

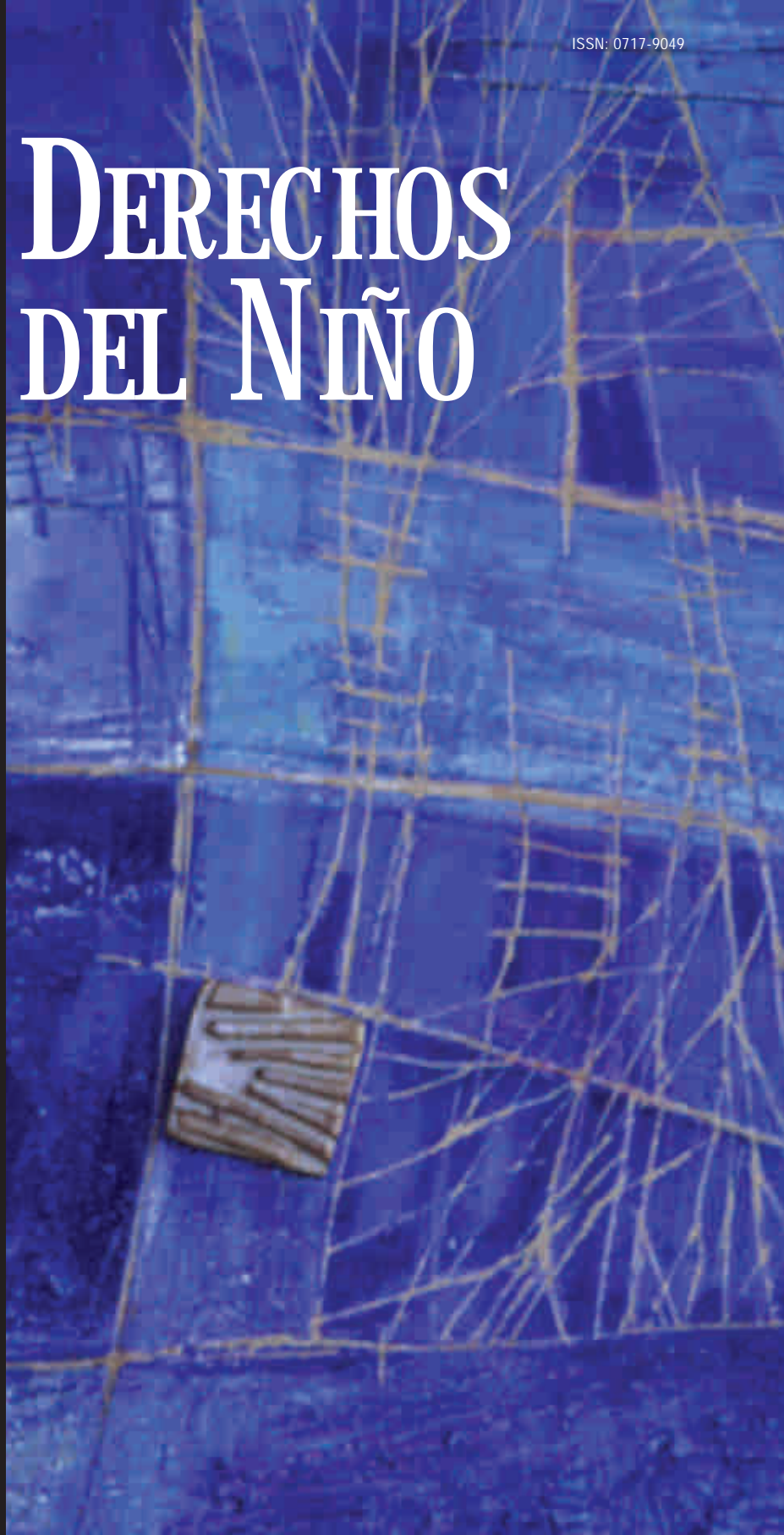
REVISTA  
DE

# DERECHOS DEL NIÑO

NÚMERO DOS  
2003

JAIME COUSO SALAS  
DIRECTOR

MARTÍN BERNALES  
LIDIA CASAS  
MIGUEL CILLERO  
JORGE CORREA  
JAIME COUSO  
JUAN A. GUZMÁN  
GUY MASTERS  
PATRICIO MILLÁN  
MACARENA VARGAS  
LUIS VILLAVICENCIO



**REVISTA  
DE** **DERECHOS  
DEL NIÑO**

**NÚMERO DOS  
2003**

**Revista de Derechos del Niño**  
**Número Dos / 2003**

Programa de Derechos del Niño  
del Centro de Investigaciones Jurídicas  
de la Universidad Diego Portales.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia.  
Oficina de Área de Argentina, Chile y Uruguay.

