



Acerca de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en el período 1990/2005

Algunas cuestiones generales relativas a la relación entre Infancia y Derecho en Chile

A principios de los 90, la pronta ratificación en Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año previo generó en el país, tal como en el grueso del continente americano, un proceso de profunda revisión de la forma en que jurídica e institucionalmente nuestra sociedad se relacionaba con sus niños.

La relación entre los niños, la infancia, el Estado y el Derecho en Chile, puede ser entendida en base a ciertas periodificaciones generales. A principios de los 90, Miguel Cillero habló de tres principales etapas en esta relación. Dicha periodificación atendía como elemento central de distinción a la especificidad de la consideración jurídica de la infancia propia del Derecho Tutelar de Menores como el primer gran cambio, previo al cual no habría existido una consagración jurídica de tal especificidad, siendo la infancia tratada antes de ese momento como una categoría residual respecto a la cual ciertas normas jurídicas (principalmente civiles, comerciales y penales) se referían a manera de excepción.

1928 es el año en que, al aprobarse la primera Ley de Menores en el país (4.447), se inaugura la segunda etapa, que inspirada en el Derecho de Menores surgido los últimos años del siglo XIX en Estados Unidos, construiría -con base en la incapacidad de los niños como atributo principal de la infancia y en la preocupación urgente por sus situaciones de marginalidad social- un modelo de control social destinado en la práctica a la infancia “irregular” (en palabras de Jacques Donzelot: los niños peligrosos y los niños en peligro¹).

La tercera etapa, tras 6 décadas de vigencia de un marco jurídico que presentó muy pocas variaciones, se dio por iniciada -de acuerdo a la distinción propuesta por Cillero- en 1990, año de recepción en nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre Derechos del Niño, a través del Decreto Supremo N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Este nuevo instrumento pasó a coexistir con la Ley de Menores y con el conjunto de instituciones y prácticas propias de la fase previa. En su momento, de acuerdo a Emilio García Méndez, se ponía en el orden del día en todos nuestros países la “adecuación

¹ Jacques Donzelot, La policía de las Familias, Pre-Textos, 1990.

sustancial” o “sustantiva”, de nuestra legislación interna a los requerimientos de la Convención y al modelo de ella desprendido, llamado de la “protección integral”².

Esta tercera etapa ha resultado más larga y compleja de lo esperado inicialmente, y es la que se pretende analizar en este documento con cierto nivel de detalle.

Respecto a la primera etapa, la de inexistencia de legislación específica sobre infancia, no parece ser mucho lo que se ha investigado hasta el día de hoy. Como señala Couso, no se trata de que en este período no existieran ni se aplicaran ciertas regulaciones jurídicas a los niños, pero la niñez era “básicamente un estado de excepción al único estatus realmente importante frente al derecho: el del mayor de edad, que también es el ciudadano”³. Estas regulaciones excepcionales se encontraban principalmente en el Código Civil, que incluía a los menores de edad en la categoría de incapaces y se refería a las relaciones entre padres e hijos menores de edad. En materia familiar, la normativa civil tendía a tratar al niño como un objeto, algo que puede ser disputado por sus padres, de acuerdo a la manera en que se entendía tradicionalmente la patria potestad y la tuición.

En el plano civil y comercial, la normativa de la época reconoce cierta capacidad de autonomía a menores adultos que disponen de patrimonio propio, lo cual hace concluir a Couso que “en la práctica, las leyes civiles y comerciales están pensadas para los niños de familias más ricas (típicamente, niños herederos) en las que la administración del patrimonio del menor de edad es relevante”⁴.

En el ámbito penal, las normas vigentes en la época se preocupaban por sobre todo de resolver el problema de definir cuando los niños pueden ser juzgados de acuerdo a las normas penales de adultos, para lo cual recurrieron a la instauración de un sistema de franjas de edad: una franja de inimputables, por debajo de cierta edad, y una franja intermedia en que la imputabilidad depende del discernimiento de las personas⁵.

En ambos casos, una legislación formalmente neutra, aplicable en principio a toda la infancia, se concentra en su operatoria real sólo en un sector de niños. Los niños propietarios, en un caso, y los niños marginales, en las cuestiones de naturaleza penal.

Un aspecto muy relevante de la consideración jurídica de la infancia en esa época lo constituyó el llamado “poder penal doméstico” que las normas civiles conceden al padre de familia para garantizar el disciplinamiento de ciertos niños⁶. El antiguo artículo 233 del Código Civil Chileno señalaba que:

² Ver su clásico trabajo: Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral, Ediciones Forum Pacis, Bogotá, 1994.

³ Jaime Couso, Los niños en los tiempos de los derechos. En: Por los caminos de la esperanza. Servicio Nacional de Menores, 2000.

⁴ Ídem.

⁵ Esta franja intermedia ha cambiado a lo largo de más de un siglo. En el Código Penal, de 1875, la inimputabilidad condicionada al discernimiento operaba entre los 10 y los 16 años de edad. La primera Ley de Menores, en 1928, estableció esa franja entre los 16 y los 20 años. En 1953, la Ley 11.183 modificó la situación quedando en el estado actual: entre los 16 y 18 años de edad.

⁶ Ver: Jaime Couso, La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno, Universidad Diego Portales, 2003.

El padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos i cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre i el juez, en virtud de ella expedirá la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos y podrá extenderlos hasta por seis meses a lo más

El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto.

Cabe destacar de esta disposición el que respecto a los menores de 16 no era necesario comprobar nada, sencillamente invocar la necesidad de ésta detención. La diferencia en relación a un mayor de 16 es que en este caso había que argumentar algún tipo de motivo calificado, pero ahí la detención puede extenderse ya no a un mes sino a seis meses.

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 -¿y por esa vía naturalizando?- la existencia de un ámbito en que el disciplinamiento de las personas se asegura mediante la violencia efectiva o potencial del padre (jefe de familia) sobre los hijos (sin dejar de señalar aquí el tipo de autoridad y violencia que la familia patriarcal implica sobre las mujeres adultas) y lo que hace es regularlo legitimándolo e imponiendo algún tipo de requisito formal.

En resumen, tenemos un modelo patriarcal de familia dentro del cual se inserta al niño como un objeto de disposición de los padres (quienes tiene el encargo de la “socialización” del niño en los valores, creencias y formas de vida predominantes), con disposiciones que permiten un cierto nivel de actividad comercial de niños que tienen algún patrimonio. A efectos de garantizar la adecuada socialización de los niños en los roles y tareas que el orden social les exige en ese momento, existen los refuerzos coactivos contemplados tanto por la legislación civil (que permite la aplicación de castigos por el padre y/o juez) como por normas penales (que permiten en ciertos casos juzgar a niños de acuerdo al régimen penal y procesal de adultos)⁷.

La Ley de Menores de 1928 no surge en medio de la nada en términos de mecanismos e instituciones para el disciplinamiento de la infancia irregular. Ya desde fines del siglo XIX se habían creado varias Casas Correccionales de menores, y en 1912, con la Ley de Protección de la Infancia Desvalida, hubo un esbozo de legislación específica que no llegó a plasmarse en un buen nivel de aplicación práctica. Esta ley básicamente facultaba al juez para internar a menores abandonados en establecimientos de reforma, ligados a la beneficencia privada. Los “minoristas” posteriores consideran que esta ley no modificaba la concepción “tradicional” sobre la infancia, que recién sería revolucionada en 1928 con la Ley 4.447. En el intertanto, y para hacerse una idea de la ideología dominante en el país, se

⁷ Tal vez el análisis más detallado de la segunda fase (1928/1990) se encuentra en el trabajo de Miguel Cillero “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”, de 1994, texto al que recomendamos remitirse como punto de partida a quien se interese en el estudio de dicho período en sus aspectos legales y administrativos. Dicho texto se realizó en el contexto de una investigación detallada sobre diversos aspectos de las políticas públicas e institucionalidad hacia la infancia en Chile, y se publicó junto a varios otros trabajos relativos al tema en el libro “Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile”, coordinado por Francisco Pilotti y editado por el Instituto Interamericano del Niño.

creó un Consejo Superior de “Educación Física y Moral” cuya misión era “el desarrollo físico del individuo y un levantamiento moral de las costumbres” (Decreto Ley N° 525, de 1925). El mismo año, se dicta un Decreto Ley sobre “Creación de establecimientos especiales para prevenir la delincuencia infantil”, en los que podía internarse a niños en situación de vagancia, abandono, maltratados por sus padres o guardadores, los que no asistían con regularidad a la escuela, y aquellos cuyos padres hubieran solicitado la internación al director del establecimiento –cancelando los gastos de pensión correspondientes-.

En un sentido, lo que la Ley de Menores de 1928 consagró, a través de la creación de los tribunales de menores, fue el reforzamiento de las facultades de control estatal sobre la infancia irregular, es decir, aquel sector de los niños que no era adecuadamente socializado o contenido en los mecanismos llamados “primarios” o de control social informal: la familia y la escuela. Se reforzó este control, tomado del modelo de la autoridad patriarcal, es decir, facultando el reemplazo o sustitución de la autoridad paterna por la del Estado autoproclamado como el buen padre de familia. Así, Chile inaugura lo que en varios países occidentales es conocido como “el siglo del niño”: el momento en que la ideología predominante en relación a la infancia exige pronunciamientos oficiales y políticas públicas para supervisar, vigilar y en lo posible moralizar y normalizar las vidas del segmento más joven de la población.

Quienes elaboraron la Ley 4.447 percibían que estaban haciendo inmensos avances en la superación de un derecho individualista, en aras de un derecho de carácter social. De ahí el tono “revolucionario” de sus justificaciones. El proyecto de ley presentado por el poder Ejecutivo al Congreso en agosto de 1927 se expone en este tipo de consideraciones en su exposición de motivos.

Una primera característica de este discurso es el señalamiento de la naturaleza urgente de la reforma propuesta: “La infancia desvalida, abandonada y delincuente es un hecho de tan grave y notoria trascendencia social, que no es posible continuar más tiempo ante él, en una actitud de simple expectación”. El problema es visto, de manera similar a lo señalado por Donzelot para el caso francés (niños en peligro/niños peligrosos), en una doble dimensión, dinámica: “...por una parte, el niño abandonado o delincuente es síntoma de grave mal que urge remediar; por otra, es, en sí mismo, un peligro permanente que es indispensable corregir”. La calificación de este peligro no es moderada: en otra parte de esta exposición de motivos, tras aludir a estadísticas policiales que hablan de “millares de niños que son aprehendidos cada año, por diversos delitos, niños que se inician en la escuela del crimen”, se señala que “estos niños...constituyen la avanzada más peligrosa contra la sociedad”⁸.

Se proclama que las causas del problema son “sociales”, pero entendidas de una manera muy particular, dado que entre ellas se alude principalmente a “la constitución irregular de las familias y la desorganización de éstas, por irresponsabilidad o inmoralidad de los padres”. Es decir, las causas son sociales, pero de ellas es posible responsabilizar a los jefes de familia. El carácter social del problema se afirma también al hablar de sus

⁸ Una de las modificaciones posteriores de este Ley de Menores, que en definitiva daría origen a la Ley refundida y sistematizada de 1968 (N° 16.618), la Ley 14.550 de 1961, vuelve a invocar entre sus fundamentos “el aumento de la delincuencia juvenil”.

consecuencias, que serían “ de íntimo interés para la conservación de la sociedad y de la raza”, lo cual hace que la necesidad de contar con una legislación moderna sea “indispensable” y “urgentísima”.

Lo que se propone como solución a través de esta iniciativa legislativa, es descrito como “un proyecto de ley de protección y educación de los menores y moralización de los adultos”, “una ley enérgica en su acción” que “consulta principalmente los intereses de la sociedad; que crea los jueces de menores, y por intermedio de ellos hace efectivo el patronato del Estado”⁹.

Las leyes de menores en general se insertan en el mundo occidental en un momento histórico en que las necesidades de conservación del orden social exigen complementar los mecanismos reactivos y formalizados del Derecho Penal moderno, con mecanismos de control social que operen en base a criterios más flexibles, y que sean capaces de dirigir su atención hacia los “sujetos peligrosos” incluso antes de que a éstos se les pueda hacer un reproche penal propiamente tal. Sin renunciar a formas de control coactivo que jamás abandonaron la lógica material del castigo, los Estados comienzan a aplicar mecanismos de vigilancia, diagnóstico, internación y tratamiento de niños irregulares, cuya discrecionalidad se ve facilitada por el hecho de proclamar finalidades benéficas a la intervención sobre estas personas. La coartada ideológica para avalar estos nuevos desarrollos la suministra sobre todo la Escuela Positiva de la criminología. La pretensión de científicidad, en oposición al formalismo jurídico; la orientación hacia los efectos futuros de la pena, en aras de la defensa de la sociedad; la negación del libre albedrío en el delincuente; el énfasis en la peligrosidad o temibilidad del delincuente como criterio de determinación de la pena/tratamiento aplicable; la necesidad de sustitutivos penales, de penas indeterminadas....todos estos elementos son invocados y tenidos en cuenta a la hora de estructurar el Derecho Tutelar de Menores. Tal vez lo que se puede identificar en ese momento es un cierto desfase histórico que se intenta resolver con urgencia a la luz de la apremiante “cuestión social”. Las necesidades de las clases dominantes desde siglos anteriores han ido cambiando, y tras un momento inicial de crítica al poder penal anterior -momento radical de la burguesía occidental que afirma esferas de autonomía que deben quedar a resguardo de la intromisión de las autoridades estatales, a la vez que, con base en la ideología del “contrato social”, se reconoce al Estado el monopolio de la violencia legítima, encarnada en la aplicación de sanciones y el uso de la fuerza pública-, se impone más bien el objetivo simultáneo de conservar su propio orden social, que se percibe como amenazado por una serie de conmociones políticas y por las manifestaciones más extremas de precariedad social generadas por el propio funcionamiento del modo de producción.

Esta doble tarea en el plano de lo penal -crítica de las formas penales de un poder anterior y estructuración de un nuevas formas de penalidad funcionales al nuevo momento histórico-, corresponde en cierta forma a una duplicidad interna de la propia modernidad. Según han señalado Negri y Hardt: “La modernidad no es un concepto unitario; se presenta al menos de dos modos diferentes. El primero es el que ya definimos, un proceso revolucionario radical. Esta modernidad destruye sus relaciones con el pasado y declara la inmanencia del nuevo paradigma del mundo y de la vida. Desarrolla el conocimiento y la acción como

⁹ Las citas de la exposición de motivos del proyecto de ley de Protección de Menores están tomadas de Edmundo Fuchslocher, Derecho de Menores. De la tuición, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1983.

experimentación científica y define una tendencia hacia una política democrática, situando a la humanidad y al deseo en el centro de la historia”. Frente a tales transformaciones radicales, el segundo modo de la modernidad constituye una contrarrevolución, “una iniciativa cultural, filosófica, social y política que, al no poder retornar al pasado ni destruir las nuevas fuerzas, procuró dominar y expropiar la fuerza de los movimientos y la dinámica emergentes”, y “establecer un poder general que las dominara”¹⁰.

