

Documentos



Opción

Por los derechos de los niños y niñas

**Derechos Humanos,
Derechos del Niño y Privación de Libertad.
Un Enfoque Crítico de las “Penas” de los Niños.**

Septiembre, 2003

DERECHOS HUMANOS, DERECHOS DEL NIÑO Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD. UN ENFOQUE CRÍTICO DE LAS “PENAS” DE LOS NIÑOS¹.

Julio Cortés Morales²

Bien, buenos días, en primer lugar quería agradecer la invitación del Comité de Derechos del Niño en Uruguay que me cursaran para poder estar en éste evento, puesto 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 y para incidir en las reformas de infancia en las cuales estamos insertos en este momento.

Y bueno, ese enfoque entonces me interesaría comentárselos 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.

Me interesaría entonces comentar en el grueso de esta exposición como entendemos nosotros el problema en este momento, los principales riesgos y desafíos que presenta, y -si alcanza el tiempo, porque estamos bastante atrasados- comentar algo de cómo este fenómeno esta operando en la realidad actualmente en Chile, y lo que nosotros hemos podido hacer para tratar de incidir en la reducción de la privación de libertad en nuestro país.

Para partir me gustaría recordar lo que ayer señalaba Carlos Uriarte en cuanto a que el era crítico 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 el 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. Y en ese sentido entonces entenderíamos que es la primera gran oleada de juridización de la infancia de la relación derechos, familia, niños, y hoy en día estaríamos envueltos en una segunda oleada, que en un sentido es distinta de esa 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 protección integral, pienso que desde una lectura que parta de la base de las necesidades

¹ 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?”, disponible íntegramente en <http://www.omct.org/pdf/cc/2004/UruguayReportES.pdf> .

² El autor es abogado, Jefe de la Unidad Jurídica de la Corporación Opción.



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 público.

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 garantizar 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 o 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 Ariès, 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, bueno, también ocurre algo similar y ya existen desde el clásico libro Pena y Estructura Social de Rusche y Kirchheimer, 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.

Investigaciones posteriores, historiográficas, legales, criminológicas críticas, también 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 ésta 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 ésta 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 referían 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 violencias 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. Tengo acá el texto del antiguo artículo 233 del Código Civil Chileno que dice: *"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. Horkheimer, por ejemplo, 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 éste 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 que se crea y la ley de menores chilena en 1928 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 devolución 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 otras 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 esta 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 cuanto a su estructura jurídica sus principales características son las mismas. Entonces, desde el 28 hasta el día de hoy nada esencial había cambiado ahí hasta el año pasado, en que 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 este 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 cual 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 este 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 esta 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 cual 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 ésta 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, bueno, si uno revisa hoy la literatura de Unicef, la literatura de ONGs en la 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, al parecer menos éstos tres (Chile, Argentina y Uruguay que curiosamente son los que están más atrasados en términos de adaptación legislativa de la Convención) 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, y esto es algo que debería ser comprobado y señalado, porque efectivamente en nuestros tres países, como señalaba, estamos más atrasados, y podemos y debemos tener en cuenta todo esto y aprender esas lecciones.

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 ayer 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 que lo que respecta en 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, puede aplicar esto, 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. (Ignoro cómo está ésa situación en Uruguay).

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 (como es el caso de Uruguay según las cifras que aquí se han mostrado), están directamente violando éste artículo 37, existan todas las justificaciones que existan, se llame a ésta 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 56 se dice “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización, 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”

... y así, en general 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.

A lo que esto nos conduce, entonces, es a la discusión que se dio ayer en gran medida, 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, hasta aquí no mas llegamos y renunciamos a la pretensión de penalizar y entonces lo internamos por abandono. 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 delincuentes 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 cualquiera 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”. 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 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.

Pero bueno, para ir cerrando el tema, debo decir -para los que estuvieron ayer- que en gran medida estoy totalmente de acuerdo con lo que señala Carlos Uriarte, en términos



de asumir qué es la privación de libertad, y desde ese sentido entonces tratar de asumir de manera realista y desde el paradigma de los derechos humanos de la infancia qué es lo que puede trabajarse con los adolescentes que están privados de libertad. No obstante, desde la operatoria de los sistemas agregaría 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. En términos de la privación de libertad, si asumimos la privación de libertad en un sentido amplio que es lo que señalan 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 mismo 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), si entendemos entonces el interés superior en el sentido que recién señalaba, es un criterio bastante poderoso para entender que si la privación de libertad vulnera sistemáticamente el conjunto de los derechos de la persona, en todas las situaciones el interés superior del niño hace aconsejable no adoptar la internación ni la privación de libertad como medida aplicable, y esto invierte entonces la carga de la prueba, o del argumento.

Esto es algo que debiera resultar bastante 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.



Esto resulta bastante claro, al parecer, 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 son 10 años para los adolescentes de hasta 16 años y 15 años si no me equivoco entre 16 o entre 15 y 18 no me acuerdo bien pero pese a que se consagró ese máximo aberrante, tan brutal de privación de libertad-, al parecer, en la operatoria del sistema los jueces han tenido bastante claro que incluso en los casos en que procede la aplicación de esa medida, ellos no están obligados a aplicarla y más bien están obligados a tratar de aplicar otra medida. Hay sentencias, aquí tengo una por ejemplo, que señala: “lo importante es que la sanción de internamiento en centro especializado prevista en el artículo 131 de la ley no es de aplicación automática cuando se trata de delitos dolosos o sancionados en el código penal o leyes especiales, aplicable esta pena cuando el delito en relación a los adultos está sancionado con pena de prisión superior a 6 años y dicen bueno así se señala en el artículo mencionado que dicha sanción puede ser aplicada en el supuesto indicado, ello hace necesario que el juzgador analice el porque en el caso concreto corresponde aplicar la sanción tomando en cuenta el carácter excepcional que expresamente le asignan en el artículo 131 de la ley, debe indicarse 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 mínimo 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.

Bueno, considerando que va mucho tiempo de exposición, no me voy a referir a la situación chilena. Cerraré reiterando o recordando que 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. Pero bueno, 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 de que tengamos espacios de encuentro como los que Luis señalaba ayer -el KROM noruego y su reunión anual en las montañas-, aquí podemos hacer algo más modesto, pero yo tengo la convicción que en la medida que los distintos actores 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 adecuada comunicación entre los distintos actores, con una adecuada visibilización de los efectos que genera la privación de libertad en los menores de edad, con un compartir las experiencias exitosas tanto de trabajo en medio libre como adecuada defensa jurídica que implique 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.