**Director:**

Jaime Couso

**Comité editorial:**

Mary Beloff  
Miguel Cillero  
Mauricio Duce  
Emilio García Méndez  
Felipe González  
Carlos Peña

**Asistente editorial:**

Paloma Valenzuela

**Diseño:**

Mónica Widoycovich

**Producción gráfica:**

Ana María Baraona

**Ilustración portada:**

Greta Niehaus

**Impreso en**

Maval

ISSN: 0717-9049

Inscripción N° 137.298

Publicado en Santiago de Chile, enero 2004

Derechos reservados

1.000 ejemplares

Las opiniones vertidas en los artículos publicados  
son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Reservados todos los derechos de esta edición  
para la Universidad Diego Portales y UNICEF.

# INDICE

Presentación	5
--------------	---

## ESTUDIOS

Niños, adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿una oportunidad para constituir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile? <i>Cristóbal Tello Escobar</i>	9
---	---

De la tutela a las garantías: consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes <i>Miguel Cillero Bruñol</i>	53
--	----

## ENSAYOS

¿Para qué educar? <i>Carlos Peña González</i>	89
--	----

El proceso establecido en el Proyecto de Ley que crea un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal: avances y problemas <i>Mauricio Duce Julio</i>	99
--	----

¿Una voz para el niño? <i>Mary Ann Mason</i>	115
---	-----

Derechos humanos: origen, sentido y futuro: reflexiones para una nueva agenda <i>Emilio García Méndez</i>	139
--	-----

El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Oficinas de Protección de Derechos: un servicio del nivel local <i>Consuelo Contreras Largo</i>	153
--	-----

El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos <i>Ana María Farías</i>	187
---	-----

Perspectiva histórica sobre filiación ilegítima e hijos ilegítimos en América Latina <i>Nara Milanich</i>	225
--	-----

## SEMINARIO

Seminario “Justicia restaurativa con adolescentes infractores de la ley penal en el marco de la Convención de los Derechos del Niño” <i>María de los Ángeles Solar</i>	253
---	-----

## LIBROS

<i>Iris Delgado y otros</i> “El Índice de Infancia: ¿un indicador para la planificación, evaluación y defensa de los derechos?” <i>Pablo González</i>	265
---	-----

<i>Mario Ferrari y otros</i> “Internación de niños: ¿el comienzo del fin? Crisis de los internados y transformación de las políticas de infancia en España, Italia y el Cono Sur” <i>Paloma Valenzuela</i>	271
<i>John Braithwaite</i> “Restorative justice and responsive regulation” <i>Patricio Millán</i>	273
<i>Margaret K. Rosenheim y otros</i> “A century of juvenile justice” <i>Jaime Couso</i>	275
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
Presentación	281
CUSTODIA Y VISITAS	
<b>Troxel versus Grandville</b> , Corte Suprema de Washington-Corte Suprema de Estados Unidos, Estados Unidos de América	285
<b>V.C. v. M.J.B.</b> , Corte Suprema de New Jersey, Estados Unidos de América	287
<b>Menor S.M.</b> , Corte de Apelaciones de Valparaíso, Chile	291
<b>J.L.O contra C.S.V.</b> , Tribunal de Apelaciones de Familia 2° Turno, Montevideo, Uruguay	293
GARANTÍAS PROCESALES	
<b>In Re E.T.C.</b> , Corte Suprema de Vermont, Estados Unidos de América	297
<b>J.A.P.T.</b> , Corte de Apelaciones de Santiago, Chile	301
<b>C.A.T.S., H.S.B.F., W.M.S. ANTECEDENTES</b> , Tribunal de Apelaciones de Familia 2° Turno, Montevideo, Uruguay	303
CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE SANCIONES	
<b>In Re Miller</b> , Corte de Apelaciones de Ohio, Estados Unidos de América	307
<b>D.D.H. v. Dostert</b> , Corte de Apelaciones de West Virginia, Estados Unidos de América	309
<b>M.A., E.O. y L.A.</b> , Corte de Apelaciones de San Miguel, Santiago de Chile	315
<b>Denuncia del Liceo N° 12</b> , Tribunal de Apelaciones de Familia 2° Turno, Montevideo, Uruguay	317
EDUCACIÓN Y SALUD	
<b>Carey v. Population Services International</b> , Corte Suprema de los Estados Unidos, Estados Unidos de América	323
<b>R.D.M. a favor de su hija N.S.V.D. en contra del Colegio F.M.R.</b> , Corte de Apelaciones de Santiago-Corte Suprema de Chile, Santiago de Chile	327
<b>S.G.</b> , Tribunal de Apelaciones de Familia 2° Turno, Montevideo, Uruguay	331

## PRESENTACIÓN

Con este segundo número de la Revista de Derechos del Niño, la Universidad Diego Portales y UNICEF reafirman la importancia que, para el desarrollo de políticas públicas en favor de los derechos del niño, tiene la producción de investigaciones, de “conocimiento nuevo”, no sólo sobre el sistema legal sino también sobre diversas áreas de las políticas públicas de infancia que se ven afectadas directamente por el derecho, o por la ausencia de él.