Este doble carácter de la modernidad, según Negri y Hardt también se expresó a nivel global, en su dimensión externa:

Por un lado, el humanismo del Renacimiento inauguraba una noción revolucionaria de igualdad, de singularidad y de comunidad humanas, de cooperación y de multitud, que armonizaba con las fuerzas y los deseos que se extendían horizontalmente por todo el globo, redoblados por el descubrimiento de otras poblaciones y otros territorios. Sin embargo, por el otro, el mismo poder contrarrevolucionario que procuraba controlar las fuerzas constitutivas y subversivas dentro de Europa también comenzó a advertir la posibilidad y la necesidad de subordinar las otras poblaciones a la dominación europea. El eurocentrismo nació como una reacción a la potencialidad de una igualdad humana recién descubierta; fue la contrarrevolución en escala global.¹¹

Tal es, entonces, el contexto histórico amplio en que podemos entender el surgimiento de estas nuevas formas de control, que, en nuestro caso responden a un movimiento internacional de reformas “minoristas” inspiradas en el modelo norteamericano. Se trata del surgimiento de formas de control paralelas al poder penal más clásico, del cual se diferencian manteniendo siempre una cierta continuidad.

Un comentario en cierta forma “interno” a lo que el proceso de conformación de un Derecho Tutelar de Menores significó en el país se encuentra en ciertos textos del Juez de Menores Samuel Gajardo, que expresan la voz del propio sistema generado para el control de la infancia. En su libro “Protección de Menores”¹², de 1955, el juez Gajardo saluda el nuevo Derecho de Menores como un nuevo Derecho: humano, protector, realista, justo, igualitario, y expresa que en Chile este Derecho se ha desarrollado fundamentalmente en lucha con su enemigo, el Código Civil. Algunos pasajes resultan particularmente ilustrativos del cambio histórico que representó esa primera oleada de juridización de la relación entre el Estado y los niños.

Por una parte observamos la superposición y/o desplazamiento del autoritarismo protector-correccional paterno propio de la esfera privada por el autoritarismo protector-rehabilitante del Estado: “...el padre no goza de la absoluta libertad para castigar al hijo. Si desea recluirlo, hay el peligro de que ello pueda constituir un error o un abuso, y entonces es la justicia la que debe resolver el problema. Pero la medalla tiene su reverso. Bien puede ocurrir que el padre, también por error, pueda hacer cesar la reclusión del hijo, cuando aún

¹⁰ Michael Hardt y Antonio Negri, Imperio, Piados, Buenos Aires, 2002, página 77.

¹¹ Hardt y Negri, 2002, página 79.

¹² Samuel Gajardo, Protección de Menores, Editorial Jurídica de Chile, 1955.

sea necesaria, y entonces el juez está autorizado para prolongarla, en contra de la voluntad del padre; porque la reclusión significa siempre tutela”¹³.

Por otra, se puede apreciar la eliminación de los obstáculos formales que el Derecho Penal representaba para la labor estatal de protección-represiva de los menores: “...declarar que un menor obró sin discernimiento, no significa la libertad de seguir delinquiendo, pues si se trata de un delincuente habitual, para ellos está el Reformatorio”. “Precisamente, respecto de esos menores suele ser más necesaria la declaración de que obraron sin discernimiento, a fin de poderlos someter a un proceso metódico de reeducación, lo que no puede obtenerse mediante una simple condena impuesta por la justicia criminal, generalmente de corta duración, y por lo tanto ineficaz o contraproducente”. “Siempre que se declara que un menor obró sin discernimiento, es por realizar una obra más útil que la simple condena, y a veces suele hacerse para evitar que el menor quede en libertad después de cumplirla; y entonces tal declaración tiene por objeto imponerle una reclusión más prolongada y de carácter reeducativo”¹⁴.

Hasta aquí, tenemos los principales rasgos de las tendencias históricas que se estaban manifestando en las leyes e instituciones que dentro del marco más amplio de la llamada “cuestión social” pretendieron crear un modelo de control de la infancia que en lo esencial subsiste hasta el día de hoy. Analizando este proceso tal cual se manifestó en Estados Unidos desde finales del siglo XIX, Anthony Platt subraya que dicho proceso constituye a la vez un cambio -en cuya promoción se incluían diversos sectores sociales¹⁵-, y una continuidad con la forma autoritaria y conservadora de tratar a los niños y adolescentes, cuyas prácticas se ven consolidadas con estas reformas. Según Platt, este movimiento intentó hacer en el plano de la justicia penal “lo que los industriales y los dirigentes de las corporaciones intentaban hacer en la economía, o sea mantener el orden, la estabilidad y el control conservando al mismo tiempo el sistema de clases y la distribución de la riqueza existentes”¹⁶.

Construcción social e histórica de la infancia

Cuando se habla de la “infancia” en forma tan amplia, a veces no se sabe de qué se está hablando en realidad. Por eso, se hace conveniente distinguir a lo menos el plano de la vida cotidiana de niños y niñas en un lugar y tiempo dados, de las imágenes o ideología sobre el rol de los niños y la infancia en la sociedad, es decir, el plano de las representaciones que una sociedad se hace sobre los niños y la infancia. Además, es un nivel en sí mismo interesante a objeto de análisis aquel que consiste en las instituciones creadas para el control social de los niños y niñas, sus discursos, prácticas, y la forma en que afectan las vidas cotidianas de niños. Estos tres niveles de análisis suelen presentarse en la realidad confundidos, obligando a una labor de distinciones, en que es posible entenderlos también en sus múltiples influencias recíprocas.

¹³ Samuel Gajardo, Protección de Menores, pág. 22. El subrayado es nuestro.

¹⁴ Ídem, páginas 30 y 31.

¹⁵ Entre ellos: las organizaciones religiosas; escuelas industriales; la Board of Public Charities, y los administradores de reformatorios. Cada sector tenía sus propias razones para apoyar la ley de tribunales de menores de 1899, en Illinois, modelo que luego se extendería a gran parte del mundo. Anthony Platt, Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia, siglo XXI, México, 1997, página 149.

¹⁶ Ídem, página 24.

Al analizar la evolución de la consideración jurídica de la infancia en Chile en el período iniciado en 1990, con la ratificación en el país de la Convención sobre Derechos del Niño, tal distinción debiera estar presente constantemente, a fin de evitar confusiones y de dimensionar en su justa medida el lugar y rol del Derecho en la realidad social del período de tiempo considerado en este análisis.

En el plano de las representaciones sobre la infancia, la forma en que culturalmente el enfoque de los “derechos del niño” ha lentamente hegemonizado los discursos sobre infancia en el país resulta un dato evidente. Sin embargo, es necesario revisar a nivel jurídico la manera en que dicha hegemonía se corresponde con la consagración de normas y mecanismos de protección que den cuenta efectivamente de esta nueva mirada. Por cierto que enfocándose en todos los aspectos que culturalmente están involucrados en el fenómeno el análisis podría enriquecerse enormemente.

La historia de la infancia latinoamericana puede ser –y ha sido– revisada a través de la historia de aquellos mecanismos destinados a ejercer el control social sobre ella. Si bien la categoría de control social, más que referirse a un aspecto determinado de la realidad parece servir mejor como una cierta mirada sobre una serie de fenómenos sociales, como soporte conceptual para la discusión sobre las relaciones entre Estado y niños resulta todavía de gran utilidad. En nuestras sociedades nos encontramos con una gran cantidad de fenómenos y mecanismos que pueden ser descritos desde la función que cumplen en términos de garantizar una cierta adhesión a los valores centrales que el orden social proclama en cada época. Historiadores de la infancia como Philippe Ariès y Hugh Cunningham llaman la atención acerca del hecho de que la actual ideología de la infancia, naturalizada al punto de parecer eterna e inmutable, es producto de un largo proceso de surgimiento de sentimientos específicos hacia los niños, que comienza en fines de la edad media, y que se consolida en la visión que se hace predominante desde fines del siglo XIX.

Ariès señalaba que el “descubrimiento” de la infancia trajo consigo la creación de mecanismos específicos de control, y la limitación de la interacción de los niños con el mundo adulto. Los niños pasaron a ser socializados en espacios limitados, que se suponían específicamente diseñados para atender a sus necesidades de socialización, principalmente la familia y la escuela¹⁷. Esta nueva separación de jóvenes y adultos por la familia y la escuela ya “no marca un tránsito, prolonga el mayor tiempo posible un estado en el que ningún acontecimiento o ceremonia determina el principio y el fin”¹⁸.

A nivel individual, el paso del niño de la familia a la escuela, por poner un ejemplo, pese a la alta valoración que nuestras sociedades y su sentido común atribuyen a la educación, puede ser experimentado por cada niño en concreto como una experiencia desconcertante y traumática. Adorno señala, en relación a este “momento social” según lo analizaba en Alemania:

¹⁷ En rigor, pese a la popularidad de las tesis de Ariès sobre el “descubrimiento de la infancia”, para él se trató en realidad de una especie de “redescubrimiento”, en las sociedades occidentales, que es donde durante la Edad Media desapareció la clasificación por edades que existía previamente, y que en las sociedades llamadas “salvajes” se expresaba en ritos de iniciación para entrar y salir de la categoría “juventud”. Ver: Philippe Ariès, *Las edades de la vida*, en *Ensayos de la memoria*, Editorial Norma, Colombia, 1996.

¹⁸ Philippe Ariès, 1996, pág. 339.

El niño es arrancado, con frecuencia y, por lo demás, ya desde el jardín de infantes, de la primary community, de una circunstancia inmediata, acogedora, cálida, y experimenta en la escuela de pronto, por primera vez, el choque de la alienación; la escuela es para el desarrollo del individuo casi el prototipo de la alienación social. La vieja costumbre burguesa de que el maestro regalase el primer día rosquillas a sus pupilos denota ese presentimiento: buscaba mitigar el choque¹⁹.

Desde un nivel macrosocial, Jens Qvortrup ha dicho que: “nada ha cambiado en cuanto a que la realidad para los niños es que ellos son forzados a realizar actividades que son social y económicamente necesarias. Esta es la continuidad histórica de la participación de los niños en la sociedad. La escolarización sólo representa un cambio en la forma y contenido de esta participación, y es tan indispensable para la sociedad actual como otras formas de actividad impuesta a los niños lo fueron previamente²⁰. Estas dos citas ilustran aquella ambigüedad del descubrimiento de la infancia, que Ariès señalaba: mayor preocupación, más control, y un cierto continuo bajo todos los cambios.

Sabemos que incluso la vivencia de algo que nos parece esencial como es la familia, puede ser una experiencia no sólo conflictiva sino que definitivamente violenta para muchos niños. En nuestra época, la realidad de las diversas formas de maltrato en su acepción más amplia, nos habla bastante claramente de ello.

Yendo aún más hacia atrás en la historia de la humanidad, Otto Gross señala el profundo cambio que implicó la creación de la familia patriarcal:

*Si uno se imagina que se encuentra solo en un pueblo completamente ajeno y se quiere comunicar con este pueblo, entonces se verá ante el insondable problema del esfuerzo que cada niño tiene que realizar para aprender la lengua materna y que para el adulto resulta incomprensible. La función intelectual de la primera infancia, en la medida en la que se puede abarcar en el terreno de la conciencia, resulta de un rango incomparablemente **superior** a las funciones intelectuales de todas las demás etapas vitales. La etapa siguiente de la presión exterior, adaptación y represión separa al adulto de sus inicios y cubre con un manto de olvido aquellos primeros tiempos de la experiencia - aún no modificada - del mundo y del propio ser. Del ser innato y de sus dones sólo queda una imagen escondida en el inconsciente, un anhelo y una búsqueda continua y oscura, y la proyección de las posibilidades perdidas en lo sobrenatural.*

*Naturalmente se puede partir de la existencia de semejanzas entre la evolución del individuo y la evolución general del género humano. La misma presión del exterior que el principio autoritario de las instituciones y **el principio de poder en los mismos individuos imponen en cada uno, la presión que separa a cada uno de su propia individualidad, de***

¹⁹ Theodor Adorno, Tabúes relativos a la profesión de enseñar, Conferencia pronunciada en el Instituto de Investigación Docente de Berlín el 21 de mayo de 1965. En: Consignas, Amorrurtu, segunda reimposición, Buenos Aires, 2003.

²⁰ Childhood as a social phenomenon – An introduction to a series of national reports. Eurosociological report 36/1991, European Centre Childhood Program. Traducción propia.

*sus calidades y valores innatos, separa también a la humanidad en su conjunto de su periodo inicial y del primer desarrollo de las posibilidades innatas del género humano*²¹.

Esta relación entre infancia individual y “prehistoria” colectiva, cuyo análisis se ve posibilitado sobre todo tras el psicoanálisis, es muy bien expuesta por el antiguo situacionista Raoul Vaneigem en su obra reciente: “Del mismo modo que durante mucho tiempo, a sus ojos, el niño no ha sido más que un borrador del adulto, han llamado ‘paleolítico’ o período de la piedra antigua a un momento de la evolución humana –unos cuarenta o cincuenta mil años- al que no conceden otra cualidad que la de encaminarse hacia la era de la piedra o ‘neolítico’”. En su óptica, “la historia comienza en el neolítico. Es la historia de la mercancía y de los hombres que niegan su humanidad produciéndola. Es la historia de la separación entre el individuo y la sociedad, entre el individuo y él mismo”, y “ha hecho falta que la civilización de la economía decaiga hasta la última resaca del derrumbe y de la impotencia para que se revise la opinión de que las comunidades errantes del paleolítico eran el amasijo en el que se esbozaba, en una especie de fase pueril de la humanidad, la era de la agricultura, del comercio y de la industria. La modernidad neolítica en cierto modo”. Ese mismo contexto de agotamiento de un orden social, es el que posibilita el redescubrimiento o renacimiento del niño, “no la infancia que matan los gestos mecánicos y que se autopsia en el diván del psicoanalista, sino esa que vuelve con la llamada del deseo”, donde “el niño, que fue la cruz de la conciencia adulta, se ha colocado en el cruce de caminos como la claridad de una elección. De una elección de civilización”²².

