Estado nacional. No merecieron mayores disputas políticas ni debates teóricos en los tiempos previos, simultáneos o inmediatamente posteriores a la organización nacional. Tal como era concebido el tema en esos años, como protección a la infancia desvalida y pobre –ya que de la otra infancia se ocupaban sus propias familias¹³–, el tema era en ese momento algo bastante alejado de la preocupación central de las políticas y de los equilibrios de fuerzas del incipiente Estado argentino.

Una referencia al tema desde la óptica filantrópica tutelar característica de estos años –que abona la tesis que aquí se defiende en el sentido de que las facultades de protección a menores eran competencia local–, se encuentra en Alberdi:

“Las Constituciones provinciales deben poner en manos del vecindario reunido y representado en los cabildos de su elección, como sucedía antiguamente: (...) las casas de crianza y educación de los niños expuestos por la miseria o por el honor burlado (...)”¹⁴ (destacado agregado);

y también:

“(...) el pueblo delega otra parte de la soberanía en el poder municipal, que la ejercita en la administración de ciertos intereses locales é inmediatos, referentes á la justicia inferior, á la instrucción (...) á la beneficencia (...)”¹⁵ (destacado agregado).

Esta perspectiva filantrópica tradicional¹⁶ se transforma a partir de la irrupción de la “cuestión social” como tema en la agenda política nacional, una vez superados los conflictos internos (con los indígenas y las guerras civiles) y a partir de la primer

¹² “Si durante el período colonial las apelaciones más comunes en los discursos referidos al tratamiento que debían tener los expósitos invocaban ‘el interés de la religión y el estado’, en la década revolucionaria, sin dejar de mencionar la caridad cristiana, las invocaciones fueron por la patria. Las damas de la caridad venían a representar los intereses de la patria. Dentro del clima de la época, estas apelaciones sin ser demasiado llamativas, estaban preparando el ambiente, a mi juicio, para la toma de una decisión trascendente, cual era la que el nuevo Estado revolucionario asumiera la responsabilidad de una institución de bien público, completamente separada de la religión o de las instituciones inspiradas en ella, como era la Hermandad de la Santa Caridad”. Cf. Moreno, *La Casa de Niños Expósitos de Buenos Aires*, cit., ps. 110-111.

¹³ Cf. Beloff, Mary, *Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo 1.

¹⁴ Alberdi, *Derecho público provincial*, cit., p. 51.

¹⁵ Alberdi, *ibidem*.

¹⁶ Es ilustrativa la siguiente afirmación de Celia LAPALMA DE EMERY, una “militante católica del Centenario” en palabras de Recalde, “Es Buenos Aires un pueblo proverbial por su acción caritativa. Aquí han nacido, prosperado y continúan viviendo ampliamente todas las obras de caridad más eficaces que puedan conocerse en los países civilizados”, discurso del 8 de octubre de 1906, en Recalde, Héctor, *Beneficencia, asistencialismo estatal y previsión social*, t. 2, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1991, p. 193.

gran oleada migratoria en 1880¹⁷, y la consecuente transformación demográfica de la ciudad de Buenos Aires y del resto del país¹⁸. En otras palabras, con el nacimiento de la “Argentina moderna”¹⁹ el control social de los niños necesitados de ayuda²⁰ se vuelve un asunto de preocupación pública relevante.

La protección a la infancia pobre y desvalida –hasta este momento motivo de preocupación de la caridad privada– salió del ámbito privado e ingresó a la esfera de lo público con el movimiento vernáculo de “Salvadores de los Niños”²¹. Fue entonces cuando algunos sectores de la élite argentina lograron aprobar después de muchas idas y vueltas la ley de Patronato de Menores en 1919 –primera en América Latina–, apenas veinte años después de la creación en Illinois (Estados Unidos) de los primeros tribunales de menores en el mundo.

La ley 10.903 (Ley de Patronato de Menores) consagró el ingreso de la protección de los menores carentes como asunto de política pública por medio de una ley nacional, la primera en su tipo en toda América Latina, que por su peculiar técnica legislativa –y también por la idea sostenida más arriba en el sentido de que frente a algunas cuestiones la línea divisoria entre norma de fondo (federal) y de forma (local) se desdibuja– contiene normas sustantivas, procesales (competencia) y de organización,

¹⁷ Recalde remonta una década atrás el inicio de la preocupación de la Iglesia por el efecto perturbador del orden social derivado de los procesos de modernización, cuyas expresiones eran el “liberalismo” y el “socialismo”. En Recalde, Héctor, *La Iglesia y la cuestión social (1874-1910)*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1985, p. 19.

¹⁸ “... podemos afirmar que la presencia extranjera en el período estudiado es una variable evidente: que el inmigrante como integrante de las clases populares (en su mayoría) era el primer foco de las prácticas políticas de control. Sin embargo, si bien la mayoría de los conflictos tuvieron por actores a hombres maduros, no serán éstos los destinatarios directos de los procedimientos disciplinarios que se ejecutan a través de la labor benéfica, sino los niños y niñas en forma prioritaria, y en un segundo orden las mujeres. Si bien la iniciativa particular existió a la par que la pública, el Estado realizó una inversión importante en la creación de instituciones que aumentaron el control social de la población en general, dentro de la cual se encontrarán los niños como destinatarios de una política precisa que puede justificarse en el amplio financiamiento de establecimientos benéficos y en la cantidad de instituciones dedicadas a la minoridad” (destacado en el original). Cf. González, Fabio Adalberto, *Niñez y beneficencia: un acercamiento a los discursos y las estrategias disciplinarias en torno a los niños abandonados en Buenos Aires de principios del siglo XX (1900-1930)*, en MORENO, *La política social antes de la política social (caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX)*, cit., p. 134.

¹⁹ Cf. Recalde, *La Iglesia y la cuestión social (1874-1910)*, cit., p. 7.

²⁰ Las similitudes entre la ley 10.903 de Patronato de Menores y la ley 4.144 de 1902 llamada Ley de residencia son notables. Esta ley contemplaba la expulsión de extranjeros:

- a) cuando el inmigrante fuera condenado o perseguido por tribunales extranjeros, por crímenes o delitos comunes;
- b) cuando el extranjero, sin haber cometido delitos, comprometiera la seguridad nacional o perturbara el orden público.

Derogada en 1958, fue reemplazada por la ley 14.445 de 1958, luego por el decreto-ley 4.805 de 1963, por la ley 18.235 de 1969 y por la ley 21.259 de 1976, pero todas estas leyes mantuvieron las mismas disposiciones referidas a la expulsión, al punto de que la ley vigente autoriza al Poder Ejecutivo a recurrir a ella: a) en caso de condena judicial y b) cuando realizaren en el país actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público. Asimismo impone prisión a los extranjeros expulsados que reingresen al país.

Por otro lado, la reforma del año 1949 modificó el art. 20, CN –por art. 31 de su texto–, y dispuso que una ley determinaría las causas, formalidades y exclusiones para expulsar del país a los extranjeros. Por tal motivo se cuestionó la constitucionalidad de la ley 4.144 entonces vigente, pero la Corte declaró que la reforma constitucional no derogaba la ley (Fallos, *Ordinanz 215:161 y Zovkiso 218:490*). Anteriormente, la Corte había sostenido que esta ley era constitucional en el caso de los extranjeros detenidos en el transporte “Chaco” de la Armada Nacional, de 1932 (Fallos, 164:344), con dos votos en disidencia, porque entendió que: a) la deportación no era una pena ni equivalía al destierro; y b) el procedimiento que seguía el Ejecutivo no era un juicio de naturaleza criminal, sino un trámite legal de índole administrativa o civil; sin embargo sostuvo que se debía exigir el respeto, aunque en forma sumaria (?) del derecho de defensa en juicio. Con los años la Corte ha ido extendiendo la protección a los extranjeros susceptibles de ser objeto de esta ley, pero nunca la declaró inconstitucional. Las similitudes con la narrativa tutelar son harto elocuentes. La ley 25.871 de Política Migratoria Argentina es la que actualmente regula la materia, y sigue suscitando discusiones en torno de su constitucionalidad.

²¹ Cf. Platt, Anthony, *The Child Savers. The invention of delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969 (en español *Los Salvadores del Niño. La invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1982).

éstas dos últimas –según toda la doctrina relevante–, materia no delegada por las provincias al gobierno federal al constituirse la unión nacional.

Esta ley originalmente contemplaba materias propias del derecho común entendido como el desarrollo de la primera parte del art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional, que comprende: 1) los códigos que de manera estable y general legislen para todo el territorio de la Nación; 2) las leyes que se declaren incorporadas a dichos códigos; y 3) las leyes que, sin que exista tal declaración, integren, modifiquen o amplíen tales códigos; no obstante ello, los artículos 14 a 21 de la ley 10.903 incorporados al Código Penal no tratan de derecho penal sustantivo, sino que desarrollan dispositivos procesales y de atribución de competencia a los jueces penales de la Capital Federal, provincias y territorios nacionales (art. 14), aunque más adelante la ley sólo se refiere a jueces de la Capital Federal y territorios nacionales (arts. 16, 18 y 20), lo que abona la tesis de que ésta fue, en esta parte, una ley dictada por el Congreso federal en ejercicio de facultades de legislación local.

Por otro lado, es preciso insistir en que en los artículos mencionados en el párrafo anterior, la ley de Patronato de Menores sólo procuró regular la situación de los menores de edad vinculados con delitos, ya sea como autores o como víctimas, y eventualmente vinculados con faltas y contravenciones (clara competencia local); pero no surge de allí una referencia general a la protección de los menores marginales o incursos en los supuestos definidos por el art. 21 de la ley, del “riesgo o peligro moral o material”, si éstos no son autores o víctimas de delitos o contravenciones²². Es claro que la materia contravencional (los edictos policiales en la Capital Federal) ha sido históricamente la puerta de ingreso para los menores “tutelados” por la justicia especializada, ya que el límite entre pobreza, marginalidad e infracción contravencional no ha sido nunca preciso; pero el dato normativo sigue siendo el mismo. Más allá de sus intenciones, el legislador reguló la situación en la que menores de edad se vieran involucrados como autores o víctimas de infracciones penales de menor o mayor envergadura; no reguló la protección en general de los menores carentes o desvalidos. Esto explica, desde un punto de vista formal, por qué la ley de Patronato de Menores es una ley penal. Antes que los argumentos tutelares que insisten en que el derecho de menores es un derecho autónomo está la ley que le dio origen, y esta ley es, explícitamente, una ley penal adjetiva²³.

²² Resulta útil comparar la Ley de Patronato de Menores con la Ley Reglamentaria del Trabajo de Mujeres y Menores, de 1922, oportunidad en la que González Calderón sostuvo: “Es bien sabido que hay que hacer una distinción fundamental entre lo concerniente al contrato de trabajo y lo que se refiere ‘a las condiciones’ del mismo. En cuanto a lo primero, el Congreso Nacional tienen un poder absoluto (...); pero lo que hace al trabajo en fábricas y talleres concierne a los poderes de policía de las provincias, y nosotros, al aprobar muchas disposiciones del proyecto (...) invadiríamos los fueros de las provincias si entrásemos a legislar en ese orden, que comprenden dichos poderes de policía que ellas conservan, y la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que ellos son inalienables por aquéllas”, en Zavalía, Clodomiro, *Derecho Federal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 3ª ed., 1941, t. II, p. 884.

²³ Lugones, Leopoldo (h.), *La menoría*, Biblioteca Policial, Buenos Aires, 1941, ps. 76-77. Este autor responsabiliza a los autores de la ley, jueces de la Cámara en lo Criminal, por no lograr apartarse “del complicado mecanismo procesal, quizá por exceso de apego a las normas tradicionales”.

En la crítica del tristemente célebre Leopoldo Lugones (h.) a la ley 10.903 –ley que consideraba un gran avance– se encuentra la corroboración de lo que estoy sosteniendo:

“La ley 10.903 es la piedra angular del derecho de la niñez y de la juventud (...) El estudio de la ley de patronato de menores demuestra que sus beneficios indudables residen en sus artículos 14, 15, 16, 17 y 18. (...) Pese al poder omnímodo que la ley confiere al juez por este artículo [el 14], fáltale su resorte principal: el magistrado no puede actuar de oficio; tiene que esperar la denuncia de la transgresión para actuar. Este vacío de la ley adquiere mayor relieve en lo que se refiere a los jueces correccionales que juzgan las contravenciones de menores, pues ha de verse más adelante que donde se puede hacer mayor obra de prevención del delito es en las contravenciones. (...) Este, es, pues, el defecto capital del artículo 14, deficiencia cuyo valor se acentuó en la práctica, dado que traba en su desempeño al juez de mejor voluntad (...). Correlativamente a la imperfección expresada, el artículo 14, presenta otra más: que el hecho imputado sea delito, contravención o falta. Deja, en cambio, en el más absoluto desamparo legal al que necesita, más que nadie, socorro inmediato. Tal el caso del pequeño vagabundo que fuga del hogar y duerme en plena calle o en sucios albergues donde se reúne gente de la peor ralea. Hasta hace muy poco tiempo, aquél, del punto de vista que exigen las leyes, no cometía contravención, falta ni delito, y escapaba, en consecuencia, a la acción del tribunal, salvo que para prestarle la ayuda moral y material de que tanto necesitaba se le fraguara un expediente contravencional imputándole una falta imaginaria” (destacado propio).

La cita aunque algo extensa es extraordinaria. Muestra el desagrado por una ley que –cuesta aceptarlo– respetaba en algunos artículos una mínima formalidad legal: que los jueces tuvieran noticia de que un hecho típico había ocurrido para poder “disponer” de los menores en éste involucrados. La “solución” a este “defecto de la ley llegó trece años después, cuando la policía de la Capital Federal, para solaz de Lugones, dictó edictos policiales “completísimos y (...) redactados dentro de un pragmatismo provechoso”²⁴.

En otro orden de ideas no es exagerado afirmar que la Ley de Patronato de Menores fue una ley de vanguardia en su tiempo. Un análisis de la situación legal e institucional anterior a la primera década del siglo XX permite afirmar que ella constituyó un avance en la manera de abordar los problemas de la infancia abandonada, pobre o delincuente en el país. En efecto, los “salvadores de los niños” locales diseñaron e implementaron a lo largo de los años un complejo engranaje institucional inspi-

²⁴ LUGONES (h.), La memoria, cit., p. 77.

rado en las más modernas versiones del positivismo europeo²⁵ y de la experiencia estadounidense, a fin de dar una respuesta a la marginalidad y delincuencia de las personas menores de edad científicamente legitimada y que juzgaban efectiva. El problema no fue desconocido, se lo trató, se le dio la importancia debida y se asignaron recursos estatales para darle una solución global dentro de los estándares de la época, articulando y superando a la filantropía inorgánica liberal y a la caridad privada comunitaria –casi sin excepción vinculada con la Iglesia Católica y, excepcionalmente, vinculada con las colectividades a través de sociedades de socorros mutuos– que intentaba dar respuesta a los problemas de la infancia abandonada como en los años del antiguo Virreinato y las primeras décadas del nuevo Estado patrio, el que en esta materia, como en tantas otras, no se diferenció sustancialmente del modelo español colonial.

Es importante tener presente que esta ley no fue elaborada pensando como destinatarios a todos los niños y niñas del país, sino como se ha señalado en diversos estudios, para aquel segmento de ese universo compuesto por niños, niñas y adolescentes excluidos del proceso de socialización básico desarrollado por la familia y la escuela: los “menores”. Adviértase que no se está usando la expresión “menores” en su sentido normativo formal, como personas menores de edad, sino en un sentido sustantivo, que busca poner en evidencia que estas leyes, desde su origen y concepción, tuvieron una impronta discriminatoria, en tanto fueron pensadas para una parte de la infancia considerada peligrosa o inadaptada, ya sea por inexistencia de familia o porque la familia existente no respondía a los estándares de familia adecuada de la época.

Es contundente en este sentido la reflexión de Enoch Wines, uno de los líderes del movimiento que creó las primeras instituciones tutelares de menores en los Estados Unidos, en 1880, recordada por Anthony Platt al inicio de su clásico libro *The child savers. The invention of delinquency*:

“It is a maxim, trite but true, that the prevention of evil is easier and better than its cure; and in nothing is this maxim more true than in relation to crime. To destroy the seeds of crime, to dry up its sources, to kill it in the egg, is better than repression, -better even than reformation of the criminal. But after all that the best organized and best administered system of public instruction can accomplish, there will remain a considerable residuum of children (it cannot be, to-day, in the United States, less than half a million) whom these systems will not reach. Their destitution, their vagrant life, their depraved habits, their

²⁵ “Como en otros países latinoamericanos, también en la Argentina la ideología positivista desempeñó un considerable papel hegemónico, tanto por su capacidad para plantear una interpretación verosímil de estas realidades nacionales cuanto por articularse con instituciones que –como las educativas, jurídicas, sanitarias o militares– tramaron un sólido tejido de prácticas sociales en el momento de la consolidación del Estado y de la nación a fines del siglo pasado y comienzos del actual”. Terán, Oscar, *Positivismo y nación en la Argentina*, Ed. Punto Sur, Buenos Aires, 1987, p. 11.

ragged and filthy condition forbid their reception into the ordinary schools of the people. It is from this class that the ranks of crime are continually recruited, and will be so long as it is permitted to exist. They are born to crime, brought up for it. They must be saved”²⁶ (destacado agregado).

En la República Argentina puede encontrarse una concepción idéntica del tema en el debate llevado a cabo en ocasión de la discusión de la Ley de Patronato de Menores. Sostuvo el diputado Agote, al volver a presentar su proyecto que finalmente se convertiría en ley:

“(…) una de las grandes deficiencias de nuestra legislación, y es la referente a ese elevadísimo número de niños que vagan por nuestras calles y que viven como los pájaros, en los terrenos baldíos, en las plazas públicas, en los terrenos ganados al río, en el hueco de los portales y en los tugurios más inmundos, y que van a constituir, por la natural evolución de su vida irregular, el mayor contingente de las cárceles de la Nación”²⁷.

De la lectura de ambos textos se hace evidente que tanto en los Estados Unidos de América como en la República Argentina las primeras leyes de menores no fueron pensadas para regular la protección de todos los menores de edad, sino para proteger y controlar en clave preventiva a algunos, los considerados inadaptados, peligrosos o futuros delincuentes, en la concepción positivista de la época. En este carácter discriminatorio de su formulación explícita originaria radica su implementación como instrumento segregativo, a pesar de todos los esfuerzos y buenas intenciones por transformarla en una herramienta útil para proteger a los niños y las niñas.

Más allá del inevitable sesgo ideológico de la ley –que difícilmente pudo haber sido otro en el reducido abanico de opciones que tenía el legislador en ese momento–, ella cambió la tendencia imperante en la materia por casi dos siglos y “publicó” el tema de la protección de la infancia desvalida²⁸. Lo hizo con una técnica legislativa compleja, mediante una ley dictada por el Congreso de la República que reguló

²⁶ “Dice una máxima, trillada pero cierta, que es más fácil y mejor prevenir el mal que curarlo; y en nada es más cierta esta máxima que en relación con la delincuencia. Destruir la simiente del crimen, secar sus fuentes, matarlo en el huevo, es mejor que la represión, y aun que la reforma del criminal. Pero pese a todo cuanto pueda lograr el sistema de instrucción pública mejor organizado y administrado, siempre quedará un considerable remanente de niños (en los Estados Unidos actuales no pueden ser menos de medio millón) a los que no lleguen estos sistemas. Su indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmundada, impiden que los admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarrapados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos”, en *The Child Savers. The invention of delinquency*, citado.

²⁷ Cf. *Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Diputados de la Nación, Reunión N° 11, 8 de junio de 1918, p. 262.*

²⁸ “El espacio asilar será el lugar común para el cuidado integral del niño-menor y puede ser inserto dentro de un dispositivo disciplinario más amplio y a la vez contenedor de diversas estrategias que responden a las urgencias creadas por el inusitado crecimiento urbano. Esta sensación de desborde demográfico y social motiva la articulación de un sistema más racional de beneficencia. La beneficencia así entendida desarrolla durante el período estudiado un papel más ambicioso que el simple rol de caridad tradicional. Es decir que en Argentina, entre finales de siglo XIX y principios del XX, se abandona un sistema de ayuda no muy bien definido y se pasa a otro sistema, más racional y utilitario, con claros fines sociales. Por lo cual es preciso ver mucho más en la Sociedad de Beneficencia que un monopolio de la ostentación ejercido en forma exclusiva por las damas del patriciado porteño”. Cf. *González, Fabio Adalberto, Niñez y beneficencia, cit., p. 131.*

tanto materias reservadas como materias no reservadas, así como competencias explícitamente delegadas al gobierno federal por las provincias.

Los problemas de la ley 10.903 son de diversa índole y no es del caso analizarlos aquí²⁹. Solamente es relevante a los fines perseguidos en este trabajo conocer que esta ley surgió en un particular momento histórico, dentro de un marco teórico preciso, y que por esos motivos presenta características normativas muy peculiares, entre otras, la de tratar sobre temas que en principio debían regular las provincias, como el proceso a seguirse para proteger a menores autores o víctimas de delitos que se encontraran desamparados.

Desde entonces muchos estados provinciales asumieron explícitamente esta competencia de protección a la infancia –desvalida– y dictaron sus propias leyes tutelares de menores³⁰. Esta situación permite apoyar con un nuevo argumento que las normas de protección a la infancia tienen carácter local.

En la misma línea pero más recientemente –y dejando a la zaga al Estado federal–, algunas provincias argentinas han asumido prioritariamente la tarea de asegurar los derechos consagrados en la CDN a todos los niños del territorio provincial. Esta asunción de competencia legislativa por las provincias es interesante porque se origina en una definición y abordajes diferentes del problema. Así, el carácter local de la regulación vinculada con la garantía directa de los derechos de los niños se encuentra reafirmado, aun habiendo cambiado la concepción del tema.

Entre los estados que han dictado leyes de protección a los derechos del niño de conformidad con la CDN se encuentra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que asumió su competencia en materia de protección a la infancia del mismo modo que lo habían hecho otros estados provinciales, en un signo diferente al establecido por la Ley de Patronato de Menores desde 1919. No me concentraré aquí en el análisis de esta situación. La menciono solamente para sostener la tesis de que estas competencias eran locales por razones históricas y normativas.

Este breve recorrido por la historia de la condición jurídica de la infancia en la Argentina permite concluir que las facultades de legislar sobre protección a la infancia fueron siempre competencia local, aun en la ley 10.903, la que en lo pertinente –como se analizará más adelante– fue dictada por el Congreso Federal en ejercicio de facultades locales como legislatura de la Capital Federal y de los territorios nacionales.

²⁹ Sobre el particular, entre otros, ver Beloff, Mary, Niños y jóvenes: los olvidados de siempre, en Mair, Julio B. J. (comp.), El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 243-265.

³⁰ Leyes 4.212 y 4.941 de la Provincia de San Luis; 5.474 de la Provincia de La Rioja; ley 2.902 y Decreto-ley 129/2001 de la Provincia de Corrientes; leyes 8.498 y concordantes de la Provincia de Córdoba; ley 4.369 de la Provincia del Chaco; ley 1.156 de la Provincia de San Juan; ley 1.270 de la Provincia de la Pampa; la ley 3.460 y la parte respectiva de las leyes 11.097 y 10.160 de la Provincia de Santa Fe; la ley 8.490 de la Provincia de Entre Ríos; las leyes 1.690 y 2.748 de la Provincia de Río Negro, entre otras.

2. Argumentos constitucionales formales

La República Argentina es un país federal³¹. La respuesta a la pregunta sobre qué significa que la Argentina sea un país federal puede ser simple o extremadamente compleja y, en todo caso, excede el propósito de este trabajo³². No obstante, asumo tres características de la definición de la Argentina como país federal que considero deben ser tomadas en consideración aquí: por un lado, que no se trata sólo de una definición normativa; por el otro, que se trata de una definición histórica; finalmente, que también se trata de una definición política.

A pesar de todos estos matices, algo sobre lo que en principio no se discute a la hora de explicar el federalismo argentino es que los estados provinciales no han reservado para sí las facultades de dictar normas sustantivas o de fondo en determinadas materias (civil, penal, comercial, minería, trabajo, seguridad social y las leyes mencionadas específicamente en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional) y que sí han conservado, en cambio, las de dictar –en general– normas adjetivas o de forma (procesales)³³. Sin embargo, aun en este tema que parece fuera de debate, los límites entre uno y otro campo son al presente bastante difusos si se tienen en cuenta algunas instituciones como las causales de extinción de la acción

³¹ Cf. art. 1, Constitución de la Nación Argentina.

³² En este sentido, la doctrina constitucional local coincide en caracterizar al federalismo argentino como "mixto". Se trata de un federalismo sui generis, que no se rige por el modelo tomado como base para el diseño de la organización institucional nacional, que es el norteamericano. En este sentido: "(...) un federalismo más estrecho y homogéneo [que el puro] que, al conservar la porción necesaria de soberanía para ser Estados, dan existencia distinta y colectiva a un nuevo Estado general, a una Nación. (...) Por eso sin duda, la mejor clasificación de este segundo tipo, es llamarle 'federalismo mixto'", en González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina. Concordado con las Obras Completas del autor*, edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1ª ed. 1897, 28ª ed. 1983, p. 642. Sobre las peculiares características del sistema federal argentino –las que ciertamente deberían ser tomadas siempre en cuenta cuando se utiliza doctrina extranjera, sobre todo estadounidense, desarrollada para un modelo institucional en buena medida distinto, para explicar problemas de la organización constitucional y judicial argentinas–, véanse entre otras, la conocida, originaria y controvertida explicación de Juan Bautista Alberdi en *Derecho público provincial* ya citado, y en las Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1979, ps. 78 y 83: "El Congreso Argentino constituyente no será llamado a hacer la República (...) Todos los hechos que quedan expuestos pertenecen y forman parte de la vida normal y real de la República Argentina, en cuanto a la base de su gobierno general; y ningún Congreso constituyente tendría el poder de hacerlos desaparecer instantáneamente por decretos o constituciones de su mano. Ellos deben ser tomados por bases y consultados de una manera discreta en la constitución escrita, que ha de ser expresión de la constitución real, natural y posible.

El poder respectivo de esos hechos anteriores, tanto unitarios como federativos, conduce la opinión pública de aquella República al abandono de todo sistema exclusivo y al alejamiento de las dos tendencias o principios, que habiendo aspirado en vano al gobierno exclusivo del país, durante una lucha estéril alimentada por largos años, buscan hoy una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto, que abraza y concilie las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación: solución inevitable y única, que resulta de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino –la Nación y la Provincia–, de la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna, que consiste en la combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación...".

³³ En rigor, ni todo el derecho sustantivo o de fondo argentino es legislado por el Congreso Federal, ni todo el derecho adjetivo o de forma es legislado por las provincias. Arturo Bas lo explica claramente: "Como se ve, la legislación de fondo sobre las fundamentales materias enunciadas ha sido conferida a la Nación, quedando como facultad privativa de las provincias consagrar dentro de su respectivo territorio, por medio de leyes locales, las reglas de procedimientos adecuadas para asegurar la efectividad de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que aquellas leyes de fondo consagran.

Esto no obstante, conviene recordar que la legislación y la jurisprudencia han establecido, que encuadra dentro de las facultades del Congreso la de dictar reglas de carácter procesal en casos determinados, cuando a juicio del mismo sean necesarias disposiciones especiales de ese orden para el logro de los objetivos consignados en la ley de fondo cuya eficacia se trata de asegurar...". Cf. Bas, Arturo M., *El Derecho Federal Argentino. Nación y Provincias*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1927, t. II, p. 198.

penal (prescripción u otras)³⁴ o algunas características del proceso contenidas en la Constitución nacional³⁵.

Estos señalamientos se orientan a tener presente que un enfoque dogmático tradicional del diseño constitucional argentino tal como el que caracteriza a gran parte de las obras de amplia circulación destinadas a la enseñanza del derecho constitucional encontraría dificultades en explicar las peculiaridades, historia y actualidad de la condición jurídica de la infancia en la Argentina. En rigor, los autores nunca se encontraron con esa dificultad teórica porque el tema de los “menores” nunca había sido tema que mereciera la mínima reflexión por parte de los estudiosos del derecho constitucional argentino; pero esto ha cambiado en los últimos años, sobre todo a partir de la ratificación por parte de la Argentina de la CDN³⁶ pero más específicamente a partir de la reforma constitucional del año 1994, cuando el tema parece haber ingresado a la agenda del derecho constitucional argentino de la mano de otros derechos humanos incluidos en el texto constitucional reformado³⁷.

Para ingresar al análisis dogmático constitucional respecto de si la protección a la infancia es una facultad local o federal debe recurrirse, en primer lugar, al texto constitucional, y luego a sus primeros intérpretes.

Respecto del texto constitucional, sería sencillo resolver el problema si en la Constitución existiera una definición clara sobre el tema; pero no la hay.

³⁴ Interpreto que Maier orienta su reflexión en el mismo sentido cuando afirma: “Es difícil tan siquiera convenir el lugar aproximado donde trazar la frontera entre presupuestos procesales y condiciones objetivas de punibilidad, más aún cuando el trazado de la línea o del ámbito fronterizo depende de la concepción correcta de un límite mayor, o más conflictivo, aquel que separa el Derecho penal del Derecho procesal penal. No nos proponemos aquí una investigación exhaustiva sobre ello, que falta en nuestro país, sobre todo cuando ella es requerida por las consecuencias de la particular manera de interpretar el federalismo de nuestra CN”, en Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. II, Parte general. Sujetos procesales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 75 y siguientes, y 514 y siguientes (destacado agregado).

³⁵ El juicio por jurados o el sistema acusatorio, por ejemplo. Ver, otra vez, Maier, *Derecho Procesal Penal*, t. II, cit., ps. 75 y siguientes, respecto de los presupuestos procesales, y en ps. 117 y siguiente respecto de la competencia de los tribunales, como problemas del derecho local o federal. Germán Bidart Campos argumentó sobre el carácter federal de la prisión preventiva –como desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos– y sostuvo que era un anacronismo seguir reclamando competencia provincial para regular el instituto, en “La Ley”, año XIV, n° 222, 17 de noviembre de 2000, Columna de opinión.

³⁶ En este sentido me parece interesante recordar que a comienzos de la década de 1990 no existía la mínima reflexión constitucional sobre el tema, más allá de alguna mención al tema de la niñez incluida en una más general acerca de la familia, a su vez dentro de la explicación –no frecuente entre los constitucionalistas argentinos–, del art. 14 bis, en cuanto establece en lo pertinente que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio (...); la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Esta situación puede ser caracterizada, por lo menos, como una curiosidad histórica ya que como he señalado reiteradas veces las normas tutelares de menores son un ejemplo claro de lo que se denomina en la doctrina constitucional estadounidense norma inconstitucional on its face; esto es normas cuyos artículos, en gran medida, no resistirían el mínimo escrutinio serio de constitucionalidad, ni en el caso concreto ni en abstracto. Por ese motivo a comienzos de la década de 1990 se pensó que era necesario involucrar a los constitucionalistas en el tema de “los menores” de modo de sacarlo de su autismo e ingresarlo a la agenda principal de los derechos humanos en la Argentina. Así, desde un proyecto de la Cooperación Italiana llamado en la Argentina “Pibes Unidos” se convocó a pensar y a escribir sobre el tema al principal referente nacional entonces, el Dr. Germán Bidart Campos, quien generosamente aceptó la invitación. Hasta donde he logrado investigar, su conferencia dictada en el Seminario Internacional “El derecho y los chicos. Balance y perspectivas de las reformas legislativas”, que tuvo lugar en Buenos Aires entre los días 21 y 24 de marzo de 1995, es uno de los primeros comentarios de un profesor de primera línea en el derecho constitucional argentino referido a la aplicación de la CDN en el ámbito nacional.

³⁷ Al respecto es del caso señalar que es posible considerar que los derechos consagrados en el tratado, aun antes de su incorporación a la Constitución Nacional, eran derecho federal (cf. CSN en M. 354 XXIV “Méndez Valles, Fernando c/A. M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres”). En consecuencia, el impacto en esta materia de la reforma constitucional de 1994 es mínimo.

Las normas constitucionales sobre las que se debe desarrollar el argumento son básicamente tres. Por un lado, la que responde a la pregunta respecto de cuál es el poder que conservan los estados provinciales y por tanto con el que pueden legislar:

“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por actos especiales al tiempo de su incorporación” (actual artículo 121; 104 originario).

Por otro lado, la que responde a la pregunta de cuánta autonomía constitucional tendrán:

“Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (artículo 123; 106 originario).

Finalmente, la que responde a la pregunta respecto de sobre qué materias los estados provinciales no pueden regular:

“Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros” (artículo 126; 108 originario).

Sobre la base de estos artículos se ha desarrollado la interpretación constitucional clásica respecto de las facultades delegadas, no delegadas y las que los autores llaman facultades concurrentes de los gobiernos federal y provincial que –como intentaré demostrar– tampoco ayudan mucho a resolver el problema³⁸.

Si “los poderes provinciales son la regla y los atribuidos al gobierno federal la excepción, según la tesis de Alberdi, es preciso tener presentes los poderes delegados

³⁸ “En resumen, según la estructura constitucional, las provincias pueden hacer todo lo relativo al interés local. En principio, les asiste una presunción *juris tantum* de que tal o cual poder les pertenece, y es necesario dar razones para probar que no le compete, porque excede el interés local para comprometer igual interés de otras provincias, que son en definitiva el de la Nación toda. Por tanto, habrá que repasar en la Constitución Nacional los poderes delegados al gobierno federal (los expresos y los implícitos) enumerados en los arts. 67, 86, 100 y 101, para sólo entonces hacer funcionar la prohibición del art. 108. No estando comprendido en esas normas, habrá que concluir que el tema es de incumbencia de la provincia, o por lo menos concurrente con el gobierno federal”. Iturrez, Arturo Horacio, en AA.VV., *Derecho público provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 85.

para saber cuáles son los conservados...³⁹; y en tanto los poderes referidos a la protección de la infancia –como sea que ella se haya entendido a lo largo de los años– no fueron teórica, normativa ni políticamente delegados al gobierno federal, se impone la conclusión de que éstos eran competencia local.

La regla de Alberdi es clara:

“La esfera del Gobierno general sólo comprende un número determinado de cosas, que son las que interesan al bien común de las Provincias. Mientras que los gobiernos provinciales conservan bajo su acción inmediata todos los intereses locales de su provincia respectiva, la administración de justicia en asuntos civiles y criminales, que afectan a la propiedad, a la vida, al honor, a la libertad de los ciudadanos, la legislación local y el gobierno inmediato de su pueblo⁴⁰.”

En el mismo sentido, Estrada:

“Todas las atribuciones pertenecientes ó que puedan pertenecer al gobierno, que no están definidas en la Constitución; todas aquellas cuyo ejercicio sea menester en cualquier ocasión en virtud de ulteriores necesidades sociales no previstas por el pueblo y sus representantes al tiempo de sancionar la ley fundamental de la República –pertenecen á las provincias, siempre que de ello no se siga perjuicio ni á la unidad nacional, ni á la supremacía de la Constitución y de las leyes de la Nación⁴¹.”

Y la regla general para deslindar los poderes de la Nación y de las provincias de González Calderón:

“El art. 104 de la Constitución es el que determina el criterio que debe guiar al intérprete para la clasificación de los poderes de gobierno. Dicho artículo significa que la Constitución es una concesión de poderes al gobierno federal y fija, a la vez, una regla general para deslindar lo que incumbe a la Nación de lo que corresponde a las Provincias. Según el mismo artículo, el gobierno de Provincia es lo común, lo ordinario, lo general; en tanto que el gobierno general es lo extraordinario, la excepción⁴².”

Por otro lado, en relación con las facultades locales no delegadas dentro de las cuales se encontraría la protección a la infancia desvalida, Frías formula una observación

³⁹ Cf. *idem*, p. 79. En el mismo sentido: “Ésta es la regla general y comprensiva para dirimir en todo caso los conflictos posibles entre los dos órdenes de gobiernos, y según ella, el de la Nación, siendo conferido por las Provincias, es expreso, limitado y excepcional. (...) La soberanía que conservan en todo lo referente al poder no delegado es, por consiguiente, absoluta [con cita de Fallos, s. I, t. 7, p. 386], y abarca todo lo relativo a su régimen, progreso y bienestar interno [con cita de Fallos, s. I, t. 9, ps. 277-279], toda función comprendida en el concepto de Estado”. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, cit., ps. 645-646.

⁴⁰ Alberdi, *Derecho público provincial*, cit., Capítulo primero, § 6, ps. 35-36.

⁴¹ Estrada, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional*, Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, t. III, en *Obras Completas de José Manuel Estrada*, t. VI, p. 32.

⁴² González Calderón Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1943, p. 157.

que abona la tesis que aquí se sustenta en el sentido de que, según la definición y conceptualización que se haga de un tema, se resolverá en consecuencia su encuadre como cuestión local o federal⁴³:

“Los poderes conservados por las provincias, los concurrentes y los concertados interjurisdiccionalmente serán la materia del derecho constitucional provincial en lo económico-social. Si el derecho de familia, la propiedad, el contrato de trabajo no son de su competencia, lo son la educación, la salud, el ambiente, el desarrollo, la seguridad social, y tantos otros en medida no desdeñable⁴⁴.

En un sentido, educación, salud, ambiente, desarrollo, seguridad social son temas vinculados con la protección de los habitantes, en el caso que nos ocupa, con la protección de los niños.

Se sostiene también que

“(…) entre las facultades de las provincias, se comprenden todas aquellas requeridas para la debida satisfacción de las necesidades exigidas por el gobierno civil de cada localidad, teniendo, como límites, las atribuciones inherentes al gobierno central, en orden a la dirección de las relaciones exteriores, y a satisfacer las exigencias generales de la Nación⁴⁵.

Es evidente que sea desde la perspectiva tutelar tradicional –la protección de menores como protección de un segmento de los incapaces, los carentes de familia o con familia inadecuada⁴⁶–, o desde una perspectiva más actual –la protección de niños y niñas como protección de derechos humanos–, como actividad estatal a priori es una actividad vinculada con la satisfacción de las necesidades exigidas “por el gobierno civil de cada localidad” –por lo tanto, competencia local–. Sus límites en razón de las relaciones exteriores del estado o por las exigencias generales de la Nación pueden existir pero pertenecen más bien al terreno de la especulación teórica que de la realidad.

La definición de Joaquín V. González⁴⁷ sobre legislación exclusiva de las provincias apoya también la idea que aquí se desarrolla. Afirma:

⁴³ En algún sentido interpreto que algo parecido quiere sugerir González Calderón cuando afirma: “La cuestión de los derechos de los Estados dependerá, claro está, del criterio con que se encaje la correlativa sobre la naturaleza y los propósitos de la organización constitucional y del concepto sobre lo que ha de ser la esfera de acción del poder federal; y también de la manera de comprender los límites que le están impuestos por la co-existencia de los gobiernos de Estado con poderes indefinidos.

Esta cuestión se vincula íntimamente con la que suscita la interpretación general de los poderes confiados al gobierno federal, y en cada caso dependerá del criterio con que se entienda la extensión de tal o cual poder delegado al mismo (...); así como los poderes conservados por las Provincias, originales e inherentes a su autonomía, deben ser interpretados conforme a la índole de nuestro régimen político, según la cual ha de rechazarse decididamente toda tendencia hacia la centralización del gobierno en nuestro país”. González Calderón, Curso de Derecho Constitucional, cit., p. 145.

⁴⁴ Frías, Pedro José, Cláusulas económicas-sociales en el Derecho público provincial, en FRIAS, Pedro J. y otros, Derecho público provincial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 180.

⁴⁵ BAS, El Derecho Federal Argentino. Nación y Provincias, t. I, cit., p. 71.

⁴⁶ Para quienes se dictó la Ley de Patronato de Menores n° 10.903 en 1919. Ver en este sentido Beloff, Mary, No hay menores de la calle, en “No Hay Derecho”, Buenos Aires, n° 6, junio de 1992; también Gomes da Costa, Antonio Carlos, Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente, citado, ps. 137-138.

⁴⁷ Ministro del presidente Roca, que redactó la Ley de Residencia.

“Además de las materias ya enumeradas dentro del propio Gobierno de las Provincias, y aparte de las reglas generales expuestas sobre deslinde de los dos órdenes de jurisdicciones, les corresponde la suma de poderes legislativos anexos a su cualidad de Estados, y que pueden ser clasificados por semejanza con los del Congreso. Así, ellas, o sus Legislaturas, tienen facultad para dictar todas las leyes ‘necesarias y convenientes’ para poner en ejercicio sus constituciones y soberanía reservada (...) Y como ésta es la regla general, y la cedida a la Nación es excepcional, se deduce que es más vasta, que es ilimitada la esfera que puede recorrer la legislación de Provincia”⁴⁸.

En la enumeración de González ello incluye leyes de forma, leyes generales o particulares relacionadas con el poder de policía reservado a la soberanía provincial, leyes de “protección y progreso, así económico como intelectual y social”⁴⁹.

¿Pueden entonces las provincias legislar sobre cualquier materia no delegada al gobierno federal? La respuesta es negativa. Existen límites explícitos a las provincias para legislar sobre materias específicas que, según la doctrina, “resultan de expresas disposiciones de la Carta fundamental, que consagran prohibiciones para aquéllas [las provincias] de legislar sobre materias que taxativamente se consignan”⁵⁰. Estas limitaciones explícitas tienen por objeto “general robustecer el carácter de exclusivas a ciertas facultades del gobierno general; o consolidar la unidad de ciertas ramas de legislación, o por fin, garantizar la igualdad de los derechos políticos derivados del estatuto fundamental de la nación”⁵¹. De la lectura del art. 108, CN, originario se sigue que, entre estas limitaciones explícitas no está incluida la protección a la infancia⁵².

⁴⁸ En el mismo sentido, González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*. cit., ps. 654-655.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 655.