El primer número ha circulado por medios académicos, cursos de formación de jueces, programas de postítulo y postgrado, seminarios para operadores jurídicos y sociales, bibliotecas universitarias y centros de documentación de UNICEF y otras agencias, e incluso por librerías al acceso del público en general. Este segundo número pretende seguir ese camino.

La vocación de la Revista es convertirse en un instrumento de reflexión y estudio, para el cambio de las prácticas jurídicas y sociales en el campo de las políticas de infancia. Su origen se encuentra en Chile, pero su horizonte se sitúa claramente más allá de sus fronteras, especialmente en los países de América Latina. El lenguaje es predominantemente jurídico, pero su campo son todas las políticas de infancia, y los presupuestos teóricos de la investigación abarcan no sólo al derecho, sino también a la historia, la ciencia política, el trabajo social y la psicología, entre otros.

En este segundo número, los artículos de la sección Estudios, que son encargados a sus autores por el Comité Editorial de la Revista especialmente para los fines de esta publicación, se dedican a dos objetivos de la política pública fundamentales para la infancia en Chile: la superación de la pobreza y la indigencia y la introducción de garantías en el sistema de justicia penal de adolescentes. Así, Cristóbal Tello preparó un estudio sobre las potencialidades que el sistema Chile Solidario y su Programa Puente (la iniciativa más relevante emprendida en Chile en materia de políticas de superación de la pobreza y la indigencia) ofrecen para el logro de los objetivos fijados por el Plan Nacional de Infancia para el decenio 2000-2010 y Miguel Cillero preparó un estudio sobre el debido proceso en el sistema de justicia para las infracciones penales cometidas por adolescentes que, en el marco de la reforma procesal penal chilena, se proyecta instalar en los próximos años una vez aprobado el proyecto de ley que ya está siendo tramitado ante la Cámara de Diputados.

La sección Ensayos incluye una variedad de colaboraciones sobre diversos aspectos de la historia, la realidad social, las prácticas institucionales, la educación y el derecho aplicado a la infancia en Chile y América Latina (e, incluso, Estados Unidos de América), respecto de campos tan diversos como la ilegitimidad en la historia colonial latinoamericana, las Oficinas de Protección de Derechos de la infancia, la internación de niños en Chile en el cambio de siglo XIX-XX, la equidad en la educación y los derechos económicos, sociales y culturales. Tanto la riqueza temática y novedad de los ensayos incluidos, como la estatura intelectual de algunos de los colaboradores, hacen de esta sección una de tanto interés como la de Estudios.

De las demás secciones de la Revista, junto con la reseña de libros y seminarios, vale la pena destacar, en la sección Jurisprudencia, la selección de fallos (en versión resumida para los efectos de esta publicación) sobre jurisprudencia en materia de derechos del niño, tomada de la colección desarrollada por el proyecto “Base de Datos Interamericana de Jurisprudencia sobre Derechos del Niño”, impulsado por Unicef, la Facultad de Derecho de la UDP y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

La publicación de este segundo número de la Revista de Derechos del Niño coincide con el lanzamiento de un proyecto de gran envergadura en el campo de la investigación y formación en derechos del niño por parte de la Universidad Diego Portales, con el apoyo de UNICEF, a saber, la creación del primer programa de Master en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia conocido en Chile y en América Latina. Las proyecciones que un programa de estas características ofrece para la producción de investigación en esta área son un estímulo para el desarrollo de un medio como la Revista de Derechos del Niño.

*Egidio Crotti*

Representante de UNICEF para  
Argentina, Chile y Uruguay

*Carlos Peña*

Decano Facultad de Derecho  
Universidad Diego Portales

---

**ESTUDIOS**

ENSAYOS

SEMINARIO

LIBROS

JURISPRUDENCIA

---





# NIÑOS, ADOLESCENTES Y EL SISTEMA CHILE SOLIDARIO: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA CONSTITUIR UN NUEVO ACTOR ESTRATÉGICO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN CHILE?