En la Modernidad capitalista, el proceso de “descubrimiento” de la infancia muestra profundas disparidades en términos de la capacidad de concreción efectiva de la representación ideal de la infancia en relación a todos los niños. Es más, Cunningham ha demostrado que la idea de una sola infancia se consolida recién en el siglo XIX, y que previo a ello se reconocía explícitamente la existencia de dos infancias, justificándose incluso la socialización en el trabajo de lo que él denomina “los hijos de los pobres”²³. De ser esto efectivo, tenemos que diferentes representaciones de la infancia son posibles de ser rastreadas por lo menos hasta el siglo XIX, y además, esas representaciones se plasmaban desigualmente a nivel de la realidad vivida por los niños de cada época. Lo que parece indudable es la paradoja entre valoración cada vez mayor de la infancia, acompañada de una reducción creciente de la libertad y autonomía de la que habrían gozado los niños en la premodernidad, antes de desarrollarse la infancia como categoría social autónoma.

El rol de la familia en este proceso ha sido analizado de dos formas en principio contrapuestas. Para Jacques Donzelot, por ejemplo, la familia ha sido un espacio de transmisión de los canales del poder, que busca “gobernar a través de la familia”. Ariès, en cambio, analiza la contraposición trabajo/familia entendiendo que el espacio del trabajo pasa a ser un lugar “sometido a una vigilancia exacta y constante”, mientras que la familia

²¹ Otto Gross, La Concepción fundamentalmente comunista de la simbólica del “Paraíso”. En: Más allá del diván. Psicopatología de la sociedad burguesa. Alikornio ediciones, Madrid, 2003.

²² Raoul Vaneigem, Aviso a los vivos sobre la muerte que los gobierna y la oportunidad de deshacerse de ella, Tierra de nadie ediciones, Madrid, 2002.

²³ 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.

(espacio de los que no trabajan aún, o ya dejaron de hacerlo, o ejercen trabajo doméstico: niños, viejos, mujeres), “es, por el contrario, un refugio que escapa de ese control”²⁴.

Para Ariès, la infancia ha sufrido un largo proceso de privatización de su ámbito de interacción, que ha corrido en paralelo a otros procesos que han afectado a la ciudad al punto de convertirla en una “anticiudad”, una aglomeración urbana donde ya casi no existe el espacio social comunitario, pues se ha privatizado en extremo, al punto que entre sus funciones esenciales se encuentra la del desplazamiento de vehículos motorizados que constituyen una prolongación del espacio privado. Este proceso, iniciado en el siglo XVIII, fue un movimiento de “limpieza”, de condicionamiento, voluntariamente planificado y ejecutado, y llegó a terminar con la sociabilidad global de la calle, percibida como peligrosa, al punto de que desde la mitad del siglo XX “cada vez se puede hablar más de población urbanizada y menos de ciudad”. “La privatización de la vida familiar, la industrialización y la urbanización del siglo XIX, no lograron ahogar las formas espontáneas de la sociabilidad urbana, aun cuando, en ciertos casos, ésta se manifestara de otro modo. Habrá que esperar hasta mediados del siglo XX, es decir, mucho después de la época de la industrialización, para que esta se desintegre, al mismo tiempo que la ciudad”²⁵.

En la anticiudad, “si hacemos un seguimiento a la vida del niño....lo que descubriremos no es la ciudad (en el sentido tradicional y común de la palabra), sino una fragmentación de tiempos y espacios que no se comunican entre sí”. “Entre esos tiempos y esos espacios, algunos le están reservados al niño: la guardería, la escuela, los lugares ventilados, los campos de deporte, los talleres creativos”. En la ciudad, en cambio, “formada por una sucesión de accidentes, de patios y rincones, de espacios sin asignación”, el niño, “que pocos espacios específicos tenía, abarcaba la ciudad con sus habitantes, sus vecinos, los comerciantes más cercanos, los objetos urbanos, la calle (...) En una palabra, la ciudad tenía una especie de teatralidad. Las ciudades nuevas, sin olor ni pasado, respiran orden; orden de un urbanismo de *zoning* y de una arquitectura carente de significado”²⁶.

El niño pasa a ver reducida su vida social comunitaria, desde familias extensas en viviendas conectadas a la calle, a la familia nuclear, reclusa en su espacio propio, cerrado, y desde su incorporación junto con adultos a espacios en que el límite entre juego y trabajo era difuso, a ser sometido a la disciplina escolar. Sin embargo, el proceso fue muy lento. “A principios del siglo XX, los niños insisten en ejercer sus pequeños oficios: hacen recados, llevan pedidos a domicilio, hacen pequeños trabajos...Todo eso se siguió haciendo incluso cuando la ley reglamentó el trabajo de los niños y, a la larga, disuadió a quienes los empleaban”. Con el establecimiento de la educación primaria obligatoria, “el niño se convierte en un escolar, caracterizado por un delantal negro que no se quita nunca y que tiene carácter de uniforme. Pero la escuela sólo lo sacaba de la calle durante una parte del día o de la semana. Ni padres ni empleadas iban a buscarlo o a llevarlo: el niño era dueño de su tiempo y lo pasaba afuera, en grupo, con sus compañeros”.

²⁴ Philippe Ariès, La familia y la ciudad, en: Ensayos de la Memoria, Editorial Norma, Colombia, 1996, pág. 316.

²⁵ Philippe Ariès, El niño y la calle, de la ciudad a la anticiudad, en: Ensayos de la Memoria, Editorial Norma, Colombia, 1996.

²⁶ François Barré, citado por Ariès, 1996, pág. 309.

En el contexto francés, Ariès ve que la hostilidad social hacia la presencia del niño en las calles, base de una fuerte actividad policial en relación a los niños vagabundos, que se ve acentuada a principios del siglo XX con la creación de un código de infancia y de tribunales infantiles en 1912.

Esta convicción acerca del carácter más represivo que benevolente de la nueva institucionalidad es compartido por Platt en su análisis del movimiento de reforma en Estados Unidos. A juicio suyo, habían tres elementos que demostraban claramente el carácter conservador de clase media de este movimiento. En primer lugar, la presentación de los niños delincuentes como “necesitados de un control y una restricción severa para que su reforma tuviera éxito”, obedeciendo a un “impulso autoritario” implícito en el movimiento de salvación del niño. Por otra parte, a la vez que se afirmaba la importancia del hogar y la familia, se promovía lo necesario para facilitar la separación del niño de una familia considerada inadecuada: “Los salvadores del niño ponían normas tan elevadas a la conducta familiar que casi cualquier padre o madre podía ser acusado de no cumplir debidamente ‘su respetable función’. Y sólo las familias de clase baja eran evaluadas en cuanto a su idoneidad, mientras que la decencia de las familias de clase media estaba exenta de investigación y de recriminación”. Por último, la asimilación de niños “dependientes” y “delincuentes”, unida a la eliminación del proceso legal en relación a ambos, llevó a afirmar la “dependencia” de los niños como hecho natural, con lo cual la misión de los reformadores fue “castigar la independencia prematura infantil y restringir la autonomía juvenil”²⁷.

Dentro de estas condiciones estructurales que llegan a afectar las sensibilidades, la conformación del espacio urbano, y las modernizaciones esporádicas de un sistema complejo de control de los niños, la cuestión del reconocimiento de derechos corre el riesgo permanente de tender inercialmente a confinarse en un terreno meramente declarativo, que da lugar a batallas conceptuales por una hegemonía más espectacular que real. La cuestión del dominio de las ciudades, por ejemplo, rara vez se plantea:

*Se puede afirmar que si se convocara un referéndum popular para el reconocimiento del “derecho” de los niños a crecer en las condiciones adecuadas y a desarrollar su personalidad emocional e intelectual, con toda seguridad el ciento por ciento de las respuestas serían afirmativas. No sólo porque el tema de los niños es de los que despiertan los buenos sentimientos sino porque sería difícil sostener lo contrario. No obstante, este derecho, que existe así en la consciencia de la gente común, no puede ser realizado “jurídicamente”. El legislador puede aprobar una ley que sancione el carácter fundamental de este derecho, pero ello no cambia en nada la realidad.*²⁸

A pesar de lo que el Estado pueda hacer en el plano de los financiamientos, directrices técnicas, leyes adecuadas, y en general de aquello que nuestros Estados pueden hacer y hacen en nuestros tiempos, siempre subsisten otros problemas:

²⁷ Anthony Platt, 1997, págs. 150/151.

²⁸ Pietro Barcellona, Estrategia de Derechos y Democracia, en: Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social, Editorial Trotta, 1996, página 105 y siguientes.

A pesar de todo, el niño, como enseña la amplia literatura actual sobre el tema, necesita espacios adecuados –plazas, calles y parques naturales donde se pueda mover y encontrar con otros niños- y tiempo disponible para realizar sus juegos y descubrir el entorno que lo circunda; necesita además el afecto no opresivo y personal de los adultos que están cerca de él. En suma, la libertad del niño requiere otra ciudad, una ciudad no dominada por un tráfico caótico y contaminante, donde el cemento no haya cubierto hasta el último jardín; necesita una organización distinta del tiempo de trabajo de los padres (de la madre en particular) y unas estructuras educativas altamente especializadas, etc. En definitiva, necesita una reforma de nuestra forma de vivir y de nuestro hábitat, de nuestra organización urbana y social y de nuestro modo de pensar.²⁹

La infancia, entonces, aunque resulte obvio a estas alturas decirlo, es una construcción social e histórica, determinada por -o altamente dependiente de- la totalidad social de un momento dado, al punto que su suerte está marcada por las mismas tendencias históricas que afectan al mundo adulto, al cual se haya indisolublemente ligada. Es una categoría dinámica, heterogénea, compleja, en permanente movimiento y redefinición, atravesada por múltiples tensiones internas que corresponde identificar en su expresión concreta en cada momento.

Infancia, ley y Estado en 1990: estado de la cuestión y obligaciones contraídas

Se ha señalado que a partir de 1990, al ser incorporada la Convención sobre Derechos del Niño al ordenamiento jurídico chileno, se inicia una compleja fase de coexistencia de normas de origen e inspiración diversa. Es decir, la Convención es un tratado internacional aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y al ser ratificado por el Estado, publicado en Chile en el Diario Oficial el decreto supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, entraba a ser un instrumento normativo vigente, obligatorio, en el territorio y relaciones políticas y humanas de este territorio. Esta complejidad venía dada por el hecho de que, si bien la Convención tiene varias coincidencias con regulaciones internas e internacionales previas³⁰, era posible detectar también contradicciones severas entre su contenido y el estado de la relación Estado/Infancia en ese momento.

En el trabajo mencionado, Miguel Cillero concluía la revisión de la evolución de la legislación chilena relativa a menores con el siguiente párrafo: “La incorporación de la Convención a la legislación nacional origina la necesidad de concordar su contenido con los textos legales vigentes, ya que sus normas, según se dijo, tienen rango constitucional, y entran en contradicción con parte importante de la legislación de menores vigente. Por su parte, si bien los países al ratificar la Convención se comprometen a incorporarla gradualmente a su ordenamiento jurídico, el art. 5 de nuestra Constitución haría que se incorpore inmediatamente, de pleno derecho, sin que sea necesario acto de autoridad alguna. Sin embargo, dada la naturaleza de la mayoría de los Derechos contenidos en la

²⁹ Ídem. Barcellona no detalla, lamentablemente, la “amplia literatura” a la que alude. Los textos aquí citados no se refieren a la variable rural o de pobreza urbana que desde nuestro lugar tenemos inevitablemente en cuenta, pero puede tratarse perfectamente de cuestiones complementarias que en lo esencial no alteran lo correcto de esta perspectiva.

³⁰ Algunos derechos son especificaciones de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales ya consagrados en otros instrumentos.

Convención, no existen recursos constitucionales o legales para hacer valer muchos de ellos, por lo que, para su aplicación práctica, se requerirá dotar a los niños de recursos efectivos que garanticen la vigencia de los Derechos consagrados en la Convención”.

Tres ejemplos evidentes de contradicciones existentes en diversos ámbitos atinentes a la infancia, sirven a modo de ilustración, y permiten rastrear distintas formas de adecuación que se han dado en este tiempo.

Una primera contradicción, tal vez la más sencilla de resolver, se produjo en el tema de las diferentes edades en que se reconocía la mayoría de edad en el país, a ciertos efectos a los 18 años y a otros a los 21 (sin contar con edades mucho más específicas como la edad para poder celebrar contratos de trabajo, la edad de consentimiento sexual y la edad para contraer matrimonio). La Convención, en su artículo 1 establecía que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad”, no obstante lo cual el mismo artículo permitiría que en virtud de la legislación aplicable la mayoría de edad se alcance antes. Mediante la Ley 19.221, en 1993, se uniformó en 18 años la mayoría de edad para todos los efectos legales.³¹

La segunda contradicción evidente, una de las más graves, se manifestaba en el tratamiento jurídico de la filiación, que en Chile establecía categorías en atención a la existencia o no de vínculo matrimonial entre padre y madre, y al reconocimiento del hijo por los padres, existiendo así tres categorías de hijos (legítimos, ilegítimos, naturales), con muy diferente nivel de reconocimiento de derechos en relación al grupo familiar, y también importantes diferencias a efectos sucesorios. Tal régimen, que a todas luces vulneraba por lo menos el artículo 2 de la Convención sobre Derechos del Niño, que consagra el principio de no discriminación³², fue modificado, no sin una buena cantidad de resistencias político/culturales, mediante la Ley 19.585 de 1998, conocida como Ley de Filiación³³.

Un tercer flanco de agudas críticas desde la Convención a la legislación y realidad chilenas se producía en el ámbito de la justicia juvenil, y en particular en el uso de la privación de libertad. En 1990 se encontraba en plena vigencia el modelo de tres franjas etáreas (plena

³¹ Sin embargo, en materias específicas nos encontramos con regulaciones de edades que presentan algún nivel de problemas que requirieron soluciones posteriores. Así, la edad para poder celebrar contratos de trabajo tuvo que ser elevada de 14 a 15 años, para ajustar la legislación chilena al Convenio 138 de OIT, sobre edad mínima de admisión al empleo. En los últimos años, sendas modificaciones legales elevaron en el Código Penal la edad de consentimiento sexual (o más bien, la edad por debajo de la cual se entiende que existe violación sin necesidad de que se configuren las circunstancias que respecto a mayores de tal edad configuran tal delito), de 12 a 13 años, y la edad para contraer matrimonio desde los 12 años (mujeres) y 14 años (hombres) a los 16 años como edad común.

³² “Los Estados Partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (artículo 3.1).