⁵⁰ Cf. Bas, *El Derecho Federal Argentino. Nación y Provincias*, t. II, cit., p. 243. “La armonía imperiosamente exigida para el regular desenvolvimiento del Estado nacional, y de cada una de las provincias como centros seccionales de autoridad, nos obliga a precisar los límites explícitos e implícitos impuestos a la facultad indefinida de legislación que corresponde a las últimas dentro de nuestro organismo federal: los primeros resultan de expresas disposiciones de la Carta fundamental, que consagran prohibiciones para aquéllas de legislar sobre materias que taxativamente se consignan; mientras que las limitaciones implícitas surgen, de haberse conferido por la Constitución al Gobierno federal ciertas atribuciones que aunque no con carácter de exclusivas ni prohibiendo igual ejercicio a las provincias, sean sin embargo de tal naturaleza que su ejercicio por ambos centros de autoridad, pudiera traer choques y perturbaciones, inadmisibles dentro del organismo nacional”.

⁵¹ Estrada, *Curso de Derecho Constitucional*, t. III, cit., p. 46.

⁵² Los temas sobre los cuales las legislaturas provinciales no pueden legislar son los siguientes: relaciones exteriores de la Nación, intereses de orden económico, la unidad de legislación mercantil, civil, política; y lo que los autores denominan “Patronato nacional”, que no tiene que ver con el “Patronato de Menores” sino con las relaciones exteriores del Estado respecto del Vaticano (de ahí que se estableciera como competencia delegada). Sobre este Patronato: “En su origen, el patronato no era un derecho, sino un privilegio obtenido por concesión del Sumo Pontífice a un rey o persona determinada (los fundadores por ejemplo) para designar personas idóneas en un beneficio eclesiástico vacante. Sin embargo, en el curso de los tiempos, muchos monarcas ejercieron dicha facultad como si fuera una natural facultad regia, independiente de la concesión pontificia (‘regalismo’); así pasó el derecho de patronato a considerarse como una prerrogativa del poder civil. Tal el caso de nuestra ley fundamental.

Una y otra postura difieren profundamente al considerar la naturaleza del patronato. Para la primera, el patronato es el ‘privilegio otorgado por la Santa Sede a los reyes o jefes de Estado, de proponer, a la autoridad eclesiástica que debe nombrarlos, personas idóneas para los beneficios eclesiásticos, tanto mayores como menores, de su respectiva nación’ [con cita de R. de Lafuente, *El patronato y el pase o “exequatur” argentinos en AA.VV., La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino*, Buenos Aires, 1957]. En cambio la tesis regalista considera al ‘derecho de patronato’ como ‘la facultad que corresponde al gobierno de la República de presentar o nombrar a alguna persona para que se le confiera un beneficio eclesiástico y para cuidar o administrar los bienes comprendidos en el mismo’. En tales términos lo ha definido la corte suprema en el caso ‘Boneo’ [Fallos, 142:342]. Cf. Segovia, Juan Fernando, *La materia religiosa*, en AA.VV., *Atribuciones del Congreso argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 381.

Pero aun si se asume que existen poderes residuales (ya que el constituyente razonablemente no podía prever todos los asuntos que serían competencia de uno y otro ámbito de manera exhaustiva), los autores coinciden en que los poderes residuales provinciales tratan de las materias locales y domésticas (otra vez la protección a la infancia parece encajar en esta clasificación), en tanto los poderes residuales nacionales serían, tautológicamente, aquellos “esencialmente nacionales” en la expresión de Alberdi⁵³:

“Así, pues, será necesario encontrar en la Constitución delegado expresa o implícitamente al gobierno federal o a alguno de sus departamentos el poder de que se trate, para decir que le corresponde: todo lo que no está allí comprendido, específicamente o por implicancia, como perteneciéndole, es de las Provincias; y al revés, será preciso probar que a éstas les ha sido expresamente prohibido el poder de que se trate para decir que no les corresponde: ellas conservan todo el poder no conferido al gobierno de la Nación”⁵⁴.

Por otro lado, los autores reconocen que existen límites implícitos a las facultades legislativas provinciales que contradirían el postulado según el cual la regla es que las provincias legislen en todo aquello que expresamente no haya sido delegado al Congreso Federal. Así puede leerse:

“En resumen, podemos decir que las provincias invisten todas las facultades anexas á la idea de la soberanía social y del gobierno, con excepción de las siguientes que expondré en la forma en que El Federalista las resume: primero, aquellas que hayan sido expresamente prohibidas á las provincias por la Constitución federal; segundo, aquellas que hayan sido conferidas por la Constitución al gobierno federal como exclusivas; y tercero, aquellas que conferidas al gobierno federal, aunque no como exclusivas, sean, sin embargo, de tal naturaleza que extrañe verdadera repugnancia y contradicción su simultáneo ejercicio de parte de la nación y de parte de las provincias”⁵⁵.

Sin embargo, también en palabras de Alberdi: “el derecho de provincia no puede tener fines diferentes que los del derecho general de la República. Lo que interesa á la Nación en globo, interesa naturalmente á las porciones ó divisiones que consta”⁵⁶. “Esto y decir que lo negro es blanco a la vez, y lo blanco negro también, es la misma cosa”⁵⁷.

⁵³ Alberdi, Juan Bautista, Elementos del Derecho Público Provincial Argentino, en Organización de la Confederación Argentina, El Ateneo, Pedro García y Cía., s/f, Buenos Aires, t. I, ps. 300 y 303.

⁵⁴ González Calderón, Curso de Derecho Constitucional, cit., p. 157.

⁵⁵ Estrada, Curso de Derecho Constitucional, t. III, cit., ps. 50-51.

⁵⁶ Alberdi, Derecho público provincial, cit., ps. 55-56.

⁵⁷ González Calderón, Curso de Derecho Constitucional, cit., p. 149.

En conclusión, la protección a la infancia no fue delegada al gobierno federal; tampoco existe límite explícito ni implícito a las provincias para regular sobre este tema. Así lo entendieron los estados provinciales desde siempre y por eso muchos dictaron leyes de menores –por cierto, en concordancia con la ley nacional de Patronato de Menores N° 10.903⁵⁸–, y más recientemente nuevas leyes de protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, claramente opuestas al sentido y contenido de la ley 10.903. El caso de la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es paradigmático en este aspecto, como explicaré más adelante.

3. ¿La protección a la infancia como facultad concurrente?

Queda pendiente el análisis respecto de si la regulación sobre protección a la niñez puede ser considerada una facultad legislativa concurrente entre las provincias y la Nación. Esta ha sido una de las pobres salidas teóricas –ex post– para aquellos casos en los que las provincias legislaban junto con la Nación algunos temas “no delegados”.

Se consideran facultades concurrentes aquellas destinadas a realizar “los fines o propósitos declarados en el preámbulo de la ley suprema”⁵⁹, en general vinculados con el “desarrollo y bienestar económico⁶⁰”; y siempre que “su ejercicio simultáneo no resulte incompatible⁶¹”.

Lo problemático de estas definiciones de facultades, poderes o acciones concurrentes entre el gobierno federal y las provincias ha sido adecuadamente destacada por Bielsa:

“ (...) si los poderes de la Nación y los de las Provincias han sido ya deslindados y atribuidos a una y a otras por la Carta Fundamental, y se deduce lógicamente que cada una de ellas debe ejercerlos en su respectiva esfera, con independencia de todo otro, no se explica cómo puede ejercerse simultáneamente por la Nación y las Provincias poderes o facultades que se ha dado en llamar, por eso mismo, concurrentes. (...) en realidad, la doble atribución –la de la Nación y la de las Provincias, en su caso– en una misma clase de intereses, no implica fatalmente el ejercicio de una facultad o poder, pues esto, como decíamos, no es posible jurídicamente sino en la respectiva esfera o jurisdicción; así pues,

⁵⁸ “Debemos reiterar que, no obstante la regla que antecede, si sobreviene un conflicto por coincidir ambas jurisdicciones sobre una materia dada, debe prevalecer la regla del art. 31, que establece la supremacía de la CN y de las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicte el Congreso. Por tanto, debemos entender que no cualquier ley de la Nación será prioritaria, sino aquella que sea sancionada dentro de la competencia que la Constitución ha otorgado al gobierno federal; de lo contrario, no prevalecerá”, en Iturrez, Arturo Horacio, *La provincia en la Nación*, en AA.VV., *Derecho público provincial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 84.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 83.

⁶⁰ Frías, *Cláusulas económicas-sociales en el Derecho público provincial*, cit., p. 30.

⁶¹ Iturrez, *La provincia en la Nación*, cit., p. 82.

cuando ello ocurre sólo hay una gestión concurrente, lo que es bien distinto de una atribución o facultad concurrente⁶².

Llama la atención lo sinuosa que es la doctrina en este punto, ya que autores que afirman que es clara la regla de atribución de competencias o facultades provinciales o federales, al mismo tiempo afirman que:

“Pero si bien las provincias conservan todo el poder no delegado á la Nación, expresa ó tácitamente, si bien no nos es dado hacer distinciones caprichosas que la letra de la ley no autoriza, es también de tener presente que no porque veamos que una atribución corresponde á la Nación, hemos de concluir, sin más examen, que les está vedada á las provincias⁶³.”

Los autores suelen dar como ejemplos de facultades concurrentes las regulaciones referidas a la educación⁶⁴ o a la salud, ambas materias que modernamente podrían ser consideradas parte del universo de los derechos del niño –al punto que tales derechos son tratados por varios artículos de la CDN⁶⁵–. Conforme lo afirma cierta doctrina, la educación sería una facultad concurrente, por cuanto: “los intereses sociales envueltos en la instrucción pública son tales, y de tal magnitud, que deben excitar el esfuerzo común y solidario, condensado en todos los grados jerárquicos de gobierno, el municipio, la provincia y la nación⁶⁶”; y también porque ella conduce al progreso del país⁶⁷.

Pero el argumento es engañoso. En realidad, la Constitución manda a las provincias dictar las propias normas fundamentales dentro de ciertos límites explícitos. Estos incluyen asegurar su organización institucional sobre la base del sistema representa-

⁶² Bielsa, Rafael, Compendio de Derecho Público. Constitucional, Administrativo y Fiscal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, ps. 363-364. En igual sentido, Iturrez, La provincia en la Nación, cit., p. 82. En contra, “En un sentido general, podría decirse que tanto los poderes de la Nación como los de las Provincias son concurrentes en la realización de los fines o propósitos de la organización constitucional, declarados en el preámbulo de la ley suprema; pero en un sentido técnico, esas palabras: ‘poderes concurrentes’ significan que, en determinados casos, ciertos poderes pueden ser a la vez ejercidos por la Nación y por las Provincias. Son consecuencia de tales facultades concurrentes de la armonía de conjunto, de la unidad de fines y concordancia de propósitos que supone nuestro régimen de gobierno. Hay, además, muchas materias en las que la acción del gobierno federal y la de los gobiernos provinciales puede ser indistintamente ejercida, en virtud de una interpretación económica y liberal de la Constitución, cuando se derive un beneficio positivo para la Nación y para las Provincias. (...) pertenecientes a la esfera legislativa del Congreso, cuando interesen ‘a la prosperidad del país y al adelanto y bienestar de todas las Provincias’. De ambos textos combinados es que se deducen los poderes concurrentes, pero sin olvidar este principio fundamental y necesario: en los casos previstos y sólo en lo que respecta a una Provincia, la acción puede ser concurrente; mas en lo que se refiere a todas las Provincias, la acción del gobierno federal es exclusiva”. González Calderón, Curso de Derecho Constitucional, cit., ps. 154-156.

⁶³ Montes de Oca, M. A., Lecciones de Derecho constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. M. A. Montes de Oca por Alcides V. Calandrelli, Imprenta “La Buenos Aires”, Buenos Aires, 1896, t. II, p. 451. En el mismo sentido: “puede acontecer que la Constitución confiera determinadas atribuciones al gobierno federal, sin privar a las provincias el ejercicio de una autoridad análoga, ni establecer que la facultad conferida al gobierno federal es exclusiva; pero si esa facultad es de tal naturaleza que no pueda menos de producirse perturbación, si se la legisla en diversos sentidos y por diversas autoridades, sobre la materia a que se refiere, entonces la atribución conferida a la nación excluye por completo toda atribución concurrente por parte de las provincias”. Cf. Estrada, Curso de Derecho Constitucional, t. III, cit., p. 50.

⁶⁴ Es del caso recordar que en el art. 5 de la Constitución Nacional originalmente aprobada en 1953 se aseguraba la educación primaria gratuita, cláusula que fue eliminada junto con otras por la reforma de 1860.

⁶⁵ Arts. 23, 24 y 25 referidos al derecho a la salud, y arts. 28 y 29 referidos al derecho a la educación.

⁶⁶ Estrada, Curso de Derecho Constitucional, t. III, cit., ps. 23-24.

⁶⁷ Montes de Oca, Lecciones de Derecho constitucional, cit., ps. 455-456.

tivo republicano, su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria, de manera que la “conurrencia” federal y provincial en lo que se refiere a la educación se basa sobre una norma constitucional explícita que obliga a las provincias a asegurar este derecho en su territorio. Por otro lado, no se puede desconocer la “cláusula de prosperidad” (ex art. 67, inc. 16, actual art. 75, inc. 18, CN) que pone en cabeza del Congreso Federal “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general”. Este mandato federal está reafirmado más específicamente en el art. 75, inc. 19º, 3º párrafo –agregado por la reforma del año 1994–, aunque nuevamente complejizado por lo dispuesto en el art. 125, CN.

Por otro lado, el supuesto de la educación es en principio bien diferente del de la salud, por ejemplo, que no se encontraba originalmente regulado en la Constitución. Los alcances, modalidades y contenidos de ese derecho quedan en la Constitución librados a la decisión política local, por lo menos hasta la incorporación de tratados de derechos humanos a la norma fundamental federal, no obstante poder considerarse sobre la base del art. 14 bis y anterior art. 67, actual art. 75, inc. 12, que el Congreso nacional, al tener la atribución de dictar códigos en material laboral y de la seguridad social, podría regular cuestiones vinculadas con la protección de la salud enmarcadas en esta última (aunque muchas veces se la haya acotado en los hechos a la relación laboral y en cuanto sea reglamentación de aspectos específicamente abordados por ésta).

En definitiva, los autores no hacen más que describir lo que ha sucedido en los hechos sin explorar una explicación a la circunstancia de que las provincias hayan legislado junto con el gobierno federal sobre esta materia. No es difícil imaginarse conflictos entre los estados provinciales y el gobierno federal respecto de cómo garantizar estos derechos, qué contenido darles, etc. Cuestiones tales como derechos sexuales y reproductivos, educación laica o confesional, extensión de la obligatoriedad y gratuidad por nombrar algunas pueden enfrentar al poder federal con los poderes locales.

Coincide con esta conclusión Joaquín V. González, quien sostiene:

“Por lo tanto esta teoría de los derechos concurrentes es una teoría que necesita mayores explicaciones y yo había dicho que, poderes concurrentes, cuando versan sobre el mismo objeto, son poderes que necesariamente se excluyen”⁶⁸.

En caso de facultades concurrentes, ¿cómo se resolverían los problemas provocados por las tensiones entre el régimen federal –en lo que es particularmente evidente, el sistema tutelar de menores– y estas nuevas legislaciones provinciales basadas en presupuestos teóricos y normativos antagónicos? En este punto la solución es sencilla: aun respecto de las “facultades concurrentes” dentro de las cuales sería

⁶⁸ Discurso de Joaquín V. González, citado en Zavallía, *Derecho Federal*, cit., p. 894.

posible ubicar la protección de los niños, la supremacía constitucional es clara para los autores. Así, Alberdi sostuvo:

“En muchos de los objetos sometidos á la acción del Gobierno general, las Provincias conservan el poder de legislar y estatuir en participación con aquel gobierno, con tal que no contravengan á las disposiciones del Gobierno Nacional, que son supremas por esencia, es decir, tienen la supremacía o prelación, en su aplicación, cuando concurren en algún caso dado con las disposiciones de provincia”⁶⁹.

En resumen, del análisis de la literatura jurídica especializada parece quedar claro que lo que los autores llaman “facultades concurrentes” –ausentes del texto constitucional– son materias en las que las respectivas competencias locales y federal coinciden para lograr fines federales; pero de ninguna norma surge que sean competencias equivalentes o similares⁷⁰. Los estados provinciales pueden desarrollar acciones, programas, junto con el gobierno federal y a la inversa; lo que está en discusión aquí es el alcance de las facultades legislativas de una y otra jurisdicción. En tal sentido, la regla constitucional es precisa, más allá de las ambiguas explicaciones de los autores respecto de circunstancias históricas particulares. Lo que es competencia del Congreso fue delegado por las provincias. Lo que no fue delegado es competencia local y en ese nivel se encuentran, en principio y por regla general, las políticas activas de protección a la infancia.

III. El nuevo estatus de los derechos del niño a partir de la reforma constitucional de 1994 y las nuevas leyes provinciales.

El caso de la ciudad autónoma de Buenos Aires

La tesis que aquí se sustenta en el sentido de que las facultades vinculadas con la protección de los niños pertenecen al ámbito local por razones históricas, políticas y normativas, se ve reafirmada por la forma en la que se ha dado cumplimiento en la Argentina a la CDN.

Como señalé al inicio, una considerable cantidad de provincias argentinas ha dictado desde la ratificación de la CDN leyes de protección a la infancia compatibles con los compromisos internacionales asumidos por el país, en tanto el gobierno federal continúa incumpliendo estas obligaciones, en lo que aquí interesa, al omitir dictar leyes que adecuen el derecho interno al tratado mencionado.

Muchas provincias argentinas no dudaron a la hora de legislar sobre el tema y dieron origen a una particular situación institucional: la garantía legal de los derechos

⁶⁹ Alberdi, Derecho público provincial, cit., p. 25.

⁷⁰ Cf. González Calderón, Curso de Derecho Constitucional, cit., ps. 154-156.

fundamentales de los niños que el país se obligó a respetar sólo es reconocida por algunos estados provinciales.

Curiosamente, el mismo tratado produce efectos institucionales diferentes. Por un lado, motorizó la reforma legal a nivel provincial fortaleciendo la tesis de que la protección a la infancia es una competencia local; Por el otro, transformó la materia en cuestión federal, por primera vez en la historia.

Por otro lado, recién a partir del año 1994 la protección a los niños tiene específicamente rango constitucional, si bien como ya señalé algún anclaje podía dársele en los derechos sociales consagrados por la reforma constitucional del año 1957 en el art. 14 bis (en particular en lo referido a la protección de la familia).

Los derechos civiles y políticos (conocidos como “de primera generación”), consagrados en el texto constitucional para todos los habitantes de la Nación –como ha sido suficientemente analizado– no eran considerados de aplicación a los menores de edad en razón de su incapacidad y de la justificación de la intervención estatal frente a ellos, que puede resumirse en el concepto de “cultura tutelar”⁷¹. De manera que la violación de cualquiera de estos derechos podía constituir cuestión federal suficiente para reclamar su protección por la Corte Suprema. No obstante, por la cultura y las prácticas imperantes, no se advertía la necesidad del reclamo sobre la base de interpretarse que toda la actividad estatal tuitiva hacia los menores de edad (aún coactiva) no comprometía derechos porque se dirigía a proteger a los niños. Así, el niño no estaba preso sino internado; el proceso en el que se decidía la intervención estatal no era un “proceso” sino un procedimiento, informal, orientado a proteger mejor al niño y donde, en consecuencia, no regían las reglas del debido proceso; no eran necesarios recursos ni abogados defensores por las mismas razones, etcétera.

Cuando en 1919 el Congreso nacional aprobó la Ley de Patronato de Menores, ésta estableció el marco a partir del cual muchos estados provinciales organizaron sus políticas de atención a la infancia pobre, sin apartarse un ápice del modelo tutelar; pero desde que la protección a la infancia dejó de ser una cuestión relacionada con el asistencialismo y la filantropía para convertirse en una cuestión vinculada directamente con la garantía de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, el tema de la protección de los derechos de niños (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, etcétera) debe ser considerado cuestión federal, por lo menos a los fines del art. 14 de la ley 48.

Por otro lado, los estados provinciales comprendieron el sentido del mandato emergente de la CDN y dictaron leyes de protección a la infancia, mediante dos caminos

⁷¹ Sobre el particular ver BELOFF, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo 1.

consistentes en, por un lado, derogar antiguas leyes tutelares y dictar nuevas acorde los nuevos estándares, como lo hizo Mendoza, y por el otro, regular este tema por primera vez en su historia, tal el caso de la provincia de Chubut.

Respecto de las reformas provinciales, es indudable que se encuentran fuertemente limitadas y condicionadas por la permanencia a nivel nacional de dispositivos tutelares (Código Civil, Régimen Penal de la Minoridad, etc.); no obstante las provincias han abordado en sus nuevas leyes estas tensiones y condicionamientos de modos ingeniosos y respetuosos de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes consagrados en la Constitución Nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

A la fecha gran parte de las provincias argentinas han reformado o bien dictado por primera vez leyes dirigidas a regular, en el ámbito local, la condición jurídica de la infancia conforme los estándares internacionales incorporados a la Constitución Nacional. Se trata, con mayor o menor éxito, rigurosidad técnica y claridad conceptual, de Mendoza⁷², Chubut⁷³, Neuquén⁷⁴, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁷⁵, Tierra del Fuego, Río Negro⁷⁶, Salta⁷⁷, San Juan⁷⁸ y Provincia de Buenos Aires⁷⁹, ésta en una particular situación jurídica, además de Misiones⁸⁰, Jujuy⁸¹, Chaco⁸² y Córdoba⁸³.

⁷² La ley de Mendoza n° 6.354 del 7 de diciembre de 1995 fue la primer ley provincial a partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁷³ Ley 4.347 de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, del 16 de diciembre de 1997.

⁷⁴ Ley 2.302 de Protección integral del niño y el adolescente, aprobada el 7 de diciembre de 1999.

⁷⁵ Ley 114 de 1998.

⁷⁶ Ley 3.097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente.

⁷⁷ Ley 7.039 aprobada el 8 de julio de 1999.

⁷⁸ Ley 7.338 de Protección integral de los niños y adolescentes, aprobada el 5 de diciembre de 2002, que derogó la anterior ley 1.156.

⁷⁹ En la Provincia de Buenos Aires se aprobaron dos leyes: la ley 12.607 y la ley 13.298 que en líneas generales son similares a las otras leyes provinciales anteriores.

Esta provincia presenta el caso más curioso de resistencia al cambio, sólo comparable con la situación que se ha dado en Guatemala. En efecto, la entrada en vigencia de la ley 12.607, aprobada por unanimidad por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, fue suspendida en un caso impensable si se tratara de otra materia, por una medida cautelar dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a pedido del titular del Ministerio Público Provincial, medida cautelar que tardó más de dos años sin que se resolviera sobre fondo del asunto. El conflicto, básicamente, se reducía a la desjudicialización operada en la ley de cuestiones vinculadas con la protección a los niños. En la práctica, ello significaba que los Tribunales de Menores de la provincia continuaran aplicando el Decreto-ley 10067, retuvieran las competencias asistenciales –transferidas por la nueva ley a los municipios– y no aplicarían los derechos y principios emanados de la Convención, situación particularmente grave en relación con los niños y adolescentes imputados de haber cometido delitos.

En el año 2002 la Legislatura provincial convirtió lo que era un claro conflicto de poderes y un asunto de gravedad institucional en un acuerdo: aprobó una ley que convalidaba la decisión de la Corte. Finalmente, la Corte rechazó la acción, mientras la Legislatura siguió aprobando leyes que prorrogaban la vigencia del Decreto-Ley 10.067, hasta que nuevamente aprobó una ley, la 13.298, cuya vigencia también fue suspendida por una nueva medida cautelar solicitada por la Procuradora General. Como ocurrió con la ley 12.607, el tema de fondo no se resuelve y mientras tanto los niños y niñas de la provincia siguen esperando tener abogados defensores, conocer la imputación que existe en su contra por un órgano independiente como el fiscal, no ser detenidos sino por flagrancia u orden escrita de autoridad competente, no ser separados de su familia por razones de pobreza, derechos elementales de cualquier persona, no por la sensiblería individual de algunos funcionarios y magistrados –que existen– sino por imperativo legal. Ver sobre el tema BELOFF, Mary, Un fallo tardío pero dichoso, cit., ps. 72-93.

⁸⁰ Ley 3.820 "Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes", aprobada el 6 de diciembre de 2001, y prorrogada su entrada en vigencia por la ley 3.883.

⁸¹ La ley 4.722 de "Protección a la Minoridad" aprobada el 4 de noviembre de 1993 expresamente adhirió a la ley aprobatoria de la CDN n° 23.849 (art. 2). La Rioja aprobó una ley de "Protección integral del niño-a y del adolescente" n° 7590 el 20 de noviembre de 2003 que fue vetada por el decreto 991 del 5 de diciembre de 2003.

Es interesante tener presente todas las materias en las que las provincias dictan leyes que indirectamente regulan la condición jurídica de la infancia. En una síntesis apretada, se encuentran las siguientes: salud, educación, contravenciones y faltas (que a su vez incluyen las normas vinculadas con las adicciones: básicamente tabaquismo, alcoholismo y otras adicciones a sustancias prohibidas, superpuestas con normas vinculadas con el derecho a la salud), alimentos, trabajo, toda las leyes orgánicas (defensa, ministerio público, poder judicial, organismo del ejecutivo), policía, violencia familiar, planes materno-infantiles, sistemas de registro e identificación del recién nacido, programas para jefes y jefas de hogar, programas para niños con necesidades especiales, regulación de Internet, las adhesiones a tratados suscriptos por la Nación y convenios con organismos nacionales. Esta rápida reseña permite señalar que sólo el dictado de una ley de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes no implica agotar el espectro normativo provincial dirigido a garantizar esos derechos. Salvo que los legisladores provinciales se tomaran el trabajo de revisar todo el orden jurídico local y prepararan una especie de digesto de la condición jurídica de la infancia, para luego corregir todos los problemas en una nueva ley que no dejara ningún aspecto fuera, es claro que no basta con el dictado de una ley de protección para agotar las posibilidades legislativas vinculadas con la plena vigencia de los derechos del niño, además por supuesto de los problemas de implementación.

Cierto es que “las disposiciones de la Constitución Nacional son tan obligatorias para las provincias consideradas en su capacidad legal, como para los individuos congregados en el seno de cada una de ellas...” de modo que “la legislación de todas las provincias debe adaptarse y subordinarse a la Constitución Nacional”⁸⁴, por lo que a partir de que este tema adquiere rango constitucional, las provincias que cuenten con leyes violatorias del tratado estarían incurriendo en inconstitucionalidad, por lo menos por omisión. Pero lo curioso es que la mayoría de las nuevas leyes provinciales fueron dictadas con anterioridad a la reforma, sobre la base de asumir competencia positiva para legislar el tema tal como lo habían venido haciendo algunos estados provinciales, o como una oportunidad de legislar en un ámbito en el que no existían normas locales específicas, como ocurrió en otros, lo que confirmaría la tesis de que las competencias para legislar en materias vinculadas con la protección a los derechos de los niños es competencia no delegada por las

⁸² La provincia del Chaco dictó una ley 4.369 aprobada el 12 de diciembre de 1996 denominada “Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia”, que si bien es posterior a la ratificación, mantuvo intactos dispositivos tutelares (arts. 6, 7, 9, 53 y siguientes) combinados con normas de garantía (art. 21, entre otros).

⁸³ En el mismo sentido la provincia de Córdoba aprobó la ley 9053 el 30 de octubre de 2002 que revela una sofisticada técnica legislativa –característica de la provincia mediterránea– y aborda gran cantidad de aspectos vinculados con la materia; pero que se concentra en las funciones judiciales, sin desarrollar los aspectos vinculados con la promoción y garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes en general. Entre Ríos (ley 9.324 y concordantes) y Santa Fe (ley 11.452 aprobada el 29 de noviembre de 1996) han introducido importantes reformas en materia de organización judicial y procesal, pero no han dictado una ley general de protección a los niños. En un sentido tradicional la reciente ley de San Luis n° 5.573 aprobada el 22 de abril de 2004 que crea Juzgados de Familia y Menores, con competencia para aplicar el art. 18 de la ley 10.903 y otros supuestos idénticos a los abordados por esa ley.

⁸⁴ ESTRADA, Curso de Derecho Constitucional, t. III, cit., p. 98.

provincias al gobierno federal y por lo tanto, parte del derecho público local, por lo menos hasta la ratificación de la CDN.

De modo que si la afirmación referida al atraso relativo de la República Argentina respecto de la obligación contraída al ratificar la CDN para adecuar el derecho interno a este tratado –que recordé al comienzo– tiene algo de cierto a la fecha, tal como dejé indicado más arriba ello es solamente así en relación con el ámbito federal y respecto de algunos estados provinciales. Sobra decir que la adecuación normativa no implica que esas leyes nuevas hayan tenido efectivamente un impacto concreto sobre la vida de los niños y niñas de las respectivas provincias; las hay donde sí (Neuquén o Chubut, por ejemplo), las hay donde no (Salta, Jujuy, por ejemplo).

Si se observa el sistema legal vigente para personas menores de edad en el ámbito federal y en el nacional –lo que sea que ello hoy quiera significar, tema sobre el que volveré más adelante–, poco o nada se ha modificado la cultura tutelar inaugurada por la Ley de Patronato de Menores en 1919, a pesar de algunos notables cambios normativos ocurridos entre 1984 y 2000 que pudieron haber hecho presumir cierto impacto concreto en la regulación de la condición jurídica de la infancia en la Argentina.

Esos cambios pueden resumirse en:

- a) la modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de aplicación directa de tratados internacionales de derechos humanos;
- b) la suscripción de tratados específicos de protección de derechos humanos, en particular, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño;
- c) la reforma constitucional que partió de esa nueva jurisprudencia e incorporó esos tratados a la norma fundamental; y
- d) también consecuencia de la reforma constitucional, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires⁸⁵, que a su vez, en lo que interesa aquí, determinó:
 - el fin de los edictos policiales;
 - el dictado de una norma específica que regulara los derechos de la infancia en la Ciudad; y
 - el dictado de las normas contravencionales y la creación de la justicia local porteña.

⁸⁵ En adelante la Ciudad. "Artículo 129. La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones".

Como se verá más adelante, de todos estos cambios relevantes –que por cierto, han sido analizados profusamente– el único del que puede afirmarse que ha producido una transformación normativa significativa en la relación entre el Estado y la infancia es el referido a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en el que me concentraré con cierto detalle porque es el nivel donde se advierten cambios concretos al nivel de las prácticas. No considero que la inclusión de la CDN en la Constitución haya tenido mayor impacto normativo; sí tal vez político o comunicacional. Esto porque aun antes de la reforma constitucional y en particular a partir de 1990 cuando la CDN entró en vigencia para el país, la contradicción de las prescripciones del tratado con otras normas de derecho interno de menor jerarquía podría haber sido considerada una cuestión federal compleja indirecta para someterla a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tiempo que también se podría haber requerido escrutinio del mismo tribunal limitado a la cuestión de la interpretación o alcance del tratado, lo que hubiera constituido un supuesto de lo que los autores llaman cuestión federal simple. Ninguno de estos casos ocurrió en la realidad pero que no se haya planteado la cuestión de la CDN y las leyes que la violaban por acción u omisión con anterioridad a la reforma del año 1994 no significa que no haya existido la posibilidad de hacerlo. Es no obstante interesante preguntarse por qué ese litigio no fue intentado.

El ejemplo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sirve para probar la tesis principal de este estudio: el impacto directo de la CDN en el orden legal en la Argentina se encuentra en el ámbito provincial. Luego de la reforma constitucional y a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, ésta asumió facultades para legislar en materia de protección de derechos de niños y niñas y dictó la ley 114. Al no haber más territorios nacionales y haber la Ciudad asumido esta competencia –por otro lado no prohibida por la ley 24.588 de “Garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como “Ley Cafiero”–, formalmente la ley 10.903 de Patronato de Menores perdió ámbito territorial de aplicación. Además, según lo establece la propia ley local n° 114 se encuentra derogada⁸⁶.

Esto no significa que en la práctica el gobierno nacional haya cesado su intervención en el ámbito local. Éste continúa actuando sobre la base de la derogada ley 10.903, a través de sus órganos judiciales (jueces de menores y de familia de la justicia nacional). Esto se explica porque por el modo en el que se ha producido la autonomía porteña, las cuestiones referidas a la justicia no podrían ser reguladas por la legislatura local y por ese motivo la ley 114, en ciertos aspectos, está incompleta. Pero es evidente que estas intervenciones tutelares en el ámbito local son de facto, ya que la protección a los niños se ha desjudicializado en el ámbito local, por imperio de la ley 114, aun para los casos de niños y niñas autores o víctimas de delitos.

⁸⁶ Cláusula transitoria segunda. *Ibidem*.

Por otro lado, aun si se aceptara que la ley 10.903 de Patronato de Menores es una ley nacional, pero es contraria a la CN, ésta no podría tener primacía como ley nacional sobre las provinciales de signo diferente. Por este motivo es incorrecto que un juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aplique la disposición tutelar prevista para autores o víctimas de delitos o contravenciones en la ley nacional 10.903, tal como lo ha resuelto adecuadamente la Cámara de Apelaciones local⁸⁷.

La contradicción es aún más evidente en los casos de niños y niñas acusados o víctimas de contravenciones o de delitos transferidos al ámbito local. Según el derecho local los menores de dieciocho años no son punibles de contravención⁸⁸ salvo las de tránsito. Esta acertada decisión del legislador local de excluir del reproche penal contravencional a los menores de edad⁸⁹—que se ha mantenido con ligeras variantes en todas las versiones del Código Contravencional desde su primer redacción— ha significado una transformación sustancial de la manera en la que se lleva adelante el control social formal urbano sobre menores de edad. En efecto, desde la derogación de los edictos policiales —puerta de acceso a las disposiciones tutelares de la justicia nacional de menores a través de lo que se conocía como “amparo-ley 10.903”—, los expedientes tutelares de la justicia de menores se han reducido a los casos de menores imputados o víctimas de delitos (art. 14 ley 10.903). Ya he señalado que aun en estos casos las disposiciones son de facto, basadas sobre la aplicación de una ley derogada; no obstante es importante tener presente la significativa reducción de la intervención de estos juzgados penales en cuestiones meramente sociales. Como se ha señalado en otra oportunidad, muchas de estas causas “asistenciales” son ahora materia de intervención de los juzgados nacionales de familia, a través de la medida cautelar de protección de persona o bien por aplicación de la ley de violencia familiar; pero aun admitiendo el aumento de la intervención de estos juzgados no penales, la transformación que se ha dado en el ámbito local en términos de reducción del control social formal del Estado en cuestiones de protección de niños y niñas merece ser destacada⁹⁰.

⁸⁷ Cf. causa 1101/CC/01, M. N. R. s/art. 71 s/apelación, Sala II, resuelta por sentencia 1294 el 20 de diciembre de 2001.

⁸⁸ Art. 11 del Código Contravencional vigente.

⁸⁹ Sobre la despenalización de infracciones penales de menor envergadura conforme los estándares internacionales ver BELOFF, Mary, Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos, en *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 29-70.

⁹⁰ Esto no significa que el enorme complejo institucional creado para la protección de niños y niñas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea eficiente. Los recurrentes e insólitos conflictos al interior del Ministerio Público tutelar así como la desconexión entre los múltiples actores públicos dentro del ámbito del Ejecutivo que tienen por misión velar por la plena vigencia de los derechos de niños y niñas en el ámbito local dan cuenta de la inadecuación institucional del diseño adoptado pese a la claridad conceptual y política de los operadores en términos del derecho internacional de los derechos humanos.

IV. Competencias sobre las que debe legislar el congreso federal en materia de protección a la infancia

El estado de la reforma legislativa a nivel nacional en materia de infancia presenta un panorama profuso y variado en términos de propuestas, desconocido hasta hace algunos años atrás. El Congreso nacional cuenta en la actualidad con varios proyectos de leyes presentados, algunos con avanzado estado parlamentario, proyectos que representan distintos modelos normativos y concepciones de la infancia y de su condición jurídica.

Llama la atención la manera en la que la discusión sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en la Argentina reproduce el antiguo autismo tutelar en el sentido de que sólo se consideran parte de ese proceso los proyectos vinculados con el régimen penal de menores o bien con una ley de protección de derechos del niño (lo que sea que ello abarque), pero no todos los otros proyectos y leyes que—al igual que en las provincias—, no versan explícitamente sobre “protección de derechos del niño” o “régimen penal de menores”, pero tienen consecuencias sobre la condición jurídica de la infancia, tales como reformas a normas de fondo y forma (con el limitado alcance que ahora tienen, sólo para los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los tribunales federales).

Excluido entonces todo el cuerpo normativo relacionado con la condición jurídica de la infancia pero que no se asume explícitamente como orientado a la adecuación del derecho interno a la CDN —y que por esta razón no es materia de este estudio—, subsisten dos áreas en las que en el Congreso nacional se discuten proyectos relacionados con derechos de niños y niñas, determinadas otra vez por la antigua legislación tutelar: por un lado, una ley que derogue la Ley de Patronato de Menores (ya derogada, por las razones más arriba explicadas) dirigida a la protección de los niños; por el otro, una ley que derogue el régimen penal de la minoridad (leyes 22.278/22.803) y lo reemplace por un sistema compatible con los artículos 12, 37 y 40 de la CDN.

Respecto de los proyectos que, sobre la base del argumento de la necesidad de derogar la ley de Patronato de Menores, proponen regímenes de protección integral de derechos de niños y niñas, ha habido diversos desde la aprobación de la CDN, cada vez más orientados en la línea de las nuevas leyes provinciales y latinoamericanas.

Por las razones desarrolladas más arriba resulta claro que el Congreso Federal sólo podría legislar sobre este tema de manera muy limitada. Las provincias han asumido el tema y han dictado sus leyes de protección a los derechos de niños y niñas. El mandato emanado del art. 75, inc. 23, CN, en el sentido doble de legislar y promover medidas de acción positiva y de dictar un régimen de seguridad social

especial e integral para proteger a los niños desamparados –salida que encontró el Constituyente para ampliar derechos al estarle vedado modificar los primeros treinta y cinco artículos de la Carta Magna– provee la justificación a partir de la cual podría el Congreso plantear su ley marco de protección a la infancia. En otras palabras, si la discusión se plantea en términos tradicionales, como derecho sustantivo y adjetivo, el Congreso parece estar más limitado que si se la plantea en términos de garantías de derechos fundamentales.

En definitiva, ¿sobre qué podría y debería legislar el Congreso nacional?

Tal vez una ley federal en este tema pueda ser útil por razones políticas para impulsar la reforma en aquellos estados provinciales que aún no la han llevado a cabo o que lo han hecho con estándares diferentes de los consagrados por los instrumentos internacionales de rango constitucional; pero en este caso la ley debería simplemente ser una ley marco que estableciera las líneas generales que deben guiar las políticas de protección y promoción de derechos, pero no mucho más. Una ley que dijera cómo tienen que ser las leyes que regulen la condición jurídica de la infancia en el país y sobre todo las características de su protección específica para el caso en el que las políticas universales no lleguen a tiempo podría tener un impacto simbólico y pedagógico, tal vez hasta político, significativo.

Por otro lado, podría ser útil para crear por ley el organismo rector de las políticas públicas de infancia en el país, en coordinación con las provincias (está claro que no son políticas federales en el sentido estricto del término), ya que el existente fue creado por un decreto presidencial. Podría ser una oportunidad para transformar sustancialmente una institucionalidad inadecuada, ineficiente y muy costosa; pero es verdad que ello también puede llevarse a cabo por otro decreto presidencial, aunque la creación por ley de una nueva ingeniería institucional en la materia sería el escenario deseable, dado que en el presente puede afirmarse respecto del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia –a pesar de todas las transformaciones de su denominación– aquello que se denunciaba hace setenta años respecto de la vieja sociedad de Beneficencia:

“Se han realizado pues los ideales que guiaron a Rivadavia a fundar la sociedad de Beneficencia. En la época actual, es una institución anacrónica que ha terminado su misión”⁹¹.

La cuestión de la ingeniería institucional sobre la que debe concretarse la nueva forma de relación entre el Estado y sus niños no es menor. De hecho muchas provincias que han dictado nuevas y excelentes leyes en términos de desarrollo de los mejores estándares internacionales, no han logrado transformar la vieja institucionalidad, sobre la que se intenta hacer funcionar a la nueva legalidad. Los desaciertos,

⁹¹ Giménez, Ángel M., *Por la salud física y mental del pueblo*, Buenos Aires, 1932-38, t. III, citado por Recalde, Héctor, *Beneficencia, asistencialismo estatal y previsión social*, t. 1, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1991, p. 90.

fracasos y frustraciones que esta situación genera pueden ser imaginados sin dificultades.

A veces se argumenta que el dictado de esta ley permitiría derogar normas procesales contrarias a la CDN, como pueden ser aquellas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que regulan la medida cautelar de protección de persona⁹²; pero para realizar esta reforma no hace falta una ley de protección de los derechos de niños y niñas, ya que esa problemática medida cautelar en la que el juez de familia opera con niveles discutibles de discrecionalidad no sólo se relaciona con niños y niñas.

Finalmente, aunque sólo tenga efecto declarativo, la derogación expresa por ley del Congreso de la ley 10.903 de Patronato de Menores resolvería una discusión agotada jurídica y políticamente.

En conclusión, el Congreso nacional no está obligado a dictar una ley federal de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, aunque puede hacerlo en la línea de reglamentar tratados internacionales con pautas precisas para los gobiernos provinciales, lo que a su vez podría tener efectos beneficiosos por los motivos arriba indicados (art. 75, inc. 23, CN).

Por otro lado, más allá de la discusión en torno de la necesidad o no de que el Congreso dicte una ley de protección de derechos de niños y niñas⁹³, resulta imprescindible que éste dicte una ley en el área penal de menores o en otros términos, que regule la respuesta estatal al delito de los menores de edad. En la medida en que se entienda que esa respuesta no es materia penal, las provincias podrían legislar sobre el particular (como lo han hecho históricamente para los no punibles menores de dieciséis años con absoluta discrecionalidad); pero es claro que las cuestiones relativas a la responsabilidad penal y a las consecuencias jurídicas de esa responsabilidad son materia penal y por lo tanto deben ser reguladas por el Congreso de la República. Por este motivo la exclusión formal⁹⁴ de la aplicación de la pena de adultos que se ha hecho absolutamente respecto de las personas menores de dieciséis años —y relativamente respecto de los comprendidos entre los dieciséis y los dieciocho años—, se hizo mediante una ley del Congreso nacional.