*Cristóbal Tello Escobar*<sup>1</sup>

---

LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO POR PARTE DE CHILE EN 1990, HA EXIGIDO AL ESTADO LA IMPLEMENTACIÓN UN SIGNIFICATIVO CAMBIO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS A NIÑOS Y ADOLESCENTES. ESTE ESTUDIO CONSTATA QUE PESE A LOS NOTORIOS AVANCES LOGRADOS, LA FALTA DE PRIORIDAD POLÍTICA QUE HA TENIDO LA TEMÁTICA DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN LA AGENDA GUBERNAMENTAL HA DIFICULTADO EL DESARROLLO DE POLÍTICAS NACIONALES EN LA MATERIA, LA REALIZACIÓN DE LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS REQUERIDOS Y EL POSICIONAMIENTO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO LOS ACTORES ESTRATÉGICOS PARA EL DESARROLLO DEL PAÍS. EL AUTOR SOSTIENE QUE LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA GUBERNAMENTAL PARA LA ERRADICACIÓN DE LA EXTREMA POBREZA, EL SISTEMA CHILE SOLIDARIO, OFRECE OPORTUNIDADES ESTRATÉGICAS PARA EL POSICIONAMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPUESTOS POR ESTA CONVENCIÓN, LAS QUE DEBIERAN SER MAYORMENTE APROVECHADAS.

---

<sup>1</sup> Abogado, MSc in Development Studies (London School of Economics), Profesional del Equipo Coordinador Nacional del Programa Puente del Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS).



## INTRODUCCIÓN

Generalmente la mirada que la opinión pública tiene respecto de la infancia y la adolescencia se centra en sus rasgos positivos y en sus potencialidades. Los niños son considerados como “el futuro de la sociedad”, la potencialidad de lograr cambios significativos en el largo plazo o la inversión social necesaria para alcanzar mayores niveles de desarrollo. Sin embargo, esta visión positiva de la infancia y la adolescencia contrasta fuertemente con la situación real en que una gran cantidad de niños y adolescentes actualmente están viviendo. De acuerdo a datos de la CEPAL, UNICEF y la Secretaría de Cooperación Iberoamericana (SECIB), en los países iberoamericanos “al iniciarse el siglo XXI más de la mitad de los niños y adolescentes de la región son pobres y más de la mitad de del total de pobres de la región son niños y adolescentes”<sup>2</sup>.

Esta contradicción entre discurso y realidad en los países latinoamericanos, en parte, se explica por el grado de importancia que la infancia y la adolescencia han tenido para las políticas públicas. La preocupación del Estado por los niños y adolescentes no necesariamente se ha traducido en políticas públicas que cuenten con la prioridad política y los recursos necesarios para mejorar efectivamente sus condiciones de vida. A pesar de que en el discurso público la infancia y la adolescencia constituyen un actor prioritario para las políticas públicas, las iniciativas relativas a sus necesidades y problemáticas no necesariamente han constituido una prioridad política en la agenda gubernamental.

Chile no ha sido una excepción en este ámbito. Si bien han existido significativos avances en el último siglo en el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños y adolescentes, todavía no se ha logrado instalar a nivel de país una valoración de la infancia y adolescencia como el actor estratégico para el desarrollo del país.

Durante gran parte del siglo pasado la preocupación pública en este ámbito estuvo centrada en los **menores en situación irregular**, es decir en aquellos menores de edad que requerían de protección y rehabilitación. Se trataba de un enfoque centrado en los casos sociales problemáticos y que consideraba a los niños y adolescentes como objetos de protección por parte del Estado. A partir de los años 90 se comienza a considerar a los niños y adolescentes como un **grupo vulnerable** que es **prioritario** para las políticas públicas, es decir en un grupo de la población que requiere de una especial atención por parte del Estado y cuyo enfoque no está solamente centrada en los casos socialmente problemáticos. Sin embargo, para el Estado, los niños y adolescentes eran un grupo social tan prioritario como otros grupos vulnerables. Como lo señalaba la estrategia de política social

<sup>2</sup> CEPAL - UNICEF - SECIB, *Construir Equidad desde la Infancia y la Adolescencia en Iberoamérica*, Santiago, 2001, pg. 106.

del Gobierno del Presidente Aylwin, “el gobierno ha reconocido como **grupos vulnerables prioritarios** a los jóvenes y a las mujeres de escasos recursos. Adicionalmente, ha buscado reforzar la acción pública hacia los **niños** y la familia, los adultos mayores y las personas con discapacidad”<sup>3</sup>. Recién a principios del siglo XXI, el Estado chileno decide impulsar un significativo cambio anunciando su voluntad de “pasar de programas basados en la consideración de la infancia como grupo “vulnerable” de la sociedad, hacia la **consideración de la infancia como un sujeto y actor estratégico para el logro del desarrollo del país**”<sup>4</sup>.