³³ Existían además otros tratados internacionales vigentes que proscriben expresamente las diferenciaciones establecidas en atención al nacimiento de las personas: pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Además, según como se interpretaran los artículos 1 y 19Nº2 de la Constitución, podía estimarse que tal diferenciación era arbitraria e inconstitucional.

responsabilidad penal desde los 18 años; inimputabilidad entre los 16 y 18, a menos que se declare que la persona obró con discernimiento; inimputabilidad bajo los 16 años). Para comprender el sistema, hay que tener en cuenta que el ser declarado con discernimiento implica el ser juzgado como adulto, de acuerdo a las reglas generales penales y procesales penales, con la salvedad de que en caso de ser el adolescente condenado, debe aplicarse, en virtud del artículo 72 del Código Penal, una rebaja de un grado en relación al mínimo aplicable a un adulto por los mismos hechos. Los adolescentes declarados sin discernimiento, y aquellos imputados de cometer infracciones penales que tuvieran menos de 16 años de edad, son formalmente inimputables, pero quedan sometidos a la competencia del juez de menores pertinente, quien puede adoptar a su respecto medidas de protección (contenidas en un único catálogo en el artículo 29 de la Ley de Menores, 16.618).

La incompatibilidad de este régimen con el contenido de la Convención es clara: la posibilidad de juzgar a niños como adultos contraviene la obligación expresada en el artículo 40.3 de la Convención, en tanto consiste en la adopción de mecanismos específicos para el juzgamiento de menores de edad; por otra parte, los casos que permanecen en el sistema de menores son juzgados en atención a las características personales de los niños, sin aplicación de las garantías mínimas señaladas en el número 2 del artículo 40 de la Convención. Esta incompatibilidad requeriría una modificación profunda del sistema, que sólo podría concretarse con una ley que estableciera un sistema de responsabilidad penal de adolescentes basado en el contenido de la Convención y sus instrumentos complementarios (Reglas y Directrices de Riad, entre otros).

Al interior del funcionamiento de este sistema, la privación de libertad de personas menores de edad es un problema de relevancia espacial, puesto que su uso excesivo e irracional por parte del Estado (decretando internaciones innecesarias sin relación de proporcionalidad con las infracciones imputadas e inclusive sin necesidad de haberse imputado comisión de delitos, internaciones reconocidas como penales en unos casos y con fines de diagnóstico o de protección en otros, efectuadas muchas de ellas en recintos penitenciarios de adultos) contradecía evidentemente el mandato del artículo 37 de la Convención en su triple exigencia: privación de libertad como último recurso; por el período más breve que proceda; y en condiciones que tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. A diferencia de lo señalado en el párrafo anterior, la disminución del uso de la privación de libertad de menores de edad y el mejoramiento de las condiciones de internación no requerían necesariamente de una reforma legal profunda, y podían ser abordados de manera más urgente mediante el diseño y ejecución de una política adecuada.

Hasta el día de hoy, las contradicciones del sistema de justicia de menores/justicia penal aplicable a adolescentes en Chile subsisten, en un escenario que ha sufrido modificaciones importantes en atención a la Reforma Procesal Penal.

En noviembre de 1990 por decreto N° 321 del Ministerio de Justicia se creó una Comisión Intersectorial Asesora con el fin de “estudiar y proponer las iniciativas y acciones necesarias para lograr una mejor integración social de los menores en situación de riesgo, desprotección y/o problemas de conducta”. Una de sus tareas específicas encomendadas era “estudiar y redactar los proyectos de ley necesarios para dar cumplimiento a la Convención

de los Derechos del Niño (artículo 2 N°4). Es de notar la retórica aún fuertemente anclada en el modelo tutelar de menores. De hecho, se utiliza en este decreto la categoría de “menores en situación irregular”.

En 1992, el Gobierno, en colaboración con ONGs nacionales y UNICEF, elaboró un Plan Nacional de Acción a favor de la infancia, conocido por la sigla PNI. En el 2001, se publicó una Política Nacional de Infancia, y un nuevo Plan para la década 2001/2010.

El contexto iberoamericano: situación irregular versus protección integral

En los años noventa, se popularizó en el medio iberoamericano una clasificación de modelos de consideración de la infancia acuñada por el especialista argentino Emilio García Méndez, quien denominó al modelo tradicional de las legislaciones tutelares de menores como “doctrina de la situación irregular”, y al modelo construido a partir de la Convención sobre Derechos del Niño como “doctrina de la protección integral”.

Francisco Pilotti, una década después, señala que las dos reacciones extremas frente a la Convención han sido, por un lado, un optimismo bastante formalista, que considera que los niños habrían adquirido casi automáticamente una carta de ciudadanía con este nuevo instrumento, llegando a calificarlo incluso como una “revolución copernicana”³⁴. En el otro, reacciones de abierto pesimismo frente a las posibilidades reales de la Convención de modificar positivamente las condiciones de vida de la infancia en el mundo. Las razones del escepticismo pueden ser profundas, como es el caso de las posiciones que en general desconfían de la capacidad del Derecho para generar cambios sociales positivos. Además, en el caso de la Convención, tales posiciones hayan sustento en la debilidad de los mecanismos de exigibilidad que la propia Convención crea, y en la forma débil con que el artículo 4 alude a los derechos económicos, sociales y culturales.

En América Latina, la popularidad de la recién ratificada Convención sobre los Derechos del Niño fue de la mano con la reconquista de la democracia en la región, coincidiendo en Chile ambos fenómenos el mismo año: 1990. No en vano, se ha señalado insistentemente todo este tiempo que el desafío que la Convención impone es el de un profundo cambio cultural, en todos los niveles de la vida social.

Las principales diferencias entre el modelo tutelar y el de la Convención han sido destacadas en varias oportunidades, en un inicio en los trabajos de Emilio García Méndez. Quizás una de las explicaciones más breves y convincentes es la que ofrece Mary Beloff en su texto llamado “Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. Derechos en situación irregular”, que reconoce antecedentes en un trabajo de nombre similar que apareció en el primer número de la publicación Justicia y Derechos del Niño, en 1999. Beloff reconoce que además de tales diferencias polares podrían rastrearse continuidades y similitudes, pero defiende el valor didáctico de la alusión a dos modelos contrapuestos. En términos históricos, mientras ambas doctrinas sirven de

³⁴ Francisco Pilotti, Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto, CEPAL, 2001. Disponible en: <http://www.cepal.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/7024/P7024.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>

base a una crítica profunda del modelo anterior de normalización de la infancia, a la vez que proponen cambios en dicho modelo, tal vez la diferencia más general consiste en que el modelo tutelar o de situación irregular reposa en las premisas del positivismo criminológico (ver a Ferri y sus “sustitutivos penales” aplicados a la infancia), mientras el nuevo modelo se basa en el derecho internacional de los derechos humanos y sus desarrollos en la segunda mitad del siglo XX, y criminológicamente en los enfoques de la “reacción social” y derivados.

El planteamiento del problema en base a dicotomías profundas permitió en la primera mitad de los 90 divulgar ampliamente la crítica a los sistemas de menores en sus fundamentos y funcionamiento práctico -denunciados como un sistema penal disfrazado que operaba criminalizando la pobreza en base a criterios de derecho penal de autor-, a la vez que identificar el deber ser al que tenderían las reformas necesarias para adecuar la normativa interna a los estándares del nuevo modelo. Uno de los principales méritos del artículo mencionado de Beloff es que plantea el nuevo modelo como algo abierto, en construcción, adelantándose incluso a la posibilidad de entender los mecanismos ya existentes de protección de derechos humanos en la región como posibles de extender dicha protección a los derechos del niño³⁵.

La tarea de los diversos Estados de la región, de acuerdo a esto, consistía en adecuar sus legislaciones internas de manera integral y sustantiva. El propio texto de la Convención es explícito en cuanto a la obligación que tienen los Estados partes en orden a adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 4, que consagra el principio conocido como de “efectividad”). Respecto a los derechos de carácter económico, social y cultural la misma disposición señala que dichas medidas deberán adoptarse “hasta el máximo de los recursos de que dispongan (los Estados Partes) y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

En algunos países dicha empresa se abordó con un criterio unitario o integral, generando códigos de infancia que regulaban todos los temas relativos a la relación entre niños, familia y Estado. Otros países optaron por promover leyes nuevas que abordaban diferentes aspectos de dicha relación. En dichas agendas, el tema de la responsabilidad penal de los niños y adolescentes adquirió una prioridad tal que muchas veces justificó la creación de una nueva institucionalidad de justicia juvenil en base a leyes especiales –no es difícil recordar que es a partir de esa misma época cuando una construcción simplista y autoritaria del problema social conocido como delincuencia comienza a instalarse en el centro del sentido común, con fuertes campañas de ley y orden y soluciones que no cuestionan nunca el planteamiento central del problema-. Beloff considera ambas formas de adecuación dentro del grupo de países en que la Convención generó un impacto positivo. Además, menciona otros dos tipos de reacción: países en que la Convención no generó impacto alguno, y países en que se efectuaron adecuaciones meramente retóricas.

³⁵ Lo que ocurrió en 1999 con el fallo Villagrán Morales, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y posteriormente, con la Opinión Consultiva 17 de 2002, la sentencia del caso Walter Bulacio contra Argentina, y el fallo más reciente contra Paraguay por hechos acontecidos en una cárcel de menores.

A nivel cultural, y de operadores de los sistemas de atención a la infancia en la región, ha sido posible en estos 15 años detectar diversos énfasis en la lectura, interpretación y aplicación de la Convención. A grandes rasgos, en esas lecturas podemos diferenciar: posturas que potencian el elemento de autonomía de los niños, reconociendo e intentando superar obstáculos en la forma en que muchos derechos están consagrados en el propio texto de la Convención³⁶; lecturas que intentan armonizar el contenido de la Convención con el modelo previo, suavizando las contradicciones, o inclusive asumiendo algunas, pero salvando la continuidad del modelo de disciplinamiento de la infancia al precio de ciertas modernizaciones³⁷; posturas menos neutras que la anterior, que entienden el grueso del contenido de la Convención con una lógica proteccionista que minimiza los elementos de autonomía de la infancia, usualmente echando mano del principio del interés superior del niño como herramienta para restringir o acotar esa autonomía³⁸.

El énfasis en aspectos diferentes dentro de este tratado internacional no tiene nada de extraño, e incluso puede explicarse históricamente al analizar el proceso de elaboración del mismo. Francisco Pilotti, en su trabajo relativo al tema demuestra que el enfoque tradicional de los Estados consistía en la inclusión de derechos de tipo económico, social y cultural. En relación a la infancia, las ideas tradicionales sobre protección de niños se han centrado históricamente en el tema de su supervivencia y desarrollo, entendido con ese énfasis, y la afirmación de derechos del niño hasta mediados del siglo XX solía tener en mente únicamente tales aspectos: derecho a la protección y la protección ejercidas directamente sobre la persona del niño.

En un proceso inverso en comparación al orden del reconocimiento de derechos fundamentales en el mundo adulto, los derechos civiles y políticos (llamados de “primera generación” en el mundo adulto), o de participación, son reconocidos a la infancia con posterioridad, y en el texto de la Convención habrían emanado de los desarrollos más progresistas que se estaban verificando en Estados Unidos, en el proceso más amplio de reconocimiento de libertades y derechos a mujeres, indígenas y otros grupos oprimidos. El grupo de derechos conocidos como de “protección especial”, que operarían frente a acciones o abusos por parte del Estado y del mundo adulto que generen vulneraciones de derechos de los niños, fueron el aporte de organizaciones internacionales no gubernamentales, que además habrían logrado incluir los temas relativos a la participación de la sociedad civil en el seguimiento a la implementación de la Convención³⁹.

³⁶ Un buen ejemplo de este tipo de lectura pro-autonomía lo constituye el texto de Alessandro Baratta, “Infancia y Democracia”, donde dedica varias páginas a analizar e interpretar el alcance del derecho de los niños a ser oídos, consagrado de manera clara pero algo restrictiva en el artículo 12 de la Convención. Disponible en: Derecho a tener Derecho, tomo 4, UNICEF/IIN/Instituto Ayrton Senna, Montevideo, 1999, y en www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Infancia_democracia_A_Baratta.pdf.

³⁷ Algo de este criterio se refleja en el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁸ Un ejemplo de este tipo de lecturas se encuentra en un texto de la jueza de menores Ana Luisa Prieto, donde señala: “El concepto de protección integral significa el derecho que tienen los menores de edad, sin distinción alguna, para alcanzar su plena capacidad en la plenitud de su posibilidad existencial y, situación irregular expresa la realidad concreta de cada niño, en un momento histórico de su vida, son los hoy día etiquetados como niños en circunstancias especialmente difíciles” (Ana Luisa Prieto, Las medidas de protección, en: Cuaderno de Trabajo N°5, Fundación DEM, invierno 2000).

³⁹ Una de las formas en que se clasificó el contenido de la Convención sobre Derechos del Niño en un principio hablaba precisamente de esos 3 grupos de derechos, bajo la denominación de “las 3 P”: provisión,

En Chile, la opción de generar un Código de Infancia fue descartada tempranamente, y se comenzaron a proyectar reformas en diversas áreas. Una revisión más o menos detallada de las principales contradicciones a nivel normativo se hizo en el libro “Niños y adolescentes. Sus derechos en nuestro derecho”, de 1995, una edición conjunta del Ministerio de Justicia, el Servicio Nacional de Menores, la Organización No Gubernamental ACHNU, y la fundación de cooperación sueca Rädde Barnen. En este libro se contenía el trabajo de revisión realizado por cuatro abogados: Miguel Cillero, Jaime Couso, Marian Juste y Paula Urzúa⁴⁰. La clasificación empleada en dicho trabajo distinguía cuatro áreas temáticas: el derecho a una familia y los derechos del niño en su familia; la potestad tutelar del Estado; infracciones juveniles a la ley penal; derechos económicos, sociales y culturales. De las insuficiencias y contradicciones señaladas en dicho documento se desprende la necesidad de una serie de reformas en los ámbitos revisados, que es señalada en las conclusiones de cada parte del trabajo. Posteriormente, es el Plan Nacional Integrado para el decenio el que define las reformas que el Estado impulsará para efectivizar la Convención.

Las proyecciones hechas en Chile en materia de reformas sectoriales de infancia, se fueron dando en un contexto latinoamericano en que se producen importantes variaciones en el proceso de adecuación a la Convención sobre Derechos del Niño. En términos generales, se puede decir que la mayoría de los países iniciaron con mayor o menor grado de éxito procesos de adecuación (englobándose en lo que Beloff clasificaba como países que cierta forma habían pasado bien el examen en lo que a modernización de leyes se refiere). Entre los alumnos peor evaluados en este examen, se encuentran los tres países del cono sur (Argentina, Chile, Uruguay), y México, que son los que demuestran un mayor retraso⁴¹.