Los problemas constitucionales de todo tipo que caracterizan a este régimen especial penal para menores de edad han sido suficientemente analizados y pocos discuten ya que se aplican en el país normas inválidas (si bien no han sido formalmente declaradas como tales): las leyes denominadas “tutelares” se contraponen en varias de sus

⁹² Arts. 234 y concordantes del CPCC Nación.

⁹³ El debate en la Argentina está a la fecha planteado en los siguientes términos: se aprueba un régimen penal especial conforme los estándares internacionales si y sólo si se aprueba una ley de protección. El significado de esto no va más allá de provocar un efecto político superficial. Como se ha indicado, desde el punto de vista normativo no tiene mayor sentido.

⁹⁴ Formal en el sentido de que el llamado sistema tutelar para menores no punibles, opera, como todo el sistema tutelar, materialmente como derecho penal aunque sin las garantías que acompañan y limitan en todo estado democrático de derecho el ejercicio de las facultades punitivas estatales.

disposiciones a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional y por los pactos internacionales de derechos humanos incorporados a ella. Dentro de estas contradicciones debe destacarse que estas leyes contradicen lo normado por la CDN ya que fijan la mayoría de edad penal a los dieciséis años, por debajo de los dieciocho que según la CDN distinguen el trato legal entre adultos y niños. Ello permite la aplicación del sistema penal de adultos a partir de esa edad (dieciséis años), con un régimen procesal especial y causas de exclusión de la pena para la franja de quienes tienen entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos y son encontrados responsables de haber cometido delitos reprimidos con pena de más de dos años de prisión (excluidos los delitos de acción privada o reprimidos con pena de multa o inhabilitación)⁹⁵.

La manera de adecuar el derecho interno a los estándares internacionales es –como he señalado muchas veces– a esta altura, luego de quince años de reformas similares en el resto del continente, una tarea sencilla desde el punto de vista técnico. De hecho, existen muchos proyectos de ley que reproducen casi literalmente el primer proyecto de ley que introdujo esta perspectiva en el Congreso de la Nación, presentado por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 2000⁹⁶.

Finalmente, la relación entre reforma a nivel federal y provincial es clara. El caso del régimen penal para menores es harto ilustrativo. Si se establece que el Estado renunciará a intervenir coactivamente cualquiera que sea el argumento de justificación de la coacción estatal, entonces la materia deja de ser penal y como protección puede ser legislada por las provincias. Si no, ello no es posible.

V. Conclusiones

La Constitución de la Nación Argentina no se ocupó en particular de los derechos de los niños sino hasta recientemente, cuando se incorporaron a ella tratados de derechos humanos ratificados por el país. Por ese motivo no es posible analizar desde entonces la materia aislada de la discusión más general del estatus constitucional de los otros derechos humanos incluidos en el art. 75, inc. 22, CN.

Si bien a nivel constitucional el tema siempre estuvo ausente, fue materia de regulación infraconstitucional desde hace más de ochenta años, tanto por el Congreso federal cuanto por las legislaturas locales. Eso explica la curiosa situación del país desde el punto de vista del proceso de adecuación de su derecho interno (federal y provincial) a la CDN: por un lado presenta un escandaloso atraso legislativo a nivel

⁹⁵ Art. 1 de la ley 22.278-22.803.

⁹⁶ Sobre las características de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos ver Beloff, Mary, Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina, y Beloff, Mary, Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos, cit., 2001, ps. 29-70.

nacional pero por el otro revela un avance sustancial a nivel provincial, siempre en el plano normativo.

Por otro lado, el tratado ha tenido un significativo impacto a nivel discursivo que se extiende a lo largo y ancho del país. En efecto, la CDN es desde hace algunos años invocada regularmente por los tres poderes del Estado federal y a nivel provincial para llevar adelante lo que consideran que éste implica en términos de derechos de niños y niñas, con resultados diversos debido a la vaguedad y ambigüedad que en muchos temas presenta la CDN⁹⁷.

En el diseño constitucional argentino, la opción por un sistema federal impone que los poderes provinciales sean la regla y los federales la excepción; de manera que en principio las reglas de garantía, promoción y protección de derechos de niños y niñas son competencia local. Así lo han entendido gran parte de las provincias desde hace décadas, aun antes de la aprobación de la CDN. Las nuevas leyes provinciales proponen –con mayor o menor acierto técnico– algunos mecanismos de exigibilidad, rediseños institucionales y pleno respeto de todos los derechos fundamentales de todos los niños, hasta los dieciocho años; pero es evidente que estas leyes no pueden modificar la ley penal vigente que permite condenar como adultos a niños. Es el Congreso de la Nación el órgano encargado de resolver ese problema.

Probablemente el principal impacto de las reformas a nivel local se encuentra, concretamente, en que en muchas provincias se ha logrado, por un lado, desjudicializar situaciones vinculadas con la ausencia o ineficacia de políticas sociales dirigidas a apaliar los efectos devastadores de la pobreza; y, por el otro, brindar de garantías procesales y sustantivas a los niños y adolescentes que tienen alguna clase de contacto con el sistema de justicia (presencia de abogados defensores, recursos, uso mínimo de la privación de libertad, reclamos por la vía de amparos, efectividad del derecho a ser oído, no separación del núcleo familiar salvo en casos extremos, etcétera). Pero no se ha producido aún una reconversión institucional efectiva dirigida a transformar sustancialmente las históricas políticas tutelares asistencialistas y filantrópicas en políticas públicas universales o específicas planteadas desde un enfoque de promoción de la ciudadanía plena de la infancia.

Algunas cuestiones que deberían luego de quince años ser rediscutidas son, por ejemplo, cuáles son las áreas vinculadas con la protección de derechos de niños y niñas en las que no tiene que intervenir el Poder Judicial. El reclamo por la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales puede dar la respuesta. Protección y asistencia especial no es sinónimo de “Patronato de menores”. Fue sinónimo hace cien años; pero ya no lo es más. Ello no significa que eventualmente no existan casos en los que haga falta la intervención de un juez para garantizar un

⁹⁷ Al respecto ver Beloff, *Un modelo para armar y otro para desarmar*1, cit., ps. 1-46.

derecho de tercera generación a un niño. El problema es definir el estándar y no confundir políticas públicas con activismo judicial. En el mismo sentido, dar contenido cierto a categorías de la CDN como interés superior del niño o a expresiones que se repiten tanto vaciadas de contenido como “protección integral”, es fundamental para que una nueva y mejor condición jurídica de la infancia se concrete sobre la base de conceptos claros y con contenido, acuerdos políticos básicos y principios comunes, no sobre la base de eslóganes.

La falta de articulación tanto al interior del Estado cuando de los sectores de la sociedad civil, y de ambos entre sí explica parte de la lentitud del cambio. Ni los unos ni los otros han logrado hasta la fecha generar espacios a partir de los cuales se alcancen consensos básicos respecto de cómo se debe implementar la reforma legal, con qué contenido, cómo debe darse la reforma institucional, etcétera.

La construcción de una nueva condición jurídica de la infancia en el país requiere una revisión completa de los sistemas legales federal, provincial y municipal –y, en las esferas de la competencia de cada uno de esos sistemas, en las materias civil, penal, comercial, administrativa, laboral, procesal– para concretar los compromisos internacionales asumidos por el país y subirse al tren de la historia en este tema.

Este artículo comienza con una pregunta acerca de por qué persiste en la Argentina la cultura tutelar, espectro del pasado. Cuando la primera ley de protección de menores desamparados del continente fue aprobada, el país se encontraba entre los más prósperos del orbe y como tal constituía una promesa y un destino. Polo de atracción de inmigrantes que, seducidos por la posibilidad cierta del progreso a través del esfuerzo personal, contribuyeron a construir la Nación, ninguno de ellos podría haber sospechado que el país elegido para construir una nueva vida atravesaría, una centuria más tarde, la peor crisis económica de su historia y revertiría la tendencia de los flujos migratorios. Del mismo modo, aquellos que entonces diseñaron e implementaron la “moderna” institucionalidad tutelar no pudieron siquiera haber sospechado los resultados perversos de tales leyes pero sobre todo, su permanencia en el tiempo. Esta permanencia puede tal vez ser explicada como una metáfora de la declinación del país. Hoy sabemos que esa promesa no se cumplió y que cientos de miles de descendientes de aquellos que creyeron en el futuro que podrían forjar en el Río de la Plata lamentan que los barcos de sus abuelos no hubieran llegado a otros puertos, más al Norte. La vieja cultura tutelar sigue en pie, como aquellos edificios de comienzos de siglo que fueron íconos de la modernidad porteña y nos recuerdan un pasado en el que la atención de por lo menos parte de la clase dirigente y de los recursos públicos eran destinados a atender los problemas de la infancia desvalida. Hoy esas estructuras normativas –inconstitucionales y vacías de contenido– nos recuerdan la imperiosa necesidad de reformar normas, instituciones y prácticas obsoletas, con otra visión pero con el mismo entusiasmo, rigor

y efectividad que tuvieron aquellos que, hace casi una centuria, crearon el complejo tutelar en la Argentina.



IGUALDAD EDUCATIVA Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA.

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ*

En las palabras que siguen, y en un lapso que no excederá, espero, los cuarenta minutos, haré el intento de dilucidar qué relaciones median entre los ideales de igualdad educativa, por una parte, y los principios subyacentes a una sociedad democrática, por la otra. Se trata, como es fácil advertir, de un tema que supone darse a la tarea de responder, en términos generales, dos preguntas distintas, una normativa y la otra empírica. ¿Qué demandan los ideales democráticos del sistema educacional? Ésa es la pregunta normativa. ¿Está a la altura de esos ideales el sistema educacional de nuestro país? Ésa es, me parece, la pregunta empírica. En lo que sigue, intentaré esbozar una respuesta a cada una de esas preguntas. Espero mostrar, de cara a ellas, que la escuela es la promesa que una sociedad democrática formula a los recién venidos a este mundo, que su lugar en la escala social dependerá de su esfuerzo y no, en cambio, de su cuna, y que la escuela en Occidente -a pesar de todas las dificultades que la literatura ha logrado detectar- se ha esforzado por ser fiel a ese ideal. Hacia la segunda parte de esta exposición, intentaré dilucidar si las políticas educacionales en Chile, han estado o no a la altura de ese desafío.

Voy a comenzar, sin embargo, un poco lejos. Voy a comenzar examinando los orígenes más obvios de la desigualdad entre los seres humanos.

Los seres humanos venimos al mundo provistos de muy diversas dotaciones o recursos. Algunas de esas dotaciones son naturales y podemos llamarlas, también, innatas. Por ejemplo, algunos seres humanos comparecen entre nosotros provistos de un especial talento o, a la inversa, los acompaña una grave discapacidad. Otras de esas mismas dotaciones son, sin embargo, sociales y no se relacionan, como las anteriores, con el azar natural, sino con la pertenencia familiar o la cuna en la que cada uno compareció al mundo. Alguno, por ejemplo, nació en una familia en la que, durante generaciones, se acumuló el prestigio y el poder. Otro, en cambio, vino a este mundo en una cuna que estuvo siempre al margen de todo privilegio, una cuna, pudiéramos decir, desprovista de toda ventaja. Algunos de los recién venidos a este mundo nacen, por decirlo así, príncipes, y otros, en cambio, mendigos. La vieja pregunta de Rousseau -sobre cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres- tiene hoy día una respuesta aproximada. Ella deriva, hasta cierto punto, de la herencia natural y

* Abogado, Vicerrector Académico de la Universidad Diego Portales. Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada por el autor en el Seminario Internacional "Políticas Educativas y Equidad" realizado en Santiago de Chile en Octubre de 2004 cuyas actas fueron publicadas por la Fundación Ford, UNESCO, UNICEF y la Universidad Alberto Hurtado, 2005.

de la herencia social que a cada uno le tocó en suerte. Ambas distribuyen, a veces en magnitudes muy disímiles, los recursos simbólicos y los recursos directamente económicos. Cada uno de nosotros es portador de una cierta cantidad de capital social, simbólico o directamente económico, de cuyo monto y manejo dependerá nuestro lugar en la escala social y de la posibilidad de llevar a cabo una vida de autorrealización o, en cambio, de sometimiento y subordinación. La naturaleza y la historia, para decirlo en otras palabras, introducen diferencias entre los seres humanos, diferencias en recursos, en prestigio y en poder. La naturaleza y el mundo social, el azar natural y la historia, nos dotan de oportunidades o nos privan de ellas.

La vida social es histórica y está, por eso, muy lejos de ser una ruleta. En una ruleta -una imagen frecuente en la teoría social que han usado desde Rawls a Bourdieu- usted puede ganar recursos en un instante y, en el momento siguiente, perderlo todo y así sucesivamente de manera que en ella propiamente no hay, como digo, historia, sino una sucesión discreta de instantes distributivos que carece de memoria. En una ruleta existe, pudiéramos decir, una justicia perfectamente procedimental: si no hay trampas, cada uno tiene una oportunidad igual de quedarse con los recursos. La ruleta ofrece una imagen bastante precisa de esa competencia perfecta que a veces nos hipnotiza; en ella existe una irreprochable igualdad de oportunidades, un mundo sin inercia, sin acumulación, sin transmisión hereditaria de las posesiones, en el que cada momento o cada jugada, si ustedes prefieren, es perfectamente independiente del anterior.

Sabemos, sin embargo, que la vida social no es una ruleta. Para que lo fuera, cada generación debería redistribuir de nuevo la totalidad de los recursos; pero sabemos que eso no es posible. En vez de ser una sucesión de instantes discretos, separados los unos de los otros -cada uno comenzando, cada vez, de nuevo- la vida social posee una historia y procede por acumulación.

Por supuesto no se trata de una acumulación solamente económica. Si bien nos gusta creer que la acumulación histórica de las diferencias, es una acumulación de títulos de propiedad o de posesiones físicas, la verdad es que se trata también de una acumulación de eso que se ha llamado capital social y capital cultural. Si bien la teoría económica gusta describir las diferencias de recursos nada más que en términos monetarios, en términos de capital económico, lo cierto es que las diferencias de recursos adquieren muy disímiles formas en la vida social, y en base a ellas los grupos sociales se distinguen y se diferencian unos de otros, distribuyendo el dinero, es cierto, pero también el prestigio y el poder. A veces el capital económico se hace más igualitario; pero, entonces, la vida social se encarga de trasladar las diferencias a esas otras formas de posesión que llamamos capital social o capital cultural, que acaban, a poco andar, expresándose de nuevo en capital directamente económico.

¿Cómo debemos valorar esas diferencias? ¿Debemos asistir a ellas con el ánimo tranquilo, confiando en que la naturaleza es, por motivos misteriosos, justa o debemos creer que la sociedad corregirá por sí misma esas diferencias, como un fruto natural del crecimiento y de la evolución?

No es raro, por supuesto, encontrar en la historia algunos momentos en los que se creyó que la naturaleza era justa, y que su patrón distributivo debía ser respetado. En esos momentos se pensó que la validez de facto -cómo eran las cosas- coincidía con su validez de iure - con cómo debían ser esas mismas cosas -. La idea de justicia distributiva, por ejemplo, es presentada por Santo Tomás como una distribución de recursos sociales en base al mérito, pero el mérito no es, en la opinión de ese autor, equivalente al desempeño, sino simplemente al lugar que cada uno tiene, de hecho, en la sociedad (Santo Tomás, "Summa", Tratado de la Ley). Así como podemos creer que las desventajas naturales son, en principio, correctas, también podemos pensar que las ventajas sociales heredadas son justas, porque derivan de la pertenencia familiar y del cariño y la especial relación que existe entre los padres y los hijos. En ambos casos, creemos que los hechos poseen una cierta fuerza normativa: las cosas, en un muy amplio margen, son como deben ser.

No es ése, sin embargo, el punto de vista de la modernidad política a cuyo amparo surgió el ideal democrático.

El ideal democrático - un ideal que tal como lo conocemos hoy día no tiene más de doscientos años- se caracteriza, entre otras cosas, por privar de toda legitimidad a la distribución que efectúan la historia y la naturaleza. En vez de esforzarse por establecer una continuidad entre nuestra vida social, por una parte, y la historia y la naturaleza, por la otra, el ideal democrático, erige como fuente de normatividad, a la deliberación colectiva, y como principio el igual respeto y consideración, a que los miembros de la comunidad política tienen derecho. En otras palabras, el ideal democrático cree que es el desempeño de cada uno, el esfuerzo y la imaginación que logren desenvolver los recién llegados, y no la herencia, el que debe decidir el lugar que ocuparemos definitivamente en el mundo.

Gracias al ideal democrático, y al revés de lo que pensaba un autor como Santo Tomás, hoy día creemos que existe un abismo, una distancia casi insalvable entre la validez de facto de las cosas y su validez de iure, entre cómo son las cosas y cómo, en cambio, deberían ser. Intuitivamente pensamos —éste es el sueño de una sociedad más igualitaria- que los seres humanos, los hombres y las mujeres, poseemos una condición de igualdad esencial que debe expresarse también en las oportunidades de realizar una vida conforme al propio discernimiento. La sensibilidad liberal, en especial, piensa que los seres humanos poseemos independencia moral, es decir, que cada uno está provisto de la capacidad de discernir planes de vida y de ajustar el conjunto de sus actos a ese plan. Por lo mismo, cada ser humano, al margen de

cuál sea su cuna y su historia familiar, debiera contar con igual posibilidad de realizar su vida conforme a su propia elección.

Sabemos, sin embargo, que el ejercicio pleno de nuestra igual condición moral, se ve empañada por obstáculos provenientes de la desigualdad con que se encuentran distribuidos los recursos y las capacidades. No parece haber nada de malo, desde luego, en una distribución de recursos desigual, cuando esa distribución es producto del talento o del mérito de las personas; pero se configura una situación moralmente reprochable cuando, como ocurre la mayor parte de las veces, y como ocurre, sin ir más lejos, hoy día en nuestro país, la desigualdad en recursos y en capacidades actuales, es resultado de dotaciones iniciales inmerecidas, dotaciones iniciales que no son producto del mérito o del talento, sino producto del azar natural o de circunstancias involuntarias. Si usted poseyó una dotación inicial igual a la de su vecino, nada hay de malo en una desigualdad actual entre ustedes, si mientras usted decidió ahorrar su vecino prefirió malgastar sus recursos. Una desigualdad actual entre usted y su vecino, parece inadecuada, en cambio, si es resultado de una mayor dotación inicial que usted no merecía y que fue simplemente producto del azar natural o de la cuna.

La pobreza, por ejemplo - una de las modalidades más hirientes que adquiere la desigualdad-, nos molesta y nos repugna, porque ella se traduce en que millones de vidas humanas no alcanzan siquiera la posibilidad de ejercer la independencia moral, a cuyo reconocimiento tienen derecho en una sociedad que trata con justicia a sus miembros. Desde el punto de vista de los principios de una sociedad política decente, la pobreza equivale a una incapacidad social que niega, en los hechos, a algunos seres humanos la posibilidad de conducir su vida conforme a su imaginación y a su esfuerzo. Una sociedad que asiste con el ánimo ligero al fenómeno de la pobreza o que simplemente confía, como ocurre con el pensamiento conservador, que la historia o la naturaleza podrá algún día superarla, es una sociedad que está renunciando a reconocer a cada uno de sus miembros la condición de igualdad que, sin embargo, esgrime para legitimar al conjunto de sus instituciones.

El ideal democrático aspira, en cambio, a que la comunidad política, este espacio común en el que desenvolvemos nuestra vida, sea hasta cierto punto una comunidad de iguales y no una comunidad estratificada, que tolera que sus miembros sean castigados por la naturaleza o por la cuna. Ésta es, aunque solemos olvidarlo, y aunque la igualdad hoy día tiene mala prensa, el principio básico de toda acción política en una sociedad democrática. Lo propio de una sociedad democrática, es que aspira, en algún nivel siquiera mínimo, a ser una comunidad de iguales, sino en bienestar, sí al menos en recursos iniciales. Es verdad que, en sus inicios, esa igualdad se tradujo sólo en una igualdad formal, en una igualdad, como suele decirse, ante la ley; pero hoy día, se trata de una igualdad un poco más exigente, de una igualdad

en capacidades sociales y en bienes primarios, en bienes indispensables para que cada uno conduzca su vida conforme a su propio discernimiento.

Una sociedad democrática, en otras palabras, entiende que una sociedad justa es una sociedad que distribuye los recursos y las oportunidades en relación al mérito de las personas. Es una sociedad que se alegra de las diferencias que son producto del esfuerzo, y que se entristece cuando se trata de diferencias inmerecidas, que son producto del azar natural o de la simple pertenencia familiar. Al desconfiar, como vengo diciendo, de la naturaleza y de la historia, la sociedad democrática trata -dentro de ciertos límites- a los talentos innatos como bienes comunes, y a las discapacidades o desventajas, como desventajas también comunes. Si usted no tuvo participación en las ventajas que tiene, entonces es justo que tratemos esas ventajas como bienes hasta cierto punto sociales. Una sociedad justa es, entonces, una sociedad que se esmera en disminuir el peso de las diferencias inmerecidas (que son fruto del azar natural o de la historia, como hemos visto) y que trata a los talentos, hasta cierto punto, como bienes sociales.

Ese conjunto de ideas, sobre las que la cultura democrática vuelve, con porfía, una y otra vez, son las que en algún sentido subyacen inicialmente a la escuela, aunque no siempre ella ha podido ser fiel a esos principios. Un breve repaso, inevitablemente grueso, de las líneas principales del desarrollo del sistema escolar lo ponen de manifiesto.

Lo que hoy día conocemos como sistema escolar, esto es, un sistema nacional de enseñanza, con los niños divididos en clases, según la edad y el grado de conocimiento, cada uno en su aula, bajo la inspiración de un sistema incremental de aprendizaje y relativamente separado de la familia- se encuentra íntimamente atado al surgimiento de la universalidad del estado nacional, es decir, a la idea que un grupo de seres humanos son entre sí iguales y gozan de los mismos derechos cuando comparten una misma forma de gobierno. Es verdad que existe evidencia que el sistema de clases escolares fue usado por vez primera en Francia a principios del siglo XVI, y que los jesuitas emplearon desde temprano el diseño de contenidos centralizado, que más tarde llamaríamos currículo; pero es sólo con el surgimiento del estado nacional y la irrupción del sistema fabril, de la fábrica en otras palabras, cuando el sistema de educación de masas a cargo principalmente del estado, separado de la familia y organizado en base a contenidos que se deliberan centralizadamente, principia a expandirse por Europa Occidental y de ahí hacia el resto del mundo. El sistema escolar, entonces, nació íntimamente atado al surgimiento del sistema fabril (a la separación entre unidad productiva y unidad familiar, en suma), a la creación de una unidad política artificial, la nación, a cuyos miembros se adscribía un conjunto de derechos, y a una visión hasta cierto punto meritocrática del orden social, fruto, por supuesto, de la influencia cultural de la reforma (Goodson, 1995).

La secuencia seguida por los estados que promovieron la enseñanza nacional de masas, fue notablemente parecida. Al interés nacional por la educación universal, lo siguió la legislación que hizo la escolaridad obligatoria, y la formación de ministerios o departamentos que centralizan el diseño y administración de los contenidos.

Desde un punto de vista interno, ahora, el sistema escolar, desde mediados del siglo XIX en adelante, se lleva a cabo por una mezcla, por llamarla así, de pedagogía, currículo y evaluación.

No tenemos tiempo, por supuesto, de examinar el diferente peso y función que en la evolución del sistema escolar de masas surgido al amparo del sistema democrático, poseyó cada uno de esos elementos. Pero, en términos generales, el análisis histórico muestra que el currículo fue poco a poco utilizado para diferenciar capacidades y vocaciones tempranas (a fin de alinear los contenidos con objetivos de eficiencia social), y la evaluación fue poco a poco diseñada desde el sistema de educación superior (el caso paradigmático de este último proceso, es el de los Estados Unidos de América).

De un modo paralelo a la interacción de currículo, pedagogía y evaluación, pudiéramos decir las tres claves del sistema escolar, la enseñanza nacional de masas estuvo siempre acompañada de la preocupación por la igualdad.

La igualdad educativa -podemos llamar así a la igualdad esperada del sistema escolar- poseyó desde el inicio dos dimensiones que es necesario distinguir. Ambas, como es obvio, íntimamente atadas al ideal democrático.

De una parte, se encuentra la igualdad de oportunidades ante la enseñanza o ante el sistema escolar y, de otra, la igualdad de oportunidades a la hora de distribuir ventajas o posiciones sociales. En el caso de la igualdad de oportunidades ante la enseñanza, se trata de plantear el problema de quién accede a la escuela o, en otras palabras, el problema de cómo o entre quiénes se distribuyen los cupos del sistema escolar. En el segundo caso, se trata de dilucidar cuánto pesa la formación educacional en la distribución de oportunidades sociales. Alguna vez se pensó, con cierta ingenuidad, que la igualdad de oportunidades en la enseñanza conduciría inevitablemente a una sociedad meritocrática, es decir, alguna vez se creyó que si una sociedad distribuía con igualdad la escuela, entonces cada niño o niña tendría una oportunidad igual de mostrar sus talentos y su disposición al esfuerzo, de manera que, en el extremo, la sociedad podría distribuir recursos y oportunidades en base al mérito.

Alguna vez, y antes que este tipo de problemas fueran considerados con la seriedad que merecen, se pensó que la industrialización estaba atada al aumento de la escolarización, y que ésta debía, por su parte, incrementar la igualdad de oportunidades ante la enseñanza, y estimular, por decirlo así, la movilidad social. Desgraciadamente,

el análisis más cuidadoso que se ha llevado a cabo al amparo de esos ideales, ha mostrado, con cierta persistencia, cuán porfiada es la desigualdad.

En otras palabras, la promesa que la escuela formula al amparo del ideal democrático, a saber, que cada uno tendrá una oportunidad igual de acceso al sistema escolar, lo que permitirá que cada niño o niña vea florecer sus talentos, de manera que la sociedad pueda, más tarde, distribuir recursos y oportunidades en base al mérito, es una promesa hasta cierto punto incumplida, según lo pone de manifiesto la literatura en todas las sociedades. La igualdad ante la enseñanza, en otras palabras, no se ha traducido en una igualdad provista de pareja intensidad, a la hora de distribuir recursos y oportunidades sociales. Nada de esto, por supuesto, debe conducir a la conclusión simplista que los grupos conservadores se apresuran a sacar, según la cual la escuela poco tiene que ver en la distribución de oportunidades y que entonces hay que dejarla (como en una medida relevante está ocurriendo en Chile) y entregarla a la familia; pero se trata de una constatación que es necesario tener en cuenta por aquellos que están sinceramente interesados en promover la educación, como una parte importante de la movilidad social y la distribución de recursos.

¿Qué pudo ocurrir para que la escuela, que nació íntimamente atada a la expansión del ideal democrático, no haya estado del todo a la altura de las esperanzas que las sociedades cifraron en ellas?

La sociología y la economía de la educación, como ustedes saben, abundan en respuestas, no siempre consistentes entre sí frente a esa pregunta. Pero hay una considerable porción de respuestas frente a esos problemas, que coinciden en una verdad que la filosofía se había encargado de detectar antes que los sistemas escolares siquiera existieran.

En “La República”, Platón, como ustedes recuerdan, sugiere que para tratar con justicia a los recién llegados a este mundo, era inevitable separarlos de la familia. Platón sospechó que la familia transmitía a los nuevos miembros ventajas materiales y simbólicas que, bien miradas, son injustas puesto que sus titulares se encuentran con ellas sin haber hecho nada para merecerlas. Si en vez de la familia, fuera la polis la que se encarga de la educación de los niños, entonces sería posible que tratáramos a cada uno según sus capacidades y según su esfuerzo. Siglos más tarde, esta vez en “La Fenomenología del Espíritu”, es Hegel quien cita a Antígona como la imagen de la relación inevitablemente rival y hasta cierto punto antagónica entre la familia en la que cada uno nace y la ciudad a la que pertenece. La ciudadanía, sugirió Hegel, la pertenencia a la ciudad, se encuentra inevitablemente reñida con la pertenencia familiar. Por supuesto, la sociología ha teñido esas conclusiones de datos, de varianzas y de asociaciones estadísticas, pero en lo fundamental parece estar asentada la idea que la pertenencia familiar (en particular el capital cultural de los padres, los valores de la familia de orientación y para qué decir el capital eco-

nómico de que cada una dispone), es casi decisiva a la hora de predecir cuán exitoso o no será el desempeño escolar de los hijos y la idea que la escuela tiende, en una medida relevante, a reproducir el capital cultural previo. Nada de esto significa, por supuesto, que haya que descuidar el trabajo en el aula (que, como lo muestran las investigaciones de escuelas efectivas, o el informe de Cassasus, tiene importancia) o que la escuela no valga la pena (que es la conclusión algo apresurada que algunos derivaron de la famosa investigación de Bourdieu y Passeron o del Informe Coleman); pero se trata de datos que hay que tener en cuenta si estamos de verdad interesados en que el sistema escolar esté, por decirlo así, a la altura de las esperanzas que alguna vez ciframos en él. Si, como lo sugiere el ideal democrático, cada vida humana debe ser el fruto de la imaginación y del esfuerzo de quien la vive, si a fin de cuentas el ideal de una sociedad respetuosa de sus miembros, es que cada uno logre vivir la vida que eligió, y no tolerar simplemente la que las injusticias de la hora le imponen, entonces debemos ocuparnos de la escuela, de sus posibilidades y de sus limitaciones.

Pero no es sólo la sociología lo que hemos de tener en cuenta a la hora de discutir sobre igualdad educativa y sociedad democrática. Desde la década del sesenta la economía de la educación —particularmente en la forma de teoría del capital humano— ha insistido en los vínculos, no del todo acreditados desde el punto de vista empírico, entre educación y desarrollo (no sabemos si los mayores niveles de educación son fruto del crecimiento o si es al revés), y la economía neoclásica ha insistido en el uso de incentivos y de subsidios a la demanda para mejorar la educación.

Todos esos puntos de vista muestran cuán compleja -pero también cuán inevitable- es la relación entre igualdad educativa y sociedad democrática, e incluso entre igualdad educativa y sistemas de mercado (a fin de cuentas, en el extremo, un sistema de mercado ideal es meritocrático). Una relación que, de otra parte, se entrecruza con problemas propios del diseño institucional de la enseñanza, relativos a en quién debe radicarse la autoridad educacional (si en las familias o en la comunidad) o relativos al sentido mismo de la educación (que no es el mismo según usted suscriba la teoría del capital humano, una concepción eugenésica de la educación o una concepción republicana de la escuela como la que defendió, por ejemplo, Dewey). Todo esto pone de manifiesto cuán profundo e inevitablemente ideológico, es el debate sobre educación, cuán necesitado está de debate democrático y cuán lejos está de ser una simple cuestión de políticas públicas.

Ahora bien, ¿A qué conclusión debiéramos arribar si contrastamos los precedentes principios con la situación hoy día vigente en Chile?

En Chile, al revés de lo que aconsejan los principios que acabamos de revisar, tenemos, para decirlo en una frase, una sociedad de herederos, una sociedad que reproduce, más allá de lo que es imprescindible, las dotaciones iniciales inmerecidas.

El sistema escolar en Chile se esmera con la afiebrada precisión de un hiperrealista, en reproducir la pertenencia familiar de los niños en vez de corregirla.

En Chile, es verdad, tenemos hoy día una mayor equidad en el acceso al sistema escolar, es decir, en Chile, y éste es sin duda un avance que provee motivos de alegría, no existen casi exclusiones a nivel del sistema escolar y por vez primera en su historia la cobertura es casi completa. Nunca como hoy ha existido un nivel más alto de equidad en el acceso a las oportunidades educacionales a nivel del sistema escolar. Subsisten, sin embargo, a este nivel básico de la igualdad educativa, importantes deficiencias a nivel de la educación parvularia, puesto que mientras casi la mitad de los niños del quintil más alto reciben educación parvularia, ello ocurre con menos del cuarto de los del quintil más pobre. En la enseñanza media la cobertura es hoy día casi completa y los niveles de retención de la población escolar aumentan; aunque está desigualmente distribuida todavía entre los quintiles más pobres y los más ricos. La educación superior o terciaria, por su parte, ha experimentado una sostenida expansión aunque, como siempre, esa expansión favorece relativamente a los alumnos de más altos ingresos. Con todo, las oportunidades educativas a nivel de la educación superior, son hoy día mejores que hace cosa de veinte años (la población estudiantil creció casi por cinco veces en el período). Todo esto, como digo, provee motivos para alegrarse.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con la distribución de resultados educacionales que en nuestro país sigue siendo profundamente inequitativa.

Como es suficientemente sabido, los resultados de las pruebas SIMCE, tanto en educación básica como en educación media, muestran que hay porfiadas diferencias en la distribución de resultados educacionales en relación a la categoría socioeconómica de los niños (la que, atendida la estructura del sistema, suele coincidir con el tipo de establecimiento educacional). Los resultados de las pruebas de selección universitaria muestran también una alarmante desigualdad, según el nivel socioeconómico de los estudiantes. Para el último año en que existió la Prueba de Aptitud Académica —los datos de la Prueba de Selección Universitaria no parecen ser del todo disímiles— casi la mitad de los estudiantes que provenían de hogares con un ingreso inferior a 278.000 pesos, no alcanzaba los 450 puntos en la Prueba de Aptitud Académica, y sabemos también que mientras uno de cada dos estudiantes de colegios pagados alcanzaba más de 600 puntos en la prueba de Matemática, ello sólo ocurría con uno de cada 24 estudiantes de colegios municipales. En otras palabras, si usted es pobre, si usted tiene una dotación inicial inmerecida, sea por el azar natural o por la historia familiar, usted recibirá educación de baja calidad, y su talento, entonces, no podrá florecer. Si usted es, en cambio, rico, usted podrá compensar con educación de mejor calidad su menor talento o su menor capacidad. Como resultado de todo esto, la sociedad en su conjunto se empobrece y simplemente

reproduce las desigualdades iniciales que, hemos visto, deben ser tratadas, en una teoría de la justicia, como bienes comunes.

Es difícil exagerar el papel que cumple la educación en Chile, y es difícil exagerar cómo, en vez de corregir la desigualdad, simplemente la reproduce. Nuestra educación se parece por eso al demonio de Maxwell, quien, como ustedes recuerdan, intentó explicar cómo en el mundo físico era posible evitar la segunda ley de la termodinámica, el principio de entropía que hace que si se mezclan partículas calientes con partículas frías, la diferencia tienda a desaparecer. El físico imaginó entonces un demonio que en el mundo físico era capaz de detectar las partículas más rápidas y calientes, y separarlas de las más lentas y más frías, evitando así que mezclaran su calor hasta desaparecer. Pierre Bordieu sugirió alguna vez que la escuela era como el demonio que imaginó Maxwell: en vez de corregir la desigualdad de que son portadores los niños en términos de dotaciones naturales y capital simbólico y familiar, tiende a reproducirla, potenciando a los que están mejor dotados por la fortuna y condenando a la subordinación a lo que tuvieron peor suerte. Al contrario de lo que enseña el ideal republicano, y el demonio de Maxwell, nuestras escuelas reproducen fielmente la pertenencia familiar y el capital social de las personas, en vez de contribuir a corregirlas. Nuestro país arriesga por eso a ser una sociedad sin escuelas, o lo que es peor a una sociedad donde la escuela en vez de ser el lugar del encuentro y de lo público, es simplemente una extensión del hogar y de sus diferencias.

Es cierto, como lo muestra la sociología de la educación y de la movilidad social, que el desempeño escolar es función de múltiples factores que van desde los valores de la familia de orientación, hasta el capital cultural de los padres, pasando por la calidad del trabajo en el aula. Todo eso es, sin duda, cierto, y ese conocimiento con que hoy día contamos provee de esperanzas para aumentar la equidad en la distribución de los resultados educacionales, y la equidad en la distribución posterior de las oportunidades sociales.

Pero me parece que nos engañamos si por introducir complejidad intelectual a este problema, olvidamos que en nuestro país los problemas parecen ser también más gruesos, parecen ser problemas básicos de distribución de recursos y de autoridad educacional.

Porque el sistema escolar en Chile, en vez de corregir las desigualdades de la cuna, parece empeñado en reflejarlas y simplemente en reproducirlas. Desde luego en Chile existe, por decirlo así, una concepción eugenésica de la educación que pone la autoridad educacional del lado de los padres, y una estructura escolar extremadamente diferenciada al compás del ingreso de las familias, hasta alcanzar un sistema educacional que puede ser descrito, como lo dijo sin remilgo alguno el informe de la OCDE, “conscientemente estructurado por clases” (OCDE, p. 277). Este diseño -que en conjunto acerca la escuela a la familia, contribuyendo así a reproducir la pertenencia-

cia a esta última- poseyó, como lo muestra la evidencia, importantes efectos en la cobertura educacional, y hasta cierto punto acrecentó la equidad en las oportunidades iniciales y básicas para aprender, y aumentó, en alguna medida, el valor agregado de la educación (o sea, produjo un mayor bien para el mayor número relativamente a la situación que le antecedió); pero en la práctica produce una selectividad por familias particularmente, como lo pone de manifiesto la evidencia, entre el 20% más pobre y el 20% más rico (OCDE, ídem). Esa selectividad por familias, se traduce en una selectividad por escuelas que se acentúa más todavía cuando se atiende a las diversas reglas en medio de las que se desenvuelve la educación municipalizada, por una parte, y la educación particular subvencionada y enteramente privada, por la otra. Mientras las escuelas privadas pueden seleccionar y expulsar, ello no ocurre con las municipalizadas, y la introducción del cobro de colegiaturas en las escuelas subvencionadas, posee el obvio efecto de acrecentar la desigualdad y el peso del factor familiar en la distribución de resultados. La libertad de enseñanza, concebida como un principio de libre elección a favor de las familias que ha hegemonizado el debate público en Chile, introduce, por los motivos que se acaban de decir, limitaciones estructurales al sistema educacional en Chile a la hora de confrontarlo con los ideales de igualdad democrática que, como vimos al inicio, aspiran a corregir las desigualdades de la naturaleza y de la cuna, en vez de ser, como parece estar ocurriendo en nuestro país, simplemente fiel a ellas.

A la luz de la precedente realidad no es, entonces, exagerado afirmar que en nuestro país la distribución de oportunidades sociales y de recursos para las grandes mayorías, para esa mitad de la población estudiantil que va a la educación municipalizada, se efectúa, sin duda, en base a factores que están a las afueras de las puertas de la escuela y no, en cambio, como lo sugiere el ideal democrático, dentro de la escuela.

Por supuesto, como creemos a pie juntillas hoy día en nuestro país, los padres tienen el derecho de guiar y escoger la educación de sus hijos. Es consustancial al hecho de ser padre o madre intervenir en la vida del hijo mediante la educación, y traspasarle ventajas previamente adquiridas. Pero no es éste un derecho individual que pueda ser esgrimido sin ponderar, al mismo tiempo, el tipo de comunidad política en el que queremos vivir. En el ideal republicano, la escuela y la Universidad, no son extensiones del hogar, sino también espacios públicos abiertos a la deliberación y al diálogo, lugares en los que se aprende la ciudadanía. Por eso desde muy antiguo -Hegel, como vimos, creyó verlo en Antígona- hay un conflicto entre la familia y la ciudad. Si la educación fuera siempre una extensión del hogar o la familia, ¿dónde aprenderíamos la ciudadanía y las virtudes cívicas en base a las cuales podemos reclamar un trato igual?_Una comunidad política no equivale sólo a una convergencia de individuos y de familias, sino también a un espacio comunicativo donde reconocemos una igualdad básica. Aspirar a que el colegio o la Universidad sean

extensiones de la casa o de la Iglesia -que es como a veces se concibe la educación privada- arriesga el peligro de deteriorar el espacio de lo público, el espacio de la democracia, que es aquel lugar donde, a fin de cuentas, nos encontramos todos.

DERECHOS DEL NIÑO Y EDUCACIÓN

MIGUEL CILLERO*

I. Introducción

En esta presentación desarrollaré algunas ideas básicas acerca de la relación entre derechos humanos y el sistema educativo. En síntesis, sostengo la idea que la tarea educativa –tanto entendida como política pública, cuanto como práctica pedagógica- se enriquece y complementa al enfocarla desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Esta relación de enriquecimiento y complemento se funda en un criterio relativamente asentado en la sociedad contemporánea: el de la integración – en el diseño de políticas públicas – de los enfoques de Derechos Humanos y de Desarrollo Humano. Asimismo, la relación antedicha también se basa, y sustancialmente, en el reconocimiento de la educación como un instrumento privilegiado para la construcción dinámica de la democracia, la mitigación profunda de las desigualdades sociales, aún intolerables, que generan en nuestras sociedades miseria y exclusión¹.

Es evidente que las relaciones entre el sistema político democrático, derechos fundamentales y educación se pueden analizar desde múltiples puntos de vista. En las líneas que siguen, concentraré mis reflexiones sobre una dimensión particular: la relación entre derechos humanos de la infancia y educación.

II. El Punto de Inflexión: el Siglo XVIII

Entendida en su significado primigenio, tanto la acción de educar como la reflexión respecto de su hacer, constituyen atributos inveterados en el hombre, cuyas huellas nos pueden remontar a las primeras civilizaciones de las que se tenga memoria histórica. Sin educación, la propia noción de cultura carecería de sentido. La cultura, ya sea como elaboración de técnicas rudimentarias de subsistencia, ya como la expresión, supervivencia y modo de ser de una civilización, se construye sobre la arquitectura poderosa de la educación. Sin ésta, la polis se arruina y parece de

* Abogado, Consultor de UNICEF, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile. Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada por el autor en el Seminario Internacional "Políticas Educativas y Equidad" realizado en Santiago de Chile en Octubre de 2004 cuyas actas fueron publicadas por la Fundación Ford, UNESCO, UNICEF y la Universidad Alberto Hurtado, 2005.

¹ Véase Informe de Desarrollo Humano, PNUD, New York, 2000.

manera irremediable. Así lo entendió Platón, quien desde la Grecia antigua nos lo hizo saber de manera elocuente en La República. La educación ha existido siempre.