Sin embargo, este carácter estratégico de la infancia y la adolescencia ha sido difícil de implementar en la práctica. La concepción de grupo estratégico tiene su origen en la nueva mirada que, respecto de los niños y adolescentes, propone la Convención de los Derechos del Niño que Chile ratificó a principios de los noventa. Esta nueva mirada de los niños y adolescentes los reconoce como sujetos de derechos y propone diseñar e implementar un Sistema de Protección Integral en su favor. Sin embargo, a pesar que se han realizado significativos esfuerzos en orden de traducir en planes y acciones concretas los principios y derechos garantizados por la Convención de los Derechos en Chile, su implementación ha sido difícil y lenta, existiendo todavía un largo camino que recorrer para posicionar a los niños y adolescentes como actores estratégicos para el desarrollo del país.

No obstante, como frecuentemente sucede en el ámbito de las políticas públicas, intervenciones en otros ámbitos de acción muchas veces ofrecen oportunidades para implementar estrategias de política social. Este podría ser el caso del Sistema Chile Solidario, un sistema público de protección social a favor de las familias que viven en condiciones de indigencia que se está implementando gradualmente en Chile a partir de mayo del 2002, en que su mirada respecto de los niños y adolescentes puede ofrecer estratégicas oportunidades para poner en práctica los principios y derechos garantizados por la Convención de los Derechos del Niño.

Este estudio está estructurado en dos partes. En la primera parte se realizará un análisis de la forma que el Estado Chileno ha mirado y desarrollado sus políticas públicas a favor de la infancia y la adolescencia, centrado en el período 1990-2003. Especial atención se prestará al análisis de la prioridad política que el Estado ha dado en su agenda a las políticas públicas relacionadas con la infancia y adolescencia. En la segunda parte se analizará el Sistema Chile Solidario desde la perspectiva de la infancia y la adolescencia, evaluando las oportunidades que éste ofrece para relevar y poner en práctica los principios y derechos garantizados por la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>3</sup> Documento *Avanzando en equidad: un proceso de integración al desarrollo: 1990 - 1992*, citado por MIDEPLAN en *Informe Final Grupo prioritario Infancia y Adolescencia*, Santiago, 1999.

<sup>4</sup> Discurso del Presidente Ricardo Lagos, marzo del 2001, en Gobierno de Chile, *Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia*, Santiago, 2001. pg. 7.

## I. PRIMERA PARTE: LA PREOCUPACIÓN DEL ESTADO ACERCA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN CHILE

### 1) ANTECEDENTES

La responsabilidad de la educación y crianza de los niños y adolescentes siempre había sido una materia propia del ámbito familiar. Era la familia la única responsable de la protección, formación y desarrollo de los niños y adolescentes del grupo familiar. Sin embargo, como lo describe Pilotti, a partir del siglo XVIII se “descubre la infancia” y se inicia una preocupación intelectual respecto a la socialización de los niños en la sociedad moderna<sup>5</sup>. La infancia comienza a ser un tema y, dentro de éste, el rol socializador del Estado empieza a ser una preocupación.

Aunque en Latinoamérica las primeras iniciativas a favor de la infancia tuvieron su origen en el ámbito privado, principalmente al interior de instituciones y congregaciones religiosas, el Estado comenzó paulatinamente a asumir un rol más activo y presente en la educación, protección y control de los niños y adolescentes; en un principio apoyando la labor de instituciones sociales de la sociedad civil y, posteriormente, asumiendo un rol más directo y protagónico. Sin embargo, la preocupación estatal no estaba referida a la universalidad de niños y adolescentes, sino que era principalmente dirigida a aquellos que vivían en situación de vulnerabilidad, requeridos de asistencia o que habían infringido la ley. En otras palabras, la preocupación del Estado se centraba fundamentalmente en lo que a principios del siglo XX se definen como “menores en situación irregular”.

Se empieza, entonces, a desarrollar un modelo caracterizado por un progresivo aumento del control jurisdiccional del Estado sobre el proceso formativo de los niños y una expansión de la acción pública hacia ámbitos antes reservados para el espacio de la familia<sup>6</sup>. Como se analizará más adelante, la familia, principalmente en los sectores pobres de la sociedad, comienza a perder su rol primordial en la educación y crianza de los niños y adolescentes y empieza a ser sustituida por el Estado en todos aquellos casos de “situación irregular”.

En Chile, también fueron las instituciones privadas y religiosas las que durante la Colonia comenzaron a desarrollar acciones a favor de la infancia<sup>7</sup>. Al igual que

<sup>5</sup> Pilotti Francisco, *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, CEPAL, Santiago, 2001, pg. 16. Especialmente importantes son las influencias de Locke, Rousseau y Piaget en las teorías sociales y conductuales elaboradas sobre la infancia.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pg. 17.