En la medida que en Chile y los otros 3 países señalados las leyes no se cambiaron de acuerdo a lo inicialmente previsto o deseado, todos los vaivenes del proceso iniciado en 1990 se manifiestan acá en una maraña de intervenciones intencionadas y/o más o menos inerciales de los actores del sistema de menores, influenciados por el debate que genera el avance del discurso de derechos del niño. Por sobre todas las especificidades, la hegemonía de este discurso fue constatable en todos los países de la región y el mundo. En el nivel regional latinoamericano, en particular, se ha alcanzado un alto nivel de discusión al respecto; sin embargo, desde los mismos sectores que han estado impulsando este proceso de cambios, al revisar el tiempo transcurrido, se constata una especie de regresión.

A nivel regional, desde 1990 hasta la fecha Emilio García Méndez ha distinguido tres fases en los procesos de implementación de la Convención⁴².

protección, participación.

⁴⁰ Un trabajo de revisión bastante temprana, con la idea de sentar las bases para un Código del Menor, se publicó en 1992 por Quercum/DNI Chile: Mario Kahn y Macarena Bravo, Construyendo Derechos, bases generales para una propuesta de Código del Menor en Chile. Los ámbitos que considera este trabajo a efectos de realizar su análisis son la relación del niño-adolescente con el Derecho Público, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, y el Derecho Laboral.

⁴¹ Esta situación se modificó en el año 2003, cuando finalmente Uruguay aprobó un nuevo Código del Niño.

⁴² Emilio García Méndez, Entre el autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina. En: Justicia y Derechos del Niño Número 6, UNICEF, noviembre 2004.

La primera etapa, en rigor iniciada en 1989, año de aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño en la Asamblea General de Naciones Unidas, y que llegaría hasta 1991, es denominada como la etapa de “transición de paradigmas”. Frente a años de predominio del paradigma tutelar, surgía un paradigma nuevo, rupturista, que estaba llamado a “alterar el panorama jurídico-cultural de las relaciones de una parte de la infancia (los “menores”) con las instituciones, y de toda la infancia con el mundo de los adultos”. La definición de dicotomías entre modelos, a la que ya hemos aludido, y la labor de desmitificación de las leyes e institucionalidad minoril vigentes, constituyeron las características propias de esta fase.

Desde 1992 a 1997, según García Méndez se podría identificar la segunda etapa, que él denomina como de “expansión jurídico-cultural de la autonomía de la infancia”. Esta es la etapa de reformas, donde se produjeron los más importantes esfuerzos legislativos tendientes a la adecuación de la normativa al nuevo paradigma⁴³.

Esta segunda etapa es la más rica y compleja de analizar, pues en ella se dieron diversas formas de adecuación, complicados procesos de resistencia al cambio, rupturas y continuidades a nivel legislativo, institucional y cultural. En general, existe consenso en que el puntapié más fuerte del proceso de reformas en la región consistió en la aprobación del Estatuto del Niño y el Adolescente, en Brasil, en 1990, fruto de grandes esfuerzos de movimientos sociales que en cierta medida se adelantaron a la Convención. El Estatuto brasilero constituyó el ejemplo por antonomasia de adecuación sustantiva a la Convención, y en formato integral, dado que el Estatuto se refirió a aspectos penales, civiles, de familia, y aspectos económicos, sociales y culturales. Otro caso paradigmático fue el de Costa Rica, donde se empleó un modelo diverso, generando una ley de responsabilidad penal de adolescentes, y otra de protección de derechos.

La tercera etapa, de “involución represiva discrecional”, es definida abiertamente como de contrarreforma. Su inicio se sitúa en 1998, con la aprobación en Perú de decretos sobre “terrorismo agravado” y “pandillaje pernicioso”, y se continua expresando sobre todo en Centroamérica, con legislaciones de urgencia que al pretender hacer frente a fenómenos como las “maras” o pandillas juveniles, han significado retrocesos explícitos respecto a las reformas en materias de infancia previamente aprobadas.

Evolución de las reformas legislativas en Chile, 1990/2005

Revisaremos los cambios en la legislación de menores chilena con particular énfasis en los aspectos ligados al control tutelar de los niños⁴⁴.

⁴³ El análisis más detallado de esta etapa se encuentra en el libro “Infancia, ley y democracia en América Latina”, del cual ya se han realizado tres ediciones.

⁴⁴ Este trabajo se centra en este aspecto, por ser el índice que nos permite medir el nivel de desmantelamiento del sistema tutelar tradicional. Existen avances legislativos y de política social en una serie de aspectos que se relacionan con la infancia, y que sería necesario revisar en otro momento: leyes en materia de maltrato infantil, delitos sexuales con niños como víctimas, modificaciones al Código del Trabajo en materia de trabajo adolescente, modificaciones a la regulación de las relaciones de familia en el Código Civil, leyes sobre adopción internacional, extensión de la educación obligatoria a 12 años, etc.

Justicia Penal Juvenil y Potestad Tutelar del Estado

Ambos temas se abordan conjuntamente en atención al hecho de que los sistemas tutelares de menores, como el chileno, los confunden. En efecto, como se ha señalado sostenidamente, la base de las leyes de menores es la consagración de una categoría de niños sobre la cual el Estado puede actuar disponiendo retenciones, internaciones, diagnósticos, y medidas de control por tiempo indefinido. Esa categoría (con todas las denominaciones que ha tenido y que están más o menos en uso: situación irregular, riesgo social y material, etc.) ha incluido desde un principio a los niños y adolescentes que incurren en infracciones a la ley penal (llamados a veces delincuentes juveniles, infractores juveniles, o niños en conflicto con la justicia). En ese sentido, la justicia juvenil es entendida en algunos países como sinónimo de nuestra justicia tutelar de menores, inclusiva de toda la gama de situaciones que suelen acarrear esta respuesta estatal. En un sentido más preciso, la expresión “justicia penal juvenil” se refiere a aquella jurisdicción que enfrenta el tema de la imputación de la comisión de delitos por parte de personas menores de edad, en el sentido de los sistemas de responsabilidad penal juvenil creados en varios países desde 1990, inspirados en la Convención. En la medida que en Chile no se ha generado aún un sistema de este tipo, los temas de la justicia penal juvenil aparecen todavía mezclados con los de la potestad tutelar del Estado.

Existen también otro tipo de razones para hacer esta revisión en un sentido amplio y no solo formalmente penal.

Los sistemas penales de la región pueden ser entendidos, en un sentido material y amplio, como comprensivos de aquellas formas de control social que, pese a no legitimarse a sí mismas como discursivamente punitivas, operan mediante severas restricciones y privaciones de derechos fundamentales, a través de un discurso legitimador de otro tipo, por ejemplo, de tipo terapéutico o proteccional. Se trata aquí de las relaciones entre lo que Eugenio Raúl Zaffaroni llama “sistema penal propiamente tal” con el “sistema penal paralelo”.

Las principales expresiones del sistema penal paralelo vendrían a ser precisamente los sistemas tutelares de menores, y la institucionalidad para el control de las personas con problemas psiquiátricos. En la medida que las nuevas necesidades del control social a fines del siglo XIX hicieron desaconsejable el contar con el derecho penal propiamente tal como herramienta única, los nuevos mecanismos generados para garantizar el orden, la defensa social, se estructuraron negando en lo formal o discursivo su naturaleza penal, reactiva y limitada por una serie de principios, para afirmarse en un lenguaje técnico, científicista, que en la práctica pudiera actuar no solo reactivamente sino antes de haberse cometido las desviaciones o ilícitos, e incluso sin esperar a que estas se produjeran.

En relación a los niños, el binomio “delito”/”pena”, como supuesto preciso y consecuencia jurídica determinada, fue abolido y reemplazado por otra pareja de carácter mucho más vago: “irregularidad social”/”tratamiento”. La apreciación del supuesto fáctico, su diagnóstico, clasificación y búsqueda de tratamiento adecuado son las formas de saber y de

poder que han obrado sobre los niños clientes del sistema: son la forma peculiar que en relación a ellos adquiere el poder normalizador del Estado.

a) Estado de la legislación en 1990.

Cuando Chile ratificó la CDN en 1990, la normativa interna en materia de justicia juvenil se encontraba contenida principalmente en la Ley 16.618 (o “Ley de Menores”) y en disposiciones de la legislación penal (principalmente el artículo 10 N°2 y N°3, y artículo 72 del Código Penal; artículo 347 bis A del Código de Procedimiento Penal).

El sistema normativo aplicable consistía en la inimputabilidad absoluta de los menores de 16 años; y la imputabilidad condicionada al discernimiento entre los 16 y 18 años. Es decir, los menores de 16 y los mayores de 16 y menores de 18 declarados sin discernimiento quedaban sometidos a la competencia del juez de menores y a la posibilidad de que éste aplicara a su respecto “medidas de protección”; mientras los mayores de 16 y menores de 18 declarados con discernimiento quedaban sometidos a la competencia del juez del crimen, y eran juzgados como adultos⁴⁵. En este último caso al momento de determinación de la pena aplicable regía, por el sólo hecho de ser menores de edad, una atenuante calificada contenida en el artículo 72 del CP: “...se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable”.

Desde la primera Ley de Menores, N° 4.447 de 1928, no existe en la legislación chilena definición de “discernimiento”. Existió en el antiguo Código de Procedimiento Penal una definición que esta ley derogó, en su artículo 370:

Si el procesado fuere mayor de diez años y menor de dieciséis, el Juez recibirá información acerca del criterio del mismo y en especial de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa, siempre que del simple examen personal del Juez no resulte de manifiesto el discernimiento con que hubiere obrado el procesado.

En la práctica, han existido desde 1928 varios criterios acerca del discernimiento, y todos ellos coexisten en los informes psicológicos y sociales, resoluciones judiciales, alegatos en la segunda instancia, y percepción desde el sentido común y de los operadores del sistema de menores, hasta el día de hoy. Principalmente existe una tendencia a evaluar mediante el discernimiento el nivel de peligrosidad y/o capacidad de rehabilitación de los niños analizados, y en base a eso se define no solo la declaración de con o sin discernimiento, sino también el posible destino dentro de las redes del control de la justicia de menores, para el caso de que sean declarados sin discernimiento⁴⁶.

⁴⁵ Es el artículo 10 del CP el que señala que “están exentos de responsabilidad criminal:

2°.- El menor de dieciséis años.

3°.-El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para poder procesársele”.

⁴⁶ Un análisis detallado de los diversos criterios en base a los que se define la capacidad de discernimiento se encuentra en Antonio Bascañan y colaboradores, La responsabilidad penal del menor, Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, Santiago, 1974. Una mirada actualizada la ofrece el estudio de María Angélica Jiménez, Adolescentes Privados de Libertad y Justicia de Menores (Región Metropolitana), Universidad Diego Portales, 2000.

La Ley de Menores vigente en 1990 era la 16.618; esta ley, de 1967, no fue sino la actualización de un conjunto de reformas que gradualmente se habían hecho a la ley 4.447. En lo esencial, se trata del mismo cuerpo legal. En lo que nos interesa, la regulación que esta ley hacía a principios de los años noventa se refería a las facultades policiales de retención de menores, a las facultades de los jueces de menores para ordenar internaciones, diagnósticos y medidas de protección de los menores, y además se regulaban las “Casas de Menores”.

Dado que la clientela de la policía en el ámbito de los menores de edad está definida por la irregularidad social más que por los delitos que puedan haberse cometido, es muy significativo que el lenguaje de la ley recurra a la expresión “retención” para referirse a lo que en el mundo adulto sería la detención o arresto. Tras esto estaría la pretensión del sistema de menores de negar el carácter punitivo de su intervención, en clara demostración de su naturaleza profundamente eufemística.

El artículo 15 letra a de la Ley se refiere a los “menores en situación irregular” como definición de esta clientela, y al entregar a la policía la facultad de recoger a dichos menores “con necesidad de asistencia y protección” deja abierta una válvula de discrecionalidad entregada enteramente al criterio de los funcionarios policiales.

La retención da inicio al circuito del sistema de menores, en el que los niños pueden ser trasladados directamente a Casas de Menores, y es en definitiva el juez de menores quien decide si el diagnóstico pertinente se realizará en privación de libertad o de manera ambulatoria, y quien define las medidas de protección provisionales o más permanentes a aplicar en cada caso. La calificación hecha por la policía resulta, a diferencia del sistema penal propiamente tal, casi imposible de cuestionar posteriormente.

En cuanto a procedimiento, la Ley entrega a los jueces de menores facultades muy amplias, sin intervención de defensa, y con pocas posibilidades de impugnación mediante apelaciones.

Las medidas aplicables están señaladas en el catálogo del artículo 29:

- 1.- Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;*
- 2.- Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento;*
- 3.- Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala o a algún establecimiento adecuado que el juez determine;*
- 4.- Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.*

Estas medidas no tienen duración definida, y pueden sustituirse entre sí a criterio del juez. El artículo 30 hace aplicable el mismo catálogo de medidas a quienes ingresen por “necesidad de protección”.

Dado que estas medidas se aplican en consideración a las características de cada niño, reveladas en los informes de diagnóstico, su intensidad no guarda relación alguna con la gravedad de los hechos imputados, e incluso se pueden aplicar a menores que no han cometido ilícitos. No existe respeto alguno al principio de presunción de inocencia, y en la práctica resulta determinante el parte policial. La medida menos intensa, en base a la cual la selectividad clasista del sistema suele dejar fuera mediante devolución a los padres a los niños que no provienen de sectores populares, involucra siempre un grado de reproche: “amonestación”. El lenguaje educativo de la ley justifica que a través de estas medidas y la excesiva discrecionalidad del juez se pueden decretar las más intensas formas de control sobre la vida de estas personas, en una indefensión jurídica casi total. El carácter educativo de los recintos aludidos no obsta a que las internaciones puedan producirse en recintos de régimen cerrado, abiertamente penitenciarios.

En un breve y contundente diagnóstico de este sistema, Cristián Riego señalaba en 1993: “No es posible desconocer que en su amplitud el sistema de protección de menores contempla expresiones que son propiamente asistenciales y que funcionan más o menos bien dependiendo de diversas circunstancias . Sin embargo, en sus expresiones más represivas el sistema se presenta como un instrumento represivo brutal, que funciona sin ningún tipo de garantías y que pone en cuestión las bases más elementales del sistema jurídico y del estado democrático de derecho. Así, por ejemplo, desde hace bastante tiempo un número variable de menores ha sido mantenido en recintos carcelarios comunes, incluyendo a algunos ingresados al sistema sin que se les haya imputado la comisión de delitos”⁴⁷.