Si bien en los distintos modelos de sociedad que se han sucedido en la Historia, se desarrollaron instituciones educativas y prácticas pedagógicas² particulares y propias, las que dominan en el actual sistema educativo -así como la correlativa concepción contemporánea sobre la infancia como sujeto de derecho- parecen remitir al proceso de transición y cambio iniciado a partir de la Ilustración³. Como es sabido, las múltiples transformaciones filosóficas, políticas, sociales, económicas y jurídicas que la sociedad occidental experimentó a partir del Renacimiento, generaron mutaciones significativas en las condiciones sociales y jurídicas de la familia y de la infancia. A fines del siglo XVIII, este proceso de transformaciones desembocó en una ruptura gigantesca del antiguo orden político y social cuando ocurrió la Revolución Francesa, que puso fin al estado absoluto de base feudal vigente en Francia desde hacía más de 300 años.

En el ámbito específico de la infancia, el proceso de transformaciones tuvo un hito fundamental 200 años después, al aprobarse en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en 1989⁴. Los estudios históricos revelan que estas transformaciones se produjeron a través del desarrollo de mecanismos institucionalizados⁵ de socialización e integración social que vinieron a complementar o sustituir las tareas que la familia y la religión habían tenido hasta ese momento.

Entre los mecanismos institucionalizados creados por el derecho y sustentados por la actividad del Estado, se encuentra la escuela pública. La educación pública forma parte del proyecto de sociedad que comenzó a desarrollarse con la ilustración, que se entronca -con el aporte de otros programas políticos- con el proyecto del Estado Social y Democrático de Derecho, vigente en la actualidad en los países de Occidente. Analicemos sintéticamente los componentes centrales de este proyecto.

En primer lugar cabe destacar dos dimensiones de la educación: su carácter público y universal. Por carácter público, entiendo no sólo que sea de interés general, sino que el desarrollo de la educación pública se encuentra respaldado por normas jurídicas y prestaciones estatales dirigidas hacia toda la población; esta idea se ha expresado con la fórmula educación universal y gratuita. Que sea universal significa que la educación debería distribuirse igualitariamente para todos.

² Un estudio clásico sobre esta materia es el de DURKHEIM, E.: "evolution pédagogique en France", 1ª ed. 1939, en castellano "Historia de la Educación y de las Doctrinas Pedagógicas. La Evolución Pedagógica en Francia", ediciones de La Piqueta, Madrid, 1992.

³ Véase POLLOCK, L.: "Los niños olvidados, relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900", México, Fondo de Cultura Económica, 1990; GOSSBERG MICHAEL: "Changing Conceptions of Child Welfare in the United States, 1820 -1935" en Rossenheim, Margaret et al A Century of Juvenile Justice, The University of Chicago Press, Chicago, 2002 pp. 3 - 41.

⁴ Véase PILOTTI, F.: Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. Serie Políticas Sociales N° 48, Santiago, CEPAL - ECLAC, 2001.

⁵ Estos mecanismos institucionalizados no surgen espontáneamente, sino que son creados a través del derecho y pretenden ser -lo que no siempre es efectivo- expresión de un pacto social legitimado por la voluntad general y estabilizado por normas jurídicas.

La igualdad debe ser garantizada por la Ley y la actividad de las administraciones del Estado, tanto en su calidad de prestador de servicios educacionales, como de regulador de los privados. La gratuidad es la necesaria garantía para lograr la universalidad.

En segundo término, es conveniente poner atención al impacto de este proyecto en la consideración social y la identidad de la infancia. El nuevo proyecto educativo surgido de la Ilustración proponía la unificación de la condición de la infancia: la infancia escolarizada debía desplazar a la infancia trabajadora, condición que había sido asignada prioritariamente para los hijos de los pobres en los comienzos de la revolución industrial⁶. Como señala CUNNINGHAM, desde comienzos del siglo XIX se inició un proceso de transformaciones «por el que pudo llegar a pensarse que todos los niños tenían derecho a disfrutar de las experiencias de lo que constituía la “auténtica infancia”»⁷. La educación pública tuvo una función preponderante en la construcción de este ideal colectivo de universalizar la experiencia de la infancia, propósito que se encuentra, sin duda, en el origen y la creación de las condiciones históricas y sociales para la formalización y positivización de los Derechos Humanos de los niños⁸.

Los mecanismos jurídicos con que se promovió la preeminencia de la infancia escolarizada sobre la infancia trabajadora fueron la obligatoriedad de la educación y la progresiva elevación de la edad en que se permite trabajar legalmente, proceso que se desarrolla simultáneamente desde mediados del siglo XIX en adelante⁹.

Complementos de la obligatoriedad son la gratuidad y el establecimiento de políticas sociales de apoyo y desarrollo de la infancia pobre, para así evitar que el trabajo infantil deba ser utilizado como estrategia de sobrevivencia, familiar o personal, en el ámbito del trabajo informal o en actividades ilegales. El propósito que subyace a estos mecanismos institucionales, como se dijo, es garantizar el reconocimiento para todos –hijos de los pobres o no– que la infancia sea una etapa de la vida especialmente protegida y destinada a asegurar el pleno desarrollo de la personalidad¹⁰.

⁶ Véase al respecto CUNNINGHAM, H.: “Trabajo y Explotación Infantil. Situación en Inglaterra de los Siglos XVII al XX”, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994 pássim, en especial sobre este punto p. 51.

⁷ CUNNINGHAM, H.: op. cit. p. 13.

⁸ Sobre las condiciones sociales que favorecen la positivización de los Derechos Humanos, véase el clásico texto de BOBBIO, N.: “El Tiempo de los Derechos”, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

⁹ Al analizar la evidencia histórica queda de manifiesto que la obligatoriedad de la enseñanza se vincula tanto con la garantía de universalidad, como con la exclusión de la mano de obra infantil del mercado de trabajo y la consecuente prohibición de toda otra forma de explotación económica de los niños. Paulatinamente los instrumentos jurídicos irán estableciendo la preeminencia de la educación sobre el trabajo, llegando en la actualidad a la fórmula paradigmática contenida en el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por la cual todos los niños, niñas y adolescentes menores de dieciocho años deben ser protegidos de cualquier trabajo que entorpezca su educación.

¹⁰ Un ejemplo de este debate son las ideas expuestas en 1908 por la chilena, premio Nóbel de literatura, Gabriela Mistral: « en las aldeas donde se siente más imperiosa la necesidad de enseñanza de la Instrucción Primaria Obligatoria... los padres de familia, en su mayoría rústicos, no quieren privarse durante unos pocos años del trabajo de sus hijos, ni convencerse de que la instrucción es tan necesaria a su ser moral e intelectual como la salud a su ser físico...» MISTRAL, G.: “Sobre Instrucción Primaria Obligatoria” en QUEZADA, J. Compilador: “Pensando Chile una Tentativa hacia lo Imposible”, ed. Cuadernos Bicentenario, Santiago, 2004, p. 309.

Así, tras el proyecto de la escuela pública, encontramos el reconocimiento de una identidad específica y universal de la infancia, junto a una aspiración de reconocer la subjetividad de los niños más allá del ámbito privado de la familia.

Estas ideas sobre la escuela pública, sin embargo, no pueden considerarse como hegemónicas. Junto a este ideal, que podemos denominar democrático o republicano, el sistema público educacional ha sido denunciado por crear sofisticados aparatos de control y de reproducción del sistema social a través del desarrollo de la obligatoriedad de la educación, de sistemas disciplinarios y de mecanismos de selección que favorecen la exclusión y segmentación social¹¹.

Desde un punto de vista funcional, la educación pública, así como la mayor parte de las instituciones surgidas de la Ilustración, presentan este carácter ambiguo, por el cual han servido tanto para expandir la libertad y la igualdad, como también se han utilizado para menoscabar los derechos de las personas y favorecer el sometimiento de unos sobre otros¹².

Como consecuencia de esta evolución – no exenta como se dijo de conflictos y contradicciones - podemos señalar que la educación ya desde comienzos del siglo XX aparece – en el plano ideal de las normas - como un derecho universal, amparado por la gratuidad y la obligatoriedad.

Asimismo, para los que confiamos en que el respeto de los Derechos Fundamentales de todas las personas - independientemente de su edad, sexo o condición- es un programa de acción democrática que debe fortalecerse, encontramos en estos ideales normativos, expresados como voluntad política por las Constituciones Nacionales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una herramienta efectiva para avanzar en los procesos de ampliación de la libertad y la igualdad.

En lo que sigue intentaré proponer de qué forma el ideal democrático del derecho universal a la educación en su actual formulación en la Convención sobre los Derechos del Niño, puede contribuir de manera significativa al fortalecimiento de un sistema educacional público que favorezca la igualdad y el desarrollo de la personalidad y que se resista eficazmente a cualquier forma de instrumentalización inspirada en la reproducción de la desigualdad, o la mantención de las relaciones de dominio o de menoscabo personal o social.

¹¹ “El Estado del control social”, México DF, S.XXI Editores, 1992; un análisis más radical en la clásica exposición de ALTHUSSER, L.: “Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado”, en ZIZEK, S. Compilador: “Ideología. Un mapa de la cuestión”, Ed. FCE, B.Aires, 2003, pp. 115-155, en especial p. 126-127.

¹² Sobre este fenómeno de avasallamiento autoritario de los ideales ilustrados, véase FOUCAULT, M.: “La Verdad y las Formas Jurídicas”, Ed. Gedisa, Barcelona 1995.

III. La Educación Como Derecho Fundamental

Es innegable que el derecho a la educación tiene una realidad jurídica positiva. Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocen a la educación como un Derecho Fundamental; la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo establecen expresamente y, de modo indirecto, también el de Derechos Civiles y Políticos, que consagra la libertad de conciencia, pensamiento y religión¹³. Lo mismo ocurre en los Tratados Internacionales de carácter regional (América, Europa y África) y en textos específicos relativos a la infancia y la mujer¹⁴.

Este amplio reconocimiento nos indica ciertas particularidades jurídicas del derecho a la educación. Se trata de un derecho complejo, integrado por distintas garantías y libertades. Respecto a su naturaleza, es difícil clasificarlo como un derecho civil o político o como un derecho de carácter económico, social o cultural, ya que de él surgen libertades que deben ser respetadas y garantizadas por el Estado; prestaciones que obligan al Estado -derivadas, por ejemplo, de la gratuidad-; o derechos referidos a la diversidad cultural y étnica, lo que sitúa la discusión también en el ámbito de los derechos culturales¹⁵.

Los Derechos de los niños, y entre ellos el derecho a la educación, han tenido un rol importante para el desdibujamiento progresivo de la categorización rígida que distingue entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos sociales, por la otra. Fue “mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, (que) la comunidad internacional pudo zanjar, por primera vez, la brecha ideológica que ha separado históricamente los derechos civiles y políticos de los económicos sociales y culturales”¹⁶, por lo que esta Convención ha sido considerada como un “puente entre el desarrollo humano y el desarrollo de los derechos”¹⁷.

Asimismo, se puede poner el acento en las habilitaciones¹⁸ que otorga el derecho a la educación: ¿constituye una facultad del Estado para educar obligatoriamente a los niños?; ¿es un derecho de los padres para elegir la educación de sus hijos según sus propias creencias y cultura?; ¿es un derecho de los niños a aprender que les permita discernir sobre distintos modelos de vida luego de conocerlos todos?

¹³ El artículo 18, luego de reconocer este derecho de todas las personas, vincula este derecho con las facultades parentales.

¹⁴ Un completo panorama de los instrumentos internacionales en TOMASEVSKI, K.: “Manual On Rights-Based Education”, UNESCO, Bangkok, 2004, pássim. Este documento se encuentra disponible en (6.10.04), desde donde se cita.

¹⁵ TOMASEVSKI, K.: ob. cit. p. 4.

¹⁶ Grant, J. “Los Derechos de los Niños: la base de los Derechos Humanos”, UNICEF, N.York, 1993, p.6. Discurso del Ex-Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.

¹⁷ Himes, J. “Implementing the Convention on the Rights of the Child”, Martinus Nijhoff, Publishers, The Netherlands, 1995, nota 39 p. 223.

¹⁸ PEÑA, C.: ¿Para qué educar?, en Revista de Derechos del Niño, N° 2, 2003, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES/UNICEF, pp., 89-98.

Podemos preguntarnos también si a través del sistema educativo se trata de establecer un proceso de socialización que sea parte de un continuo más amplio de control social; o bien, afirmar que la educación sirve a la reproducción de valores culturales, formas de vida y conocimientos que son estimados como valiosos y que por ello se transmiten generacionalmente a través de un mecanismo público; podemos, finalmente, entender el sistema educativo como un ejercicio progresivo y práctico de la autonomía presente -aunque todavía incompleta- de los niños y jóvenes, destinado justamente a proteger y garantizar su futura autonomía e integración social, como sugiere FREEMAN¹⁹.

Los textos internacionales parecieran recoger algo de cada una de estas perspectivas, intentando equilibrarlas y ponderarlas acogiendo la complejidad del derecho a la educación. Para nuestro análisis el texto más relevante es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, última formulación jurídica del sistema internacional sobre este tema, que ciertamente toma opciones definidas en cada una de estas materias y que a continuación pasamos a revisar.

a) La Educación en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

El artículo 29 de la Convención aporta, como punto de vista específico para comprender el derecho a la educación un elemento en cierto sentido novedoso y que es propio del enfoque de derechos: el aprendizaje del niño. A partir de los resultados en el niño, la Convención opta por establecer los fines de la educación: desarrollo integral de su personalidad, aptitudes y capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades; respeto por los derechos humanos; respeto a sus padres, a su identidad cultural y a la de las civilizaciones distintas a la suya; respeto por el medio ambiente; finalmente, preparación para la vida independiente.

Este enfoque en el niño permite comprender, adicionalmente, la función social del sistema educativo; la educación pública que tradicionalmente se había entendido como un servicio público, pasa a ser entendida como una garantía para la satisfacción del derecho del niño a aprender y desarrollarse integralmente.

La amplitud de estos propósitos exige un análisis más detallado de los mecanismos que la propia Convención establece para obtener su consecución. Esto redundará en poder inferir orientaciones que sirvan de eje para una discusión futura, que se aparte de fórmulas generalizadoras y de difícil realización, en un campo que es de por sí complejo como el de la educación.

¹⁹ FREEMAN, M.: "The Moral status of children: Essays on the rights of the child", The Hague, The Netherlands and Cambridge, MA: Martinus Nijhoff, Publishers, 1997.

Por ello intentaré referirme sintéticamente al contexto en que se inserta esta declaración del artículo 29.

La Convención sobre los Derechos del Niño se estructura en base a tres pilares fundamentales: la concepción del niño como sujeto de derecho; la protección de los derechos del niño como reconocimiento de la igual dignidad de todos los miembros del género humano; y una prioridad relativa, o preferencia, en la protección de los derechos del niño expresado en el principio de interés superior del niño. Estas tres dimensiones se encuentran presentes en la regulación del derecho a la educación²⁰.

a.1) El niño como sujeto de derecho y las facultades parentales.

La doctrina de los derechos humanos de la infancia y los instrumentos jurídicos que son expresión de ella, se funda en reconocer que, no obstante la protección que el Estado y los padres le deben a los niños por encontrarse en una etapa de desarrollo, los niños son titulares de derechos y pueden realizarlos, progresivamente, por sí mismos, es decir, con ciertos niveles crecientes de autonomía.

Esta es la novedad que le aporta a la teoría jurídica de los derechos fundamentales la concepción de los derechos del niño. No se trata ya de señalar que los derechos de los niños serían meras obligaciones derivadas de un status especial, sino de genuinos derechos²¹ que están sometidos a un régimen mixto de protección autónoma -autorrealización- y a una protección subsidiaria heterónoma, por los padres y el Estado²².

Ciertamente, los temas de acceso a la educación parecen encontrarse regidos por un principio de complementariedad entre las obligaciones del Estado -de proveer servicios y facilitar el acceso- y los derechos de los padres y de los niños; en cambio, una vez que el niño se encuentra dentro del sistema escolar, ejerce sus derechos con mayor libertad y casi con plena autonomía aunque dependiendo de su edad²³.

Los alcances de esta concepción han sido objeto de un debate todavía inconcluso en el ámbito de la teoría del derecho²⁴, y encuentran en la formulación del derecho a la educación uno de sus puntos álgidos.

²⁰ Véase un análisis específico sobre el derecho a la educación y las demás normas de la Convención en HAMMARBERG, TH.: "A School for Children With Rights", UNICEF, Firenze, 1997.

²¹ Sobre los problemas de fundamentación de los derechos de los niños, véase el ya clásico artículo de MacCORMICK, N.: "Los Derechos de los Niños: una Prueba de las Teorías del Derecho" en *El MISMO: Derecho Legal y Socialdemocracia. Ensayos sobre Filosofía Jurídica y Política*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp.129-137, *pássim*.

²²— 167 en que se refiere ampliamente a este punto.

²³ Prácticamente todos los autores que analizan el derecho a la educación distinguen entre derecho a la educación y derechos en la educación, esto es una vez incorporado al sistema educativo. Véase TOMASEVSKI, K.: *ob. cit.* p. 4.

²⁴ Al respecto véase CILLERO, M.: "Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios". En *Infancia, IIN*, Montevideo, 1998 documento disponible en . (7.10.04).

Así por ejemplo, DWORKIN sostiene que una «prohibición categórica» de la enseñanza privada «viola derechos fundamentales necesarios para mantener la responsabilidad individual de los padres para con sus descendientes», ya que afirma que aún en sociedades donde la riqueza se distribuya de acuerdo con los cánones liberales de igualdad «algunos ciudadanos podrían querer, y tendrían el poder de elegir una educación especial (quizás religiosa) para sus hijos»²⁵.

El artículo 28 de la Convención establece una serie de garantías para que el derecho a la educación «se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad». De esta formulación se puede desprender que los niños son los titulares del derecho a la educación y que, de acuerdo a la evolución de sus facultades (según lo dispone el artículo 5 de la CDN), lo ejercerán por sí mismos, apoyados por sus padres²⁶.

Históricamente, la educación fue concebida más como un deber que como un derecho. Será la Declaración de Derechos del Niño (1959) la que iniciará la transición y pretenderá articular el derecho del niño, y la obligación de los padres y el Estado de educarlo, con la obligación de educarse y el derecho de los padres a guiar su educación. Ciertamente, la tensión entre estos dos polos, educación obligatoria y derecho a la educación, no termina de ser resuelta en los textos internacionales y constitucionales.

Como señala TOMASEVSKI, actualmente el derecho a la educación es en la práctica «tanto un deber como un derecho del niño», aunque advierte que esta perspectiva está cambiando lentamente. En mi opinión, ello obedece a una transición todavía no resuelta en que la obligatoriedad - fundada en una intervención a favor del interés superior del niño durante la educación básica- sería expresión de un deber de protección²⁷, que debe ser complementado con el reconocimiento de mayores grados de autonomía del niño y del adolescente para ejercer su derecho a la educación durante todas las etapas de la enseñanza.

Otro de los asuntos de mayor discusión en este ámbito viene dado por las facultades de los padres. Es evidente que todos los instrumentos les reconocen a los padres algún derecho –incluso privilegiado– para elegir el establecimiento escolar para sus hijos, pero no existe claridad acerca de los límites de esa facultad, atribución que, como sugiere DWORKIN, emanaría de la especial responsabilidad que a los padres les corresponde respecto al bienestar y desarrollo de sus hijos e hijas.

La Convención sobre los Derechos del Niño no abordó directamente este problema en los artículos relativos a la educación, por lo que hay que remitirse a las normas

²⁵ DWORKIN, R.: "¿Entran en Conflicto Libertad e Igualdad?", en BARKER, P.: compilador "Vivir como Iguales", Ed. Paidós Barcelona/Buenos Aires, 2000, pp. 57-80, p. 76.

²⁶ "Rights in Education", texto preparado por Price, Farrel, Grude y Hart; disponible en (6.10.04).

²⁷ En este punto la discusión se sitúa en el álgido problema del paternalismo jurídico justificado. Una discusión de diversos autores sobre el tema en DOXA, 1988.

generales sobre las relaciones entre padres e hijos contenidas en los artículos tercero (interés superior del niño), quinto (autonomía y reconocimiento de funciones parentales de orientación y dirección) y decimosegundo (sobre derecho del niño a ser oído). Ésta fue una decisión deliberada del Grupo de Trabajo que redactó la Convención, ya que el punto se planteó específicamente durante los trabajos preparatorios²⁸. De acuerdo al debate previo del texto, es posible afirmar que la Convención no establece derechos de los padres, en relación a la educación, sino que regula el derecho del niño y, en función de ese derecho, las funciones parentales²⁹.

La elección por los padres de la escuela a la que asistirá el niño, o el tipo de educación, de acuerdo al sistema de la Convención no es un derecho absoluto de los padres, sino que pasa a estar mediado por el principio de protección de sus derechos; la decisión de los padres – así como la injerencia del Estado en esa decisión- deberá ser sometida a un doble escrutinio; el primero menos exigente, que la decisión no dañe los derechos del niño y, el segundo, más controvertido, que la decisión sea consistente con la mejor protección de sus derechos.

La controversia respecto al segundo criterio, que equivaldría a una interpretación perfeccionista del interés superior del niño³⁰, viene dada por la dificultad de establecer ese mejor interés y, adicionalmente, por el hecho de reconocer a la autoridad -¿administrativa? ¿judicial?- una mayor capacidad de establecer lo más conveniente para el niño.

La propia Convención contiene respuestas a este problema; en primer lugar, para determinar el interés superior del niño se le reconoce un rol fundamental a la opinión del niño. Por su parte, el artículo 16 de la Convención establece el principio de no injerencia arbitraria en la vida familiar, que impide que el Estado –y sus funcionarios- imponga sus criterios vulnerando este principio.

Así se puede entender que la elección de los padres – limitada por la satisfacción de los derechos de los niños- sirve de contrapeso a la educación obligatoria establecida legalmente. Según TOMASEVSKI, esta regla perseguiría –así como la de la libertad de enseñanza y de cátedra- proteger el pluralismo³¹.

Probablemente la respuesta a este problema, en la generalidad de los casos, se encontrará más en el hecho de que la oferta educativa, junto a su variedad, garantice los fines de la educación propuestos por la Convención; a mayor grado de pluralismo

²⁸ UNICEF, Hodgkin, R y Newell, P.: "Manual de Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño", New York, 1998, edición en español, 2001, p. 385.

²⁹ En este sentido idem p. 385 y TOMASEVSKI, K.: ob. cit. pp. 9 y 18-23.

³⁰ Sobre esta discusión véase CILLERO, M.: "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño" en GARCÍA MENDEZ E Y BELOFF, M. compiladores "Infancia, Ley y Democracia en América Latina, 3ª. Edición, Ed. Temis, Bogotá, 2004, pp. 77-93.

³¹ TOMASEVSKI, K.: ob. cit. p. 18.

y tolerancia al interior de cada establecimiento educacional, menores serán las posibilidades de conflictos. Esto es, en cuanto mayor respeto a los derechos en la educación y satisfacción relativamente homogénea de la calidad de la educación, menores problemas plantearía la cuestión de la elección, haciendo este dilema –entre facultades de los padres, derecho de elección del niño y sistemas de asignación estatal- menos decisivo.

Ciertamente, en los márgenes de las ofertas educativas, o en sociedades muy desintegradas, la decisión adquirirá mayor relevancia y allí se deberán desarrollar mecanismos más sofisticados para ponderar los intereses de los padres y de la administración, pero siempre con prioridad de los derechos del niño.

Este mismo criterio debe observarse para regular la libertad de enseñanza, protección constitucional que puede entenderse de la siguiente manera: como una garantía del derecho a la educación que impida que cualquier decisión -ya sea de la autoridad administrativa, de la dirección del establecimiento escolar, o de los padres- pueda poner en riesgo el libre desarrollo de la personalidad del niño durante su proceso educativo. En consecuencia, la libertad de enseñanza, así como las facultades parentales, deben subordinarse u orientarse hacia la satisfacción del derecho a la educación del niño³² y, como dispone expresamente la Convención, a los fines de la educación.

a.2. Educación y Principio de Igualdad.

Según lo dicho, la Convención establece expresamente el mandato de igualdad y la prohibición de toda forma de exclusión y de discriminación, ya sea individual o colectiva³³. La no discriminación en materia escolar es de larga data en el Derecho Internacional; ya en 1960 se aprobó una «Convención contra la Discriminación en la Educación», que prohibía cualquier forma de limitación, exclusión o preferencia basada en la raza, el color el sexo, la religión, la opinión política, el origen social o económico, la condición de nacimiento, que tenga por «propósito o efecto» anular o menoscabar un tratamiento igualitario en el ámbito educativo.

Se pretendía impedir que por razones discriminatorias operara en los hechos la privación de acceso al sistema educativo de personas o grupos o se relegara a ciertas personas o grupos a sistemas educativos separados o de inferior estándar.

³² Sobre esto véase el completo estudio sobre la discusión constitucional española de SATORRAS FIORTT, R.M.: "La Libertad de Enseñanza en la Constitución Española", ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pássim, especialmente, pp. 199 - 231..

³³ Véase el estudio sobre la situación en Chile con amplias referencias al derecho internacional en CASAS, L. Y CORREA, J.: "Conductas Discriminatorias, Abusivas e Infundadas en contra de Estudiantes en la Selección y Marginación en los Establecimientos de Educación Básica y Media", en Revista de Derechos del Niño, N° 1, 2002, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES/UNICEF, pp., 173- 223, pássim.

La progresividad a la que alude el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice relación, por una parte, con el objetivo de universalidad, y por otra, con la igualdad y se constituye fundamentalmente en una obligación para el Estado de garantizar a todos el acceso a un sistema educativo que entregue iguales oportunidades de aprendizaje.

De este modo, y tal como se sostiene en el “Marco de Dakar para la Acción”³⁴, no sólo es necesario eliminar las discriminaciones sino que realizar también acciones afirmativas o de discriminación positiva a favor de los niños excluidos, vulnerables, marginalizados o con desventajas. Esto es, realizar efectivamente el mandato de igualdad, que exige no sólo la prohibición de menoscabo sino que la obligación de atender a las desigualdades para superarlas.

Si el sistema educativo moderno surge como un instrumento en el marco de un proyecto político igualitario que promueve la ampliación de las oportunidades de integración social, con independencia de la condición social propia y de sus padres, su puesta en práctica exige un esfuerzo adicional para superar las diferencias.

a.3) Educación e Interés Superior del Niño.

Como es sabido, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas considera entre los principios rectores de la Convención el relativo a la primacía del interés superior del niño, contenido en su artículo 3. Si concordamos en que, en el marco de un sistema de derechos humanos, el interés superior del niño se identifica con la realización y protección de sus derechos, debemos concluir que en el ámbito que nos ocupa en este artículo, las políticas educativas deben desarrollar los mecanismos necesarios para asegurar a cada niño, y a todos ellos, un efectivo proceso de aprendizaje.

o es suficiente que el Estado otorgue los medios necesario para que la educación esté disponible para todos y que elimine las barreras de acceso, exclusión o impida la marginación de los niños del sistema escolar por razones infundadas. Es necesario, adicionalmente, que adopte las medidas necesarias para que todos los niños, niñas y adolescentes aprendan. Los sistemas educativos deben adaptarse a las necesidades individuales de cada estudiante³⁵.

Llegados a este punto, podemos encontrar algunos aportes específicos que el enfoque de derechos de la infancia puede prestar a la tarea educativa. El principio de interés superior del niño y la protección del desarrollo como un fin último de los derechos humanos de la infancia, nos conducen a una idea fundamental en la práctica de la protección de los derechos humanos: la integralidad.

³⁴ Dakar Framework for Action, UNESCO, 2000.

³⁵ TOMASEVSKI, K.: ob. cit. p. VI.

La educación es uno de los componentes, seguramente de los más importantes junto a la salud, en el proceso de desarrollo. Pero la educación para adecuarse a este fin debe dirigirse -y en consecuencia ser evaluada- hacia un objetivo concreto: el mejoramiento del conjunto de los derechos del niño.

Siguiendo este objetivo, es necesario integrar derechos humanos y educación en forma mucho más estrecha, de modo que sea tan relevante centrar la atención en el derecho a la educación, como en los derechos humanos en la educación, como un elemento clave para lograr unos resultados de aprendizaje equitativos, y la efectiva ampliación de las oportunidades sociales³⁶.

Como ejemplo procederé a enunciar algunas de estas materias contenidas en la Convención sobre los derechos de los niños que deberían ser consideradas en el ámbito de la educación: igualdad de género (Art.3 CDN), respeto a la diversidad cultural (Art. 30 CDN), fomento de la participación (artículo 12 CDN derecho a ser oído); sistemas disciplinarios escolares compatibles con la dignidad humana (Art. 28 CDN), respeto al derecho de asociación y expresión (Art. 13 y 15 CDN); y la libertad de conciencia, pensamiento y religión (Art. 14).

IV. Conclusión.

Como puede desprenderse de la presentación hecha, las relaciones entre Derechos Humanos de la Infancia y Educación son múltiples y complejas. El sistema educativo es funcionalmente ambiguo, porque puede servir para la ampliación de las oportunidades sociales o para la preservación de la desigualdad, limitándose entonces solamente a la reproducción de las relaciones sociales existentes; también, pese a sus intenciones, puede ser inútil, en cuanto sus logros de cobertura y aprendizaje son tan escasos que no logran marcar una diferencia efectiva a nivel de resultados.

Una política educativa diseñada para satisfacer el derecho de los niños a la educación ha de integrarse en una concepción amplia de desarrollo y de democracia; debe convertirse en un instrumento privilegiado para lograr la integración social de los niños y favorecer una cultura del respeto a los derechos humanos que debe comenzar a experimentarse – no sólo a enseñarse como contenido – en los espacios escolares.

³⁶ En este sentido se pronunció UNESCO: Elements for an overall UNESCO strategy on human rights, Doc. 165 EX/10 (2002) §31.



DERECHOS HUMANOS, DERECHOS DEL NIÑO Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD. UN ENFOQUE CRÍTICO DE LAS “PENAS” DE LOS NIÑOS.

JULIO CORTÉS MORALES*

Quería agradecer la invitación del Comité de Derechos del Niño de Uruguay para estar en éste evento. Nos conocimos en otro lugar similar, tuvimos que trabajar las mismas temáticas, particularmente defensa jurídica de adolescentes infractores, pero además tratando de proyectar eso a un análisis crítico de las políticas públicas e incidir en las reformas de infancia en las cuales estamos insertos en este momento.

Me interesaría compartir un enfoque crítico sobre las “penas” de los niños, tal como nosotros lo vemos desde Chile, en una relación bastante amplia entre derechos humanos, derechos del niño y privación de libertad, que parte de la base de considerar una siempre problemática, compleja y tensa relación entre derecho, violencia e infancia.

Para partir me gustaría recordar la posición crítica de Carlos Uriarte respecto a la caracterización del período actual como un período en transición que suele definirse desde una cierta confianza evolucionista, un tanto lineal, de que en el tratamiento a la infancia vamos siempre de peor a mejor, aumentando los niveles de respeto y protección de los derechos del niño. Uriarte planteaba que más bien él veía una situación híbrida de estancamiento, y que si algo había cambiado quizás tendríamos que hablar de regresión más que de evolución.

Pienso que para poder entender adecuadamente este momento que en nuestros países parte en el año 1990, cuando los Estados ratifican la Convención sobre Derechos del Niño, convendría entonces tener algo de evidencia histórica a mano, y en ese sentido tendríamos que comparar este período con el otro, con la primera gran oleada de juridización de los problemas de la infancia que es la que se habría vivido cuando se implementa el derecho tutelar de menores. Hoy en día estaríamos

* Ponencia presentada en el Seminario sobre grado de aplicación del artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño en Uruguay, organizado por el Comité de Derechos del Niño de Uruguay y la Organización Mundial Contra la Tortura, en septiembre del año 2003. En dicha ocasión la OMCT realizó visitas a los recintos penitenciarios de menores de edad, y en base a tal inspección se elaboró el informe “Niños, Niñas y adolescentes privados de libertad en Uruguay: ¿con o sin derechos?”. Abogado, Jefe de la Unidad Jurídica de la Corporación Opción, Chile



envueltos en una segunda oleada, que es distinta de ésta pero que también tiene bastantes similitudes, y mi propuesta es aprender de esas similitudes, porque efectivamente, si bien hasta ahora se han destacado las características antagónicas entre el modelo de situación irregular y el que se llama de protección integral, pienso que desde una lectura que parta de la base de las necesidades de control social, del modo de producción, del disciplinamiento, y de considerar como esas necesidades de disciplinamiento van cambiando de acuerdo a los cambios más generales en la totalidad, podemos ver que a esta altura hay unas preocupantes similitudes entre ambos momentos y que debiéramos tenerlas en cuenta entonces para que esto efectivamente no sea una regresión.

En primer lugar, habría que señalar que lo que hay de semejante entre estos dos momentos se da por una parte en el plano discursivo. Si uno analiza el momento de conformación del derecho tutelar de menores, que parte en los últimos años del siglo XIX en Estados Unidos y que después comienza a extenderse a Europa y a América Latina, uno puede encontrarse con una suerte de optimismo que proclama un cambio radical en la consideración jurídica de la infancia, con una confianza bastante fuerte y evolucionista en que esos cambios legislativos van a incidir positivamente en la realidad concreta de la vida cotidiana de niños y niñas de todos estos países.

La otra gran similitud es que el discurso legitimante de este cambio es un discurso híbrido donde confluyen distintos intereses. Así, si en Estados Unidos existía todo el discurso proteccionista de los “Child Savers” o los salvadores de niños, podemos ya desglosar al interior de ese movimiento de reforma algunas inquietudes más bien de tipo humanitario, de crítica al encarcelamiento de niños, de crítica al derecho penal por su incapacidad para poder lidiar con la especificidad de la infancia y de la adolescencia. Pero por otra parte, dentro de ese mismo movimiento lo que está detrás en este discurso es más bien una preocupación por la inexistencia de mecanismos específicos y eficientes de control social de esta infancia que en esa época se asumía como claramente escindida. El discurso de una infancia es un discurso que más bien se construye durante el S.XX, pero historiadores como Cunningham han analizado que durante todo el S.XVIII y XIX esta diferencia entre una infancia acomodada y una infancia proletaria que él llama “los hijos de los pobres”, no solo era asumida sino que era incluso promovida desde el discurso cotidiano y el discurso público¹.

Pues bien, respecto a esta infancia pobre, esta infancia irregular, la mayor preocupación era la inexistencia de mecanismos específicos de control social, porque los mecanismos informales que regían respecto a la otra infancia, la familia y la escuela, en este caso o no existían, o no operaban de una forma que pudiera garan-

¹ Ver “Los hijos de los pobres. La imagen de la infancia desde el siglo XVII”, de Hugh Cunningham, disponible en el sitio web del Instituto Interamericano del Niño: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Los_hijos_de_los_pobres.pdf.

tizar un cierto nivel de disciplinamiento. Y si esta dicotomía ya estaba presente en el movimiento que promovía las reformas que terminaron conformando el derecho de menores, el discurso pseudocientífico con que esto se legitimó provenía directamente desde la escuela positiva de la criminología en su vertiente italiana (con Lombroso, Ferri y Garófalo). Desde allí era bastante claro que la crítica al derecho penal que se hacía, no se hacía en cuanto “penal”, en cuanto a lo “punitivo”, sino que se hacía en cuanto “derecho”, es decir: lo que le molestaba del derecho penal a los positivistas italianos no era que fuera muy violento y muy brutal para tratar a la infancia o al delincuente, sino precisamente que tenía ciertos límites materiales y formales que obstaculizaban la punición, y que además era un mecanismo de control reactivo. Entonces aquí la preocupación apuntaba a lo que Ferri llamó la necesidad de implementar “sustitutivos penales”, es decir, medidas de control que operaran sin tener que esperar al momento de comisión de un delito, sino mucho antes, desde la más temprana infancia, que además entonces sustituyeran la idea de culpabilidad por la idea de peligrosidad, y como respuestas sustituyeran las penas por el tratamiento.

Y esto es entonces lo que está detrás de ese primer momento de juridización de los problemas de la infancia y en la conformación del derecho tutelar de menores. Pero es válido y es justo señalar que el discurso es híbrido, y que también existen preocupaciones de reformadores que tienen inquietudes un poco más humanitarias, un poco más loables desde nuestro punto de vista y que apuntarían básicamente a que el derecho reconozca esta especificidad de los niños.

En el momento actual, este anuncio de un cambio radical también se hace con el mismo optimismo, con la misma confianza. También detectamos que se trata de un discurso híbrido en que por una parte se potencia el tema de los derechos del niño, pero por otra esto termina siendo matizado.

En primer lugar, encontramos fuertes matices al interior del cómo entender los derechos del niño. Hay una pugna bastante fuerte entre los sectores que potencian la autonomía y los sectores que aceptan el discurso de derechos del niño pero siguen leyéndolo en una clave paternalista, proteccional, que habla de derechos pero que no estaría entendiendo los mismos niveles de autonomía. Por otra parte, hay ciertas tendencias que apuntan a no entender que la Convención replantea el tratamiento de toda la infancia por parte del Estado y el mundo adulto, y se tiende a quedarse con la misma infancia irregular, replanteada desde la terminología de la “vulneración de derechos”.

Por otra parte, un rol similar al que en la fase histórica recién señalada cumplió el positivismo, ahora lo están cumpliendo las campañas de ley y orden, la tolerancia cero y la seguridad ciudadana entendida en sentido autoritario y represivo.

Pero para poder comprender bien qué es lo que estamos a punto de cambiar, qué tipo de desplazamientos están a punto de operarse o se están operando desde el control social y desde el disciplinamiento de la infancia, y relacionar esto con el problema de la privación de libertad de niños y adolescentes, debiéramos también recurrir a la Historia y entender que tanto la infancia como la cárcel son inventos recientes, construcciones sociales de la modernidad y esto siempre nos plantea el problema de que uno tiende a creer que lo que uno ha conocido es tan natural que existió siempre. Es lo que la industria cultural nos hace creer, y es exitosa en la medida que casi ha desaparecido el sentido histórico en nuestras sociedades. Respecto a la infancia y la cárcel existe gran cantidad de investigaciones que dan cuenta que hace 3 ó 4 siglos su realidad era diferente, que esto no era así como creemos conocerlo ahora.

Por el lado de la infancia, se han difundido de cierta forma tesis cómo la de Ariés, que nos señala que el sentimiento de infancia comienza recién a surgir a fines de la Edad Media y que la infancia en el sentido de categoría social autónoma específica que conocemos nosotros es una categoría que viene recién a consolidarse durante el siglo XVIII y durante el siglo XIX.

Otros historiadores cómo el recién mencionado Cunningham señalan que esta “ideología de infancia” recién alcanza totalmente su victoria a principios del siglo XX, no en vano denominado por esa época como “el siglo de la infancia”, y que tal es la percepción de la infancia que nos permea de manera hegemónica, la que pensamos que es “natural” y eterna, pese a que en sí misma es bastante contradictoria, porque por una parte asume un valor de la infancia en cuanto tal -la infancia en sí misma, el derecho de los niños a ser niños, a gozar una especie de felicidad que después los mecanismos de socialización y disciplinamiento y la interacción social como adultos, ya alejaría de éste ideal- y por otra parte también está como una idea fuerte el que los niños valen en cuanto lo que pueden representar en el futuro, y toda la idea de los niños como la ciudadanía del futuro y la importancia de la inversión social, la inversión educativa en la infancia actual por los frutos que por eso cosecharían las naciones en un momento posterior.

Respecto a la cárcel, también ocurre algo similar. Por de pronto contamos con el clásico libro *Pena y Estructura Social* de Rusche y Kirchheimer², uno de los productos de la primera Escuela de Frankfurt, que trata de analizar la evolución de las penas pero ya no en el sentido de la evolución de lo que la gente percibía, de las ideologías que se construían en cuánto al sistema penal, sino en términos de cómo toda esa “evolución” operaba dentro de una totalidad, en un entramado de relaciones sociales y de producción que en el fondo hacían que para el modo de producción fueran necesarias unas u otras formas de control, unas u otras formas de pena.

² George Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura Social*, Editorial Temis Librería, Bogotá - Colombia, 1984.

Investigaciones posteriores, historiográficas, legales, criminológicas críticas, como el libro *Vigilar y Castigar* de Michel Foucault, también nos dan cuenta de la cárcel en el sentido que hoy en día la entendemos como la privación de libertad, como la pena central del derecho penal moderno, como un producto histórico también bastante novedoso y que además presenta la curiosidad de que cuando comienza a estructurarse el derecho penal liberal, el derecho penal moderno, en el momento garantista, progresista de la burguesía en ascenso durante el siglo XVIII –interesada en frenar las arbitrariedades del sistema punitivo del antiguo régimen–, la privación de libertad casi no era visualizada como una pena que fuera a tener después un rol central, y los reformadores de la época proponían un esquema de penas que era bastante más complejo, incluyendo penas pecuniarias, penas infamantes, reparación del daño y la privación de libertad quedó un poco escondida en ese momento de legitimación de esa reforma. Pero después, por distintas necesidades de disciplinamiento que atendían en primer lugar, por ejemplo, a la necesidad de acostumar a su futura vida como no propietarios a masas que venían desde el campo a la ciudad y que generaban cordones de inseguridad en el margen de la ciudades y a las que era necesario entonces inculcarles la disciplina laboral –porque incluso el trabajo en la forma que como hoy en día lo conocemos también es un producto determinable históricamente en cuanto a su surgimiento, y luego se intenta naturalizar en esa forma–. En ese momento fue necesario para el modo de producción que mediante las casas de trabajo, que eran el antecedente de las cárceles, se enseñara a la gente la disciplina laboral con un criterio de trabajo forzado, de inculcación del sentido del tiempo lineal de la producción de mercancías.

Eso además generaba un segundo efecto: en el proletariado recién conformado que ya estaba integrado al proceso productivo, era necesario que se visualizara algo que fuera peor que las condiciones de vida y de trabajo que como proletarios tenían en ese momento. Ese lugar peor, que aseguraba una existencia aún más miserable, lo veían en el ejemplo de las casas de trabajo y posteriormente en las cárceles.