<sup>7</sup> El hito más significativo de este período fue la creación del primer orfanato en el país en 1761. Cortés Juan Eduardo, *Desarrollo de los sistemas de atención a la infancia en Chile en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Pilotti Francisco (coordinador), Instituto Interamericano del Niño (INN), Montevideo, 1994, pg. 224.

en el resto de los países latinoamericanos, son principalmente las congregaciones católicas las que, en Chile, empezaron a asumir un rol significativo en el cuidado de la infancia, desarrollando un modelo de atención eminentemente paternalista que privilegiaba el uso de la internación como el principal instrumento para asistir al niño necesitado de protección.<sup>8</sup>

La preocupación del Estado en Chile respecto a la infancia surge con mayor fuerza hacia fines del siglo XIX, orientada principalmente hacia las áreas de educación y de “corrección” a los menores que infringían la ley. En 1887 se estableció la gratuidad de la enseñanza fiscal y en 1896 se creó la Escuela Correccional del Niño, la que “tenía por misión **“corregir” a los menores de edad** que cometían faltas o infracciones a la ley y eran asistidos bajo un marco de formación moral y talleres laborales”.<sup>9</sup>

A partir de las primeras décadas del siglo XX se establece en Chile un sistema tutelar de los niños, a través del establecimiento de un “Derecho de Menores”, con la dictación de la Ley 4.447 en 1928. Este sistema tutelar fue concebido como una reacción social a un conjunto complejo de diversas situaciones sociales: infracciones de ley, protección de la infancia desvalida o abandonada, situaciones de “irregularidad” y obligaciones que se derivan de la filiación.<sup>10</sup> En este modelo se le otorgó un amplísimo poder a la figura del Juez Tutelar de Menores quien tiene un rol protector y educativo, a diferencia del rol represivo del sistema penal para adultos<sup>11</sup>. El sistema tutelar estructuró una institucionalidad única para dar una respuesta social a dos problemas diversos y no necesariamente interconectados: los niños y adolescentes infractores de ley y aquellos que requerían de protección y/o rehabilitación. Esta respuesta social asume la internación como un instrumento eficaz y eficiente para proteger al menor en situación irregular, sustituyendo en la práctica en los casos de “irregularidad”, el rol primordial que la familia debiera tener en la crianza de los niños y adolescentes.

Paralelamente, desde comienzos del siglo XX el Estado chileno desarrolla una expansión gradual del gasto público social, asumiendo un rol de Estado de Bienestar que protege al conjunto de la población. En especial, el Estado prioriza el financiamiento y producción directa de servicios y programas en las áreas de educación, salud y previsión social, alcanzando al año 1970 logros significativos tales como la ampliación de la cobertura de educación primaria al 84% de la

<sup>8</sup> Pilotti Francisco, *Crisis y perspectivas del sistema de bienestar infantiles en América Latina en Infancia en Riesgo*, ob. cit., pg. 19.

<sup>9</sup> Cortés Juan Eduardo, ob. cit., pg. 224.

<sup>10</sup> Cillero Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile en Infancia en Riesgo*, ob. cit., pg. 77.

<sup>11</sup> Pilotti Francisco, *Crisis y perspectivas*, ob. cit., pg. 20.

población entre 6 y 14 años y de la secundaria al 38% de los adolescentes entre 15 y 18 años de edad, la reducción de la mortalidad infantil, la atención profesional del 80% de los nacimientos y el mejoramiento de la cobertura de los programas de control del niño sano y de alimentación complementaria.<sup>12</sup>

Este modelo de políticas universales dirigidas a favor de la infancia y la adolescencia complementado por un sistema tutelar de menores es reforzado con la dictación de la Ley N° 16.618 en 1967, Ley de Menores actualmente vigente en Chile. Esta ley refuerza el sistema tutelar establecido en Chile, en donde “la irregularidad de las relaciones de familia o del comportamiento social del niño es la preocupación central”.<sup>13</sup> Se refuerzan las estrategias que privilegian la internación de los niños y adolescentes, primando la importancia del sistema de administración de justicia por sobre el de provisión de servicios de protección y rehabilitación.<sup>14</sup>

A partir de 1973, el Gobierno Militar inicia un radical cambio en la política social pública promoviendo un rol subsidiario del Estado y privilegiando al mercado como el centro primordial de toma de decisiones relativas a la asignación de recursos y provisión de servicios.<sup>15</sup> Las principales características de este cambio fueron: la subordinación de los objetivos de la política social a los requerimientos de la política económica, la drástica reducción del gasto social público en las áreas de vivienda, salud y educación, la transferencia de funciones y responsabilidades a los municipios y al sector privado, y la introducción de subsidios a la demanda.<sup>16</sup> En el área de infancia este cambio implicó la creación de un sistema de subvenciones administrado por el Servicio Nacional de Menores (SENAME)<sup>17</sup>, el traspaso de los centros dependientes de SENAME a instituciones privadas (reduciéndose sus funciones) y la focalización de los recursos en los menores que realmente estuvieran en situación irregular.<sup>18</sup>