Un documento emanado del Gobierno en 1992, Metas y Líneas de Acción en Favor de la Infancia, diagnosticó de manera bastante acertada los principales problemas en materia de lo que llama “menores en conflicto con la justicia”, reconociendo al propio sistema aplicable como la mayor fuente de conflictos: “De cada tres niños detenidos, dos lo son por medidas que no dicen relación con ningún tipo de delito o infracción. Sólo el 23% de los menores detenidos por la Policía de Menores lo son por actos de carácter penal. El resto, es detenido mayoritariamente con el fin de protegerlos, por vagancia, ebriedad, consumo de drogas o por demanda espontánea de los padres al no poder cuidarlos”. “Es un hecho que la legislación de menores contempla menos derechos para los niños en conflicto con la ley, que para los adultos, y procede a emplear con extrema amplitud el método punitivo de la detención como forma de control social de los niños que desarrollan diversas formas de sobrevivencia”.

De acuerdo al mismo documento, la cantidad de menores ingresados al sistema por conflicto con la ley fue de 19.924. De ese total, fueron ingresados a cárceles de adultos 8.235.

⁴⁷ Cristián Riego, El sistema de protección de menores: un sistema represivo oculto tras un discurso asistencial, en: Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal, N° 18, agosto de 1992-Julio de 1993.

b) Modificaciones posteriores.

Un año antes de la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño, en diciembre de 1989, se publicó en el Diario Oficial la Ley 18.857, que modificó el Código Penal y el de Procedimiento Penal en algunas materias referidas a adolescentes.

Mediante el nuevo artículo 347 bis A incorporado al Código de Procedimiento Penal, se incorporó por vez primera un plazo de duración al trámite del discernimiento, al disponer que “en ningún caso la declaración acerca de si el menor ha obrado o no con discernimiento prevista en la Ley de Menores, podrá ser demorada más de 15 días. Si el Juez de Menores no ha recibido los informes técnicos correspondientes, prescindirá de ellos para formular la declaración”. No obstante, este plazo se señala únicamente a efectos de la primera instancia, pero no afecta a la segunda instancia que por vía de consulta o apelación se genere, y durante la cual los niños pueden seguir en privación de libertad.

Además, se señala expresamente que la internación hecha con el fin de realizar el examen de discernimiento constituye privación de libertad para todos los efectos legales, con la principal consecuencia de posibilitar la excarcelación de acuerdo a las reglas generales (inciso segundo del artículo 347 bis A).

Fuentes oficiales de la época señalaban que durante 1990 el 62% de los niños que estuvieron privados de libertad en recintos de adultos estaban a la espera del pronunciamiento sobre su discernimiento. El hecho de que el 70% de las declaraciones en el primer semestre de 1991 hayan sido “sin discernimiento” hace sospechar que en los hechos esta figura se utiliza por el sistema de menores como una aplicación de castigo por ciertos períodos de tiempo, con independencia de lo que se resuelva en definitiva⁴⁸.

Esta misma ley incorporó normas sobre determinación de la edad de las personas en caso de que se presuma que un inculpado es menor de 18 años (artículo 347 bis).

Una iniciativa de cierta importancia a principios de los noventa fue la ley 19.043 (de 1991), que al modificar la ley sobre abusos de publicidad incorporó la protección de los menores inculcados o víctimas de delitos evitando la divulgación de su identidad, en concordancia con el artículo 40 número 2 letra b de la Convención sobre Derechos del Niño: “se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

El catálogo de medidas de protección del artículo 29 de la Ley de Menores sufrió una leve modificación en 1994 por el artículo único N°1 letra a de la Ley 19.324, que suprimió en su numeral 3⁴⁹ la frase final “o a algún establecimiento adecuado que el juez determine”. La misma ley agregó un inciso final al artículo 29 señalando: “Tratándose de un menor que ha sido víctima de maltrato, el Juez podrá, además de decretar las medidas indicadas en el inciso primero, remitir los antecedentes a los Tribunales competentes para aplicar sanciones penales a quienes resulten responsables, o para decretar otras medidas cautelares en beneficio del menor y de su grupo familiar”.

⁴⁸ Ambos datos tomados de Metas y líneas de Acción a favor de la Infancia, Gobierno de Chile, 1992.

⁴⁹ “Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala o a algún establecimiento adecuado que el juez determine”.

Con esto aparentemente se procuraba evitar que menores en supuestos proteccionales, como por ejemplo situaciones de maltrato, fueran enviados a recintos penitenciarios por orden del juez. Sin embargo, por esta vía se legitimó expresamente la posibilidad de seguir aplicando en relación a ellos las mismas medidas que a los infractores, con su contenido de reproche y posibilidad de internación por tiempo indefinido.

En la misma línea de preocupación -evitar lo que se veía como uno de los mayores problemas de la época: la internación en cárceles de adultos-, se dictó unos meses después la Ley 19.343 (Diario Oficial de 31 de octubre de 1994), conocida como “ley de erradicación de niños de las cárceles de adultos”, y que constituyó tal vez la mayor modificación al sistema en la década del 90.

Esta ley introdujo un nuevo artículo 16 a la Ley de Menores bastante extenso (siete incisos), en virtud del cual se estableció que los únicos recintos adecuados para la “retención“ de menores de 18 años son las Comisarías y Subcomisarías de Menores, los Centros de Tránsito y Distribución, los Centros de Observación y Diagnóstico, y los demás establecimientos que determine el Presidente de la República por decreto supremo (sólo en aquellos lugares en que no existan los demás establecimientos mencionados, y únicamente respecto de menores que puedan ser sometidos al trámite del discernimiento).

La retención de personas “visiblemente menores” en establecimientos distintos de los permitidos pasó a ser constitutiva de infracción grave sancionable con medidas disciplinarias (artículo 16 inciso 3).

Además, se regula el procedimiento a seguir por la policía en casos de “retención”. El los incisos cuarto y quinto se dispone que Carabineros (o la Policía de Investigaciones, a la que el inciso séptimo hace aplicables las mismas regulaciones a estos efectos) deberá poner a los menores inculcados de la comisión de hechos constitutivos de crimen o simple delito a disposición del tribunal competente directa e inmediatamente. Sólo en caso de no ser ello posible, deberá ser ingresado al Centro de Observación y Diagnóstico respectivo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su retención, y el funcionario que lo reciba deberá ponerlo a disposición del juez a primera hora de la audiencia más próxima, o incluso antes si el juez así lo ordena.

En relación a las faltas, se señala en el inciso quinto que procederá a dejar en libertad al menor citándolo a la audiencia judicial inmediata, con tal que éste tenga domicilio conocido, o ejerciere alguna actividad o industria, o rindiere caución de acuerdo al artículo 266 del Código de Procedimiento Penal.

El inciso sexto se refiere a los casos en que el menor sea retenido por “otra causa”. No se especifica qué situaciones cabrían aquí, por lo cual la amplitud de esta figura residual avalaría la captura de clientela de acuerdo a los criterios tradicionales. En estos casos, se debe notificar el motivo de la retención a los padres o guardadores y procederá devolvérselos. Sin embargo, “si no los tuviese, y apareciere de manifiesto la necesidad de brindarle asistencia o protección, lo pondrá a disposición del juez de menores, para que éste resuelva a su respecto la medida que proceda”. En clara continuidad con el modelo de la

situación irregular, se entrega a la policía la facultad de apreciar si procede la devolución a los padres, o si es necesario iniciar el circuito de protección represiva de los menores.

Se agrega al artículo 29 un nuevo inciso final: “En caso alguno el juez de letras de menores podrá ordenar el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos”.

Las Casas de Menores contempladas en la Ley de Menores pasaron a ser organizadas mediante dos tipos de Centros “independientes y autónomos entre sí” (CTD y COD), regulados en el nuevo artículo 51.

El Centro de Tránsito y Distribución “atenderá a los menores que requieran de diagnóstico, asistencia y protección, mientras se adopta alguna medida que diga relación con ellos”.

El Centro de Observación y Diagnóstico (COD) deberá “acoger a los menores que hubieren cometido hechos constitutivos de crimen o simple delito, los que permanecerán en él hasta que el juez adopte una resolución a su respecto o resuelva acerca de su discernimiento”. La frase final señala que estos menores pueden ser atendidos en el CTD “cuando no proceda su privación de libertad”.

Se agregó un nuevo artículo a la Ley de Menores, el 71, que autoriza al Presidente de la República a determinar, mediante decreto supremo, los CTD y COD existentes y su localización, y “los establecimientos en que podrán ser internados los menores que pudieren ser sometidos a examen de discernimiento, en aquellos lugares en que no existan Centros de Observación y Diagnóstico, y su localización”.

El inciso final del artículo 347 bis A del Código de Procedimiento Penal (incorporado en 1989), es modificado por la Ley 19.343 reforzando la disposición que hace viable la excarcelación durante la internación efectuada durante el discernimiento de acuerdo a las reglas generales, agregando: “sin que constituya impedimento para hacerlo el hecho de no haberse efectuado o estar pendiente la declaración del discernimiento”. La razón de esta aclaración está en el hecho de que pese a las modificaciones introducidas en 1989, se seguía negando la excarcelación alegando que mientras estuviera pendiente la declaración de discernimiento se estaba en el supuesto que autoriza rechazar la libertad provisional por haber investigaciones pendientes del sumario.

Con todas estas modificaciones, el ordenamiento jurídico de la época, en lo relativo a la potestad tutelar del Estado para, reemplazando la autoridad patriarcal del jefe de familia, disciplinar y/o “proteger” a la infancia irregular, se vestía de cierta legitimidad en base a las nuevas exigencias, procurando que, al menos, los menores de 16 años, y los mayores de esa edad y confirmados en su condición de “menores inimputables” en virtud de la resolución firme sobre discernimiento, quedaran a salvo de lo que se percibía como más impresentable en ese momento; la internación en las sobrepobladas y peligrosas cárceles de adultos. En este proceso, lo esencial de la potestad tutelar del Estado fue rescatado.

En la medida que se reguló con cierto detalle el inicio del circuito de control, a través de las diferentes posibilidades de arresto o detención (salvando el eufemismo de la “retención” en

el lenguaje de la ley), y se intentó aunque sea programáticamente separar los recintos de detención de infractores de los recintos para otorgar protección en otros supuestos, esta Ley se inserta objetivamente en la oleada de reformas motivada en el continente por la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño.

Sus efectos, sin embargo, en lo relativo a la desinternación de menores de las cárceles de adultos fueron curiosos. Sin dejar pasar el hecho de que esta ley, quizás sin quererlo, legitimó la internación en cárceles de adultos de los adolescentes de 16 y 17 años declarados con discernimiento (en base a ciertos siempre discutibles, y que contraviene seriamente el principio de no discriminación contenido en el artículo 2 de la CDN), la capacidad operativa de implementación de sus mandatos en el plano de la internación en cárceles de adultos, y la capacidad también operativa de implementar CODs y CTD s autónomos entre sí fue débil.

Luego de la Ley 19.343, los recintos para la privación de libertad de menores de edad en el país pasaron a ser de cuatro tipos a lo menos: COD, CTD, Secciones de Menores, CERECO cerrado.

La intención que parece reflejar el artículo 51 de la Ley de Menores incorporado por la Ley 19.343 es que el COD tenga características de privación de libertad, y no así el CTD, dado que la finalidad de este último dice relación con necesidades de protección. La estructura y funciones de ambos tipos de centro son reguladas detalladamente en el Decreto Supremo N° 730 del Ministerio de Justicia, de 19 de Julio de 1996, que contiene el Reglamento para la aplicación de la ley de erradicación de niños de cárceles de adultos. En este texto el propósito de diferenciación radical de ambos centros se frustra, y así es como la regulación tiende a asimilarlos en demasía en aspectos tales como una estructura de tipo carcelario, con pabellones, revisión de las visitas y de la correspondencia, sanciones disciplinarias, y posibilidad de ingreso de la fuerza pública. Jaime Couso, al comentar tal regulación, señalaba que resulta totalmente inaceptable que todas esas normas puedan aplicarse a los niños que están en los CTD “sin haber cometido delito alguno, **sino para ser protegidos en sus derechos**”⁵⁰.

Una crítica adicional realizada por Couso en esa época consiste en que la lógica del Reglamento siguió considerando que la justificación para la privación de libertad en estos casos –de infractores y no infractores- es la realización de un diagnóstico en régimen de internado. En efecto, la idea de panóptico parece fundamentar la necesidad de una revisión exhaustiva del niño interno, aislado de su medio familiar y comunitario. De esta forma, tanto para infractores como niños en otros supuestos, la privación de libertad, lejos de ser una excepción, es confirmada como la manera usual de examinar a este particular objeto de estudio, y en base al examen y a criterios clasificatorios tomados de diversas disciplinas, este diagnóstico justificará alguna de las distintas formas de intervención a través de medidas de protección.

⁵⁰ Jaime Couso, La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la legislación chilena. Entre 1993-1997, en: Cambio de Mirada, Documentos de Estudio, Corporación Opción, 1998. Frase final con negrita en el original.

Como ya se ha visto, el hecho de que la mayoría de los casos de eventuales infractores de a lo menos 16 años tendía a ser declarado sin discernimiento, unido al hecho de que en esos casos y en los de menores de 16 o niños que no habían sido acusados de la comisión de delitos existan distintas alternativas de derivación en las redes del SENAME, hacen ver que en la práctica estas internaciones de niños por periodos relativamente breves con finalidad de diagnóstico son una parte considerable de la actuación de los órganos de control social en relación a la infancia, generando por solas efectos de etiquetamiento, prisonización y reforzamiento de una identidad construida y asumida como “desviada”. Una vez más, entonces, encontramos que esta reforma, pese a sus buenas intenciones declaradas – en las que se extiende profusamente al citar instrumentos internacionales- sirve también para modernizar en parte y relegitimar en el fondo una forma de intervención que sigue estando reñida con el modelo propuesto desde el paradigma de los derechos humanos de los niños, y que en lo esencial permanece vigente.

Hacia fines de la década del noventa, el panorama de la justicia juvenil y la potestad tutelar del Estado muestra tan sólo estas variaciones ya señaladas.

En el primer año de aplicación de la Ley 19.343, el número de menores de edad internados en cárceles de adultos disminuyó drásticamente. Al año siguiente, sin embargo, se inició una tendencia al alza que se mantuvo en los años posteriores, de modo tal que al año 2000 el número de menores internados en cárceles de adultos era casi el mismo de 1993. Las cifras de que se dispone sólo abarcan hasta el año 2001, y se presentan en el cuadro siguiente.