Cómo ese sistema afectaba a la infancia es algo que permanece todavía en un ámbito en que la investigación, por lo menos la que yo conozco, no ha arrojado grandes luces al respecto. Max Horkheimer por ejemplo, en *Autoridad y Familia* relata cómo efectivamente esas casas de trabajo afectaban a esta infancia proletaria, en una forma que también era utilizada como una mezcla de asilo con un campo de concentración laboral, porque efectivamente el trabajo infantil en esa época fue absolutamente necesario para lograr la acumulación originaria de capital. La indignación frente al trabajo infantil y la legislación para limitarlo y garantizar la educación es algo bastante posterior. Pero de lo que no tenemos duda es que durante el siglo XIX el derecho penal no sabía tratar con la infancia como una categoría específica, y en nuestros países, en el caso de Chile por lo menos, había instituciones que se refe-

rían de manera bastante limitada el tema de la infancia, básicamente a través de la consagración de tres franjas.

En Chile en el primer Código Penal de 1875, los niños hasta 10 años eran considerados absolutamente inimputables entre 10 y 16 años eran inimputables en principio pero eso quedaba sujeto al problema de la determinación de si actuaron o no con discernimiento, y la mayoría de la edad penal estaba fijado en los 16 años. Ese esquema fue variando posteriormente, y una peculiaridad de la configuración del sistema de menores de Chile es que la Ley de Menores, de 1928, no elimina el tema del discernimiento y hasta el día de hoy esto sigue aplicándose, entre los 16 y 18 años de edad. El discernimiento a pasado a ser el mecanismo de selección para determinar si éstos adolescentes son juzgados como adultos en el sistema penal, procesal penal y penitenciario de adultos, o se mantienen en el sistema de menores.

Si consideramos la relación entre derecho, violencia, infancia podemos entender que el derecho algunas veces tolera, invisibiliza y no se pronuncia sobre ésta violencia sobre la infancia, en otras ocasiones la legitima sin aplicarla directamente, y en un tercer tipo de situaciones el derecho aplica directamente violencia sobre la infancia.

Desde perspectiva podemos entender que la fase previa a la dictación de leyes de menores en nuestros países, o por lo menos en el caso que conozco mejor que es lo que pasa en Chile, el disciplinamiento de la infancia irregular se cumplía más bien a través de disposiciones del Código Civil que legitimaban éste control sobre la infancia. El antiguo artículo 233 del Código Civil Chileno decía: "el padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos y cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta 1 por un mes en un establecimiento correccional, bastará al efecto la demanda del padre y el juez en virtud de ella expedirá la orden de arresto, pero si el hijo hubiere cumplido 16 años no ordenará el arresto si no después de calificar los motivos y podrá extenderlos hasta por 6 meses a lo más, el padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto", es decir, se trata de una disposición que se sitúa en un margen que no es absolutamente privado ni necesariamente público, pero en el cual el Derecho está reconociendo la existencia de una violencia penal doméstica del padre-familia sobre los hijos y lo que hace es regularlo legitimándolo e imponiendo algún tipo de requisito. Con respecto a los menores de 16 no era necesario comprobar nada, sencillamente invocar la necesidad de ésta detención, y la diferencia es que si es un mayor de 16 hay que argumentar algún tipo de motivo calificado, pero ahí la detención puede extenderse ya no a 1 mes si no a 6 meses.

En ésta fase uno no podría decir que no existía penalización de la infancia, lo que ocurre es que no ocurría a través del derecho penal en el sentido más preciso, normativo y formalizado que lo entendemos, y en cuánto a eso deberíamos hablar

de “sistema penal”, concepto que materialmente nos interesa utilizar. El sistema penal aborda una multiplicidad de fenómenos y de mecanismos disciplinarios que van mucho más allá de lo que entendemos estricta y formalmente como “derecho penal” y que incluirían, por ejemplo, éste derecho penal doméstico.

Posteriormente lo que en realidad implica el desplazamiento jurídico que se opera al configurar el derecho titular de menores es que a la autoridad paterna ejercida en el espacio definido como familiar, se superpone el poder del Estado, que viene a reforzar, desplazar y/o sustituir a esta autoridad paterna respecto de ciertos niños, con una mayor laxitud de los supuestos de intervención, y desprendido el poder estatal de los límites que por lo menos en teoría tiene cuando actúa derechamente como poder punitivo.

La figura del padre de familia es absolutamente esencial para el modo de producción de la época. El ya mencionado Horkheimer señala en *Autoridad y Familia* que como consecuencia del aparente carácter natural del poder paterno (que procede de la doble raíz de su posición económica y de su fuerza física, jurídicamente legalizadas), la educación en la familia nuclear configura una excelente escuela para lograr la conducta específicamente autoritaria en el seno de ésta sociedad. Visto así, lo que implica en realidad el desplazamiento jurídico que opera al configurarse el derecho tutelar de menores, es que en relación a aquel ámbito de la infancia para el que no bastaba con la autoridad paterna privada -y es curioso como ésta disposición dice “cuando esto no alcanzare”, es decir, el castigo al interior de la familia, cuando no alcanzare con dicha autoridad puede imponerse la pena de detención-, lo que el derecho tutelar de menores hace es desplazar a este padre y convertir al Estado en un padre de familia, pero que tiene el mismo encargo de educación autoritaria, de socialización violenta en los valores del modo de producción, incluso a través de la violencia directa y de la violencia física, y eso se regula entonces en todas las primeras leyes de menores, de las que se considera que el primer antecedente es el acta o ley que crea el tribunal de menores en Chicago, Illinois en 1899.

Y el Código del niño uruguayo, la ley argentina y la ley de menores chilena reproducen el espíritu y contenido de esa ley con bastantes pocas modificaciones pues tienen la misma idea de fondo: un mecanismo de disciplinamiento que no es derecho penal, porque no es “derecho”, pero sigue siendo punitivo, y que por no ser “derecho penal” entonces opera de una manera encubierta, de una manera disfrazada, de una manera que es invisible, porque la sociedad lo visualiza como “tratamiento”, como “impunidad”, como “protección”, y por ésta vía opera también de manera reforzada, porque no está obligado a respetar ningún límite de presunción de inocencia, ni principio de legalidad, límites que -por precarios que hayan sido en nuestros sistemas penales formales- configuran de una u otra forma algún tipo de barrera al ejercicio de violencia a través del poder punitivo del Estado.

Entonces, la forma más concreta en que podemos medir que esto nunca dejó de ser un sistema penal, un sistema penal paralelo si se quiere, se da precisamente en el tema de la privación de libertad de la infancia y de la adolescencia que opera en todos estos sistemas de menores, y bueno, ahí cada país conoce su historia y sus cifras, pero efectivamente nuestra ley de menores, por ejemplo, contempló un único catálogo de medidas de protección en el cuál la más suave de ellas es la entrega del menor a los padres previa amonestación. Es un sistema que dice que no está tratando necesariamente con infancia-delincuente, sino con una infancia abandonada. Y a una infancia que ha sido flagrantemente vulnerada en sus derechos, se le responde con una medida que por más que no implique privación de libertad –me refiero a la amonestación-, involucra algún grado de reproche desde el Estado. Y las otra tres medidas que contemplaba nuestra antigua ley de menores eran la libertad vigilada, la internación en recintos que llama de “educación”, y una especie de sanción mixta que era confiar al cuidado de alguna persona pero sometido al régimen de libertad vigilada.

Lo curioso es como ésta ley que es de 1928 rige en lo esencial hasta el día de hoy, con unas modificaciones no sustantivas que determinaron la creación de otra ley (16.618, de 1967) pero que en cuánto a su estructura jurídica sus principales características son las mismas. Recién hace un par de años hubo algunas modificaciones con motivo del proceso de Reforma Procesal Penal, que involucraron contemplar un catálogo diferente de medidas para los casos de vulneración de derechos, y ciertas restricciones a la privación de libertad.

Una de las principales características del sistema de menores que ha operado en Chile es que no recurre usualmente a la internación como medida de protección definitiva, y si uno analiza las cifras -y los jueces de menores suelen defender su sistema así- suele aplicar medidas que podríamos considerar “alternativas”, pero la trampa de éste sistema está en que como en Chile se mantuvo el discernimiento, hay un período de tiempo bastante largo que hace unos años solía durar hasta tres meses, en el cuál los menores entre 16 y 18 años de edad están privados de libertad pero están privados para efectos de diagnóstico, y de hecho se creó un tipo de cárcel especial que se llama Centro de Observación y Diagnóstico y en éste tipo de cárcel entonces todo el mundo asume que los adolescentes no están presos, privados de libertad, sino que están siendo diagnosticados, y en la práctica entonces los mayores niveles de privación de libertad de niños en Chile durante las últimas décadas han operado en ésta fase, generando un efecto bastante perverso porque como lo más probable es que al final de ese proceso no se aplique una medida de internación como medida definitiva, entonces toda la opinión pública tiene la impresión de que el sistema de menores es equivalente a impunidad, y no se visualiza esta forma de control coercitivo mediante la cuál opera. Peor aún es la situación de los menores

de 16 años acusados de cometer delitos. Otro tipo de cárcel, el Centro de Tránsito y Distribución, funciona en la práctica en el mismo recinto que los COD, y acá el diagnóstico, por no corresponder a examen de discernimiento (aplicable solo a los 16 y 17 años de edad), es más difuso, sin sujeción a plazos, y con escasas posibilidades de efectuar algún tipo de defensa jurídica, dado que estos niños son formalmente “inimputables”. Y no es todo. Nuestro ordenamiento contempla otros dos tipos de cárceles: los Centros de Rehabilitación Conductual internado (CERECO), donde niños declarados sin discernimiento o menores de 16 son internados por un Juez de Menores como medida de protección definitiva, legalmente pudiendo hacerlo hasta la mayoría de edad (aunque el Estado administrativamente a través del Servicio Nacional de Menores intenta limitar esa estadía a 6 meses o un año como máximo); y las cárceles de adultos, con sus secciones de menores, donde son enviados los adolescentes declarados con discernimiento.

Volvamos a la reflexión inicial. Si analizamos entonces la configuración del derecho de menores como un primer momento de ordenamiento de la relación Estado-Violencia-Infancia, y tratamos de proyectar esos mismos fenómenos, esos mismos híbridos discursivos, esa contradicción manifiesta entre lo que se declara y lo que en realidad se está haciendo a través de el nuevo sistema que se propone, debemos estar bastante alertas entonces a éste segundo momento, en el cuál el discurso legitimante es el de los derechos de los niños, que se mezcla con una serie de otras consideraciones sobre seguridad pública entendida de una manera bastante autoritaria.

Entonces, si pasamos a analizar éste segundo momento, entre el primero y el segundo tendríamos que señalar que a nivel de ideología de infancia comienza a surgir con fuerza la idea de derechos del niño como una emanación particular o una expresión específica en ése ámbito de los que son los derechos humanos en un sentido general. Aquí deberíamos recordar que los derechos humanos, por lo menos los de primera generación ya existían en el momento de conformación de los sistemas tutelares de menores, pero se ha dicho que el tipo de pacto social sobre el cuál estaban llamados a operar estos derechos excluía a amplias capas de la población, partiendo por los niños, que no eran visualizados culturalmente como ciudadanos, ni como sujetos de derecho, pero también las mujeres y otro tipo de “minorías” -y hablo de minorías en el sentido cultural y de poder más que en un sentido numérico-, que recién vienen a alcanzar un reconocimiento explícito de derechos en el momento que se conoce como de los “derechos de tercera generación”, que por una parte implican derechos nuevos, pero por otro también la extensión de la ciudadanía a ámbitos que hasta ahora habían estado por fuera de éste reconocimiento: no necesariamente en un nivel formal, pero sí en un sentido práctico y cultural, y en ese momento surge también el sentimiento o la conciencia sobre la necesidad de consagrar derechos fundamentales de los niños.

Pero este es un proceso que tampoco está exento de una serie de contradicciones y de distintas lecturas porque, como señala también Cunningham, hasta mediados del siglo XX cuando se hablaba de derechos de los niños lo que la sociedad adulta pensaba o lo que le venía a la mente al hablar del derecho del niño era el derecho a la protección, y ésta protección se determinaba desde el mundo adulto, desde las instituciones de control social formal, y el niño no tenía mucho que objetar al respecto. Pero cuando finalmente se crea y se aprueba la Convención sobre derechos del niño hay una especie de contradicción por cuánto, por una parte, se habla de éstos derechos de protección, y ahí podríamos considerar las Reglas de Beijing, que como son previas a la Convención tienen todavía de manera muy fuerte ésta lógica proteccionista, externa o heterónoma. Pero también hay artículos de la Convención que consagran niveles importantes de autonomía, y digo que esto no es un proceso pacífico, porque en relación a la Convención entonces podemos tener distintas lecturas.

La más usual hasta ahora es una lectura formal que lee lo que hay de manera neutra, no trata de analizar contradicciones internas y más bien se contenta con señalar: bueno, esto es lo que se nos exige en términos generales como país, y lo estamos cumpliendo más o menos bien, o en la medida de lo posible. Y ésa tendencia a partir del año 90, que es cuando nuestros países ratifican la Convención, se encuentra presente en una gran cantidad de actores del sistema tradicional de atención a la infancia. Leen la Convención, y no les genera ningún tipo de contradicción, porque piensan que las leyes de menores son compatibles con esto, y no ven mayor novedad en la Convención.

Frente a eso hay otra tendencia, que por suerte aquí no es tan fuerte, pero que quizás es lo que está detrás de que Estados Unidos no haya ratificado la Convención hasta ahora, y es toda una tendencia política, jurídica y cultural bastante conservadora que se niega a reconocer derechos de los niños, o los reconoce en una manera muy restringida, porque teme que ésta consagración de los derechos de los niños pueda atentar contra el ideal de familia que tienen, que sigue siendo una unidad en la cual el Estado está bastante poco legitimado para intervenir, y que se basa entonces en el respeto casi irrestricto a esta autoridad del padre de familia, y todos éstos sectores conservadores o rechazan la Convención o tratan de leerla pero potenciando los aspectos que todavía tiene de paternalismo y de concepción de una protección más bien represiva.

Una gran mistificación que podemos señalar es la creencia de que el Estado no ha intervenido hasta ahora en la vida interna o privada de las unidades familiares. Donzelot y varios autores más han demostrado que tanto la familia burguesa como la proletaria estuvieron sujetas a una serie de formas de intervención, e incluso se sugiere que las habrían prefigurado, como una manera de imponer la disciplina

laboral a los hombres (sacándolos del bar) y la disciplina escolar-laboral a los niños (sacándolos de las calles), y regulando incluso el tipo de viviendas que se prestaran para una vigilancia concéntrica de sus miembros, impidiendo la idea de guarida, que era lo que posibilitaba la vida comunitaria y ciertas resistencias populares.

Por último la tercera lectura, que es la que me parece adecuada desde el punto de vista de los derechos humanos, entendiendo que estamos tratando con derechos fundamentales pero de la infancia, es la que más bien tiende a potenciar todos los espacios de autonomía que la Convención consagra, y asume que cualquier restricción a esta autonomía y cualquier restricción de derechos fundamentales en este nuevo contexto está obligada a fundamentarse de una manera muy seria y muy detallada que tenga en cuenta el conjunto de los derechos involucrados.

Desde esta postura es que se evaluó a principios de los 90 que nuestros sistemas de menores eran sistemas penales disfrazados, sistemas penales encubiertos y reforzados, y posteriormente comenzó a construirse una interpretación del artículo 40 de la Convención entendido como fundamentando la necesidad de construir sistemas de responsabilidad penal juvenil, lo cuál pasa a ser la interpretación hegemónica en el área. Aquí ya empezamos a encontrarnos con el mismo tipo de contradicciones y de efectos que marcaron la primera oleada de la regulación de la relación Derecho-Infancia, que aquí comienzan a darse pero en una realidad que es parcialmente distinta.

Lo primero que ocurre es que, si uno revisa hoy la literatura de Unicef o la de ONGs de infancia de la primera mitad de los 90, se da cuenta que hay una especie de alianza entre la criminología crítica, el garantismo, el minimalismo penal, en contra del derecho tutelar de menores, y entonces se postula que estos nuevos sistemas que se van a crear, serían sistemas abiertamente de derecho penal mínimo y que eso se expresaría en la descriminalización de una amplia gama de conductas, en la aplicación absolutamente restrictiva de la privación de libertad, y en una serie de características que se plasmarían a nivel de procedimiento, a nivel de ejecución, que nos permitirían entender que el sistema penal que aquí se iba a construir para los jóvenes y adolescentes era un sistema que era distinto tanto del sistema de menores como del sistema penal de adultos. Ese era el discurso legitimante que está tras estas reformas. En la mayoría de los países de la región, se crean sistemas de responsabilidad penal juvenil, y tras una década de aplicación de ésta reforma uno puede poner bastante en duda que lo que hayan implementado haya sido en realidad el paradigma de derecho penal mínimo y ahí parece que el desplazamiento más bien operó a través de una reducción cuantitativa del ámbito juvenil en el cuál estos sistemas están llamados a operar, pero respecto a los sectores que sí atrapan éstos sistemas hay una intensificación de las penas, incluso en relación a lo que ocurría en el derecho de menores.

Si leemos la Convención sobre Derechos del Niño en esta clave que tiende a potenciar los espacios de autonomía y a entender todo el problema dentro del paradigma de los derechos humanos, uno puede efectivamente asumir que, tal como señalaba Carlos Uriarte, la Convención y los otros instrumentos que están relacionados parecen entender que efectivamente uno de los principales problemas de todo nuestro sistema y uno de los fenómenos más indeseables y más necesarios de evitar es la privación de libertad de menores de edad. Luis Pedernera hablaba que la Convención ocupaba un lenguaje cuasi-abolicionista. Yo estoy en general de acuerdo, pero pienso que son las Directrices de Riad las que recurren a un lenguaje ya abiertamente abolicionista, por lo menos de la privación de la libertad, y en éste sentido entonces es difícil interpretar la Convención de una forma que no nos obligue a reducir la privación de libertad de una manera real, de una manera significativa.

Si acudimos por ejemplo, al artículo cuarto de la Convención, que es el que consagra el llamado “principio de efectividad”, entendido como la obligación del Estado de hacer todo lo necesario para efectivizar los derechos, podemos ver que la dicotomía perniciosa que ya venía del mundo adulto entre derechos civiles y políticos como derechos “fuertes” y los derechos económicos, sociales y culturales como derechos en un sentido “débil”, de una u otra forma se plasma acá, también generando una tendencia a la mera declaración de intenciones en relación a este último grupo de derechos. Pero dejando de lado ese grave problema, por más que el artículo cuarto habla de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención y en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales éstos será hasta el máximo de los recursos que el Estado disponga, si bien se entiende que en principio este artículo señala que son necesarias reformas legislativas para dar concreción a la Convención, esto no excluye que en la medida que las disposiciones de la Convención sean lo suficientemente claras el intérprete, y principalmente el juez, pueden aplicarse directamente, sobretodo si tenemos en cuenta que en nuestros países los derechos fundamentales tienen rango supralegal -y en Chile la interpretación señala que tendrían rango constitucional-, en Argentina incluso eso es más claro porque la Constitución señala específicamente algunos instrumentos de derechos humanos con rango constitucional, dentro de los cuales estaría la Convención.

Para lo que aquí interesa entonces, mi lectura del artículo 37 de la Convención es que no se trata de una declaración de intenciones, sino que está señalando derechos que más bien están en la primera generación de derechos humanos, los derechos civiles y políticos. Entonces, cuando se señala la obligación de aplicar la privación de libertad con un criterio de restricción tanto en cuanto a su procedencia como a su duración (exigüidad y brevedad decía Carlos Uriarte), eso es una obligación de resultado para los Estados que han ratificado la Convención.

Entonces, los Estados que luego de ratificar la Convención no sólo no han reducido significativamente los niveles de privación de la libertad sino que los han aumentado, están directamente violando éste artículo 37, existan todas las justificaciones que existan, se llame a esta privación de libertad como se la quiera llamar.

Esta lectura permite entonces, por una parte, en el momento actual evaluar concretamente en este punto (privación de libertad) el grado de cumplimiento de la Convención en nuestros Estados. Pero también, lo que es muy importante, si asumimos la obligación de concretar mediante reformas legislativas el contenido de la Convención, aplicado en el contexto nacional de que se trate, podemos también criticar fuertemente la idea de “sistema penal juvenil”, una idea que tiende a ser bastante conformista, porque de acuerdo a ésta lectura de la Convención y auxiliado por las Directrices de Riad, a mi juicio queda bastante claro que no basta con reconocer que el derecho de menores siempre fue una especie de derecho penal encubierto y que ésa penalización materialmente nunca ha dejado de existir y de lo que se trataría es de rodearla de algún ámbito de garantías, legitimándola.

No. Lo que corresponde es ir mucho más allá en éste encargo y lo que la Convención obliga es a la descriminalización de una gran cantidad de conductas y a la implementación de sistemas penales que de “penales” tengan el hecho de reconocer que están tratando con infracciones y no con situaciones irregulares de vida. No se trata solo de un derecho penal garantista sino un derecho de alternativas, y en ese sentido la lectura correcta del numeral primero del artículo 40 y de los numerales tercero y cuarto, ligado a reglas como la regla 5 de las directrices de Riad y la 52, nos permiten concluir entonces que hay que hacer un esfuerzo más en esta materia.

La regla 5 de las directrices de Riad señala:” deberá reconocerse la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás”.

En la regla 56 se dice “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que en ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”

El espíritu de las Directrices de Riad apunta a, por una parte, eliminar lo que el derecho de menores construyó como “status offences” o “delitos en razón de su condición”, es decir, todo ese ámbito de conductas que no son penalizables cuando son cometidas por adultos, pero sí cuando son cometidas por niños porque estarían

indicando un cierto nivel de peligrosidad. Como primera cosa, entonces, eso se elimina, y no debiera haber mayor discusión al respecto.

Pero desde un criterio de “protección integral” entendida como una protección jurídica que tiene siempre un contenido adicional, un plus, que tiene un ámbito que va mas allá de lo que se protege en relación a derechos fundamentales de los adultos, entonces los sistemas de responsabilidad penal adolescentes que en la región se construyan, si es que quieren efectivamente plasmar la Convención sobre Derechos del Niño, no pueden contentarse con esta legitimación de la represión a través de garantías sino que deben ir mas allá en cuanto a señalar muchas formas alternativas de evitar la criminalización de una conducta, de evitar el inicio del juicio, de evitar la aplicación de sanciones dentro de ese juicio, y para el caso que inevitablemente se aplique la sanción, evitar que esta sanción sea privativa de libertad.

Esto puede sonar un poco utópico, en el sentido que siempre se reprocha a las posturas abolicionistas, pero yo creo que precisamente la lección del derecho de menores es que sería un abolicionismo bastante ingenuo y mal entendido el creer que porque estamos proclamando que algo no es penal la lógica penal deja de intervenir ahí. Lo que nos interesa restringir, entonces, es todo el ámbito material de punición que, se llame como se llame, sigue estando dentro del sistema penal, y por es que el artículo 40 de la Convención, cuando habla de la necesidad de contemplar medidas alternativas, lo hace con una redacción que no nos deja lugar a dudas en torno a que cualquier creatividad que queramos incorporar aquí en cuanto a procedimientos mas rápidos, en cuanto a descriminalización y salidas alternativas, no puede dejar de lado las garantías y eso es algo que nos permitiría entonces evitar lo que pasó en el primer momento que analizamos, que sería la conformación del derecho de menores. La letra b del numeral 3 del artículo 40 contempla, como una obligación de los Estados, el que siempre que sea apropiado y deseable, se recurra a la adopción de medidas para tratar a estos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Lo anterior es sumamente importante, porque puede haber consenso en términos de que si se va a penalizar a un adolescente tiene que haber respeto de garantías, pero es bastante preocupante cuando se dice que respecto de ciertas situaciones que ya no tienen que ver con el delito sino con la condición de vida, renunciamos a la pretensión de penalizar y entonces lo internamos por abandono, olvidando, por cierto, las garantías. Si esa es la lógica, entonces efectivamente aquí no hay ningún tipo de evolución y la Convención sobre los Derechos del Niño se está ocupando sólo como una especie de adorno discursivo, porque efectivamente el derecho de menores se construye sobre esa idea de que no importa si los niños son delincuentes o abandonados, y de hecho el artículo 32 de nuestra antigua ley de menores en Chile era bastante clara al respecto. Partía señalando que respecto de niños delincuen-

tes hay que comprobar primero si el hecho se cometió y qué participación tuvo el menor en ese hecho. Pero en el inciso segundo dice: si se llega a la conclusión que el hecho no se cometió o que el menor no tuvo ninguna participación en el hecho, de cualquier forma el juez podrá aplicar alguna de estas medidas de protección si el considera que el niño se encuentra en peligro material o moral.

Entonces, el no entender que aquí no se trata sólo de consagrar garantías para los infractores sino efectivamente de la creatividad para consagrar un sistema que genere políticas preventivas y políticas sociales y de protección especial de derechos para cuando los derechos se encuentran vulnerados. El no entender que eso implica una separación del control penal y la protección de derechos nos lleva a este tipo de híbridos en el cual el Estado no se está retirando en lo que la Convención señala explícitamente que hay que retirarse, sino que sigue ocupando el mecanismo de control que más le acomode en cada caso, es decir, si es posible comprobar la culpabilidad entonces responsabilidad penal de adolescentes y si esto no es posible o si están por debajo de la edad de responsabilidad adolescente se construye nuevamente la idea de abandono, y claro, ya no se habla tanto de “abandono” sino de “vulneración de derechos”, para estar más de acuerdo con el lenguaje de la Convención, pero se siguen aplicando medidas que en tanto y en cuanto restringen o privan de derechos fundamentales están dentro del ámbito del sistema penal, y no dentro del sistema de protección.

Podría discutirse si es que hay algunos casos en los que la internación sea la única salida posible frente a una vulneración de derechos, no por un tema de que esto sea válido, de que sea legítimo, sino porque asumimos que incluso en nuestros países en esta fase actual puede que se produzca algo similar a lo que Zaffaroni al concluir su libro “En búsqueda de las penas perdidas” llama “la aberración tolerada”⁵. Es algo que hasta resulta peligroso de plantear, pero para ser bastante honesto en cuanto a todo lo que se puede hacer a nivel práctico, lo dejaría planteado.

Zaffaroni en esa parte de su libro señala que podría incluso tolerarse la aberración de privar de libertad a alguien sin culpabilidad, sólo en los casos de extrema urgencia en los que la agencia judicial tenga la convicción de que otra agencia del control penal va a eliminar al imputado, al detenido, al procesado. Y en ese caso, entonces, señala que como último recurso de protección de la vida podría tolerarse algún tipo de internación en la medida que estos supuestos subsistan.

Yo me pregunto, y pienso que ese debate no se ha dado acá, si es que incluso asumiendo todo lo que entendemos por privación de libertad y la manera en que vulnera no solo el derecho a la libertad personal sino el conjunto de derechos de

⁵ “Pena sin culpabilidad o la posibilidad de la aberración tolerada. (La peligrosidad del sistema penal)”, en “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990, páginas 228 y 229.

las personas, si es que habría algún ámbito de casos muy reducidos en los cuales algún tipo de privación de libertad podría tolerarse para resguardo de la vida de las personas. Y me inclino por creer que esto solo puede operar en el ámbito que no es específicamente la adolescencia, sino mas bien la infancia propiamente tal, cuando es comprobable el riesgo de la vida o el riesgo grave para la integridad física, y que estaría mas bien ligado a supuestos de internación en algún recinto de salud por el período estrictamente indispensable para salvaguardar la vida. Es un ámbito muy complejo en el cual esta pugna entre autonomía y paternalismo y protección en la Convención no se puede resolver desde la Convención solamente, sino que hay que tratar de generar criterios prácticos para no tratar de invisibilizar esas situaciones, sino por el contrario echar luz sobre ellas y tratar de determinar de acuerdo al criterio de los derechos involucrados si es que algún tipo de medida intensa podría justificarse. Además, me refiero a esto como un problema que espero sea provisional, porque si nuestros países efectivamente generaran un sistema de protección adecuado, esta protección operaría en otros canales que no serían los judiciales, y mucho menos los de la justicia penal.

Me parece necesario, desde la operatoria de los sistemas, agregar algunas cosas más.

La primera de ellas es que el interés superior del niño, tan polémico por ser un principio indeterminado y que más bien tiene un historial ligado a la arbitrariedad y la discrecionalidad de los jueces en el sistema tutelar de menores, en la medida que la Convención aún lo consagra, nos obliga a utilizarlo en un sentido garantista, en un sentido de derechos y las propuestas de Miguel Cillero en cuanto a la interpretación de este interés superior del niño nos habla de que en el nuevo contexto, en el marco del reconocimiento explícito de derechos fundamentales de las personas menores de edad, el interés superior no puede significar algo que sea distinto a los derechos que están involucrados en cada situación. Y como criterio rector para la mayoría de las decisiones que se toman -y hay que recordar que en el artículo tercero la convención lo consagra con un carácter bastante amplio en todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño-, si asimilamos entonces este interés superior a la máxima vigencia del conjunto de los derechos que la Convención señala respecto de los niños, aplicado a una situación determinada donde la autoridad va a tener que adoptar una u otra decisión que afecta de una u otra forma los distintos derechos involucrados, entonces la obligación en cada situación es adoptar esa decisión que involucre la máxima satisfacción o potenciamiento de los derechos involucrados, y la mínima restricción de los mismos.

Esta decisión, entonces, debe fundamentarse desde el punto de vista de los derechos, debe ser revisable cada cierto tiempo para ver si efectivamente está logrando el efecto que se propuso, o si por el contrario está generando daños mayores. Si asumimos la privación de libertad en el sentido amplio de las Reglas de Naciones Unidas sobre Protección de Menores Privados de Libertad en su número 11 (y esta norma es bastante importante porque entonces nos permite asumir que no solo es privación de libertad lo que se proclama a sí misma como pena sino cualquier forma de detención, prisión, encarcelamiento, o internamiento de menores en establecimientos en los cuales no se les permita salir por su propia voluntad), entendiendo, además, el interés superior del niño de la manera que recién señalaba, nos encontramos frente a un argumento bastante poderoso para entender que si la privación de libertad vulnera sistemáticamente el conjunto de los derechos de la persona, siempre el interés superior del niño aconsejará no adoptar la internación ni la privación de libertad como medida aplicable, y esto invierte entonces la carga de la prueba, o del argumento.

Debiera, por lo tanto, resultar absolutamente claro en nuestros sistemas de responsabilidad penal juvenil: se invierte la carga de la prueba hacia la autoridad que está adoptando la medida privativa de libertad, en cuanto a que debe agotar y demostrar que agotó todas las otras posibilidades que implicaban no privar de libertad al adolescente, y para el caso que adopte entonces la privación de libertad, esta medida, este fallo, debe estar profundamente bien fundamentado. Así el interés superior del niño es una razón poderosa que nos permite potenciar el artículo 37 en cuanto a que la privación de libertad debe ser algo realmente marginal, excepcionalísimo en estos sistemas.

Parece que así se ha entendido en Costa Rica, donde algunos fallos que se han difundido señalan, por ejemplo -pese a que en Costa Rica el plazo máximo de privación de libertad que se adoptó es tan alto que ya de por sí vulnera el artículo 37 de la convención -, que incluso en los casos en que procede la aplicación de esa medida, los jueces no están obligados a aplicarla y más bien están obligados a tratar de aplicar otra medida, tomando en cuenta el carácter excepcional que expresamente le asigna la ley a la sanción privativa de libertad. Fundamentan tal posición indicando que el derecho penal juvenil se diferencia fundamentalmente del derecho penal de adultos en el régimen de sanciones, puesto que frente a la rigidez de montos máximos y mínimos de la pena privativa de libertad que existe en el derecho penal de adultos, el derecho penal de menores de lo que se preocupa en lo concerniente a la pena de internamiento de fijar el monto máximo, pero no precisa montos mínimos y ni siquiera prescribe que necesariamente deba imponerse una pena de internamiento en esos casos. Este tipo de razonamiento entonces es el que debe estar presente en la interpretación de la Convención tanto en el momento actual como en el momento de consagrar y de aplicar un régimen de responsabilidad penal adolescente.

Por último entonces, quería señalar que también coincido con Carlos Uriarte en un tema que es bastante complejo, cual es que en medio de la avalancha punitiva que tenemos hoy en día, en medio de la inflación penal que asume funciones meramente simbólicas del derecho penal, y un funcionalismo sistémico que es capaz de justificar cualquier cosa en la medida que genere o reproduzca un consenso social, al parecer una de las pocas opciones que nos quedan para poder batallar por los límites a la potestad punitiva del Estado es reinterpretar la idea de “resocialización” como prevención especial positiva, pero en el sentido de límite, no de justificación al ejercicio del poder punitivo del Estado. Y esto implica, entonces, leer todo lo que está planteado todavía en estos instrumentos en clave de re-inserción, de re-habilitación, como una obligación de no desocialización, que deberá plasmarse en una descriminalización de algún tipo de conductas, en la consagración de alternativas al enjuiciamiento criminal y la adopción de sanciones no privativas de libertad, y además la obligación de que respecto de los privados de libertad se trabaje por parte del Estado y la sociedad de una forma tal que el nivel de daño pueda minimizarse en la medida de lo posible, para no generar un mayor nivel de vulneración de derechos que el estrictamente necesario, asumiendo que la pena es siempre un mal y no una terapia ni un tratamiento que se ofrece a un enfermo. Esto, aplicado al caso penal juvenil, no hace sino potenciar todo lo que ya se ha dicho en términos de la aplicación absolutamente restrictiva de la privación de libertad.

Si hay algún campo en el cual por suerte todavía algo se puede experimentar en términos de salidas alternativas, es precisamente el de la justicia juvenil, porque una de las contradicciones extrañas que tiene la sociedad en términos de su ideología de infancia es precisamente ésta que consiste en que por una parte quiere mano dura, pero también hay un nivel de conciencia respecto a que no se puede aplicar exactamente lo mismo que en los adultos. Esta conciencia de la necesidad de una cierta especificidad debiera plasmarse entonces en el lugar central que debieran ocupar las medidas no privativas de libertad, y en todo el tipo de construcción dogmática que podemos hacer para generar esos mismos límites.

La violencia estatal puede ejercerse de distintas formas sobre los niños. Una de las formas más brutales es la que está recogida en un libro que elaboró la institución donde trabajo, que relata la situaciones de los 82 niños detenidos desaparecidos y ejecutados por la dictadura militar chilena. Pero, lamentablemente, esa violación de derechos humanos que es la más brutal y la más manifiesta no es la única, y nuestros procedimientos, nuestros sistemas penales en relación a la juventud, pueden funcionar como un genocidio lento, como un genocidio invisible, como un genocidio “light”, que en Chile ha implicado que incluso en los 13 años que han transcurrido desde la aprobación de la Convención han muerto alrededor de 40 niños en cárceles, muchas de ellas cárceles de adultos, otras veces en cárceles

especiales donde se supone que los niños no están siendo sancionados sino que están siendo protegidos.

Si algún poder tenemos o algún poder nos queda, es el poder que podemos ocupar para limitar ese genocidio en actos que está cometiendo el sistema penal en relación a los adolescentes, y eso implica una serie de recomendaciones prácticas. Lo primero es que, incluso sin sistema de responsabilidad juvenil, en la medida que tengamos conciencia y una interpretación correcta de la Convención, en la medida que los distintos operadores del sistema conozcan la Convención y traten de plasmarla en un programa mínimo aplicable, y se vean las caras como rostros humanos de un sistema penal que desde fuera es mucho más monstruoso, podemos llegar a mejorar los estándares de protección de derechos, con una permanente comunicación entre los distintos actores, con una adecuada visibilización de los efectos que genera la privación de libertad en los menores de edad, compartiendo las experiencias exitosas, tanto de trabajo en el medio libre como de defensa jurídica, que impliquen reducir los niveles de privación de libertad. Todo este tipo de luchas es la lucha que estamos obligados a dar si queremos entonces salir del plano discursivo para plasmar en la realidad los derechos fundamentales de la infancia.



PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE ADOLESCENTES EN URUGUAY. BREVE COMENTARIO DEL ORDEN JURÍDICO URUGUAYO. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA EN LA LEY Y EN LOS OPERADORES DEL SISTEMA PENAL JUVENIL.

SUSANA FALCA*

Introducción.

Recuerdo que en 1997, cuando estábamos discutiendo el Proyecto de Código de Niñez y Adolescencia¹, había colegas que nos decían que no utilizáramos los términos “sanciones” “privación de libertad” y “cárcel” para referirnos entre otras situaciones a las “medidas” que se le aplican a los menores de edad y a los lugares de INAU² donde permanecen afectados por tales “medidas”, porque de esa manera estábamos legitimando la realidad con el discurso; nunca compartí esta postura por varios motivos:

1º- La legitimación de la realidad no surge del discurso, sino de la ley, y en ese sentido la Convención Internacional de los Derechos del Niño³, (en adelante CDN), en su artículo 37 literal b) habla de “(...)La detención, encarcelamiento o prisión de un niño(...)”, mientras que en el literal c) dice “(...)Todo niño privado de libertad será tratado con humanidad(...)” y por último en el literal d) también se refiere al niño privado de libertad que tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica.

2º- En este mismo sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de libertad (Resolución 45/113) define la privación de libertad y se refiere a “menores detenidos”, “centros de detención” mientras que las Reglas de Beijing hablan del “carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios”.

3º- Por último creo que es un error no hablar en estos términos, porque de lo contrario seguimos sí legitimando la utilización de eufemismos, tales como:

* Abogada, consultora de Unicef, Uruguay.

¹ Aprobado por Ley N° 17.823 de setiembre de 2004.

² Instituto de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay, ex INAME

³ Ratificada por Uruguay por Ley N° 16.137 de 28 de setiembre de 1990.

“medidas educativas” (lenguaje utilizado en el viejo Código del Niño⁴), “medidas de seguridad educativas” (Art. 45 y 98 del Cód. Penal y Art. 2º literal F de la ley 15.977)⁵; “hogares” para referirnos a los establecimientos de tipo carcelario donde los menores de edad cumplen sus condenas o esperan su proceso judicial; lugares que no reúnen las condiciones de un hogar, tal como lo conocemos y disfrutamos la mayoría de las personas.

En este mismo sentido la reciente Acordada de la Suprema Corte de Justicia, la número 7.517, cuando hace referencia al tema del control judicial en la etapa de ejecución, en su artículo 10, establece la realización de audiencias evaluatorias cada seis meses cuando se imponga la sanción de privación de libertad superior a un año.

Lamentablemente, el Código de la Niñez y de la Adolescencia -vigente- no logró superar la barrera de este lenguaje y sigue hablando de “medidas socioeducativas” para referirse a la sanción dispuesta por los jueces en sus sentencias de condena.

Creí oportuno hacer esta introducción acerca de la terminología utilizada para sensibilizar a los operadores del Derecho acerca de esta realidad y especialmente para contribuir a terminar con la idea lamentablemente tan generalizada de que a los menores de edad que cometen una infracción a la ley “no les pasa nada”, como solemos escuchar -aun en ámbitos jurídicos- afirmación que no entiendo en qué está basada, pues tanto la ley como la realidad nos está diciendo lo contrario: todo lo que le pasa a un adolescente que es sometido a un proceso por responsabilidad penal juvenil.

En esta ocasión solo me he de referir a cuándo procede la sanción de privación de libertad y por cuánto tiempo, dejando la etapa de la ejecución de la sanción para otra vez dada la importancia del tema.

Régimen legal. ¿Cuándo un adolescente puede ser privado de su libertad y cómo conjugar el principio de la no imputabilidad penal con la posibilidad cierta y legal de ser privado de su libertad?

a- El artículo 34 del Código Penal dice que “No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años”, entonces ¿cómo es posible que sean privados de libertad? Esta situación puede aparecer como contradictoria, no obstante debemos ver a esta disposición como una garantía en el marco de la responsabilidad penal juvenil que consagra la CDN pues impide que personas menores de 18 años ingresen al sistema penal de adultos, es decir que se transformen en sujetos pasivos del Código Penal⁶.

⁴ Del año 1934, vigente hasta setiembre de 2004.

⁵ Dicha ley creó el Instituto Nacional del Menor y puso a su cargo: “Ejecutar las medidas de seguridad que disponga la justicia competente a los efectos de lograr la rehabilitación y educación de los menores infractores”.

⁶ Mary Beloff, Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos, pág. 83 “Justicia y Derechos del Niño”, Tomo II, Unicef, noviembre 2000.

b- En el marco de la Doctrina de la Protección Integral consagrada en la CDN, un adolescente puede ser pasible de un reproche jurídico penal si comete un hecho ilícito tipificado como delito por la ley; esto es así porque el adolescente es responsable de sus actos, porque es sujeto de derecho. No es un incapaz. Entonces, se le puede exigir responsabilidad sobre su conducta, sólo si ésta es antijurídica y está prevista como delito por la ley, y siempre que el adolescente no haya tenido opción de actuar de otra manera, es decir, al momento de cometer la infracción no tuvo oportunidad de actuar diferente.

Pero, ¿cuál es la diferencia con los adultos? La diferencia radica en la ley que se les aplica para juzgar su conducta y en la sanción y en la ejecución de la misma, si es que el adolescente es encontrado culpable después de haber sido sometido a un procedimiento judicial especial en el tribunal competente.

c- La privación de libertad procede teóricamente en los casos de delitos graves y gravísimos, (así había quedado establecido en el Proyecto de Código de Niñez y Adolescencia, que ingresó al Parlamento en 1998, pero que no fue recogido en texto finalmente aprobado).

En el texto aprobado del Código de la Niñez y de la Adolescencia se estableció que “Las medidas privativas de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas.

También podrán aplicarse a los adolescentes que habiendo sido declarados por sentencia ejecutoriada responsables de una infracción, incumplen las medidas adoptadas por el Juez”⁷.

La diferencia entre el Proyecto de Ley y el Código sancionado en este punto, radica en el grado de discrecionalidad que sigue teniendo el juez para aplicar esta sanción, a pesar de que se le exige que fundamente expresamente el por qué no puede aplicar otra sanción distinta⁸. No es lo mismo que el poder del juez se encuentre limitado por la ley que dependa de su voluntad. Aún para el juez, le ofrece más garantía a su independencia, si el legislador le dice expresamente cuándo y en qué casos ha de privar de libertad.