Durante las décadas de los 70 y 80 se siguieron mejorando los indicadores de desarrollo humano en los ámbitos de tasa de mortalidad infantil, alfabetismo, cobertura del sistema educacional y nivel de escolaridad de la población.<sup>19</sup> Sin

<sup>12</sup> Raczynski Dagmar, *Para combatir la pobreza en Chile: esfuerzos del pasado y desafíos del presente en Construyendo Opciones. Propuestas económicas y sociales para el cambio de siglo*, Cortazar René y Vial Joaquín (editores), CIEPLAN y Dolmen Ediciones, Santiago, 1998, pg. 198.

<sup>13</sup> Cillero Miguel, ob. cit., pg. 136.

<sup>14</sup> Pilotti Francisco, *Crisis y perspectivas*, ob. cit., pg. 21.

<sup>15</sup> Repetto Fabián, *Gestión pública y desarrollo social en los noventa. Las trayectorias de Argentina y Chile*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2001, pgs. 74 y sgts.

<sup>16</sup> Raczynski Dagmar, ob. cit., pg. 201.

<sup>17</sup> Creado en 1979.

<sup>18</sup> Alvarez Jorge, *La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social en Infancia en Riesgo*, ob. cit., pg. 272.

<sup>19</sup> Raczynski Dagmar, ob. cit., pg.203.



embargo, pese a que existió una mejor focalización del gasto social en los sectores más pobres, el número de personas viviendo en condiciones de pobreza aumentó drásticamente, desde niveles del 21% en 1970 a niveles del 45% de la población viviendo bajo la línea de pobreza en 1987.<sup>20</sup>

A fines de los años 80, Chile había mejorado significativamente los indicadores de desarrollo humano de su población, sin embargo una importante proporción de sus habitantes se encontraba viviendo en condiciones de pobreza. Extremadamente negativa era la situación de niños y adolescentes, ya que el 50,7% de ellos vivía en condiciones de pobreza al inicio de los años 90.<sup>21</sup> Si bien las políticas universales habían demostrado significativos avances en el mejoramiento de la calidad de vida de niños y adolescentes, especialmente en las áreas de educación y salud, las políticas compensatorias dirigidas los niños y adolescentes vulnerables y excluidos socialmente no mostraban los mismos niveles de éxito. Es más, el sistema tutelar de menores establecido tendía a priorizar la atención gubernamental hacia los niños y adolescentes en situación irregular privilegiando instrumentos de control social tales como la internación, más que acciones de real promoción y protección.

## 2) LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: ¿UN CAMBIO DE MIRADA?

Sin duda, en el ámbito mundial, el hito más significativo en la forma de mirar y enfrentar el tema de la infancia ha sido la adopción de la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN) por parte de las Naciones Unidas en 1989, la que ha sido ratificada por 191 países, entre ellos Chile.<sup>22</sup> Si bien existían varios instrumentos internacionales anteriores que garantizaban y protegían los derechos de los niños y adolescentes<sup>23</sup>, es la adopción de esta Convención la que establece las bases de la “Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño”, reconocida internacionalmente como la nueva forma de mirar, relacionarse e interactuar con la realidad de los niños y adolescentes.

Si bien no es posible profundizar aquí los contenidos y mirada de la CDN, esta nueva mirada respecto a los niños y adolescentes se desprende de sus principios básicos:

<sup>20</sup> Repetto Fabián, ob. cit., pg. 238.

<sup>21</sup> Ministerio de Planificación y Coordinación (MIDEPLAN), *Análisis de la Encuesta CASEN 2000, Documento N°10 Situación de la Infancia en Chile*, Santiago, 2002.

<sup>22</sup> La CDN fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por el Gobierno de Chile el 14 de Agosto de 1990. Sólo no ha sido ratificada por tres países miembros de la ONU: Estados Unidos, Somalia y Timor Oriental. Fuente: [www.unchr.ch](http://www.unchr.ch) (01/09/2003)

<sup>23</sup> Entre otros, ver la Declaración de Ginebra sobre la Infancia (1924), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

- el reconocimiento de niños y adolescentes como sujetos de derechos, y ya no como objetos de protección,
- el reconocimiento del derecho a una protección, cuidado y asistencia especial por parte de los padres, la sociedad y el Estado
- el reconocimiento de la responsabilidad primordial de la familia de la crianza y desarrollo del niño y el derecho del niño a vivir preferentemente en su entorno familiar, y
- la primacía del interés superior del niño en todas las medidas que se adopten respecto de él o ella.