Año	COD	Secciones de Menores GENCHI
1985	0	5.532
1986	0	6.793
1987	0	7.328
1988	0	8.704
1989	0	8.369
1990	0	5.346
1991	0	7.891
1992	0	6.266
1993	0	6.547
1994	673	4.979
1995	5.931	2.459
1996	3.967	2.745
1997	4.311	2.998
1998	5.126	3.259
1999	4.758	4.026
2000	5.864	4.959
2001	6.736	4.008

Cómo se puede constatar, el impacto positivo de los efectos de esta Ley se verificó durante el primer año de su aplicación, y se mantuvo durante 5 años esa reducción en relación al estado previo de las internaciones a cárceles de adultos, pero en constante aumento, hasta

igualar el año 2000 el punto de partida, en un notorio incremento de casi mil niños en relación al año anterior, a cuyo nivel regresa el año 2001.

Revisando el promedio diario de adolescentes internos en recintos de Gendarmería de Chile, tenemos las siguientes cifras:

Promedio Diario

Año	GENCHI
1990	510
1991	556
1992	397
1993	366
1994	271
1995	237
1996	308
1997	320
1998	403
1999	519
2000	599
2001	492

De acuerdo a esto, el promedio de menores de edad en recintos penitenciarios de adultos muestra una evolución similar, con una disminución significativa que venía de antes de 1994, y que se revierte rápidamente sobrepasando y hasta duplicando el promedio de 1994 y 1995 hacia el 2000.

Las aprehensiones de menores, cuya evolución a lo largo de dos décadas (1980-2000) fuera estudiada por el Ministerio de Justicia, muestran un promedio bastante sorprendente si se tiene en cuenta la sensación permanente de que la delincuencia juvenil va en sostenido aumento: en todos esos años la proporción de aprehensiones de menores de 18 en relación al total de aprehensiones varió de entre 5,7% a un 10,3% del total (en 1994 y 2000, respectivamente), con un promedio del 7,3% (48.773 aprehensiones); en relación a la población menor de 18 años, se parte con un 1,1% de aprehendidos en ese total en 1989 (49.218 personas en 4.504.980) a un 1,3% en 2001 (67.419 aprehendidos, de un total de 5.132.227 personas menores de 18 años de edad).

A su vez, la comparación con otros países no deja lugar a dudas (el promedio de 7.3% en el total de aprehensiones es una proporción muy baja si se tiene en cuenta que en los mismos años 1999 y 2000 en Francia esa proporción fue del 22,5%, en Estados Unidos de 17%, y en Inglaterra de un 23%)⁵¹.

En cuanto a la composición de esas aprehensiones, de acuerdo al menos a los partes policiales, se observa que una parte sustantiva de las aprehensiones de niños y adolescentes en el período 1995-2000 corresponde a las formas de intervención de protección represiva propias del modelo tutelar: protección (20,1%), y faltas (32,5%); los delitos llamados

⁵¹ Aprehensiones de personas menores de 18 años en Chile (1980-2001), en: Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, Responsabilidad Penal de Adolescentes, año 1, N°1, septiembre de 2002.

“menores” representan un 16%, delitos “reparables” (es decir, con un contenido básicamente patrimonial⁵²) un 13,5% , el delito de robo con fuerza está representado con un 10,8%, mientras los delitos contra la integridad física o la vida son un 5,5% del total.

Un proceso que se comienza a aplicar el 2000, la Reforma Procesal Penal, pese a estar diseñado para afectar a la justicia criminal propiamente tal o de adultos, generó también importantes cambios que han repercutido sobre la condición jurídica de los niños. Esta relación no es menor, puesto que el autoritarismo punitivo que a nivel de adultos se plasmó en ordenamientos y prácticas basados en el modelo inquisitivo, con procedimientos cuya fase inicial era secreta y en los que se confundían los roles de investigación y acusación en el juez, con un débil respeto por garantías de fondo y procesales, y un sistemático abuso de la prisión preventiva, puede ser visto en el sistema de menores actuando de manera bastante equivalente, e inclusive en una modalidad más concentrada dado el abandono formal del carácter penal de la intervención. El reemplazo de la tradicional justicia criminal de adultos de naturaleza inquisitiva por un sistema de naturaleza acusatoria, involucró uno de los procesos más complejos y sustantivos de reforma en materia de justicia en la historia del país, al punto que su inicio se hizo de manera gradual, por regiones del país, para recién en junio del 2006 llegar a la Región Metropolitana, y así finalmente a todo el país.

El tema de los adolescentes se vio afectado en principio por la reforma procesal penal por cuanto en nuestro ordenamiento se plantea con las personas de 16 años de edad y hasta los 18 el problema de si la competencia para conocer de su asunto corresponderá a la justicia penal de adultos, o a la de menores, según el resultado de la declaración de discernimiento. De esta forma, el nuevo sistema procesal penal resulta aplicable a los menores de edad declarados con discernimiento, cuestión que introduce al escenario ciertas tensiones nuevas y difíciles de resolver. Así, mientras en las regiones en que subsiste el sistema antiguo resulta relativamente claro concluir que, de acuerdo a las posibilidades en juego, es más beneficioso para el conjunto de los adolescentes infractores el ser declarados sin discernimiento (con lo cual evitan ser procesados como adultos y trasladados a recintos penitenciarios de adultos, si bien en secciones de menores, y además se evitan anotaciones prontuariales que constituyen antecedentes penales), en regiones con reforma hay que considerar otros factores, dado que en un sistema con mayor nivel de garantías se puede dar que en varios casos el ser juzgado como adulto permita un mayor respeto de la presunción de inocencia, medidas cautelares alternativas a la privación de libertad, e incluso suspensiones condicionales del procedimiento, acuerdos reparatorios, o formas de juicio más breves con posibilidad de sanciones relativamente leves.

En mayo de 2002, mediante la Ley 19.806, se aprobaron una serie de normas adecuatorias de diversos cuerpos legales, cuya necesidad de modificación surge de la reforma procesal penal en curso. Las modificaciones introducidas a la Ley de Menores fueron tal vez la segunda mayor reforma en el período que va desde la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño hasta ahora. El texto de la Ley de Menores, 16.618, refundido, coordinado y sistematizado, había sido fijado por el artículo 6 del Decreto con fuerza de

⁵² La categoría “reparable” se utilizó teniendo en cuenta que la versión del momento del Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes permite la reparación frente a ciertos ilícitos, al igual que es posible obtener acuerdos reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal.

Ley N° 1 del Ministerio de Justicia en el 2000. Sobre ese texto actualizado el artículo 37 de la Ley 19.806 hizo una serie de modificaciones.

Tal vez una de las ideas centrales de las modificaciones incorporadas en mayo del 2002 sea la de fortalecer una incipiente separación de los mecanismos con que el Estado actúa frente a dos supuestos distintos: infracción de ley penal por parte de menores de edad; vulneración de derechos de los menores de edad. Esta distinción se establece tanto a propósito de la detención de menores, como en el tipo de medidas de protección aplicables en uno u otro caso.

El nuevo artículo 16 pasa a referirse a los menores infractores, en el contexto de la reforma, es decir, adolescentes de entre 16 y 18 años de edad, en las situaciones de los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal⁵³. Así, pasa a hablarse derechamente de “detención”, eliminado el eufemismo de la “retención”.

Para el caso de mantenerse al adolescente privado de libertad tras la detención, se habla de la “prisión preventiva” que se decreta mientras se practica el examen de discernimiento. Ambas formas de privación de libertad sólo pueden practicarse en Centros de Observación y Diagnóstico, o en los lugares en que estos no existan en los recintos que determina a tal efecto el Presidente de la República (de acuerdo al artículo 71 de la Ley de Menores).

Una vez que se encuentre firme la resolución que declare al adolescente con discernimiento, la prisión preventiva debe efectuarse en los recintos penitenciarios correspondientes. En este caso, el nuevo inciso tercero de este artículo hace explícitamente aplicables el artículo 17 de la Ley de Menores, y el 37 letra c de la Convención sobre Derechos del Niño⁵⁴. Además de tal referencia expresa a la disposición que en la Convención se refiere a las condiciones en que debe ejecutarse la privación de libertad de niños, se hace referencia también a que el menor privado de libertad siempre podrá ejercer los derechos consagrados en los artículos 37 y 40 de la Convención, además de los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal⁵⁵. Curiosamente, por aplicación del nuevo artículo 58, de ser un menor declarado con discernimiento y aplicada a su respecto una pena privativa de libertad antes de cumplir la mayoría de edad, el recinto adecuado para cumplir esa pena es un Centro de Rehabilitación Conductual. Es decir, el circuito en cuanto a recintos de privación de libertad sería un COD mientras se decide el discernimiento, sección de menores en recintos penitenciarios de adultos al ser declarado con discernimiento, y un CERECO (recinto administrado por el Servicio Nacional de Menores) al ser condenado.

Si la detención fuere originada por la imputación a un adolescente de hechos de los señalados en el artículo 124 del Código Procesal Penal, la policía debe limitarse a citarlo a la presencia del fiscal, y dejarlo en libertad, previo señalamiento de domicilio. Los hechos a los que se refiere el 124 son los que no ameritan la adopción de medidas cautelares que

⁵³ El artículo 129 se refiere a la detención en casos de flagrancia. El 131 a los plazos de la detención (máximo de 24 horas) y plazo para dar aviso de la detención al Ministerio Público (12 horas).

⁵⁴ El artículo 17 de la Ley 16.618 prohíbe a los jefes de establecimientos de detención mantener a menores de 18 en comunicación con otros detenidos o procesados adultos, estableciendo una sanción administrativa para el funcionario que infringiere esta disposición.

⁵⁵ Los artículos 93 y 94 del CPP se refieren, respectivamente, a los derechos y garantías del imputado en general, y del imputado privado de libertad.

afecten la libertad del imputado: las faltas, o delitos que la ley no sancione con penas privativas o restrictivas de libertad.

Esta ley agrega un artículo 16 bis para referirse separadamente a los otros supuestos que tradicionalmente han activado el funcionamiento de la justicia de menores. El lenguaje más clásicamente tutelar es desplazado por una descripción del supuesto que tiene en cuenta la vulneración de derechos de la persona menor de edad: “en aquellos casos en que aparezcan gravemente vulnerados o amenazados los derechos de un menor de edad...”. El primer inciso establece que en principio en estos casos los niños deberán ser conducidos por la policía al hogar de sus padres o cuidadores, y ser entregados a ellos, a quienes se les informará de los hechos que dieron motivo a la intervención policial.

Las posibilidad de generar una internación por razones de protección de derechos se contempla en el segundo inciso del 16 bis: “Si, para cautelar la integridad física o psíquica del menor, fuere indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieren bajo su cuidado, Carabineros de Chile lo conducirá a un Centro de Tránsito y Distribución e informará de los hechos a primera audiencia al juez de menores respectivo”. Como se puede apreciar, en el fondo la calificación de la situación sigue quedando entregada al criterio policial para después ser ratificada o no por el juez de menores, tanto lo relativo al supuesto como a la necesidad de continuar con la intervención tutelar.

Si el menor es víctima de un delito, el inciso segundo del 16 bis establece la obligación de la policía de poner además los antecedentes a disposición del Ministerio Público, de acuerdo a las reglas generales.

La alusión a menores involucrados en la comisión de ilícitos dentro de este artículo 16 bis está al final del segundo inciso, que señala que se operará de la misma forma en relación a los menores de 16 que sean imputados de haber cometido faltas (es decir, ser conducidos a CTD). Además, el inciso cuarto hace aplicable el mismo procedimiento, internación en CTD, en el caso de menores de 16 años que sean imputados de cometer crímenes o simples delitos, con la obligación de informar inmediatamente al juez de menores.

Curiosamente, con estas disposiciones queda en mejor situación frente al sistema penal el adolescente mayor de 16 años que es imputado de la comisión de una falta, puesto que será dejado en libertad y citado ante el Fiscal, a diferencia de la persona menor de 16 imputada de hechos similares, que será conducida a un CTD, y en definitiva quedará sujeta a las medidas de protección que decreta el tribunal de menores.

En el terreno de las medidas de protección, con la Ley 19.806 se rompe una de las características centrales de la Ley de Menores: un catálogo único de medidas aplicables a las diferentes situaciones incluidas en la ley.

El antiguo artículo 29 fue modificado, partiendo por el encabezado. La frase original, “En los casos de la presente ley...”, fue reemplazada por: “En los casos previstos en el artículo 26, N°10, de esta ley”. Con esto, la aplicabilidad de estas medidas se limitó a los casos de imputación de hechos punibles a menores de 16, y a mayores de 16 y menores de 18

declarados sin discernimiento (de acuerdo al nuevo N° 10 del artículo 26, que es el artículo que enumera los ámbitos de competencia de la Justicia de Menores).

Además, el contenido del artículo 29 fue levemente modificado en lo que dice relación con el internamiento -esto es, el N° 3- quedando redactado así: “Confiarlo a los establecimientos especiales de tránsito y rehabilitación que esta ley señala, según corresponda”.

Los incisos que seguían a la enumeración de las medidas aplicables fueron reemplazados por un inciso único: “Estas medidas durarán el tiempo que determine el juez de letras de menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias que hubieren llevado a decretarlas, oyendo al director o encargado del centro respectivo. Tratándose del N°3, la medida de internación sólo procederá en los casos y por el plazo que sea estrictamente necesario”.

El artículo 26 N°7 da competencia a la justicia de menores para “resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil”, y “conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30”.

El encabezado del artículo 30 se refiere a todo el numeral 7 del artículo 26, con lo cual surge la duda acerca de si en la otra situación contemplada en la disposición (relacionada con el 234 del CC) estas medidas también son aplicables: “En los casos previstos en el artículo 26, N°7, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”.

Esta redacción sugiere un alcance amplio del tipo de medidas a aplicar, lo que se confirma cuando a continuación se enumeran dos tipos de medidas, a modo de ejemplo: “En particular, el juez podrá:

- 1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y
- 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto, o en un establecimiento residencial”.

Para asumir provisoriamente el cuidado del menor en los casos en que se apliquen medidas del N°2, el juez preferirá “ a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquel tenga una relación de confianza”.

La necesidad de la intervención en estos casos viene dada por el supuesto de amenaza o vulneración grave de derechos del niño, por lo cual las medidas adecuada en cada caso deben ser analizadas a la luz de la capacidad que tengan para proteger los derechos afectados en relación a cada niño que se ha visto en tal supuesto. Por cierto que estas definiciones implican un nivel mayor de precisión en cuanto a los supuestos y forma de intervención de la justicia de menores en su función de protección de derechos, sobre todo

en comparación a definiciones tan vagas como las de “riesgo moral o material” y “necesidad de asistencia y protección”. Sin embargo, la calificación de estas situaciones, y de la necesidad de las medidas aplicables, sigue entregada a los jueces de menores, con una cultura jurídica tutelar que podría perfectamente adaptarse al nuevo lenguaje sin variaciones de fondo demasiado sustantivas en cuanto a su accionar.