La construcción de cuando procede la sanción privativa de libertad para los adolescentes queda en manos de los jueces, fiscales y abogados defensores. Desde la CDN, entiendo que la naturaleza del bien jurídico afectado o lesionado por el adolescente,

⁷ Artículo 86.

⁸ Artículo 87 (Aplicabilidad) “las medidas privativas de libertad no son obligatorias para el Juez. Se aplicarán cuando configurándose los requisitos legales, no existan otras medidas adecuadas de las no privativas de libertad. El Juez fundamentará los motivos de la no aplicación de otras medidas. Se tendrá en consideración el derecho del adolescente a vivir con su familia, y en caso de que proceda la separación, a mantener contacto permanente con la familia, parejas, amigos, referentes afectivos y otros, si ellos no fueren perjudiciales para el mismo”.

se debe tomar en cuenta para determinar cuándo puede aplicarse la máxima sanción: que el bien jurídico afectado sea mayor o por lo menos igual al bien jurídico libertad, protegido por nuestra Constitución de la República en su artículo 7º. La libertad del adolescente, como derecho fundamental, ha de protegerse aún en los casos de una infracción a la ley penal. Privar de su libertad ambulatoria a un adolescente implica excluirlo de la comunidad, de su familia, con los efectos devastadores que para su desarrollo integral produce el encierro. En el Preámbulo de la Convención se dice que la familia es el elemento básico de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y se reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia. Por otra parte ya en el articulado de la Convención (art. 9º) se expresa que únicamente por motivos de maltrato o descuido el niño podrá ser separado de su familia, por resolución judicial fundada y de conformidad con la ley. Sin olvidar que la protección de la familia y de sus miembros se encuentra consagrada en nuestra Constitución de la República, artículo 40⁹.

Únicamente -de acuerdo a este criterio- procedería la privación de libertad, cuando el bien jurídico afectado por la acción antijurídica del adolescente es la vida, en sentido amplio, es decir, abarcativo de los delitos que lesionan gravemente la integridad física y psicológica de la víctima: violación, lesiones gravísimas, homicidio.

Jamás se justificaría la aplicación de la máxima sanción en aquellos delitos cuyo bien jurídico tutelado sea un bien material, en su tenencia o en su propiedad.

Ultimo recurso. La privación de libertad, debe ser utilizada como último recurso y por el menor tiempo posible, Art. 37 literal b) de la CDN y de acuerdo a las circunstancias personales del adolescente; ¿a que nos referimos con esto? ¿Qué circunstancias personales deben tomarse en cuenta y cuándo? Este aspecto aún no está muy definido conceptualmente, y en la práctica da lugar a diferentes interpretaciones que en definitiva perjudican al adolescente. En términos de la CDN, está claro que nunca las circunstancias personales del adolescente pueden ser tomadas en cuenta para agravar la sanción sino que por el contrario, "(...) sólo podrían operar en clave de vulnerabilidad como disminución del reproche por el acto"¹⁰. Pero en la práctica muchas veces vemos que los operadores del sistema judicial y de la administración del encierro, resuelven y/o aconsejan la privación de libertad del adolescente, basado en sus condiciones personales, cuando el delito no es grave, pero como el muchacho puede aparecer como violento o no tiene una familia "continente" o vive en la calle, circunstancias que lo vuelven "peligroso", cayendo -con mucha facilidad- en el derecho penal de autor y sancionándolo penalmente vulnerando

⁹ Art. 40 de la Constitución: "la familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los dentro de la sociedad"

¹⁰ Mary Beloff, obra citada, pág. 85.

aún más sus derechos. En este sentido, el Código de la Niñez y de la Adolescencia -lamentablemente- previó genéricamente que:

“En situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”¹¹

Primó en el espíritu del legislador la defensa social y la prevención especial positiva, la “recuperación del infractor” y salvaguardar a la sociedad de este infractor, prolongando un encierro contrario a las garantías constitucionales previstas en nuestro ordenamiento jurídico y por supuesto contrario al principio de culpabilidad.

Por otro lado, hay delitos que, cometidos por un adolescente, no deben ser sancionados, por ejemplo: el desacato o los delitos culposos, las agravantes de la pluri-participación, etc. Esto se explica desde otras disciplinas que aportan a esta construcción los elementos necesarios para limitar la intervención punitiva del Estado en la vida de los adolescentes. Entre otras características de la adolescencia, se encuentra la actitud de cuestionamiento y desobediencia a las decisiones de los adultos que pretenden imponerse por la fuerza o la sin razón; el relacionamiento en colectivo entre los adolescentes, es parte de su cotidianidad, el andar siempre en grupos, el actuar en grupos, es parte del desarrollo de la persona. Estas características deben tenerse en cuenta en el caso del delito de desacato, así como cuando se trata de valorar la imprudencia o la impericia en el caso de los delitos culposos y también cuando se pretende agravar su conducta delictiva por la participación de dos o más personas; de no hacerlo estaríamos castigando penalmente una característica esencial de la adolescencia.

Duración de la privación de libertad. La ley es clara en este aspecto: se debe aplicar como último recurso, (última ratio) y por el menor tiempo posible. ¿En qué etapa procesal? Hoy con el Código de la Niñez y de la Adolescencia vigente, se puede aplicar como:

1º- medida cautelar en aquellos casos que la Fiscalía lo solicite.

“(...) si la infracción que se le imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad, (...) y siempre que ello sea indispensable para: A) Asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales. B) La seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos”

En esta hipótesis no durará más de 60 días.

2º- como consecuencia de una sentencia definitiva, ejecutoriada, de declaración de responsabilidad por la acción cometida. La misma no puede durar más de

¹¹ Artículo 91 inciso tercero.

cinco años, es el límite máximo que marca la ley. Por suerte y siguiendo una práctica que se venía aplicando antes de la reforma del Código, y basada en la CDN, este plazo puede modificarse en cualquier momento de su ejecución, “(...) cuando resulte acreditado en autos que la misma ha cumplido su finalidad socioeducativa”¹². Significa que no es necesario que la condena de privación de un adolescente se cumpla hasta el final. Siendo coherente con el sentido que se le dio a la sanción, (socio-educativo), por más que podamos tener reparos a que esta finalidad de la sanción sea realmente satisfecha en el encierro, debemos rescatar esta decisión del legislador que permite la reducción del cumplimiento de la condena en beneficio del adolescente, recuperando su libertad ambulatoria, su vínculo con la familia, su contacto con la comunidad, en definitiva recuperar su vida cotidiana.

Durante este proceso, el juez puede ordenar que sea acompañado por algún programa de libertad vigilada, o de sustitución de medida, o directamente puede decretar el cese definitivo de la sanción.

¹² Artículo 94

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

MIGUEL CILLERO*

Durante mucho tiempo se consideró que lo mejor para la infancia era mantenerla fuera del Derecho penal, estimación que condujo, como es sabido, al “derecho tutelar de menores”. Subyace a este enfoque la idea que la única relación posible entre protección de derechos del niño y la responsabilidad penal de adolescentes es la de incompatibilidad: el reconocimiento de responsabilidad penal sería contradictorio con la protección de los derechos del niño. En el sistema tutelar el principio de prioridad del interés superior del niño (entendido como su protección y bienestar moral y social) legitimaría -normativa y políticamente- la absoluta exclusión de la responsabilidad penal.

Una evaluación general de los resultados de las leyes de menores muestra, sin embargo, que los mecanismos tutelares fueron incapaces de poner atajo a los desbordes del sistema punitivo, siendo objeto de severas críticas que afectaron su legitimidad jurídica -por considerárseles contrarios a los principios constitucionales-, y social, porque con su funcionamiento contribuyeron a aumentar la marginalidad y el control penal encubierto de un sector de la infancia: los menores en situación irregular¹.

Paradójicamente, la exclusión de la responsabilidad de los niños y adolescentes, en lugar de fortalecer la protección, terminó por desmedrarla. La evidencia empírica revela, entonces, que la relación entre interés superior del niño, protección de la infancia y sistema penal es algo más compleja que lo que se pensó a comienzos de siglo por los salvadores de los niños que inspiraron el sistema tutelar.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) toma un camino diferente; este instrumento internacional reconoce que el sistema de garantías creado por el sistema penal (cuyos dispositivos más importantes constituyen derechos fundamentales contenidos en las Constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos) es el mejor mecanismo para lograr controlar y limitar el “poder punitivo” del Estado y que, bajo ninguna consideración relativa al “bien” del niño, puede privarse a la infancia/adolescencia de este conjunto de protecciones. En consecuencia, para la CIDN el niño es titular de todas las garantías propias de

* Abogado, Consultor de UNICEF, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile.

¹ Véase GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO *Infancia de los Derechos y la Justicia*, Ediciones Del Puerto, B. Aires, 1998.

los adultos -además de las complementarias relativas a los niños- para limitar la pretensión punitiva del Estado; este reconocimiento se hace expresamente, reproduciendo en los artículos 37 y 40 estas garantías. Pero, como es sabido, la CIDN también estableció el principio del interés superior del niño.

Si consideramos que, en el marco de la CIDN, el interés superior del niño dejó de ser una etérea consideración del bien del niño, pasando en cambio a ser equivalente a la plena satisfacción de sus derechos²; y que las penas, cualquiera sea su especie o nombre, consisten en la privación de derechos, parece razonable señalar que aún se está ante una antinomia que llevaría a proponer la mutua contradicción y exclusión entre interés superior y responsabilidad penal.

A continuación intentaré desarrollar un argumento que -reconociendo esta antinomia- pueda conciliar el conjunto de principios que regulan y limitan la atribución de responsabilidad penal con el principio de prioridad del interés superior del niño. De este modo pretendo legitimar, en lugar de la exclusión de la responsabilidad penal, su inclusión a través de un análisis que permita reconocer un espacio -aunque muy limitado- al interés superior del niño, en un sistema penal de adolescentes adecuado a los principios, directrices y derechos contenidos en la CIDN.

Si bien muchos de los argumentos que se darán relativos al interés superior del niño podrían desprenderse de otros principios constitucionales -como los de igualdad y respeto a la dignidad humana-, este ejercicio no es meramente retórico o especulativo, ya que encuentra su necesidad en la propia CIDN que consagra, como se dijo, conjuntamente los principios de interés superior y de protección (Art. 3) y las bases de un sistema de responsabilidad penal de adolescentes (Art. 40)³.

Si la protección de los derechos del niño y la responsabilidad penal de adolescentes fueran absolutamente incompatibles, ¿cómo es posible que la CIDN los consagre conjuntamente?, ¿cómo pueden los Estados dar cumplimiento a dos obligaciones aparentemente contradictorias? La respuesta -obviamente- no está en afirmar que el principio de interés superior del niño -entendido como criterio de prioridad- permitiría resolver la cuestión como un problema de conflicto entre principios o derechos, cualquiera que sea la teoría del derecho que se asuma para resolverla (las de Alexy o Dworkin, por ejemplo) o el carácter que se le otorgue -teóricamente- a esa precedencia “absoluta”, no “excluyente” o “condicionada”.

Estos modelos de la teoría del derecho son útiles y permiten dar fundamentos a las diversas posiciones, pero no pueden sustituir el análisis hermenéutico del texto de

² Cillero, M.: “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en García Méndez Emilio y Beloff Mary, compiladores Infancia, Ley y Democracia en América Latina. 1ª edición, Temis/Depalma, Santa Fé de Bogotá, 1998.

³ BELOF, MARY. (1998) Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil. En GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y BELOF, MARY compiladores Infancia, Ley y Democracia en América Latina. 1ª edición, Temis/Depalma, Santa Fé de Bogotá, 1998.

la CIDN, es decir, la aplicación de las reglas de interpretación propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que nos permiten comprender qué derechos específicos detentan los niños y que obligaciones tiene el Estado.

Las reflexiones de este artículo se ubican en este último plano, el de la hermenéutica de la Convención, interpretación teleológicamente orientada hacia la realización de los derechos del niño (Art. 41 CIDN), que debe integrarse a la hermenéutica constitucional, debido a la incorporación de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los textos o normas interpretativas de las Constituciones nacionales. A la interpretación conjunta de estas disposiciones, la llamaremos en adelante hermenéutica de los derechos fundamentales de los niños.

Los principios constitucionales operan, en materia penal, en un doble sentido⁴, por una parte, cumplen una función constitutiva, limitadora y orientadora, y por otra, sirven como “razones de corrección”, para superar las antinomias que son inherentes a la lógica de funcionamiento del Derecho penal, que sanciona con un mal para lograr un efecto positivo de protección de bienes jurídicos⁵.

La hermenéutica de los derechos fundamentales exige superar las contradicciones internas del sistema; para analizar el programa constitucional relativo al Derecho penal y alguna de sus disposiciones particulares, es necesario realizar una interpretación sistemática y teleológica que permita mantener la unidad de la constitución, hermenéutica que se caracteriza por ser una “interpretación de límites”, en un doble sentido: límites del legislador y límites del Tribunal Constitucional al realizar su función de control⁶.

En consecuencia, es necesario promover una interpretación que haga compatibles el interés superior del niño y responsabilidad penal; la hipótesis que propongo es considerarlos como un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo del Estado y aseguran la protección de los derechos del niño.

En este nivel de análisis, no se otorga al interés superior del niño la función de un principio que permite ponderar intereses, sino que se define su contenido como la vigencia de sus derechos (que es más amplio que la ausencia de daño y menos ambicioso y ambiguo que el bienestar moral y social). La mejor protección de los derechos del niño es su realización y, podemos decir, que la mejor protección es su autoprotección, es decir la que no queda entregada a ninguna decisión discrecional o paternalista de los adultos, ni a alguna particular concepción del bien.

⁴ Véase: ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 3ª ed. 1999, en particular pp. 116-119, en que se refiere al “doble alcance normativo de los principios”

⁵ Sobre este punto véase ALCÁCER, R.: “Los Fines del Derecho Penal. Una Aproximación desde la Filosofía Política” que desarrolla sus puntos de vista desde la teoría de “razones de corrección” de Mac Cormick., en *Anuario de Derecho Penal*, volumen LI, 1998, pp. 365-587, p. 391.

⁶ PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2000, pp. 148 y ss

Ante el Derecho penal esta protección viene dada por las garantías penales y procesales -consagradas constitucionalmente- que se imponen a la voluntad del legislador y del Juez. Frente a ellas no hay ponderación posible, basada en intereses colectivos o el bienestar del niño; en consecuencia sería ilegítimo aducir –en un sentido u otro- una ponderación basada en el interés superior del niño para relativizar, por ejemplo, la aplicación del principio de legalidad, o la presunción de inocencia en atención a los fines educativos de las medidas establecidas en las leyes penales o tutelares de menores; o, por el contrario, para defender la absoluta irresponsabilidad de un adolescente ante la comisión de un delito grave en razón que las posibles sanciones penales -aunque especiales- afectarían siempre ilegítimamente los derechos del infractor.

Las garantías penales establecidas en términos constitucionales con un carácter absoluto -como las señaladas anteriormente o la prohibición de tortura por ejemplo- no dejan margen de ponderación a la autoridad y por ello son protecciones que -por escaso que sea el margen de autonomía que se le reconozca al niño- operan sin necesidad de expresión de su voluntad esto es no requieren, en principio, de una heteroprotección del padre o del Juez; incluso, en caso de incumplimiento existe un interés público para perseguir su cumplimiento, lo que es aplicable tanto a la persecución de un delito –caso de la tortura-, como en el de infracciones a garantías sustantivas y procesales fundamentalmente a través de la defensa jurídica obligatoria y el rol de salvaguarda de las garantías que cumple el juez imparcial en un proceso adversarial.

En materia penal, frente a la relativa incapacidad del niño o adolescente, la mejor protección no es la discrecionalidad de las autoridades para encontrar una solución que resulte de la ponderación de intereses, sino que la protección normativa de sus derechos a través de garantías constitucionales y legales. Será a nivel del constituyente y del legislador, subordinado a la Constitución, donde deberán ponderarse los intereses, cuyo reflejo o fruto son las garantías penales, que en sede judicial penal no quedan entregadas a la ponderación judicial.

Esta conclusión, creo que satisface no sólo la hermenéutica constitucional sino que, además, una formulación de interés superior del niño elaborada a partir de sistemas como los de Alexy o el de Dworkin; evidentemente en otros ámbitos del derecho, diferentes al penal, será necesario recurrir al interés superior del niño como principio que permita resolver conflictos normativos en caso de colisión de derechos o intereses y allí, estas teorías –y otras que pudieran proponerse- tendrán que probar su mayor o menor fortaleza para desarrollar criterios razonables de ponderación, en el marco de una prioridad no excluyente de los derechos de los niños.

En materia penal, en cambio, el interés superior del niño no puede actuar como un criterio de resolución de conflictos de intereses en la resolución de casos concretos,

sino que encuentra su espacio de aplicación a nivel de los fines del derecho penal de adolescentes.

En consecuencia, el punto central para resolver esta antinomia es la distinción de planos. Así mientras creo posible sostener que interés superior del niño y responsabilidad penal de adolescentes pueden complementarse –en el ámbito de los derechos fundamentales– al nivel de los fines del Derecho penal de adolescentes, en particular considerándolo como un límite adicional, me parece necesario afirmar asimismo que el interés superior del niño no puede fundamentar una pena, o utilizarse como mecanismo para determinarla judicialmente⁷.

A nivel de fines del Derecho penal de adolescentes, podemos sostener que se encuentran la protección de bienes jurídicos, la minimización de la violencia tanto social como de la respuesta estatal, el respeto a la dignidad personal de imputados y condenados y la protección de los derechos de los adolescentes como sujetos en desarrollo, elemento este último que define la necesaria especialidad del Derecho penal de adolescentes frente al Derecho penal de adultos.

Estos fines del derecho penal son compatibles con el interés superior del niño y se expresan en disposiciones como la que establece que la privación de libertad debe ser una medida de último recurso, en el Derecho penal de adolescentes (Art. 37 .b de la CIDN).

Diferente es la situación de los fines de la pena, especialmente si se pretende fundamentar la aplicación de una sanción específica en el interés superior del niño, ya que pareciera que las medidas se impondrán para hacerle un bien al menor y no como sanción, con lo que se reinstala lo esencial del paradigma tutelar⁸, pero a través de un fraude de etiquetas.

Establecidos los planos de posible convergencia y de divergencia, una primera directriz de la que podemos partir es que cualquier sistema de reacción estatal frente a infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años, debe considerar conjuntamente las limitaciones propias al poder punitivo que emanan del sistema penal y del interés superior del niño, esto es la satisfacción y protección de sus derechos.

Esta combinación de principios y garantías permitirá redefinir y limitar la aplicación a los adolescentes de sanciones y responsabilidades del sistema penal de adultos y, a su vez, que la aplicación de las garantías del sistema penal impedirá cualquier uso abusivo de mecanismos coactivos/sancionatorios (que importan privación de derechos) para modificar la conducta o situación del niño en función de su supuesto interés.

⁷ Como se establece en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (5/2000) de España.

⁸ GARCÍA PÉREZ, 2000: La Evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la Luz de las Directrices Internacionales" en ACTUALIDAD PENAL, N° 32, 4 al 10 de Septiembre 2000 pp. 685 y 688.

Una segunda consideración es que, efectivamente, el interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (característicos del sistema penal). En consecuencia, siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la CIDN: su carácter mínimo; él que se concretara en la aplicación de técnicas de descriminalización legal, aplicación del principio de oportunidad, reconocimiento de la privación de libertad como último recurso y condiciones especiales para la ejecución de sanciones; todas garantías que emanan directamente del principio de interés superior, aunque ciertamente podrían derivarse -con igual efectividad- del principio de intervención mínima y respeto a la dignidad humana.

En síntesis, si bien es cierto que existe una contradicción entre pena y derechos del niño, es fuerza reconocer una complementación entre el sistema jurídico destinado a limitar las penas (derecho penal garantístico) y el sistema de protección de los derechos del niño. Más aún privar de las garantías penales a los niños y adolescentes constituye una violación al principio de protección de sus derechos, porque, la experiencia indica que el sistema de garantías penales -sustantivas y procesales- son el mecanismo más eficaz de protegerse del poder punitivo del Estado y de limitar su expansión.

Sin embargo esto no es suficiente, en razón de la particular situación jurídica y social de la infancia, el interés superior del niño, exige elaborar un complejo sistema de responsabilidad por las infracciones a la Ley penal complementaria al sistema de garantías generales. Sus líneas matrices se encuentran consagradas en la CIDN y es tarea de las leyes nacionales desarrollarlas específicamente.

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la CIDN constituye una "principio" que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño", y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superar el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

Una vez establecido que la integración entre interés superior del niño y garantías penales y procesales sólo puede darse en la medida que ambos constituyen un límite a la pretensión punitiva del Estado, podemos decir que la finalidad específica del sistema penal de adolescentes basado en la CIDN, será limitar el poder punitivo del Estado y proteger al niño – lo más posible- de los efectos adversos que las sanciones penales importan para el desarrollo de los niños.

En este balance entre necesidad de intervención penal y protección del desarrollo, el principio del interés superior exige asumir como una prioridad no excluyente – respecto de la protección de bienes jurídicos- los derechos de la infancia y construir un sistema reforzado de garantías; probablemente esta idea de relativa prioridad de los derechos del niño, que permite orientar mejor los juicios de ponderación en sede legislativa y judicial – dentro de márgenes muy precisos y siempre a favor del imputado, por ejemplo al decidir sobre la procedencia de una medida cautelar-, sea el aporte específico que el principio del interés superior del niño pueda prestar para el diseño y funcionamiento del sistema penal de adolescentes.

Como consecuencia de lo dicho, se trata de diseñar legalmente un sistema basado en la responsabilidad por el hecho y no por las condiciones del autor con pleno respeto al principio de legalidad; la consagración de un sistema de imputación democrático del acto al autor⁹; el reconocimiento que la sanción es la consecuencia de una atribución de responsabilidad; de la aplicación intensiva de las garantías del debido proceso y de la presunción de inocencia; el diseño de un completo sistema diferenciado de consecuencias jurídicas; y el establecimiento de criterios específicos para la determinación de la pena, tanto a nivel legal como judicial, que permitan un ejercicio razonado de flexibilidad judicial, limitado –en cuanto a su severidad- por el principio de proporcionalidad.

⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte General, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª. Ed. 2002. pp. 201 - 205.



SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA



LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO COERCIÓN PROCESAL EN EL PROCESO PENAL JUVENIL ARGENTINO: UN AVANCE EN LA MATERIA (Comentario a un fallo argentino)

MART INIANO TERRAGNI*

Nos convoca el análisis de un reciente fallo del Tribunal Oral de Menores N°2 de la Capital Federal, dictado en el marco de un expediente de disposición (“tutelar”), por el cual se deniega el pedido de libertad formulado en relación a un niño internado en un instituto cerrado de seguridad a disposición de ese órgano judicial.

Particularmente, el voto del Dr. Talón, en cuanto a los motivos válidos para que ese encerramiento proceda, siendo este un importante avance en la materia.

Durante la vigencia de un proceso penal, los imputados pueden ser privados de su libertad, sin que esto afecte el principio de inocencia, siempre que se justifique tal medida en el denominado “riesgo procesal”, esto es: la posibilidad que la persona en libertad se fugue u obstaculice la obtención de pruebas, evitando así que se realicen los objetivos del proceso penal: la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva.

En particular, y respecto de los niños sometidos a proceso penal, esta excepción al derecho de permanecer en libertad durante la tramitación del mismo, se encuentra reconocida expresamente en el Art. 411 del Código Procesal Penal de la Nación (“la detención de un menor sólo procederá cuando hubieren motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices o inducirá a falsas declaraciones”). A su vez, y dando preeminencia a este dispositivo específico, el Art. 315 del mismo cuerpo legal establece que las disposiciones sobre prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho años, resultándoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica (así fue resuelto el incidente por el Dr. Talón).

Sin que hoy sea posible alguna duda, la “legislación específica” sobre niños (aparte de los Art. 315 y 411 CPPN) y que mejor protege sus derechos, es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN, junto con otros instrumentos internacionales que la complementan).

Asimismo, las medidas a adoptar respecto de los niños sometidos a un proceso penal, se encuentran descriptas en dicho instrumento y en particular, al referirse a la

* Abogado, consultor de Unicef Argentina. El autor agradece la supervisión del comentario a la profesora Mary Beloff

posibilidad de que los niños sean privados de su libertad, el Art. 37 inc b) prescribe que "(...) La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (...)".

A su vez, en las Reglas de las Naciones Unidas para los menores privados de libertad (regla N° 11 b) establece qué es lo que se entiende por privación de la libertad: "el alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir a su voluntad, fundamentado en fines educativos, protectores, punitivos, tutelares, de seguridad o cualesquiera otros constituya privación de la libertad conforme nuestro derecho positivo interno".

De la interpretación de las normas citadas de manera sistemática, armónica y respetuosa de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, se concluye necesariamente que: la libertad de un niño siempre debe ser la regla y no la excepción. Y la privación de la misma debe ser necesaria conforme a los fines del proceso y cuando no exista otra medida menos lesiva, porque de otra manera es imposición de una pena anticipada.

Cabe reiterar que el encarcelamiento no sólo debe ser una medida de "última ratio", sino que en caso de que proceda debe ser determinada, por el menor tiempo posible y como respuesta a la comisión de un delito grave.

Ahora bien, en la práctica judicial actual, las medidas que ordenan los encierros preventivos de niños, en general, no son dictadas luego de un análisis razonado de los elementos convictivos arrojados por la investigación, ni en virtud de la ponderación de aspectos del accionar del niño que pudieran obstaculizar la acción de la justicia: son privados de su libertad independientemente de su condición procesal, ya que a su respecto se dicta auto de mérito (procesamiento) pero sin el dictado de la prisión preventiva a su respecto.

Es por esto que la internación con fines tutelares analizada ciertamente es un agravamiento del instituto de la prisión preventiva (que en ciertos casos rige en el sistema de menores), porque no sólo no se funda en una causal de procedencia contenida en la legislación, sino que incluso se anulan garantías procesales básicas contra las resoluciones o disposiciones judiciales que las determinan.

En consecuencia, cuando se adopten medidas privativas de la libertad, como coerción penal o procesal, debe ser necesario un escrutinio estricto por parte del juez de menores: procede esta medida sólo si está debidamente justificada y si es el único recurso posible para cumplir los fines resocializadores de la pena (coerción penal) o los fines del proceso (coerción procesal). Lo cual, por lo antes apuntado, no acontece en el caso concreto en los argumentos de la mayoría del Tribunal.

Por otra parte, y en este caso concreto, debe tenerse en cuenta que el Tribunal en ningún momento analiza la improcedencia de medidas alternativas que no sean privativas de la libertad, lo cual evidencia que no ha realizado el escrutinio estricto que le exige la CDN, con jerarquía constitucional.

Atento a ello, la medida dictada que deniega la libertad al niño por parte del Tribunal basado (en el voto de la mayoría) en razones numéricas (número de causas del niño) y personales (constancias del expediente tutelar), en este caso particular, puede llevar a agravar las circunstancias y condiciones de internación que mediante aquella se dice preservar.

No obstante ello, el niño se encuentra detenido aun cuando se reconoció el carácter punitivo de la medida en el marco del expediente tutelar, independientemente de su condición procesal.

En conclusión: si un niño no está privado cautelarmente de su libertad bajo las condiciones establecidas por la normativa específica (ver Art. 411 del C.P.P.N. y 37 inc. b de la Convención de Derechos del Niño) su detención es arbitraria e ilegítima.

La Sentencia

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2004.

Y vistos:

Para resolver en el presente di sposicional nro. 2.494 del registro de la Secretaría Tutelar incoado en favor del menor F.O.S., de las demás condiciones personales obrantes en el presente legajo:

Y considerando:

Voto del Dr. Fernando José Talon:

Que analizando la posibilidad de que el menor F.O.S. abuse de su libertad para impedir por su fuga la sustanciación completa del proceso o eludir el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer, supuestos de peligro únicos en que estaría justificada su privación de libertad durante el mismo, habida cuenta que si bien esta última durante el proceso posee raigambre constitucional, no lo es menos que el Art. 18 de la C.N. autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente (con. CN Penal Económico, Sala A, agosto-2003-inc. De excarcelación de m.C.A., causa nro. 50.517, El Derecho, 26 de noviembre de 2003, Pág. 5), cabe concluir que verificándose tales extremos en la especie y acudiendo a las normas establecidas por el Art. 411 primer supuesto, del C.P.P., la ley 23.849, Art. 37 incs. "b" y "c" en concordancia con el Art. 29 de la Convención sobre Derechos del Niño, estimo conveniente mantener por el momento la internación dispuesta en su oportunidad, lo que así voto.

Voto de los Dres. Carlos Manuel Caravatti y Zulita Fellini:

Sin perjuicio de lo manifestado por la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces interviniente en su dictamen de fs. 45/vta. y lo sugerido por el equipo técnico del establecimiento en el que se halla internado el menor F.O.S. en el informe obrante a fs.41/42, teniendo en cuenta las causas que el joven registra en trámite, sus fechas de inicio y las demás constancias obrantes en el presente disposicional, estimamos conveniente que el nombrado permanezca en la situación de internación en que se encuentra.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal, **RESUELVE:**

- 1) No hacer lugar al pedido de egreso oportunamente solicitado respecto del menor F.O.S., debiendo permanecer el nombrado en la situación de internación en que se encuentra.
- 2) Librar oficio a la Sra. Directora del Centro de Admisión y Derivación, a fin de hacerle saber lo aquí resuelto. Asimismo, requiérase se arbitren los medios necesarios para que se notifique al joven, debiendo labrarse el acta de estilo, la cual deberá ser enviada a estos Estrados.
- 3) Notifíquese.

EN NOMBRE DE LA PROTECCIÓN

(Comentario sobre los fundamentos de la privación de libertad impuesta a un adolescente en una sentencia uruguaya).

DR. JAVIER M. PALUMMO*

Planteamiento

La sentencia que a continuación se comenta recayó en un proceso seguido contra un adolescente por infracción a la ley penal, tramitado en el Juzgado Letrado de Adolescentes de 3er. turno de Montevideo.

Sintéticamente el caso es el siguiente: S.A.F., un adolescente de 17 años, es detenido en la vía pública por la policía después de haber hurtado una casa en compañía de otro joven mientras sus moradores dormían. Al momento de ser detenido fueron recuperados buena parte de los objetos hurtados. Por resolución del día 22.03.2005, se resolvió el comienzo del proceso penal juvenil como autor inimputable de un delito de hurto agravado imponiéndole una medida cautelar de privación de libertad en el Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay (INAU). Asimismo, se dispuso que se le hiciera saber al establecimiento que ejecutaría la medida cautelar “el problema de adicción del joven a la pasta base”.

Surge de la audiencia que uno de los fundamentos de la privación de libertad impuesta- primero como medida cautelar y ulteriormente a título de sanción definitiva- es la circunstancia de que el adolescente era adicto a la “pasta base”. Así el Ministerio Público en la audiencia expresó: “[...] dado que no ha podido recuperarse de su adicción a la pasta base, solicito que se inicie procedimiento de adolescente infractor [...] y se le interne provisoriamente [...] peticionando al lugar de internación que tenga muy en cuenta su condición de adicto a la pasta base”. El Ministerio Público solicita en definitiva la privación de libertad de Sebastián por un término de tres meses. La defensa en oportunidad del traslado se allana a lo solicitado por el Ministerio Público.

En definitiva por la sentencia que se comenta se declaró al adolescente, autor inimputable de un delito de hurto agravado por la penetración domiciliaria, la pluri-participación y genéricamente por la nocturnidad, imponiéndosele como pena su privación de libertad por 3 meses, no efectuándose ninguna referencia a si esta pena opera con el descuento de lo ya cumplido en carácter de medida cautelar.

* Abogado uruguayo.

A riesgo de dejar varios tópicos importantes sin comentar desarrollaré en el presente sólo un par de aspectos de la sentencia, a los cuales dedicaré dos apartados.

El último recurso

El que la pena privativa de libertad sea aplicada como último recurso es la expresión de un importante consenso político que ha dado lugar a la consagración de este principio en múltiples normas internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Beijing y Reglas de Menores Privados de Libertad) y en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823 del 7 de setiembre de 2004).

El claro consenso en torno a este principio se fundamenta en los efectos perjudiciales, desocializadores y estigmatizantes de la privación de libertad sobre los adolescentes.

El Código de la Niñez y la Adolescencia recoge claramente esta solución al disponer en su artículo 76 numeral 12: “La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. El Código instaura un Derecho Penal Mínimo, de acto, que reduce la intervención punitiva en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño siendo esta una conclusión que ha sido sostenida por prestigiosa doctrina nacional¹.

En el caso se sancionó a un adolescente por la autoría de un delito de hurto especialmente agravado, imponiéndole una medida cautelar y posteriormente una pena definitiva de privación de libertad por 3 meses.

Existe un importante consenso en que la única aspiración razonable frente al sistema penal es promover su reducción y controlar su expansión a través de la estructuración de un completo sistema de garantías que lo limiten al máximo. La sanción de un hurto como el de autos- en el que se recupero buena parte de los objetos sustraídos, por lo que la lesión a el bien jurídico tutelado en mínima- con privación de libertad constituye una decisión contradictoria con la idea de un derecho penal juvenil mínimo y de la consideración de la privación de libertad como último recurso.

Pasta base e infracción

Tal como mencionamos más adelante uno de los fundamentos de la privación de libertad impuesta fue la circunstancia de que el adolescente era adicto a la “pasta base”.

¹ Cf. PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, Uruguay: Reflexiones sobre el Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley N° 17.283, en Justicia y Derechos del Niño, N° 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004, pp. 269 y SS.; BABELA, Jacinta, Código de la Niñez y la Adolescencia, Texto y contexto N° 35, FCU, Montevideo, 2004, p. 25.

El Código de la Niñez y la Adolescencia posee varias previsiones en referencia a la relación de los niños, niñas y adolescentes con sustancias que denominaremos genéricamente drogas. Pero en referencia a la competencia de los Juzgados Letrados de Adolescentes tenemos una única disposición que se encuentra en el artículo 93. Esta norma dispone que “en los casos de adolescentes infractores, que padecen dependencias alcohólicas o toxicómanas se efectivizará la asistencia a programas de orientación y tratamiento adecuados”.

En el caso únicamente se dispuso que se le hiciera saber al establecimiento que ejecutaría la medida cautelar “el problema de adicción del joven a la pasta base”. El establecimiento en el cual Sebastián fue privado de su libertad no está especializado en adicciones y tampoco se lo derivó a otro lugar en el que si existiera algún tipo de tratamiento. De haber pretendido que se “tuviera en cuenta” un problema de adicción desde una perspectiva del derecho a la salud del adolescente, se debería haber ordenado que se efectivizara el ingreso a un programa de orientación y tratamiento tal como lo refiere el artículo 93 del CNA, pero no motivar la sanción en la existencia de una adicción, y en definitiva privando de libertad a un adolescente por un hurto. Salvo que ese “tener en cuenta” obedezca a criterios de peligrosidad o apunte a obtener una mayor estigmatización del adolescente y no a proporcionarle un tratamiento médico adecuado en consonancia al ejercicio de sus derechos.

La inexistencia de un servicio adecuado para brindar este tipo de tratamientos constituye el incumplimiento de una obligación del Estado de proteger los derechos de todos los adolescentes que se encuentran bajo su jurisdicción y en este caso además bajo su custodia. El Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos. Esta circunstancia obliga al Estado a disponer de los servicios de salud estrictamente necesarios para dar cumplimiento a la previsión legal del artículo 93 del CNA. En este sentido es preciso referir a lo dispuesto en el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Otro tipo de consideraciones implicarían la existencia de un plus punitivo para el adolescente que es considerado consumidor o dependiente, provocando una respuesta más dura tanto a la hora de determinar la sanción como en la ejecución de la misma. Todo esto otra vez con un propósito por todos conocido: la protección

La Sentencia

Sentencia N° 37.

Montevideo, 20 de abril de 2005.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados "A.F., S. Infracción" Fa.

RESULTANDO:

- 1) En la audiencia preliminar celebrada el 22 de marzo de 2005, por decreto No. 315 (fs. 21), se dispuso la iniciación de procedimiento respecto del adolescente S.A.F., como presunto autor inimputable de un delito de HURTO especialmente agravado y como medida cautelar su internación en INAU haciéndose saber al Hogar de Internación del problema de adicción del joven a la pasta base.
- 2) El Ministerio Público evacuando el traslado conferido solicita se declare a S.A. autor inimputable de un delito de HURTO agravado y se le imponga como medida educativa su internación por TRES MESES, sin perjuicio de los cambios que puedan operar de acuerdo a su evolución (fs. 26-27).
- 3) El 19 de abril de 2005 comparece la Defensa manifestando que no objeta lo expresado y solicitado por la Fiscalía.
- 4) Surge plena y legalmente probado en autos, mediante actuaciones policiales (fs. 2-5, 12-15), actuaciones practicadas en Sede Penal (fs. 6-11), declaraciones vertidas en la audiencia preliminar por el damnificado (fs. 16-17) y por el joven encausado y su responsable (fs. 18-20), que:

El 22 de marzo de 2005, a las 03:00 horas, el adolescente S.A.F. -de 17 años de edad-, en compañía de otro joven, ingresó a la finca sita en la calle Minas por una ventana del garaje, apoderándose mediante sustracción de diversos efectos, entre ellos un equipo de audio, teléfonos, etc., dándose a la fuga y siendo posteriormente detenido por funcionarios policiales que recorrían la zona. Se recuperó parte de los efectos hurtados.

CONSIDERANDO:

- 1) Los hechos reseñados precedentemente configuran un delito de HURTO especialmente agravado por la penetración domiciliaria y la pluriparticipación y genéricamente por la nocturnidad (Código Penal, Art. 34, 60, 340, 342, 46 inc. 13, 47 inc. 12 y C.N.A. 69, 72).

II) S. A. F. Es oriental, nació en Montevideo el 8/6/87 (fs. 22 y vto.).

Del informe de fs. 24 y vto. surge que el joven impresiona como frágil y vulnerable, con un nivel de reflexión importante que le permitiría asumir una atención referente a su adicción a la pasta base. Por otro lado donde la propia internación parecería operar en forma determinante en sus proyectos ya que plantea continuar estudiando y la necesidad de atender su problemática de consumo. La familia lo visita siendo la misma un componente importante para él.

Por lo expuesto y lo dispuesto por el Art. 76 y concordantes del Código de la Niñez y la Adolescencia y Convención de Derechos del Niño (ley 16137),

FALLO:

Declarase a S.A. autor inimputable de un delito de hurto agravado, imponiéndosele como medida educativa su internación por tres meses, sin perjuicio de su evolución.

Comuníquese, oficiándose a los efectos pertinentes y oportunamente archívese.

Dra. Larrosa



EL CASO PANCHITO LÓPEZ

(Comentario sobre la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena al Estado de Paraguay)

EDUARDO GALLARDO*

La vida en el Panchito es dura. Los castigos consisten en golpes en las plantas de los pies, en las palmas de las manos, patadas en el estómago. Desnudos en el patio, acostados boca abajo son golpeados con palos; otras veces te hacen parar en las manos contra la pared. Debés sostenerte el tiempo que ellos quieran, si te caes te pegan. Te cuelgan por el pilar o por el portón. A mí me colgaron durante tres horas y los guardias que pasaban me daban golpes. Si alguien hace algo y no es descubierto todos los del pabellón son garroteados.¹

El 2 de septiembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Paraguayo, en una sentencia sin precedentes, al pago de indemnizaciones a internos del Panchito López por un monto total de U\$ 3.664.000 y a la realización de actos públicos de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos.

Esta sentencia, constituye un mensaje claro a los Estados que integran el Sistema Interamericano, en muchos de los cuales, los adolescentes privados de libertad viven en condiciones similares o peores a las que soportaron durante una década los internos de la cárcel paraguaya. No pueden ser ignoradas las denuncias, no puede mantenerse un estado de tortura, no pueden continuar aceptándose prácticas ilegales como la internación de adolescentes con adultos. Los/as adolescentes privados de libertad no son ya los olvidados de sistemas penales ineficientes, que violan los derechos humanos de quienes están sujetos a su imperio.

El Panchito López fue creado a principios de la década pasada con la pretensión de ser un “Instituto Educativo y Correccional” modelo. Para ello se usó la estructura de una casona grande ubicada en las cercanías de otros centros de detención, en el barrio Tacumbú de Asunción.

Como tal, la estructura física del recinto nunca pudo ser eficiente para servir como penal de adolescentes. No existía espacio suficiente para realizar ningún tipo de actividad. Los pabellones comunes impedían cualquier posibilidad de separar a la población penal (salvo la separación por razones de seguridad de internos prove-

* Abogado, Unicef Paraguay.

¹ Ex recluso del Correccional de Menores “Panchito López”, de Paraguay.

nientes de diferentes barrios y pandillas). Aun cuando existen diferentes versiones sobre su capacidad inicialmente proyectada, lo cierto es que ya a los pocos años de funcionamiento, el penal era ocupado por más de doscientos menores de 20 años. Mucho más del doble de los adolescentes que podía razonablemente albergar. La población del Panchito creció rápidamente durante la década en que funcionó. Mientras en 1995, había internados 112 adolescentes en promedio, el número subió a 175 al año siguiente. En 1997, apenas dos años después, los internos alcanzaban a 244². A pesar de que se había creado un nuevo penal, cuando finalmente fue cerrado, en julio del año 2001, albergaba a 255 reclusos.

Aun cuando las condiciones físicas del recinto eran absolutamente inadecuadas y constituían por sí mismas violaciones a los Derechos Humanos de los adolescentes internos, los problemas más graves del “Centro Educativo y Correccional”, como pomposamente anunciaba un cartel en su entrada, eran otros.