El inciso final de este nuevo artículo 30 contempla algunas reglas especiales para la aplicación de medidas de internación:

-La internación en un establecimiento de protección sólo procederá en los casos en que para cautelar la integridad física o psíquica del menor sea indispensable separar al menor de su medio familiar, y no haya sido posible entregar al menor a los parientes o personas de confianza (a los que se refiere el inciso anterior).

-Se señala que la medida de internación tiene un carácter “esencialmente temporal”. No podrá decretarse por un plazo superior a un año, y debe ser revisada cada 6 meses, solicitando los informes correspondientes al encargado del Centro u hogar. Sin embargo, se deja bastante en claro que si la causal que dio lugar a la medida subsiste, la medida podría renovarse “en los mismos términos y condiciones”, es decir, inclusive por un año más. La medida puede cesar antes del plazo decretado o ser sustituida, a criterio del juez.

Otras modificaciones importantes que introdujo la ley 19.806 son las referidas a la forma de determinar el discernimiento, y la regulación de los recintos COD y CTD.

El nuevo artículo 28 de la Ley de Menores se refiere a la manera de determinar el discernimiento, distinguiendo en atención a la gravedad de los delitos (en base a su sanción probable), si el juez competente para hacer la declaración acerca del discernimiento es un Juzgado de Garantía o un Juzgado de Menores. Corresponde que la declaración la haga el juez de menores en los casos en que el hecho imputado sea constitutivo de delito sancionado por la ley con penas superiores a presidio o reclusión menores en su grado mínimo (es decir, una pena superior a 540 días de privación de libertad). Si los hechos imputados fueren constitutivos de faltas o simples delitos sancionados con penas no privativas o restrictivas de libertad, o penas privativas o restrictivas de libertad que no excedan de 540 días, la declaración sobre el discernimiento será emitida por el juez de garantías competente.

El discernimiento efectuado en juzgado de menores deberá realizarse a petición del Ministerio Público, “inmediatamente de formalizada la investigación”. Se señala la obligación del juez de oír al órgano técnico correspondiente del Servicio Nacional de Menores, a los intervinientes en el proceso penal respectivo, y “en todo caso, al defensor del menor”. Esta declaración no puede ser demorada más de 15 días, aunque los informes del órgano técnico no hayan sido recibidos. La resolución debe ser notificada al Ministerio Público y al Defensor. La resolución del juez de menores que declare al menor sin discernimiento sólo es susceptible de recurso de apelación, en el solo efecto devolutivo.

Ante el juez de garantía el discernimiento también debe realizarse a petición del Ministerio Público, y debe ser determinado en el mismo plazo de 15 días. Se señala que deberá efectuarse a tal efecto una audiencia a la que se citará a todos los intervinientes, y se

concurrirá con todos los medios de prueba, previa designación de un defensor para el menor si no tuviere uno de su confianza. De ser el menor declarado con discernimiento en estos casos, se aplicará siempre el procedimiento simplificado regulado en el título I del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, cualquiera sea la pena requerida por el fiscal. Estando firme la resolución que declare al menor sin discernimiento, el juez de garantía debe poner los antecedentes a disposición del juez de menores, para que determine si cabe aplicar medidas de protección de las del artículo 29.

En esta regulación resulta más claro el procedimiento ante el juez de garantía, dado que se refiere expresamente a la celebración de una audiencia. En la aplicación práctica de estas disposiciones no ha habido uniformidad en cuanto al procedimiento a aplicar en los juzgados de menores.

El nuevo artículo 51 elimina la alusión a que los centros a través de los cuales funcionarán las Casas de Menores serán “independientes y autónomos entre sí”, y pasa a hacer referencia a un tercer tipo de centro. No hay variaciones en la definición del sujeto de atención de los CTD (“menores que requieran de diagnóstico, asistencia y protección, mientras se adopta alguna medida que diga relación con ellos”). En relación al COD no sólo se adopta la terminología procesal al nuevo Código, sino que se limita el sujeto de atención en cuanto a su edad, puesto que el texto modificado hace referencia únicamente a los menores de 18 y mayores de 16 detenidos de acuerdo al artículo 16, o que permanezcan en prisión preventiva durante la determinación de su discernimiento, con lo cual se eliminaría la posibilidad de internar en COD a menores de 16 años. Un nuevo inciso final señala que: “Los Centros de Rehabilitación Conductual tendrán por finalidad procurar la reintegración definitiva del menor en el medio social”.

En la práctica la independencia entre los dos centros señalados por la Ley 19.343 nunca fue total. Desde entonces y hasta el día de hoy SENAME administra recintos de privación de libertad que son a la vez COD, CTD y CERECO, con separaciones por casa, en virtud de la regulación que de dichos centros hacen los decretos dictados por el Presidente de la República con base en el artículo 71 de la Ley de Menores. El caso típico es el recinto para la privación de libertad de niñas en la región metropolitana, que cumple funciones de COD en el tramo de 16 a 18 años, de CTD para niñas de 14 a 16 años acusadas de cometer simples delitos y crímenes, y de CERECO para niñas de 14 a 18 años (las de 16 a 18 declaradas previamente sin discernimiento) respecto a las cuales la justicia de menores aplica esta internación como medida de protección definitiva.

La potestad tutelar del Estado sobre los niños se ha visto modificado también por una iniciativa legal e institucional concerniente a la creación de un nuevo tipo de justicia: la de familia. El ámbito de competencias de estos tribunales es muy amplio, y en la medida que las leyes de responsabilidad penal de adolescentes y de protección de derechos se han ido atrasando más de lo previsto, el conocimiento de ciertas cuestiones de tipo tutelar estará entregado a ellos durante un cierto tiempo.

La Ley 19.968, publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004, crea en todo el país estos tribunales cuya entrada en funcionamiento se ha fijado para el 1 de octubre de 2005,

reemplazando a los tribunales de menores (sin embargo, de los 52 jueces de menores del país, 50 pasan a ser jueces de familia).

El artículo 8 de esta ley señala entre sus competencias:

8) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores

10) Todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley de Menores.

Al señalar los principios que regirán los procedimientos de esta ley, el artículo 16 alude al interés superior del niño y a su derecho a ser oído como “principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento” (inciso 2), cuestión que debe entenderse enmarcada en la finalidad señalada a la ley en cuanto a “garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías” (inciso 1).

En el mismo artículo 16, la ley hace una distinción entre niños y niñas (todo ser humano que no ha cumplido los catorce años), y adolescentes (desde los catorce años hasta que se cumpla dieciocho años de edad).

Al regular procedimientos especiales, sólo se alude al caso de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos. El procedimiento para la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentra en el Párrafo primero del Título IV.

Las medidas cautelares especiales reguladas en este procedimiento permiten algunos niveles de intervención intensa sobre los niños (artículo 71). Entre ellos: ingreso a programas de familias de acogida o centros residenciales “por el tiempo que sea estrictamente indispensable” (letra c); internación en establecimientos hospitalarios, psiquiátricos o de tratamiento especializado, “en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud” (letra h). La misma disposición incorpora una prohibición de ingresar niños a establecimientos penitenciarios de adultos, y señala un máximo de 90 días a la duración de las medidas cautelares.

La ley no contempla procedimiento alguno para la aplicación de medidas de protección a los menores de edad infractores de ley penal.

c) Conclusiones.

Tras revisar los cambios legislativos en el área de la potestad tutelar del Estado de Chile sobre los “menores”, algunas conclusiones que surgen son las siguientes:

-Se confirma la tendencia de la legislación chilena al híbrido, más que al cambio radical o a la aplicación pura de un modelo. Este elemento era destacado a principios de los años noventa por Miguel Cillero, como una de las características de la evolución de la legislación de menores en Chile: “la estructuración del sistema jurídico de menores permite descubrir una cierta ‘dinámica o movimiento’ que es el resultado de una combinación de criterios jurídicos e intereses sociales, que no siempre es resuelto de una forma coherente, sino que a través de una ‘transacción’ o del inmovilismo”⁵⁶. Así, en la fase actual, nos encontramos aún con normas de inspiración muy diversa, algunas nuevas, otras de antigua data -con diferentes niveles de modificación de su contenido-, anteproyectos o proyectos de ley que demoran más de lo inicialmente previsto en llegar a concretarse, y que en el intertanto sufren una serie de presiones o desviaciones que las alejan del contenido que, discursivamente al menos, pretenden implementar.

-Se constata el escaso efecto de las proclamaciones oficiales en materia de reformas legales de infancia, que tienen capacidad de generar en ciertos sectores -y tal vez a nivel del sentido común-, un discurso sobre derechos del niño que, pese a su importancia en cuanto a permitir visibilizar una serie de cuestiones que afectan a los niños, no logra por ahora provocar necesariamente cambios de fondo intencionados hacia una mayor vigencia de estos derechos, vigencia que es inseparable del respeto y protección a los derechos humanos en general. Tal vez en este punto lo que se aprecia es una vieja tendencia señalada muy claramente por Francisco Pilotti: una desproporción entre las misiones que los Estados se autoatribuyen en materia de protección de la infancia, y la capacidad estructural para implementar efectivamente tal misión, que hace de este continente la “región donde pueden coexistir legislaciones inspiradas en los principios más avanzados de derechos humanos con el exterminio sistemático de niños a manos de escuadrones de la muerte”. Este fenómeno podría ser visto como manifestación del desfase que suele darse en los países en desarrollo entre la expansión de la autoridad del Estado y el fortalecimiento de su capacidad organizativa⁵⁷.

-Algo que resulta por lo menos curioso, es que en el período analizado parecen haber tenido mayores y mejores impactos sobre la condición de los niños procesos surgidos en otros ámbitos de la vida social y jurídica, pero que al ligarse de alguna forma con las personas menores de edad tuvieron efectos positivos que no estaban tras su intención original o principal. El gran ejemplo en esto es la Reforma Procesal Penal, que sin buscar cambios radicales en el tratamiento de los adolescentes infractores (los que aguardan desde mediados de los noventa la aprobación de una Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes) terminó generando un mejoramiento del nivel de garantías aplicables a los menores de edad en contacto con el sistema penal, introdujo la separación de infractores y niños amenazados o vulnerados en sus derechos a nivel de las medidas aplicables (por lo

⁵⁶ Miguel Cillero, Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile.

⁵⁷ Francisco Pilotti, Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto, CEPAL, 2001. Ver el capítulo II, Constitución, protección, control social y emancipación de la infancia.

menos en el plano de la ley), y otras importantes modificaciones de la Ley de Menores. Este tipo de procesos debiera servir para evaluar a futuro los procesos de adecuación de las normativas internas de los países al contenido de instrumentos internacionales de derechos humanos, en su complejidad, avances y retrocesos, necesidad de coordinación intersectorial y de definición del tipo de políticas públicas requeridas⁵⁸.

-En el período analizado, la dialéctica de continuidad y ruptura parece haberse manifestado de una manera compleja. Por una parte, en el nivel de las imágenes de infancia, el enfoque de los derechos del niño ha logrado situarse discursivamente en una posición hegemónica, pero conviviendo con las lecturas más conservadoras o neutras de tales derechos. Esta hegemonía no ha logrado plasmarse en las leyes y jurisprudencia, tal vez por causas más profundas ligadas al valor que en la realidad se da a los instrumentos internacionales de derechos humanos en nuestra práctica jurídica. No obstante, en la institucionalidad que desde el Estado y sectores privados atiende a la tradicional infancia “irregular” (hoy redefinida desde la lógica de la vulneración de derechos y de la infracción de leyes penales) el impacto de la Convención sobre Derechos del Niño ha sido bastante profundo, y ha generado adecuaciones no solamente retóricas sino que algunos niveles de reflexión autocrítica, y cambios en los programas de atención. No obstante, todo ello se ha hecho en un marco jurídico a institucional que sigue siendo inadecuado a la luz de las necesidades de adecuación sustantiva asumidas por el propio Estado. No nos pronunciamos en esta revisión sobre los cambios y continuidades en el nivel de la vida cotidiana de los niños y niñas que han sido en estos años quienes han constituido la infancia en el país y quienes debieran haberse visto beneficiados de las medidas ejecutadas en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicho nivel es un tema en sí mismo, que deberá ser abordado por futuras investigaciones⁵⁹.

⁵⁸ Cuando hablo de la conveniencia de entender bien la relación entre políticas “directas” e “indirectas”, y el nivel de las políticas universales en relación con la acción sobre “situaciones de emergencia”, pienso en casos como el siguiente: un niño de 15 años detenido por robo con violencia, es enviado en principio a una especie de centro semicerrado en la Región Metropolitana. Se decide trabajar con él 6 meses. El penúltimo fin de semana, durante un permiso de salida, cerca de su barrio, en Talagante, cometió un nuevo asalto. Sus razones, explicadas al ser entrevistado en un centro cerrado de privación de libertad en la VI región, lugar donde permanecerá a lo menos 6 meses, son planteadas con claridad: expulsado del colegio hace unos años, su hija estaba a punto de nacer, y en Talagante no pudo encontrar trabajo por ser menor de edad y no asistir al colegio. Acá, nos encontramos con el momento en que está a punto de comenzar a definirse como delito a secas una situación que obedece antes que a nada a lo que se hace y no se hace a nivel de Educación, de Salud (sexual y reproductiva) y de Trabajo. Hasta acá, vemos que el sistema penal comienza a actuar a través de encierros en el subsistema tutelar de menores. Entre los 16 y los 18 años, cada nueva detención irá desembocando en la posibilidad de mantener al niño en este subsistema, o juzgarlo como adulto. En otros caso similares, el nuevo hecho “delictivo” se gatilla por la adicción a drogas como la pasta base. Una vez más, acá tenemos a otro sector, Salud, no haciendo lo que debe, o haciendo lo que no debe. Sumemos a eso que la guerra declarada contra “las drogas” no contribuye tampoco a detectar las formas correctas de intervención en esta área. Nada en este panorama contribuye a encontrar soluciones satisfactorias.

⁵⁹ El análisis de los datos obtenidos a partir de los Censos Nacionales de 1992 y 2002 ha permitido extraer alguna información que da cuenta de cambios en la estructura familiar, en materias de vivienda, trabajo, y los cambios sociodemográficos en educación. Todas esas materias son relevantes para entender el contexto en que se han estado desarrollando los niños del país en esos 10 años. Ver: Varios Autores/Instituto Nacional de Estadísticas, Cuánto y cómo cambiamos los chilenos. Balance de una década. Censos 1992/2002, INE, Santiago, Publicaciones del Bicentenario, 2003; Varios Autores/INE, Cómo ha cambiado la vida de los chilenos. Análisis comparativo de las condiciones de vida en los hogares con menor bienestar socioeconómico (Censos 1992-2002), Publicaciones INE, Santiago, 2004.