La verdadera lógica que estaba detrás de todo el sistema “correccional” de adolescentes era que los “menores” constituían un grupo especialmente peligroso y problemático, que debía ser corregido con particular rigor. Para el Sistema, la puerta de entrada del Panchito era el límite en que dejaban de existir los derechos fundamentales de quienes entraban. Tras su umbral, la única autoridad y la única ley, eran la voluntad del jefe de seguridad o del guardia a cargo. Desafiárla significaba un pasaje seguro al lugar conocido como el “bajo”, el subterráneo de la antigua casa, que era usado como sala de castigos, para quedar a merced de la “estonfa” (bastón) del guardia.

Pero Panchito era, si se puede decir así, un lugar “privilegiado” en un contexto que no diferenciaba a los adolescentes de los adultos.

Otros doce centros de reclusión formalmente recibían a menores de edad. Sólo el Panchito y el Instituto del Mañana (en el que convivían adolescentes internados por razones penales y niños internados por “razones de protección”) separaban a adolescentes de adultos.

En 1997 había 555 adolescentes presos en estos centros de reclusión. Para el año 2001³, esa cantidad había subido a alrededor de 750⁴. No se conoce el número de adolescentes que se encontraban presos en comisarías de la Policía Nacional o en el Penal Nacional de Tacumbú.

Los guardias que servían en el Panchito no tenían ningún tipo de especialización o formación. Eran guardias del sistema penal de adultos que habían sido “sancionados” por algún motivo. Trasladados de penales de mayores, estaban condenados a vigilar

² Niños, niñas y Adolescentes Privados de Libertad en el Paraguay, Ministerio Público - UNICEF, 1997, pág 73.

³ Ídem, pág 75.

⁴ Informe Comisión de Visita y Monitoreo de Cárceles de Adolescentes 2001.

a una población problemática y privados de los “beneficios” del sistema informal de pagos instituido en las cárceles de adultos, por toda clase de servicios o privilegios especiales a ciertos presos.

Para las autoridades, el Panchito no era más que un apéndice del sistema carcelario, dependiente de la Dirección de Institutos Penales del Ministerio de Justicia y Trabajo. No existía una concepción diferente del sistema penal adolescente, no se comprendían cabalmente ni se consideraban las normas internacionales para la reclusión de los adolescentes. No existía un reglamento de conducta, los internos no eran informados de sus derechos ni examinados al entrar, guardias armados vigilaban el perímetro, las celdas de aislamiento constituían una forma de castigo aceptada oficialmente, no había separación entre procesados y condenados, la tortura y los tratos degradantes constituían una práctica diaria de disciplina, etc.

La comida era escasa y de mala calidad. No existía ningún tipo de asesoría técnica para prepararla. Los propios internos estaban a cargo de esas labores. Un sistema de suministros corrupto e insuficiente, impedía que hubiera una adecuada cantidad de insumos. Se pasaba hambre en el Panchito.

Las condiciones higiénicas eran deplorables. Pocos baños, condiciones de hacinamiento, falta de artículos de limpieza personal (en 2001 se registraron amagos de motines por falta de papel higiénico), eran parte de un panorama normal del “Correccional”. No existía tampoco atención médica o dental.

Los adolescentes internos pasaban la mayor parte del tiempo reclusos en pabellones de hasta 30 personas, viendo televisión o escuchando radio. Los “recreos” o actividades deportivas eran muy escasos. No existían actividades laborales ni educativas. El Panchito era, apenas, un depósito.

No existía ningún tipo de plan de contingencia ante un siniestro, salvo el procedimiento de llamar a la Fope, Fuerzas Operativas Especiales de la Policía Nacional, para evitar el escape de algún interno y sofocar motines. El Panchito contaba sólo con unos pocos extintores de incendios usualmente descargados y no disponía de herramientas para cortar los candados con que permanecían encerrados los internos la mayor parte del tiempo.

El sistema judicial contribuía a mantener o agravar esta situación. El régimen jurídico basaba su funcionamiento en una concepción autoritaria de la relación entre el adolescente y el régimen penal, haciendo sólo distinciones de forma con el procedimiento de adultos, que tampoco funcionaba adecuadamente. Los menores de edad se encontraban en condiciones incluso peores que los adultos; en la mayoría de los casos tenían menos posibilidades de acceder a una defensa adecuada. Aun las denuncias por los delitos más bagatelarios podían representar meses o incluso años en el Panchito. La mora judicial era grave. El propio Estado Paraguayo reconoció, en

el Primer Informe Ordinario al Comité de Derechos del Niño que, de 270 internados en el Panchito solo seis tenían condena.

Muchos de los adolescentes recuperaban su libertad mediante el procedimiento de “compurgamiento” de condena, que consistía en la extinción del proceso luego de permanecer en prisión preventiva por un término equivalente a los dos tercios de la condena prevista para el delito por el que es imputado. En un seguimiento de 90 casos realizado por el Ministerio Público en 1997⁵ durante seis meses, sólo 17 recuperaron su libertad. De ellos, seis lo hicieron por compurgamiento. No existía ningún sistema de medidas alternativas a la privación de libertad y, aunque algunos jueces aplicaban directamente la Convención sobre los Derechos de los Niños, la mayoría se limitaba a la prisión preventiva como única medida para un adolescente imputado de cometer delitos.

Con esta perspectiva, que ocurrieran incidentes graves era sólo una cuestión de tiempo. Diversas organizaciones civiles, organismos internacionales e incluso, dependencias del propio Estado comenzaron a manifestar su inquietud por lo que estaba ocurriendo, desde mediados de 1993.

Una serie de incidentes, motines y represiones de las fuerzas especiales de la Policía tuvieron su más grave manifestación el día 11 de febrero del año 2000. Ese día, los internos del pabellón 8 del Panchito, se amotinaron, al parecer como protesta por los malos tratos sufridos el día anterior. Dos de los internos fallecieron en el lugar. “El Centro Nacional del Quemado recibió a 30 personas. Todos los pacientes que ingresaron presentaron un grado importante de dificultad respiratoria y las lesiones cutáneas variaban en un rango entre 15% y 30% de la superficie corporal”.⁶

Otros siete internos morirían como consecuencia de las quemaduras recibidas, en las siguientes semanas.⁷

A pesar de la gravedad de los hechos, aparentemente no se tomaron medidas de seguridad adicionales y una semana después, se registró un nuevo incendio. Esta vez no hubo muertos ni heridos de consideración, pero 25 adolescentes fueron trasladados como sanción, a la Cárcel de Alta Seguridad de Emboscada, inaugurando una práctica que se extendería hasta el año 2003. El penal de Emboscada alberga a los presos más peligrosos del país y fue utilizada durante la dictadura como recinto de reclusión de los presos políticos.

⁵ Niños, niñas y Adolescentes Privados de Libertad en el Paraguay, Ministerio Público - UNICEF, 1997, pág 138.

⁶ Testimonio de Miguel Ángel Insaurralde Coeffier, Director del Centro Nacional del Quemado, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay.

⁷ “El 11 de febrero de 2000 ocurrió un incendio en el Instituto_, a raíz del cual fallecieron los siguientes nueve internos: Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo y Carlos Raúl de la Cruz”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.párrafo 134.24

En esta prisión, los adolescentes fueron reclusos en los pabellones cercanos a las dependencias administrativas, en muy precarias condiciones, en celdas húmedas y sin ventilación; las antiguas caballerizas de la construcción original. En este lugar llegaron a haber 75 adolescentes.⁸

El 5 de febrero del 2001 se volvió a producir un incendio, como consecuencia de un motín. Nueve internos quedaron heridos en este motín.

El viernes 25 de julio 2001 fue herido el interno Benito Augusto Adorno por el disparo de uno de los guardias del cerco perimetral.⁹ Este incidente provocó un nuevo motín e incendio, que terminó con ocho heridos y el cierre definitivo del Panchito López, cuyas dependencias administrativas resultaron completamente quemadas por el siniestro.

Los adolescentes que se encontraban internos en el Panchito fueron repartidos por diversos penales del país. La mayoría fueron trasladados al Centro Educativo de Itaguá, un recinto penal exclusivo para Adolescentes, que se había inaugurado el año anterior, o a la Cárcel de Alta Seguridad de Emboscada.

Diversas instituciones del Estado y de la Sociedad Civil conformaron una Comisión Interinstitucional de Visita y Monitoreo de Cárceles que recorrió los penales en que se encontraban los adolescentes trasladados de Panchito. Esta Comisión encontró situaciones similares a las de Panchito en otros lugares y recomendó una serie de medidas que han sido tomadas progresivamente por las autoridades.¹⁰

Antecedentes del Proceso

El 12 de noviembre de 1993 la Fundación Tekojojá interpuso un recurso de hábeas corpus genérico con el propósito de reclamar las condiciones de reclusión del Instituto y de ubicar a los internos en lugares adecuados.

El 31 de julio de 1998, cinco años después de presentado el recurso, en la Sentencia Definitiva No. 652, el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Noveno Turno dio lugar al recurso de hábeas corpus genérico interpuesto por la Fundación Tekojojá a favor de los internos del Instituto, y ordenó al Estado que tomara las

⁸ Informes Comisión de Visita y Monitoreo de Cárceles de Adolescentes 2001, 2002 y 2003

⁹ Benito Augusto Adorno murió el día 6 de agosto del 2001, como consecuencia de las heridas recibidas. Testimonios prestados a la Comisión de Visita y Monitoreo de Cárceles por algunos de los internos trasladados de Panchito López indican que el guardia disparó luego que el interno lo desafiara e insultara desde el patio. El guardia se encontraba en el techo del penal.

¹⁰ "La visitas efectuadas por esta Comisión permiten concluir que existen circunstancias comunes en los penales del interior del país, que afectan directamente las condiciones de reclusión y las posibilidades de inserción social de los adolescentes privados de libertad en el Paraguay.

Aun cuando, en algunos casos, se han constatado esfuerzos importantes de parte de las administraciones locales por mejorar esas condiciones, la mayoría de los penales se debaten entre la falta de recursos y la utilización de prácticas que obedecen a concepciones represivas muy diferentes a los que los tratados internacionales y la ley nacional requieren para el tratamiento de adolescentes privados de libertad". Comisión de Visita y Monitoreo de Cárceles, Informe 2001.

medidas necesarias para que los internos fueran ubicados en locales adecuados. Esta resolución nunca se cumplió.

CEJIL y la Fundación Tekojojá presentaron el día 14 de agosto de 1996 la denuncia No. 11.666, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en base a la denegación de justicia que representaba la no resolución del Habeas Corpus y la violación de Derechos Humanos a que eran sometidos los internos del Panchito López

Durante cuatro años, las partes intentaron llegar a una solución amistosa de la denuncia. El Estado Paraguayo comprometió plazos para cerrar el Panchito en tres ocasiones, sin que ninguno de ellos se cumpliera. El último era el del 30 de junio, casi un mes después se produce el incendio final en el Correccional.

Al día siguiente del último incendio en el Panchito López, ocurrido el 25 de julio de 2001, se puso fin al proceso de solución amistosa. La Comisión solicitó al Estado que presentara sus observaciones finales sobre el fondo de la petición en el plazo de dos meses y fijó una audiencia para la discusión del mismo.

El 30 de julio de 2001 el Estado anunció el cierre definitivo del Instituto, así como el traslado de 255 internos a distintas penitenciarías para adultos del país.

Los peticionarios solicitaron medidas cautelares para el niño Benito Augusto Adorno, quien había sido herido de bala por uno de los guardias en el motín que originó el siniestro, y para los 255 niños reubicados en distintas penitenciarías del país¹¹.

El 3 de diciembre de 2001 la Comisión aprobó el Informe de fondo No. 126/01, en el cual concluyó que:

1. La República del Paraguay violó el derecho a la vida, protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4, en perjuicio de (...).
- 2.
3. La República del Paraguay violó el derecho a la integridad física, protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5, en perjuicio de (...), como consecuencia de las heridas e intoxicaciones sufridas durante los diferentes incendios ocurridos, y de todos los niños y adolescentes internos en el Instituto “Panchito López” desde agosto de 1996 hasta julio del 2001, y posteriormente derivados a las penitenciarías de adultos del país.

11 El 8 de agosto de 2001 la Comisión solicitó las siguientes medidas cautelares al Estado: 1. Proveer atención médica así como los medicamentos necesarios al menor Benito Augusto Adorno. 2. Efectuar el traslado inmediato de los menores al Centro Educativo Itauguá, tal como el gobierno [...] se comprometió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o acondicionar otras instalaciones de manera que permitan albergar a los menores que actualmente se encuentran en penitenciarías de adultos. 3. Asegurar la completa separación de menores y adultos en el plan temporal de reubicación de los menores en las penitenciarías antes mencionadas. 4. Facilitar el acceso de los menores a sus defensores legales y a sus visitas familiares. 5. Investigar los hechos que dieron origen a las presentes medidas y sancionar a los responsables.

4.

5. La República del Paraguay violó los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 5 (derecho a la integridad personal), [...] 7 (derecho a la libertad personal), [...] 19 (derechos del niño), [...] 8 (garantías procesales) y [...] 25 (protección judicial), en perjuicio de los niños y adolescentes internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” entre agosto de 1996 y julio del 2001, y posteriormente remitidos a las penitenciarías de adultos del país. En virtud de dichas violaciones, el Estado paraguayo ha incumplido además, con su obligación de respetar y garantizar el goce de esos derechos conforme al artículo 1.1 de la Convención.

Con base en dichas conclusiones, la Comisión recomendó al Estado:

1. Trasladar de inmediato a los niños y adolescentes a centros adecuados y separados de los centros de reclusión de adultos, y descartar esta medida como solución de largo plazo al problema de alojamiento de los internos.
2. Adoptar las medidas necesarias para que el Código del Niño, Niña y Adolescente entre en vigencia en su totalidad de manera inmediata.
3. Adoptar las medidas necesarias para garantizar el efectivo derecho de defensa de los niños y adolescentes, reducir el tiempo de duración de la prisión preventiva y expandir el uso de medidas alternativas a la privación de la libertad.
4. Adoptar las medidas necesarias para investigar las violaciones constatadas en el informe y sancionar a sus responsables.
5. Adoptar las medidas necesarias para que los niños y adolescentes que fueron privados de su libertad en el Instituto de Reeducción del Menor “Cnel. Panchito López”, o en su caso, los familiares de los jóvenes fallecidos, reciban una oportuna y adecuada reparación por las violaciones aquí establecidas.
6. Adoptar las medidas necesarias para evitar que hechos como el presente se vuelvan a repetir.
7. Remitir a los internos con discapacidades físicas, adicciones y enfermedades mentales comprobadas a los centros de salud correspondientes, y dar tratamiento adecuado a aquellos que sufran de problemas de adicción.
8. Eliminar el aislamiento prolongado y el envío a la cárcel de Emboscada como forma de castigo a los niños y adolescentes.

El 20 de diciembre de 2001 la Comisión transmitió dicho Informe al Estado y le otorgó un plazo de dos meses para cumplir con las recomendaciones allí formuladas. El 18

¿ 4 NO TIENEN TEXTO???

123

de febrero de 2002 el Estado solicitó a la Comisión una prórroga para cumplir con las recomendaciones del informe de fondo, la cual fue concedida por la Comisión el 26 de febrero de 2002. Dicha prórroga otorgada fue de dos meses, contados a partir de su otorgamiento.

El 20 de mayo de 2002 la Comisión presentó la demanda contra el Estado Paraguayo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 2 de septiembre de 2004 la Corte emitió su sentencia final sobre el caso Panchito López.

La Corte Interamericana dio a conocer su sentencia el 22 de septiembre de 2004.

Síntesis de la Sentencia

Luego de pronunciarse sobre tres excepciones preliminares interpuestas por el Estado Paraguayo (defecto legal en la presentación de la demanda, falta de reclamación previa del artículo 26 de la Convención Americana y litispendencia), la Corte se pronunció sobre los hechos que consideró suficientemente probados.

De ellos, los más relevantes son:

1. El Panchito López, al haber sido diseñado para ser una casa habitación, no contaba con una infraestructura adecuada como centro de detención.
2. El Panchito López era un establecimiento para internar a niños en conflicto con la ley, el cual estaba integrado mayormente por niños que provenían de sectores pobres. Esta población fue creciendo, de manera que se originaron serios problemas de hacinamiento e inseguridad entre los internos.
3. Entre agosto de 1996 y julio de 2001, la población en el Instituto superó la capacidad máxima de éste, alcanzando así un nivel de sobrepoblación de alrededor de 50%.
- 4.
5. En varias ocasiones el Estado reconoció estas condiciones de hacinamiento, así como las deficiencias estructurales generales del sistema de atención de niños en conflicto con la ley en el Paraguay.
6. Los internos en el Instituto estaban reclusos en celdas insalubres con escasas instalaciones higiénicas.
7. Los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada.

8. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales.
9. Los internos contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas.
10. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir camas y colchones.
11. La falta de camas y colchones, junto con el hacinamiento, facilitaron que hubiera abusos sexuales entre los internos.
12. En el Panchito López había un programa educativo formal. No obstante, dicho programa sufría serias deficiencias, ya que no contaba con un número adecuado de maestros ni con recursos suficientes, lo cual limitaba drásticamente las oportunidades de los internos para realizar siquiera estudios básicos y/o aprender oficios.
13. El Panchito López no contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos.
14. Los guardias no contaban con una preparación idónea para la protección de niños privados de libertad, ni estaban capacitados para responder de manera satisfactoria a situaciones de emergencia.
15. Los guardias del Instituto recurrieron frecuentemente al uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina en la población de internos. Como métodos de castigo se utilizaron, entre otros, el aislamiento, palizas, torturas, y traslados a cárceles de adultos.
16. Los guardias del Instituto vendían sustancias estupefacientes a los internos.
- 17.
18. Entre 1996 y 2000, mientras estuvo en vigencia el antiguo Código Procesal Penal, que regía para adultos y niños, la aplicación de la prisión preventiva era la regla y no la excepción.
19. La gran mayoría de los adolescentes se encontraba procesada sin sentencia.
20. Los internos procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados en el Instituto.
- 21.

22. Del universo de internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, al menos 153 internos ingresaron al Instituto siendo ya mayores de edad según la legislación vigente. De éstos, 118 ingresaron a los 20 años, 28 ingresaron a los 21 años, cinco a los 22 años, uno a los 23 años, y uno a los 24 años. Estos internos mayores de edad no estaban separados de los internos menores de edad.
23. En general, los procesos de los internos se caracterizaron en su tramitación por su lentitud.
24. Los internos contaban con asistencia legal; sin embargo, ésta era, en general, deficiente.
25. Frente a las amenazas constantes a la seguridad personal de los internos y debido al hacinamiento y a las graves deficiencias de recursos y de infraestructura en el Instituto, se fomentaban la desesperación y las tendencias hacia la violencia de los internos.
26. En vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinserción satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimiento diario y, por tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos.
27. La situación precaria del Instituto como centro de detención de niños fue denunciada por varias organizaciones internacionales, organizaciones nacionales de carácter no gubernamental e individuos sin embargo, dichas denuncias no lograron un cambio significativo en las condiciones de detención.
28. La situación de alto riesgo y tensión en el Instituto que provocó el incendio de 25 de julio de 2001 había sido previamente advertida por varios funcionarios y guardias mediante comunicaciones oficiales dirigidas a sus superiores durante las semanas anteriores.
29. Después del cierre del Instituto, muchos de los niños fueron trasladados a distintas penitenciarías en las cuales, en algunos casos, compartían espacio físico con los adultos internos, como el baño, el comedor y el patio, ya que estas instituciones no contaban con la infraestructura diferenciada por edad.
30. En la Penitenciaría Regional de Emboscada los niños se encontraban en dos pabellones, uno separado de los adultos y uno mixto.
31. Las condiciones a las que estuvieron sometidos los internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001 los desmoralizaron y les ocasionaron tanto secuelas físicas como psicológicas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado de Paraguay:

1. Violó los derechos a la vida y a la integridad personal consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y también en relación con el artículo 19 de ésta, cuando las víctimas hayan sido niños, en perjuicio de todos los internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.
2. Violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y también en relación con el artículo 19 de ésta, cuando las víctimas hayan sido niños, en perjuicio de los 12 internos fallecidos.
3. Violó el derecho a la integridad personal consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, en perjuicio de los niños heridos a causa de los incendios; y el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de ésta, en perjuicio de los familiares identificados de los internos fallecidos y heridos.
4. Incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y violó el derecho a las garantías judiciales consagrados, respectivamente, en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, en perjuicio de todos los niños internos en el Instituto, entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, en los términos del párrafo 213 de la presente Sentencia.
5. Violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los 239 internos nombrados en la resolución del hábeas corpus genérico, en los términos del párrafo 251 de la presente Sentencia. es responsable por haber violado varios derechos de los chicos que estuvieron en el Panchito López.

Ante estas violaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Paraguayo a:

1. Publicar, antes del 22 de marzo de 2005, en dos diarios paraguayos, el capítulo relativo a los hechos que han sido considerados como probados en la Sentencia de la Corte (descritos en los párrafos precedentes).
2. Realizar, antes del 22 de marzo de 2005, un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado Paraguayo por las condiciones

de detención del Panchito López entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001. En ese mismo acto público, las altas autoridades del Estado deben presentar una política penal y penitenciaria de corto, mediano y largo plazo, para los adolescentes en conflicto con la ley penal, que asegure, por lo menos:

- Que los adolescentes privados de libertad estén separados de los adultos
 - Que los adolescentes procesados estén separados de los condenados
 - La creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales, para todos los niños privados de libertad. Esta política deberá ser elaborada en consulta con la sociedad civil.
3. Brindar tratamiento psicológico a todos los adolescentes que estuvieron internos en el Panchito López entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, tratamiento médico y/o psicológico a los adolescentes heridos en los incendios, tratamiento psicológico a los familiares de los adolescentes fallecidos y heridos en los incendios.
 4. Brindar asistencia vocacional y un programa de educación especial para los adolescentes internados en el Panchito López entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001.
 5. Brindar a la señora María Teresa de Jesús Pérez, en el plazo de 15 días contados a partir del 22 de septiembre de 2004, un espacio para depositar el cadáver de su hijo, Mario del Pilar Álvarez Pérez, en un panteón cercano a su casa.
 6. Garantizar la vida, integridad y seguridad de las personas que rindieron declaración y de sus familias, y debe proveerles la protección necesaria frente a cualesquiera personas.
 7. Pagar, antes del 22 de septiembre de 2005, la cantidad de US\$ 953.000,00 (novecientos cincuenta y tres mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en guaraníes, por concepto de indemnización del daño material
 8. Pagar la cantidad de US\$ 2.706.000,00 (dos millones setecientos seis mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional del Estado, por concepto de indemnización del daño inmaterial.
 9. Pagar, antes del 22 de septiembre de 2005, a la Fundación Tekojojá US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en guaraníes, por los gastos de presentar el habeas corpus

genérico y la denuncia ante la Comisión; y pagar al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), US\$ 12.500,00 (doce mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en guaraníes, por haber llevado el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTO



SITUACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EN CHILE A 15 AÑOS DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

A 15 años de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el parlamento chileno en 1990, este documento presenta un análisis de la evolución de la situación de la infancia en Chile durante este período. El análisis no pretende ser exhaustivo, sino más bien mostrar los principales avances y deudas con respecto a la satisfacción de los derechos del niño en el país.

En la introducción se plantean las dos principales conclusiones que se desprenden del análisis. Las secciones siguientes abordan lo que se ha definido como las cuatro áreas principales de derechos de los niños que hemos priorizados para el caso chileno: derecho a condiciones de vida dignas, derecho a la educación, derecho a vivir en familia y derecho a la protección legal y judicial. Finalmente, se enumeran un conjunto de desafíos para los próximos años.

I. INTRODUCCIÓN*

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a garantizar un conjunto de condiciones básicas para el desarrollo de la infancia. Estos derechos deben hacerse efectivos mediante políticas públicas y mecanismos legales e institucionales que los hagan exigibles.

Al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño Chile reconoció, por primera vez en su historia jurídica, un amplio catálogo de derechos fundamentales a los niños, niñas y adolescentes; estos derechos tienen por objetivo asegurar a todos ellos el desarrollo de su personalidad y su plena integración en la sociedad.

Una de las obligaciones que Chile adquirió al ratificar la Convención es adecuar su legislación nacional a los principios, directrices y derechos del tratado. No basta reconocer un derecho, es necesario asegurar su satisfacción y crear una institucionalidad que lo promueva, garantice y defienda.

* Documento elaborado por Unicef Chile.

El sistema judicial es uno de los dispositivos más relevantes para dotar a las personas de mecanismos formales para exigir la plena vigencia de estos nuevos derechos. Si bien en los últimos quince años el país se ha planteado una reforma integral del sistema de justicia de infancia, todavía gran parte de este proceso se encuentra pendiente. Así, el anacrónico sistema legal e institucional, que no diferencia adecuadamente entre niños víctimas, excluidos, e infractores de la ley penal, no ha sido aún reformado.

A diferencia de este retraso en las reformas judiciales, durante estos 15 años Chile avanzó en la creación y fortalecimiento de mecanismos legales e institucionales para hacer efectivos los derechos del niño. Entre los cambios más importantes, es posible destacar la Reforma Constitucional que garantiza a todos los niños 12 años de escolaridad; la Ley que reformó el Código Civil poniendo término a la intolerable distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, la Ley que creó los Tribunales de Familia; la Ley que estableció el Plan Auge de salud y la Ley de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales. Todas estas leyes apuntan simultáneamente a terminar con diferentes formas de discriminación y exclusión existentes entre los niños, y a garantizar un nivel básico de condiciones de vida y desarrollo personal para todos.

Sentadas las bases institucionales para garantizar el acceso a los derechos del niño, Chile deberá abordar la tarea de garantizar su efectividad para transformarlos en instrumentos de desarrollo individual y progreso social.

Superar la exclusión es condición necesaria pero no suficiente para generar igualdad de oportunidades.

En estos 15 años Chile ha reducido a la mitad la pobreza y la indigencia entre los menores de 18 años, así como la proporción de hogares que no cumplen con los estándares mínimos de seguridad, salubridad o que no cuentan con los servicios básicos. Al mismo tiempo, el acceso a la educación se ha expandido significativamente, especialmente entre los niños y adolescentes de hogares más pobres, y se han mejorado los índices de salud. Aunque aun persiste una fracción significativa de niños y adolescentes excluidos de algunos de estos derechos básicos, es indudable que el país ha dado un salto cualitativo en las condiciones de vida y las oportunidades de desarrollo de su infancia.

Sin embargo, para satisfacer el mandato de la Convención, no basta con superar la exclusión y garantizar un nivel mínimo de condiciones de vida para todos, es preciso avanzar hacia una sociedad de igualdad de oportunidades. Chile debe comprometerse con reducir las inmensas desigualdades que hoy, al igual que hace quince años, separan a los niños y niñas de familias más privilegiadas del resto de la población, y que convierten a Chile en uno de los 10 países con peor distribución de la riqueza del planeta.

Dado que la desigualdad está presente en todas las sociedades, algunos piensan que el estado debe limitarse a garantizar un piso mínimo para todos y despreocuparse de la desigual distribución de los beneficios. Este enfoque no es compatible con una visión basada en los derechos humanos, la no discriminación y la igualdad de oportunidades.

La pobreza y la exclusión son negativas no sólo porque dañan la dignidad personal, sino porque limitan el desarrollo intelectual, social y afectivo de los niños, lo que restringirá luego sus capacidades para beneficiarse de las oportunidades del desarrollo social. La extrema desigualdad de recursos entre las familias también reduce la igualdad de oportunidades entre los niños y niñas. Cuando las desigualdades son extremas -como en el caso chileno- los privilegios tienden a heredarse y el origen familiar reemplaza al esfuerzo y el mérito personal como mecanismo de distribución de los beneficios sociales. Bajo estas condiciones, las nuevas generaciones se encuentran con desigualdades que tienden a consolidarse y constituir barreras a la movilidad social. La falta de movilidad social y la discriminación son los síntomas inequívocos de que la igualdad de oportunidades ha sido defraudada.

Lamentablemente existen indicios de que en Chile se está viviendo un proceso como el descrito. Los índices de desigualdad no han mejorado en los últimos quince años.

II. DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A CONDICIONES DE VIDA DIGNA, DESARROLLO PERSONAL E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES¹

Desde 1990 la pobreza total y la pobreza infantil se redujeron a la mitad en Chile. Sin embargo, no se ha acortado la brecha existente entre los más ricos y los más pobres: Chile es hoy tan desigual como hace quince años. Esta situación afecta especialmente a los niños y adolescentes, quienes tienden a ser proporcionalmente más en los hogares de menores ingresos. Así, las familias pobres no sólo cuentan con menos recursos sino que deben distribuirlos entre más niños.

Como consecuencia, en 2003, los niños y adolescentes son afectados un 43% más por la pobreza y un 55% más por la indigencia que el resto de la población chilena. De ahí la centralidad de las políticas sociales -fortalecidas desde el retorno a la democracia- como instrumento de igualación de las oportunidades de vida entre las familias chilenas, y especialmente entre sus niños y adolescentes.

¹ En el documento se utilizan dos fuentes de información básica: encuesta CASEN de MIDEPLAN (cuando la información corresponda a los años 1990 ó 2003) y CENSO de INE (para datos 1992 ó 2002).

La positiva situación económica ha creado un contexto favorable para el mejoramiento de las condiciones de vida. Entre 1990 y 2004, el PIB creció a un promedio de 5,9% anual. La acelerada transición demográfica ha llevado a que entre 1970 y 2003 los niños y adolescentes pasaran de ser casi la mitad de Chile a constituir menos de un tercio de la población. De hecho, hoy en Chile hay menos niños y niñas menores de 6 años que en 1990.

Todo lo anterior ha hecho que, en poco más de una década, el país haya mejorado sustancialmente la calidad de vida de una proporción significativa de sus habitantes que hasta hace poco se encontraban excluidos de los beneficios del progreso económico y social. A quince años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, una mayor proporción de niños, niñas y adolescentes chilenos crece en hogares fuera de la pobreza y la miseria, habita viviendas más dignas y mejor equipadas, y tiene acceso a una educación más extensa. Con todo, aun una proporción no menor de los niños y adolescentes chilenos (que -dependiendo del criterio utilizado- representa como mínimo un quinto de la población menor de 18 años) carece de las condiciones de vida apropiadas para crecer y desarrollarse adecuadamente.

Aunque la pobreza ha disminuido a la mitad, los niños y adolescentes siguen siendo los más afectados por ella

Desde el retorno a la democracia, la pobreza y la indigencia han disminuido significativamente en Chile. Aunque su evolución entre los menores de 18 años ha sido equivalente a la mostrada entre la población total, lamentablemente la pobreza y la indigencia afectan más a los niños y adolescentes que al resto de los chilenos.

Incidencia de la pobreza y la indigencia
en la población total y los menores de 18 años. (Chile) 1990-2003

	1990	2003
Pobreza Población total	38,6%	18,8%
Pobreza menores de 18 años	50,7%	26,9%
Indigencia Población total	12,9%	4,7%
Indigencia menores de 18 años	19,1%	7,3%

Existen factores adicionales que aumentan el riesgo de que los niños vivan en condiciones de pobreza o indigencia. Por ejemplo, la pobreza e indigencia son mayores entre los hogares cuya jefa de familia es una mujer. En 2003, mientras el 4,6% de los hogares que tienen jefes de hogar varones con hijos se encuentra en

situación de indigencia, entre los hogares con niños pero cuyos jefes de hogar son mujeres, la indigencia se eleva a un 8,3%. Este aspecto es todavía más relevante si se considera que entre 1992 y 2002 la proporción de hogares con jefatura femenina creció desde un 25,3% a un 31,5% del total nacional, y la proporción de los niños menores de 6 años que vive en un hogar con jefatura femenina pasó de un 19% a un 26% en el mismo período.

La jefatura de hogar femenina y la presencia de niños en el hogar (así como el aumento en la escolaridad femenina) están asociadas a una mayor participación de la mujer en el mercado laboral: mientras la tasa nacional de participación femenina aumentó desde un 32% en 1990 a un 42% el año 2003, entre las mujeres jefas de hogar con hijos esta proporción se elevó desde un 45% en 1990 a un 61% en 2003. Estos cambios incrementan la urgencia de servicios de cuidado y educación para niños en edad pre-escolar.

Otro factor es la concentración territorial de la pobreza, basado en las grandes desigualdades geográficas existentes en el país. Así, por ejemplo, mientras 65 comunas chilenas tienen tasas promedio de mortalidad infantil iguales o menores que el promedio de Estados Unidos, en 16 comunas la tasa de mortalidad infantil es mayor que en Paraguay. Estas comunas tienden a ser zonas rurales y a presentar una alta concentración de población indígena. Por otro lado, mientras en 7 comunas el promedio de ingreso per capita es superior al ingreso per cápita de Portugal, en 222 comunas el ingreso promedio per cápita es menor que el ingreso promedio de El Salvador⁴.

Finalmente, es erróneo pensar que la población afectada por la pobreza y la indigencia está constituida por un grupo de familias que progresivamente van saliendo (o no) de esa condición. Un estudio reciente, que utilizó información longitudinal de una muestra de familias entre 1996 y 2001, descubrió que existe un gran dinamismo en la composición de los grupos clasificados como pobres o indigentes en distintos momentos. Así, por ejemplo, 3 de cada 4 familias consideradas indigentes en 2001, no lo eran en 1996; la mitad de las familias consideradas pobres en 2001, se encontraban por sobre la línea de pobreza en 1996. Esto significa que -desde la perspectiva del ciclo de vida- la proporción de personas que durante su infancia o adolescencia se ve expuesta a situaciones de pobreza o indigencia es mucho mayor que las cifras de pobreza e indigencia arrojadas por las Encuestas de Hogares.

- En uno de los países más desiguales del planeta, las políticas sociales reducen significativamente la inequidad.

² Banco Central de Chile.

³ Instituto Nacional de Estadísticas, INE.

⁴ UNICEF - MIDEPLAN (2002). Índice de Infancia. Una mirada comunal y regional.

OJO LOS LLAMADOS 2 Y 3 NO ESTAN

La distribución del ingreso en Chile se encuentra entre las más desiguales del mundo y prácticamente no ha variado desde 1990. El coeficiente de GINI era 0,58 en 1990 y 0,57 en 2003, ubicando a Chile entre los 10 países más inequitativos del planeta⁶. Similarmente, la desigualdad en la proporción del ingreso total del país que capta el quintil más rico en relación al quintil más pobre (Índice 20/20) es prácticamente la misma que hace una década y media (era 14 veces en 1990 y 14,3 veces en 2003).

Para mitigar en parte las agudas desigualdades sociales, en estos últimos 15 años los gobiernos han dedicado crecientes recursos al gasto social. Así, el gasto social ha crecido desde un 12,6% del PIB en 1990 a un 14,7% del PIB en 2003. Adicionalmente, se ha hecho un esfuerzo por mejorar los niveles de focalización de dicho gasto, para hacer de él una efectiva herramienta de redistribución de la riqueza. Lamentablemente, a diferencia de las políticas sociales, el sistema tributario chileno produce escasa redistribución.

La intervención del Estado reduce a casi la mitad la desigualdad de ingresos producida en el mercado de trabajo.

Razón del ingreso total del país que capta el quintil más rico en relación al quintil más pobre (Índice 20/20) 2003. (Chile)

Ingreso autónomo	14,3
Ingreso autónomo + Subsidios monetarios	12,3
Ingreso autónomo + Subsidios monetarios + Servicios públicos	7,6

Aunque tienden a discutirse separadamente, la distribución de la riqueza y la incidencia de la pobreza están obviamente relacionadas. El método dominante de medición de la pobreza identifica la población que está bajo una línea de pobreza cuando no cuenta con ingresos para comprar una canasta pre-definida; se utiliza un criterio "absoluto" de pobreza. Sin embargo, con este método, dos países pueden tener el mismo nivel de pobreza pero por razones muy diferentes: uno puede ser en general un país muy pobre, mientras el otro puede ser un país más rico, pero con una muy desigual distribución del ingreso.

Para resolver esta limitación, se ha desarrollado un método que estima la pobreza relativa de un país⁷: bajo este enfoque se considera pobre a quienes

5 Omar Aguilar (2002). Dinámica de la pobreza. Resultados de la encuesta panel 1996-2001. MIDEPLAN.

6 De acuerdo al más reciente reporte del Banco Mundial sobre la materia, World Development Indicators 2005, el grupo de los 10 países más desiguales del planeta lo conforman: Botswana, Centroáfrica, Lesotho, Namibia, Sierra Leona, Sudáfrica, Swazilandia, Colombia, Guatemala y Chile.

7 Innocenti Research Centre (2005). Child Poverty in Rich Countries 2005. Innocenti Report Card No.6, UNICEF, Florence.

viven en hogares con ingresos per capita menores a la mitad del ingreso per capita mediano nacional. Es decir, en lugar de una canasta básica, es el estándar predominante en cada país lo que define la línea de pobreza. La concepción de equidad que subyace a este enfoque es asegurar un acceso relativamente igualitario a los beneficios que una sociedad es capaz de producir. Aplicando esta metodología, un estudio reciente encontró que la pobreza relativa prácticamente no ha variado en Chile entre 1990 y 2002, afectando a aproximadamente 1 de cada 4 niños menores de 18 años⁸. Esta perspectiva es especialmente relevante para evaluar el grado en que el país avanza hacia la igualdad de oportunidades entre los niños y niñas, aspecto en el que Chile no parece haber hecho avances significativos.

El derecho a condiciones básicas de vida se ha expandido significativamente en Chile en los últimos 15 años. Sin embargo, persiste una fracción importante de niños y niñas para quienes éstas no han sido garantizadas.

Los métodos más frecuentemente utilizados para medir la pobreza no da cuenta de las condiciones en que viven las personas. Desde la perspectiva de los Derechos del Niño este enfoque es limitado: lo que importa no es sólo estimar si un hogar cuenta con recursos monetarios, sino si las familias satisfacen prioritariamente las necesidades de los niños y si el estado es capaz de proveer los servicios sociales a los que los niños tienen derecho, con independencia de los ingresos familiares.

En Chile no existe un indicador global individual que identifique la población con necesidades básicas insatisfechas. Con el propósito de tener mejor información y una visión integrada de las condiciones básicas para el desarrollo de la infancia y la adolescencia a nivel territorial, UNICEF y el Ministerio de Planificación desarrollaron en 2002 el Índice de Infancia. Este índice combina en un solo indicador -a nivel comunal- las principales dimensiones de salud, educación, ingresos familiares y condiciones de habitabilidad de las viviendas. Según los resultados de su primera aplicación -que combina información longitudinal desde 1996 a 2000-, alrededor de un 14% de los menores de 18 años (aproximadamente 750.000) vive en comunas que, en promedio, no satisfacen las condiciones básicas para el desarrollo de los niños y adolescentes⁹.

Vivienda y equipamiento doméstico. En este período ha habido un mejoramiento de las condiciones de vida de la población. Éste se ha expresado tanto en la disminución de la proporción de chilenos que no cuenta con las

8 CEPAL-UNICEF (2005) Boletín de infancia Desafíos, N° 1.

9 UNICEF - MIDEPLAN op. cit. Obviamente, no todos los niños de esas comunas se encuentran sin sus necesidades básicas satisfechas, al tiempo que una proporción significativa de la población con necesidades básicas insatisfechas vive en otras comunas del país. El Índice muestra que existe un grado importante de concentración territorial de la pobreza y la exclusión.

condiciones básicas que definen una vida digna, como en el aumento significativo de la población que ha tenido acceso a bienes y servicios hasta hace poco reservados sólo a una minoría.

Más niños chilenos habitan hoy viviendas con estándares básicos de seguridad, salubridad y espacio, y mejor equipadas que a comienzos de los '90.

Mejoramiento de las condiciones de las viviendas y el equipamiento doméstico (Chile)

	1992	2002
Chilenos que viven en viviendas que no cumplen con estándares de calidad material mínimos (muros, techo, piso, estructura)	19,9%	9,3%
Chilenos sin acceso a alguno de los servicios básicos del hogar (agua potable, electricidad, alcantarillado, etc.)	39,9%	21,9%
Chilenos en condición de hacinamiento (3 ó más personas en un dormitorio)	41,5%	26,1%
Chilenos con lavadora y refrigerador	50,2%	83,3%

A pesar de estos avances, todavía 1 de cada 5 chilenos vive en hogares sin acceso a alguno de los servicios básicos y 1 de cada 4 vive en condiciones de relativo hacinamiento. En los sectores más pobres que han tenido acceso a las llamadas “viviendas sociales”, el limitado espacio de las casas y departamentos, la falta de espacios acogedores y seguros de recreación, y la carencia de jardines infantiles, atentan contra las oportunidades de desarrollo y socialización de los niños, especialmente de los más pequeños. Lo anterior se ve agravado por una creciente segregación socio-espacial de las grandes ciudades, lo que no sólo distribuye inequitativamente el acceso a servicios de calidad, sino que limita las posibilidades de integración y convivencia social.

Salud¹⁰. El gasto público en salud ha pasado de representar un 14,9% del Gasto Social en 1990, a ser un 20,6% en 2002; ello unido al mejoramiento de la calidad de vida de las familias chilenas, ha beneficiado sustancialmente la salud de la infancia

10 Los datos de esta sección provienen del Ministerio de Salud. Ver <http://deis.minsal.cl/index.asp>

temprana, lo cual se expresa en un mejoramiento de los indicadores tradicionales de salud infantil.

Evolución de indicadores básicos de salud de la infancia en Chile

	1990	2003
Mortalidad infantil (por mil nacidos vivos)	16,0	7,8
Mortalidad materna (por cien mil nacidos vivos)	40,0	12,2
Atención profesional del parto	99,1%	99,8%
	1994	2002
Población menor de 6 años en riesgo de desnutrición	3,4%	3,1%
Población menor de 6 años desnutrida	0,7%	0,5%

Algunos problemas han tenido en cambio una evolución menos positiva. La población infantil con sobrepeso subió ligeramente de 15,7% a 16%, y la población infantil obesa pasó de 5,8% a 7,4%, posicionándose así los malos hábitos alimenticios como el más relevante problema de nutrición en Chile. La tasa de natalidad del grupo de edad 15-19 años ha descendido sólo de 63,7 por mil mujeres en 1992 a 57,3 por mil en 2002¹¹. Esto significa que durante los últimos años cerca de 3 de cada 10 mujeres tuvieron un hijo antes de cumplir los veinte años. Una característica común de estos problemas emergentes de salud, es que su solución no radica tanto en la aplicación de procedimientos médicos sino en la modificación de hábitos de vida y una mayor educación por parte de las familias y escuelas.

La carencia de una educación sexual adecuada no sólo es un problema objetivo, sino una demanda insatisfecha de los adolescentes. En este aspecto las cifras son alarmantes. En una encuesta reciente realizada por el INJUV, el 74% de los adolescentes de entre 15 y 19 años declaró no utilizar preservativo al mantener relaciones sexuales. Al mismo tiempo, en un estudio realizado por la comisión encargada de elaborar recomendaciones para una política de educación sexual y que entrevistó a una muestra nacional de jóvenes, los tres temas sobre los cuales ellos se declararon estar más interesados en aprender fueron: VIH/SIDA (84,4%), situaciones de riesgo y sexualidad (84%) y embarazo adolescente (83%).

Mediante la promulgación de la Ley 19.966 en 2004, el sistema de salud entró en un proceso profundo de reforma. El denominado Plan AUGE establece un nuevo régimen de garantías explícitas que, desde el punto de vista de las personas, pasan a constituirse en derechos exigibles ante el sistema de salud y las autoridades públicas.

En particular, la Ley garantiza -respecto de un conjunto definido de enfermedades y condiciones de salud- el acceso, calidad, protección financiera y oportunidad de la atención para todas las personas, independiente de su régimen provisional y de sus ingresos. Del conjunto inicial de 25 patologías cubiertas por el AUGE, 20 de ellas (tales como la diabetes, el cáncer infantil, la epilepsia, y los problemas asociados a la prematuridad) benefician directamente a los niños y niñas menores de 18 años. El AUGE también garantiza el tratamiento a los niños con VIH/SIDA. En Chile la transmisión madre-hijo representa un 1,6% del total de transmisiones, porcentaje que debiera disminuir mediante la aplicación de la normativa de erradicación de la transmisión vertical, que incluye la obligatoriedad del test que detecta el virus para todas las mujeres embarazadas y la subsecuente aplicación de los protocolos para evitar la transmisión vertical del VIH/SIDA.

III. DERECHO A LA EDUCACIÓN: ESCOLARIDAD, APRENDIZAJES Y NO DISCRIMINACIÓN.

El restablecimiento de la democracia en Chile en 1990, coincidió con un proceso internacional de redefinición de los objetivos y estrategias prioritarios de las políticas educativas, y con un redescubrimiento del rol central de las políticas públicas como instrumentos para promover la calidad y la equidad educativas, cuyo punto más alto fue la Conferencia Mundial de Educación para Todos en 1990. Adicionalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño propuso una definición de la educación como herramienta para lograr el pleno desarrollo de los niños y adolescentes, orientada a lograr una inserción competente en la sociedad adulta, y organizada según los principios de respeto a la dignidad del niño, no-discriminación e igualdad de oportunidades.

Dejando atrás un período de abandono de la educación pública, e inspirados en el principio de que la educación es simultáneamente una herramienta de promoción del desarrollo y de la equidad social, los gobiernos democráticos han dado prioridad al mejoramiento de la educación chilena en los últimos quince años. Mediante la implementación de una ambiciosa Reforma Educacional, se ha buscado consolidar un sistema educativo mixto, que se aleje tanto de la visión neoliberal como del tradicional Estado Docente. Es posible afirmar que esta Reforma Educativa ha tenido tres componentes centrales: el aumento de las oportunidades educativas de los niños y adolescentes, el mejoramiento de los aprendizajes alcanzados por los alumnos, y la conformación de un sistema escolar más inclusivo y no discriminatorio.

Aumento de las oportunidades educativas: la gran transformación

El gasto público en educación como proporción del gasto social ha pasado del 18,2% en 1990 al 26,3% en 2002; adicionalmente, el gasto de las familias en educación también

ha crecido, con lo que la inversión total que realiza el país en educación ha pasado de ser un 4% del PIB en 1990 a un 7,6% del PIB en 2002. Estos mayores recursos están a la base de que los niños chilenos, especialmente los más pobres, tengan hoy una experiencia educacional mucho más prolongada que las generaciones previas. Así, en 2003, el 93% de los niños de 5 años asistían a Kinder, el 99% de los niños entre 6 y 13 años asistía a educación básica, y el 93% de los adolescentes entre 14 y 17 años estudiaba en educación media. Estos niveles de cobertura se han alcanzado mediante una significativa inversión en infraestructura educativa, un mejoramiento de la calidad de la oferta escolar, la provisión masiva de alimentación escolar, amplios programas de salud basados en la escuela, y un sistema de becas en dinero focalizado en los alumnos con mayores dificultades (minorías étnicas y potenciales desertores).

La cobertura educativa entre los niños y niñas de 4 y 5 años aumentó significativamente en la pasada década y media.

Niños y niñas de 4 y 5 años que asisten a educación preescolar	
1990	41,1%
2003	64,7%

Pese a esto, el acceso a la educación preescolar y/o a servicios de cuidado infantil continúa siendo muy desigual: mientras entre los niños menores de 6 años del quintil más rico de la población 1 de cada 2 tiene acceso a estos servicios, en el quintil más pobre sólo 1 de cada 6 recibe este tipo de atención. La carencia de servicios de atención infantil y educación preescolar no sólo tiene un efecto en la menor estimulación en una etapa crucial del desarrollo y en la escasa preparación con que los niños y niñas entran a la educación básica; además dificulta a muchas madres jefas de hogar el dejar a sus hijos seguros mientras trabajan. La falta de espacios de cuidado para los niños pequeños es un factor que limita la tasa de participación laboral de la mujer y tiene por consecuencia una menor generación de ingresos para las familias pobres y de ingresos medios. También, la falta de estos servicios repercute en los hermanos mayores, quienes deben asumir tempranamente labores de cuidado infantil, reduciendo su tiempo disponible para educación y entretenimiento.

El mayor aumento en la cobertura de educación básica se dio entre los niños y niñas de las familias del quintil más pobre. (Chile)

Cobertura de educación básica en el Quintil más pobre	
1990	95,5%
2003	98,5%

Entre 1992 y 2002 se redujo a la mitad la población de 15 a 29 años que no completó la educación básica. (Chile)

Población de 15 a 29 años sin educación básica completa		
	1992	20,4%
	2002	10,3%
Población de 14 a 17 años que no asiste a educación media		
	Total país	Quintil más pobre
1990	19,7%	26,7%
2003	7,4%	12,5%

Entre 1990 y 2003 se redujo a menos de la mitad la proporción de adolescentes que se encontraba sin asistir al liceo; mientras en 1990 sólo la mitad de los jóvenes de 20 a 24 años había terminado la educación media, en 2003, 3 de cada 4 contaba con educación media completa. Este avance favoreció especialmente a los jóvenes de menores ingresos; así por ejemplo, entre 1990 y 2003, la proporción de adolescentes del quintil más pobre que termina la educación media se duplicó, pasando de 1 de cada 4, a 2 de cada 4. Estos cambios permitieron disminuir la brecha que separa a los más ricos y los más pobres: mientras en 1990 la probabilidad de que una persona del quintil más rico terminara la educación media era 3,2 veces la de un joven del quintil más pobre, esta relación se había estrechado en 2003 a 1,8 veces.

Estos avances fueron cristalizados legal e institucionalmente mediante la reforma constitucional que estableció 12 años de escolaridad obligatoria. Propuesta por el gobierno en 2002 y aprobada por el Congreso Pleno en 2003, establece que “la educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad con la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años”. Con el objetivo de hacer efectivo este nuevo mandato constitucional, el gobierno no sólo fortaleció el tipo de programas de apoyo a la escolarización tradicionalmente utilizados, sino que modificó el sistema de financiamiento a las escuelas y liceos, creando una subvención especial que estimula la retención escolar de los hijos de las familias más pobres del país. También, se creó un fondo para el financiamiento de proyectos de re-escolarización orientado a jóvenes desertores del sistema escolar.

Los niños y adolescentes tienen hoy más tiempo para dedicar a su educación, no sólo porque estudian más años, sino también –crecientemente- asisten a una jornada escolar más extensa. Desde 1997, la Jornada Escolar Completa ha ampliado las oportunidades de aprendizaje de los alumnos chilenos del sistema público de

educación. El desafío para las escuelas y liceos es ahora ofrecer a sus estudiantes una jornada escolar más desafiante y atractiva, que atienda las necesidades de apoyo de los alumnos que enfrentan más dificultades en el aprendizaje, que se haga cargo de los intereses de los estudiantes ofreciéndoles actividades complementarias que desarrollen sus talentos, y que ponga a disposición de los alumnos más pobres los recursos de aprendizaje de los establecimientos a fin de compensar las carencias de sus hogares.

Mejoramiento de los aprendizajes: la tarea recién comienza

Una concepción contemporánea del derecho a la educación obliga a definirlo ligado a la adquisición de aprendizajes y capacidades relevantes por parte de los alumnos, y no sólo por la mera asistencia a clases. Garantizar el derecho a la educación supone entonces un compromiso por asegurar estándares de calidad de la experiencia formativa de niños y adolescentes. Tres han sido los tipos de iniciativas llevadas a cabo desde 1990 para mejorar la calidad de los aprendizajes de los alumnos.

Primero, se buscó fortalecer las capacidades y el rol de los profesores mediante el mejoramiento de sus condiciones de empleo y su salario, la capacitación en nuevas tecnologías y mejores formas de enseñanza, el mejoramiento de la formación inicial docente y la mayor disponibilidad de recursos para la enseñanza en los establecimientos. En segundo lugar, se democratizó el acceso a más y mejores recursos para el aprendizaje, mediante la distribución gratuita de textos de estudio a todos los alumnos de enseñanza básica y media, y la provisión de bibliotecas, materiales didácticos y salas de computadores con conexión a Internet a escuelas y liceos. Por ejemplo, según datos de 2003, entre los niños y niñas del quintil más pobre el 84% sólo tiene acceso a un computador en sus escuelas. Finalmente, desde comienzos de esta década, todos los niños y adolescentes (incluyendo la educación preescolar, básica y media) estudian un nuevo currículo, cuyos objetivos y contenidos son más adecuados a los desafíos de la sociedad contemporánea. Estos cambios están modificando los textos y materiales didácticos, la formación y capacitación de profesores, y las formas de evaluación de los aprendizajes.

A pesar de este esfuerzo, el desafío del mejoramiento de la calidad de los aprendizajes recién comienza. Estudios realizados a mediados de los '90 mostraron que la educación parvularia era deficiente y que una proporción significativa de niños -especialmente los de hogares más pobres- llegaban a la escuela con importantes retrasos en su desarrollo cognitivo y lingüístico, arriesgando sus oportunidades de aprendizaje posterior. En la educación escolar, según los resultados de la última evaluación SIMCE realizada a los cuartos básicos, 1 de cada 3 niños no alcanzaron

11 Esta tasa incluye nacimientos de menores de 15 años, y entre 1982 y 1992 se mantuvo prácticamente constante.

los aprendizajes mínimos en matemáticas, mientras 1 de cada 5 no lo hicieron en lenguaje¹². Lamentablemente, la progresión en el sistema escolar no garantiza un mejoramiento de estos niveles de aprendizaje. De acuerdo al estudio PISA -encargado por la OECD- 1 de cada 5 estudiantes chilenos de 15 años de edad no son capaces de realizar las tareas más básicas de lectura, y 1 de cada 4 apenas logra el nivel mínimo de desempeño lector¹³.

Los bajos resultados de los niños y niñas de sectores pobres se explican por múltiples causas. Primero, ellos han crecido en ambientes menos estimulantes y han sufrido privaciones a temprana edad que han limitado su desarrollo, dejándoles menos preparados para iniciar su vida escolar. Segundo, tienen menos recursos educativos en sus hogares, lo cual incluye desde padres menos educados hasta la falta de espacio y materiales para hacer sus tareas y estudiar. Tercero, ellos asisten a escuelas que cuentan con menos recursos económicos y se encuentran con compañeros que comparten sus desventajas. En algunos casos los problemas sociales de comunidades extremadamente empobrecidas se cuelan hacia sus escuelas, haciendo aun más desventajosa la situación.

Con todo, la baja calidad educativa es una característica más general del sistema escolar chileno: los estudios muestran que también las escuelas donde estudian los sectores de elite y de clase media son muy poco efectivas. Es decir, el país debería avanzar en una revisión más global de su sistema educativo que incluya -por ejemplo- los mecanismos de financiamiento, regulación y supervisión de los establecimientos (corrigiendo la actual inequidad y dando un apoyo preferente a los colegios donde asisten los niños con mayores desventajas), los sistemas de formación, evaluación y promoción docente (garantizando profesores competentes para todos los alumnos), y las normas que rigen la distribución de los alumnos entre escuelas (evitando la segmentación social y académica de los establecimientos).

Inclusión y no discriminación: una prioridad emergente con avances parciales

La Convención sobre los Derechos del Niño no sólo consagra el derecho al acceso a la educación, sino a un trato digno y no discriminatorio en ella, y a tener un proceso formativo en condiciones de igualdad de oportunidades. Tanto por razones históricas y culturales (como el fuerte autoritarismo en el sistema educativo), sociales (como la enorme desigualdad antes mencionada) e institucionales (como la introducción de mecanismos de mercado desde los años '80), en 1990 el sistema escolar chileno estaba lejos de satisfacer este criterio de la Convención. Los avances y complejidades en este ámbito se pueden visualizar en torno a tres problemas: la segmentación del

12 Ver www.simce.cl Los datos de 4° básico, además de ser los más usados sobre alfabetización, son los únicos que permiten estimar la proporción de estudiantes que no alcanza un determinado estándar de aprendizaje.

13 OECD-UNESCO (2003). Literacy Skills for the World of Tomorrow: Further Results from PISA 2000, OECD.

sistema escolar, la exclusión de las alumnas por razones de maternidad y la exclusión o segregación de los alumnos con necesidades educativas especiales.

En primer lugar, una gran debilidad del sistema escolar chileno es que se encuentra social y académicamente segmentado, lo que implica que la diversidad al interior de las escuelas y liceos es en general baja. Muchas de las causas de esta situación -como la segmentación residencial- escapan al control del sistema escolar; pero existen ciertas prácticas de los colegios y liceos que tienden a reforzar la segmentación en la educación. Las dos más importantes son los cobros a las familias, y la selección y expulsión de alumnos.

Al interior del sistema financiado con recursos públicos la ley permite cobrar cuotas obligatorias a las familias, lo que genera una marcada estratificación socioeconómica de los establecimientos subvencionados por el estado, además de impedir el acceso a ellos de una proporción significativa de la población¹⁴. En Chile las escuelas y liceos (incluyendo las que reciben recursos públicos) pueden seleccionar a los alumnos que admiten mediante la aplicación de tests psicológicos, pruebas de admisión, requisitos de notas, y entrevistas a los padres. Más grave aun: los establecimientos pueden luego expulsar a un alumno que consideran no está rindiendo de acuerdo a lo esperado o que está teniendo problemas de comportamiento. Este tipo de prácticas dificulta la satisfacción del derecho a la educación y a la no discriminación de niños, niñas y adolescentes.

Recién a partir de 2000 el gobierno comenzó a asumir éste como un problema relevante. Se ha intentado terminar con algunas de las prácticas abusivas y discriminatorias en los procesos de admisión, haciéndoles más transparentes y no discriminatorios; se han prohibido las expulsiones y otro tipo de sanciones abusivas a los alumnos durante el año escolar por razones económicas o de rendimiento académico; y, finalmente, para evitar la segregación extrema de los establecimientos subvencionados, se ha hecho obligatorio que todos ellos tengan al menos un 15% de sus alumnos provenientes de condiciones sociales vulnerables. Esta exigencia del 15% de alumnos vulnerables fue considerada por algunos parlamentarios como una amenaza o vulneración a la libertad de enseñanza, asunto que debió ser resuelto por el Tribunal Constitucional; en su resolución, el Tribunal no sólo estableció la constitucionalidad de esta exigencia, sino que adicionalmente declaró que la integración escolar es un objetivo político perfectamente compatible con los objetivos de la Constitución y sus normas específicas relativas al desarrollo de todas las personas y el derecho a la educación.

Pese a todo, estas medidas -aunque orientadas en la dirección correcta- son sólo un primer paso en la construcción de un sistema escolar más integrado y respetuoso de los derechos de los estudiantes y sus familias.

¹⁴ Esto genera una paradójica situación: en muchos establecimientos las familias deben virtualmente "comprar" la subvención del estado orientada a satisfacer el derecho a la educación de sus hijos.

En segundo lugar, casi un tercio de las adolescentes entre 14 y 17 años de edad abandonan su educación debido a la maternidad o al embarazo. Desde inicios de la década anterior el Ministerio de Educación ha dado orientaciones a los establecimientos educacionales para que apoyen especialmente a las alumnas embarazadas y a las madres adolescentes para terminar sus estudios. El año 2000 se dictó una ley que prohíbe la discriminación de las estudiantes embarazadas en los colegios y recientemente se creó una sanción monetaria para los colegios que incumplan esta normativa. Asegurar que las jóvenes madres continúen estudiando es hacer efectivo un derecho consagrado, pero es también mejorar las oportunidades de sus hijos quiénes serán criados por una madre más educada.

En tercer lugar, a partir de 1990, el sistema educacional amplió sustantivamente la oferta para los niños y niñas con necesidades educativas especiales, a fin de garantizar su derecho a la educación: escuelas especiales y centros de capacitación laboral, los que han aumentado su matrícula desde 1998 en más del 50% (80.000 alumnos); los establecimientos de educación regular con proyectos de integración, alternativa que se abrió a partir del año 1990 llegando hoy a atender a más de 21.000 estudiantes, y las escuelas hospitalarias, iniciativa que nació en 2001 y en que participan más de 400 alumnos. Sin embargo, una proporción importante de estos niños y niñas continúa estudiando en escuelas segregadas del resto de los alumnos, lo que no sólo les resta oportunidades educativas sino también de socialización e inclusión social. Adicionalmente, existe un número importante de niños y adolescentes con discapacidades severas que no tienen acceso al sistema escolar.

El trabajo infantil continúa socavando el derecho a la educación de muchos niños y adolescente chilenos

El trabajo infantil (remunerado o no) constituye un instrumento de generación de recursos para el hogar¹⁵, por ello, afecta principalmente a los niños pertenecientes a los hogares más pobres. Dado que realizar estas actividades dificulta la plena satisfacción del derecho a la educación (lo que va desde la deserción escolar hasta el menor aprendizaje producto del poco tiempo dedicado al estudio), para UNICEF más que consecuencia, el trabajo infantil es causa de la pobreza. De acuerdo a una encuesta realizada por la OIT y el Ministerio del Trabajo, en 2003 había en Chile aproximadamente 238.000 niños entre 5 y 17 años trabajando, lo que representa un 6,6% de la población nacional de ese grupo de edad. Según esta misma encuesta, aunque la gran mayoría de los niños y niñas trabajadores se encuentra estudiando (83%), los que trabajan y estudian dedican en promedio 23 horas semanales al trabajo, lo que representa un evidente obstáculo para satisfacer adecuadamente su derecho a la educación.

15 Se estima que los menores de 18 años del quintil más pobre que trabajan, aportan a sus hogares -en promedio- entre un 25% y un 37% del ingreso familiar (según si el jefe de hogar es hombre o mujer, respectivamente). Observatorio Laboral N° 4, enero 2002, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, p. 9.

IV. EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A LA CONVIVENCIA FAMILIAR.

El derecho de los niños a vivir en familia supone que ésta representa un entorno positivo para su desarrollo, siendo responsabilidad del estado y la comunidad apoyar a los padres y madres para que cuenten con los medios necesarios para llevar a cabo sus funciones de cuidado y orientación.

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene como uno de sus pilares fundamentales el fortalecimiento de las relaciones del niño con su familia; para ello establece un conjunto de protecciones al desarrollo de la infancia, cuyos principales responsables son los padres; asimismo obliga al Estado a tomar todas las medidas necesarias para apoyar a los padres en la función de orientación, promoción del desarrollo y cuidado de los niños y niñas.

La estructura y organización de las familias chilenas ha experimentado importantes transformaciones en estos 15 años. Según los censos de población, el número de hogares aumentó en 26% entre 1992 y 2002 y su tamaño promedio se redujo de 4 a 3.6 personas. En 2002, aunque la organización más frecuente continuaba siendo el hogar nuclear bi-parental con hijos (38,1%), se habían incrementado los hogares nucleares (mono o bi-parentales) sin hijos (20,9%), así como los hogares monoparentales con hijos (9,7%). Así, en 2002, aproximadamente 1 de cada 6 niños menores de 6 años vivía en un hogar monoparental.

Paralelamente han disminuido los matrimonios (desde un 67% de los hogares en 1992 a un 58% en 2002) y han aumentado las convivencias (desde un 6% a un 10% en el mismo período). En 2002, 1 de cada 3 niños menores de 6 años vivía en un hogar cuyo jefe de familia no estaba casado/a (en 1992, 1 de cada 4 niños vivía en esa situación).

Hoy la mitad de los niños nacen fuera de una relación matrimonial. Una proporción creciente de niños vive en hogares con uno sólo de sus progenitores o en familias ensambladas que le significan el contacto cotidiano con un adulto que no es su padre o madre biológica.

Políticas Públicas para la Integración Social y Familiar de los Niños

El debate sobre la familia como foco de las políticas públicas en general, y de infancia en particular, ha seguido durante estos 15 años una trayectoria compleja. La Convención sobre los Derechos del niño, es portadora de una nueva visión que identifica a la familia como eje de las políticas promotoras del desarrollo humano e integral de los niños. Esta perspectiva es un desafío para las políticas públicas tradicionales inspiradas en el individuo y su consideración como persona en riesgo social.

Desde 1990 se manifestó la voluntad de cambiar las estrategias hacia una mayor integración de las políticas de infancia, familia y superación de la pobreza, y evitar la separación e incomunicación entre servicios universales y mecanismos especiales de protección.

Los conceptos de infancia como “grupo vulnerable” y de “familia inhábil”, en virtud de los cuales eran clasificadas muchas familias que experimentaban de manera severa los efectos de la exclusión social, debían dejar de ser el soporte de las intervenciones sociales. Desde el Informe Nacional sobre la Familia, elaborado a principio de los noventa, se empieza a plantear la necesidad de reconocer las capacidades y recursos de las familias como oportunidades para el desarrollo de sus integrantes. Así, la Política Nacional de Infancia, elaborada a fines de los '90, concibe a los niños como portadores de derechos y como un grupo estratégico para el desarrollo del país.

En los últimos 15 años se han creado diversos programas y servicios más acordes a la heterogeneidad de las necesidades y demandas de los niños y sus familias. Sin embargo, la lógica sectorial y el centralismo en el diseño y gestión de las políticas sociales tiende a estandarizarlas y hacerlas impermeables a las visiones y aportes de los actores locales.

Aún más, la existencia de tendencias segregadoras y prácticas de discriminación al interior de los propios sistemas definidos como “universales” (como la selección o expulsión de niños del sistema educativo), tienden a reforzar las visiones asistencialistas y excluyentes respecto de los niños en situaciones sociales, familiares o personales más desventajosas.

La experiencia muestra que las políticas de protección al derecho a vivir en familia, así como de reunificación familiar de niños que viven en instituciones, encuentran en el espacio local los recursos y redes sociales necesarios para su ejecución. Experiencias como las Oficinas de Protección de Derechos (OPD) impulsadas por el Servicio Nacional de Menores en convenio con los municipios, representan una nueva forma de enfrentar, desde la comunidad local, la protección de los derechos de la infancia en general, y a la convivencia familiar y comunitaria en particular.

Chile Solidario: un caso de política pública centrada en la familia

En el ámbito de la superación de la pobreza, el Programa Puente del Sistema Chile Solidario -en ejecución desde 2002- constituye una innovación pues considera por primera vez a la familia como sujeto formal de la política social. Esta intervención apoya durante dos años, de manera personalizada, a las familias más pobres del país. Con una cobertura de 156.734 familias a diciembre de 2004, el programa combina aportes monetarios, acceso preferente a la oferta social pública y apoyo psicosocial a las familias participantes.

Los niños y niñas participantes en el Programa son alrededor de 245 mil, a junio de 2005. Entre los mayores logros establecidos por el programa están: mejoría en la actitud y responsabilidad de los padres frente a la educación de sus hijos; acceso a beneficios de por asistencia escolar; educación preescolar (el 20.8% de los niños participantes ingresaron a educación parvularia); cuidado infantil; asistencia escolar y que los niños que trabajan no dejen de estudiar. Algunos problemas como la violencia intrafamiliar, la inserción escolar de niños discapacitados y el contacto de las familias con sus hijos internos en instituciones presentan mayores complejidades para su abordaje.

Consultados los niños y niñas del programa, el beneficio principal para ellos es el reforzamiento de los lazos afectivos en su familia.

Más niños conviven con sus familias y menos permanecen en instituciones

Un problema que aún enfrentan las familias pobres es la tendencia a judicializar los problemas sociales, cuyo resultado más preocupante es el alto índice de internación judicial que, en la práctica, significa separar a niños y niñas de sus familias por problemas de pobreza.

A partir de 1990, emerge en Chile un discurso crítico hacia los juzgados de Menores, el Sename y sus instituciones colaboradoras por la aplicación sistemática de medidas de sustitución de la familia e internación de los niños vulnerados en sus derechos.

Pese a entrar en profunda contradicción con la Convención, todavía no ha sido reformado el anacrónico sistema legal e institucional contenido en las Leyes de Menores de 1928, que no diferencia adecuadamente entre niños víctimas, excluidos o infractores a la ley penal. Ante esta carencia se ha avanzado en reducir la internación de niños a causa de dificultades económicas mediante estrategias administrativas.

La nueva política social inspirada en la Convención implica disminuir el rol tutelar y de control del Estado y favorecer, en cambio, la responsabilidad de las familias y la comunidad. Consecuentemente, junto con los mecanismos predominantes de control y reparación, se requieren cada vez más recursos de acompañamiento y apoyo a las familias a fin de que cumplan su rol de inclusión social.

La disminución progresiva de la internación de niños y niñas pobres en los últimos años, y la consecuente ampliación de servicios de apoyo en el medio familiar, se verá reforzada una vez que entre en vigencia la Ley de Subvenciones de las Instituciones Acreditadas por el Servicio Nacional de Menores, promulgada en Julio de 2005, la nueva Justicia de Familia, que entrará a regir en Octubre de 2005. También

debería consolidarse con la aprobación de los Proyectos de Ley de Protección de los Derechos de la Infancia y de Responsabilidad Penal de Adolescentes, actualmente en trámite en el Congreso Nacional.

Igualdad legal entre los niños: el fin de las hijas e hijos ilegítimos

La protección efectiva del derecho a la convivencia familiar exige complementar y potenciar las políticas públicas con reformas legales. Estas reformas tienen dos finalidades específicas: modificar leyes inspiradas por patrones culturales que atentan contra la concepción de los niños como sujetos de derechos fundamentales y que no respetan el principio de igualdad de todas las personas. En segundo término, la legislación debe crear y fortalecer mecanismos de garantía y protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Convención.

Entre 1990-1994 se impulsaron reformas para posibilitar una mayor igualdad en las relaciones familiares, reforzando legalmente una cultura más democrática de las relaciones familiares. Se envió al Congreso la reforma al Código Civil -conocida como Ley de Filiación¹⁶- que favoreció la igualdad de los hijos y la responsabilidad de los padres.

Esta reforma atacó directamente una de las fuentes legales de desigualdad más asentada en la sociedad chilena: la diferenciación de los niños en legítimos e ilegítimos según el estado civil de sus padres, situación que el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas observó como discriminatoria y contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, en las recomendaciones al primer informe del Estado de Chile de 1994.

Esta ley promueve la responsabilidad de los padres al introducir mecanismos más eficaces de investigación de la paternidad; adicionalmente, y a través de otros cuerpos legales promulgados con posterioridad, se ha buscado garantizar el cumplimiento de los derechos de alimentos de los que son titulares los niños y niñas cuando no viven con ambos padres y el derecho de los niños a mantener comunicación directa y personal con ellos.

Desde el punto de vista de la transformación cultural de la sociedad chilena en una sociedad más igualitaria y democrática, esta reforma es la más importante del período, ya que sienta las bases a otros procesos crecientes de igualdad que se desarrollarán posteriormente en ámbitos como la legislación laboral, la educación y la salud.

Maltrato Infantil y violencia al interior de la familia

Otro hito de estos 15 años ha sido el esfuerzo por erradicar la violencia como forma de relación al interior de la familia. Para este propósito se aprobó en 1994 la ley que

¹⁶ Ley 19585 de 26 de October de 1998.

sanciona la Violencia Intrafamiliar¹⁷. Aunque la ley no cambia por sí misma la realidad, es un paso necesario para poner término a una supuesta legitimidad o neutralidad del Estado a los malos tratos en el ámbito familiar. El establecimiento legal de que la violencia intrafamiliar es ilícita es un mensaje claro que favorece una reformulación de las relaciones de los integrantes de la familia que ya no podrá basarse en el abuso de poder y en la violencia. Asimismo, entrega una señal inequívoca de que el Estado no permanecerá neutral frente a las agresiones y abusos, lo que se traduce en la existencia de mecanismos judiciales de protección a las víctimas y sanción a los agresores.

Aunque a partir de 1990 se comienza a hacer visible el tema del maltrato infantil en la opinión pública, no es sino hasta 1994¹⁸ que se cuenta con información cuantitativa que permite diagnosticar a nivel nacional la incidencia de este fenómeno. De acuerdo a esos antecedentes, en 1994 el 63% de los niños y niñas sufría algún tipo de violencia física causada por sus padres o parientes.

Una medición posterior, realizada en 2000, encontró que la proporción de niños y niñas que había sido víctima de violencia en sus hogares había disminuido a 53,9%. La diferencia más apreciable se debe a la baja de la violencia física grave, que pasó de un 34,3% en 1994 a un 25,4% en 2000. Asimismo, la proporción de niños que sólo había sufrido violencia psicológica en sus hogares era de un 19,7% en 2000. Finalmente, los niños que reportaron no haber sufrido ningún tipo de violencia en sus hogares eran sólo un 26,4%¹⁹. Se encontró que un 63,5% de los hijos estaban presentes en episodios de violencia entre los padres, revelando la necesidad de afrontar integralmente el problema de la violencia intrafamiliar.

El maltrato infantil es un problema que afecta a un número importante de familias chilenas. La violencia en contra de los niños y niñas es utilizada frecuentemente como un mecanismo para resolver conflictos o simplemente como una “forma de educación”. Para erradicar el maltrato infantil se requieren acciones en -al menos- tres frentes: constituirlo social y políticamente como un problema a superar (sacándolo de la privacidad de las familias y del amparo de las tradiciones autoritarias), crear una institucionalidad que proteja a las víctimas y sancione los abusos hacia los niños, y prevenir el maltrato educando y apoyando a las familias y modificando pautas sociales que justifican el maltrato.

¹⁷ Ley sobre Violencia Intrafamiliar, 19.325, de 1994.

V. DERECHO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A LA PROTECCIÓN LEGAL Y JUDICIAL.

El sistema judicial chileno relativo a niños, niñas y adolescentes fue diseñado y puesto en funcionamiento durante la primera mitad del siglo veinte, fundamentalmente a través de los Juzgados de Menores. Este sistema no diferenciaba entre niños víctimas, excluidos e infractores a la ley penal. Por esta razón, a mediados de los años noventa se identificaron dos áreas prioritarias a ser reformadas: la justicia de familia y la justicia penal adolescente.

La Justicia de Familia

En Chile no existía un sistema integrado de Justicia de Familia e Infancia, sino competencias separadas en distintos tribunales; así había materias que se resolvían en los Juzgados de Menores y otras en los Juzgados Civiles. En materia penal, la competencia la compartían los Juzgados de Menores y los Penales.

La Ley de Tribunales de Familia, así como las reformas a la Ley de Matrimonio Civil, favorecen la unificación de la competencia y, por consiguiente, la resolución conjunta y por un solo tribunal de las diferentes aristas del conflicto familiar: relaciones entre los cónyuges, cuidado de los hijos, visitas, obligaciones de alimento y violencia intrafamiliar, entre otras.

Esta reforma, que entrará a regir en octubre de 2005, constituye una enorme transformación en la justicia chilena; el sistema contará con procedimientos más eficaces, rápidos, transparentes y concentrados; se fortalece su cobertura y acceso aumentando el número de jueces especializados y profesionales del área psicosocial que trabajarán en la justicia de familia y en la protección jurisdiccional de los derechos de la infancia. Consagra como principio rector el favorecer las soluciones cooperativas a los conflictos de familia, al introducir mayores posibilidades de mediación, y la solución integral -en un solo juicio- de todos los aspectos que los integran.

La Responsabilidad Penal de los Adolescentes, una reforma pendiente

“La informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a los niños y adolescentes, ha permitido el surgimiento de un sistema punitivo / tutelar que no se somete a los controles propios del sistema penal formal, y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal como en el de las garantías sustanciales”¹⁹.

18 Estudio sobre Maltrato Infantil, UNICEF, 1994.

19 Mensaje del Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, al Congreso Nacional. Proyecto de Ley que establece el Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley penal, Santiago, de Agosto 2002.

En el ámbito penal la situación era, a comienzos de los años noventa, aún más preocupante que en materia de justicia de familia: al incumplimiento de las garantías del debido proceso se unía la utilización de la privación de libertad de personas menores de 18 años ya fuera por habersele imputado la comisión de un delito, o invocando la protección del niño, niña o adolescente. Estas privaciones de libertad, que incluso se podían ejecutar en secciones precariamente separadas de recintos penales de adultos, son abiertamente vulneratorias de la Convención que exige que la privación de libertad sea una medida de último recurso reservada sólo para delitos graves y en ningún caso para ser aplicada como medida de protección.

Asimismo, Chile mantiene el anacrónico sistema de discernimiento -vigente desde los albores de la República - que permite juzgar y sancionar como adultos a los adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años que sean imputados de cometer delitos. Estos límites de edad datan de 1953 y no corresponden a la situación actual de la sociedad chilena y de su sistema de justicia.

Frente a este diagnóstico, el Ministerio de Justicia adoptó una estrategia de reformas de corto y largo plazo. Se promulgó la Ley de Erradicación de personas menores de 18 años de las cárceles de adultos (Ley 19.343) y el Servicio Nacional de Menores implementó diversas reformas administrativas para disminuir el número de niños privados de libertad en el país.

Por iniciativa del Servicio Nacional de Menores, se empezó a otorgar financiamiento público y ampliar la cobertura de programas especializados de representación y defensa jurídica de los adolescentes infractores, dando, al menos, efectividad al derecho de cualquier persona imputada de cometer un delito de contar con defensa jurídica especializada. Estos programas desarrollados por organizaciones no gubernamentales han sido una de las respuestas más eficaces para la protección de los derechos de las personas menores de edad en los procedimientos penales, aunque obviamente no logran compensar las deficiencias de la actual legislación.

En 1994 comenzó a diseñarse un proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes que permitiera eliminar el discernimiento y crear un nuevo sistema de enjuiciamiento acorde con los criterios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Reforma Procesal Penal. Tras largos debates, en que participaron académicos y organizaciones de la sociedad civil, en 2002 el Presidente de la República envió al Congreso el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes entre 14 y 18 años.

El proyecto se encuentra actualmente en segundo trámite Constitucional en el Senado, cumpliéndose ya tres años de debate parlamentario. Los mayores problemas se han presentado en acordar un sistema de sanciones que contenga alternativas a la privación de libertad y que consagre específicamente que éste debe ser un recurso excepcional y sólo para los delitos más graves.

La entrada en vigencia a nivel nacional de la nueva justicia penal y de familia contribuye a hacer más drástico el contraste entre los avances en la protección del debido proceso en materia de infractores adultos y la alta discrecionalidad y falta de controles en los procedimientos seguidos contra los menores de edad. Se debe tener presente que en dos ocasiones el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha emitido recomendaciones sobre esta materia al Estado de Chile.

VI. PRIORIDADES PARA LA INFANCIA CHILENA, A 15 AÑOS DE VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Conforme el país avanza en garantizar el acceso universal de los niños y niñas a las condiciones básicas para una vida digna, se abren paso nuevas prioridades desde el punto de vista del desarrollo integral de los niños. Dicho en términos concretos, en adelante se trata ya no sólo de acceder a la educación, sino de alcanzar niveles satisfactorios de aprendizaje; no sólo de asegurar el derecho a la convivencia familiar, sino de contar con un entorno libre de violencia y estimulante para el desarrollo personal; no sólo de evitar la malnutrición y la enfermedad, sino de elevar la calidad de vida de los niños.

Derecho a condiciones de vida digna y a una mayor igualdad

La pobreza y la desigualdad dividen a los niños, niñas y adolescentes chilenos, segregando sus barrios, sus escuelas, sus experiencias de vida. Si Chile quiere avanzar hacia una sociedad más incluyente, que permita la movilidad social y que facilite la interacción entre personas de diferente nivel socioeconómico, tiene que resolver viejas deudas y enfrentar nuevos desafíos. Entre las deudas pendientes está superar la desventaja en que se encuentran los niños de las familias de más escasos recursos, así como lograr que los niños indígenas no sean objeto de discriminación y se beneficien de un verdadero reconocimiento de su cultura y del aporte que ésta hace al país; entre los nuevos desafíos está generar una política de inclusión para los niños inmigrantes y sus familias, considerando que, con el progreso de su economía, Chile tiende a consolidarse como un país receptor de flujos migratorios.

Al adherir a la Convención, el país se fijó estándares más exigentes respecto a su infancia, el cumplimiento de los cuales debe ser objeto de un debido seguimiento. Para ello resulta oportuno fortalecer el sistema de indicadores y monitoreo de la calidad de vida de los niños, prestando atención tanto a la satisfacción de las condiciones básicas de una vida digna, como a las condiciones para el pleno desarrollo de la infancia. Esta información

debiera luego ser utilizada como guía en las decisiones de política pública e inversión.

Derecho a la educación

Un país incluyente se construye desde una escuela incluyente. Chile puede y debe eliminar todas las formas de exclusión que actualmente socavan las escuelas y liceos financiados con recursos públicos. Así por ejemplo, se debe prohibir toda selección y expulsión de alumnos, basadas ya sea en características de los niños o de sus familias; controlar los cobros obligatorios en establecimientos subvencionados; y apoyar la inclusión escolar de los niños con necesidades educativas especiales.

Para que la educación esté a la altura del derecho de los niños y niñas a la igualdad de oportunidades y al pleno desarrollo, ésta debe ser de calidad: una educación mediocre defrauda a los niños, sus familias y al país en su conjunto. Las escuelas efectivas en sectores de pobreza son uno de los mayores capitales que Chile tiene: sería importante expandir estas experiencias, especialmente aquellas que integren y reconozcan la diversidad cultural y de ritmos de aprendizaje entre los estudiantes. Al mismo tiempo es necesario entregar más recursos a las escuelas donde asisten los niños con más necesidades, garantizando -por ejemplo- que los profesores más competentes también enseñen en las escuelas donde asisten los alumnos más pobres.

Finalmente, la creación y buen funcionamiento de los Consejos Escolares representa una gran oportunidad para promover la participación real de niños y adolescentes, y sus familias, en los establecimientos educacionales. Esta mayor participación significa también abrir los liceos a los intereses, demandas y necesidades de los alumnos, como pueden ser temas relativos a la educación sexual, la prevención del VIH/SIDA y el embarazo adolescente.

Derecho a la convivencia familiar

El derecho a la convivencia familiar implica no sólo evitar la internación en hogares residenciales masivos de los niños vulnerados en sus derechos, sino también garantizar un entorno socio-afectivo que promueva el desarrollo integral de todos los niños, niñas y adolescentes. Para ello es necesario reforzar políticas sociales que reconozcan las capacidades y potencialidades del niño y su familia través de programas locales y comunitarios que tomen en cuenta la diversidad de situaciones familiares que actualmente se presentan en el país.

Existe además un amplio consenso en torno a la centralidad de los primeros años de vida para el desarrollo cognitivo, afectivo y social de las personas. Para apoyar mejor este crítico período, es preciso una mayor integración de las políticas dirigidas

hacia la infancia temprana, donde sean los niños y su familia el eje en torno al cual se coordinan los diferentes sectores y niveles del Estado. Ello implica –en otras medidas- diversificar y expandir la oferta de cuidado infantil de niños menores de 3 años, mediante modalidades flexibles pero de calidad, especialmente accesibles para las familias de más escasos recursos y madres que trabajan.

Las altas cifras de violencia contra los niños exigen que Chile promueva profundos cambios culturales relativos a su crianza para avanzar en una cultura de respeto, tolerancia y aceptación de la diversidad, tanto al interior de la familia como en la sociedad. También sería necesario modificar la ley actual de violencia intrafamiliar, de modo de reforzar la protección a las víctimas, así como ampliar los programas de atención integral y reparación y coordinar las diversas acciones que implementan distintos servicios.

Derecho a la Protección Legal y Judicial

La efectiva protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes requiere que se apruebe rápidamente la legislación que se encuentra pendiente en el Congreso y el país concentre su atención y esfuerzos en asegurar el funcionamiento eficaz de las nuevas instituciones legales, judiciales y administrativas.

Resulta urgente aprobar una legislación integral que reemplace la Ley de Menores por una normativa que establezca mecanismos administrativos y judiciales que aseguren la vigencia y exigibilidad de los Derechos del Niño, especialmente los de contenido económico y social y el derecho a la convivencia familiar.

En el ámbito de la Justicia Penal se debe avanzar en la creación de un sistema integrado de prevención, juzgamiento y sanción de las conductas ilícitas cometidas por las personas entre 14 y 18 años, así como en el establecimiento de un sistema de ejecución de sanciones orientado hacia la integración social de los adolescentes, basado principalmente en medidas de control y orientación no privativas de libertad.

Para lograrlo es fundamental no sólo aprobar una Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, sino también, desarrollar una acción coordinada que incluya a todos los actores involucrados para ponerla en práctica. Los resultados positivos de estas reformas dependerán de la práctica concreta de los operadores del sistema judicial y de las organizaciones públicas y privadas encargadas de su ejecución.