La adopción de la CDN por parte de Chile implicaba un cambio radical para las políticas públicas, por cuanto posicionaba a los niños y adolescentes como el grupo prioritario de las políticas públicas, universales y compensatorias, y obligaba a reformar en profundidad el modelo tutelar de menores que se encuentra vigente en el país. Era la misma CDN la que exigía al Estado chileno una profunda reforma en su forma de mirar, interactuar y asistir a los niños y adolescentes, tal como lo establece el Artículo 4 de la CDN: “Los **Estados Partes adoptarán todas las medidas** administrativas, legislativas, y de otra índole **para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención**. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas **hasta el máximo de los recursos de que dispongan** y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

Sin embargo, la decisión del Estado chileno de suscribir este nuevo instrumento internacional estuvo influenciada en mayor medida por “el deseo de Chile de incorporarse al desarrollo internacional de los derechos humanos”,<sup>24</sup> más que por un genuino interés o preocupación por constituir al niño en sujeto prioritario de las políticas públicas o por introducir una reforma estructural al sistema tutelar de menores vigente.

La adopción de la CDN por parte de Chile en 1990 ocurrió un año después de la negociación política entre el Gobierno Militar y la Concertación de Partidos por la Democracia para aprobar una reforma constitucional. Durante el año 1989 se discutió y negoció una reforma constitucional que introdujo cambios significativos en la Carta Fundamental. Por una parte, el Gobierno Militar saliente requería urgentemente aprobar una reforma constitucional que modificara los artículos 65

<sup>24</sup> Medina Cecilia, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno en Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993, pg. 43.

y 68 de la Constitución, que permitían aprobar la legislatura ordinaria teniendo mayoría absoluta en una Cámara y un tercio en la otra; por otra parte, la Concertación de Partidos por la Democracia vio en esta negociación una oportunidad de resolver, en parte, el problema de iniciar su primer año de gobierno con una Constitución deslegitimada y necesaria de modificar en el corto plazo<sup>25</sup>. En el marco de esta negociación política, “uno de los objetivos de los partidos de oposición era el asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable”.<sup>26</sup> Esto se tradujo en la modificación del artículo 5 inciso 2 de la Constitución, incorporando el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, **así como por los tratados internacionales ratificados por Chile** y que se encuentren vigentes.

En medio de la negociación política con la Concertación de Partidos por la Democracia, una vez perdido plebiscito del 5 de octubre de 1988, el Gobierno Militar decidió ratificar varios instrumentos internacionales que se encontraban pendientes: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (publicada el 26/06/1988), la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (publicada el 26/06/1988), la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (publicada el 9/12/1989); promulgar y publicar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (publicado el 27/05/1989); y publicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado el 29/04/1989).

En este contexto, en que Chile se estaba “poniendo al día” a nivel internacional en la protección de los derechos humanos, el primer gobierno democrático decidió ratificar (13/08/1990), promulgar (14/08/1990) y publicar (27/09/1990) la CDN.

La decisión de ratificar este instrumento internacional estuvo en gran medida influida por la preocupación general de la coalición gobernante por ampliar el ámbito de respeto y protección de los derechos humanos.<sup>27</sup> No fue, por lo tanto, una decisión basada en un debate social amplio respecto a la realidad de niños y adolescentes en Chile ni se originó en una convicción profunda de modificar el sistema tutelar de menores establecido en Chile desde 1928. La adopción de la CDN por parte de Chile es más bien reflejo de una voluntad de abrirse a la discusión

<sup>25</sup> Correa Sofía, Figueroa Consuelo, Jocelyn-Holt Alfredo, Rolle Claudio y Vicuña Manuel, *Historia del siglo XX chileno*, Editorial Sudamericana, Santiago, 2001, pg. 336.

<sup>26</sup> Medina Cecilia, ob. cit., pg. 43.

<sup>27</sup> Entrevista a Oriana Zanzi, Consultora de UNICEF, quien era la Directora Nacional del SENAME en esa época. Santiago, 17 de junio del 2003.

de cómo adaptar la legislación chilena y las políticas públicas al nuevo marco jurídico y ético propuesto por la CDN, más que un signo de un cambio de mirada ya instalado y consensuado en el debate y en la agenda pública.

La ratificación de la CDN posicionó en la agenda pública la necesidad de discutir las implicancias de considerar a los niños y adolescentes como sujetos de derechos. Sin embargo, la concreción de los cambios que fueran necesarios de implementar requerían contar con una alta prioridad en la agenda política gubernamental, lo que, como se analizará a continuación, ha sido difícil de lograr.

### **3) LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: ¿SON LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES UNA PRIORIDAD EN LA AGENDA PÚBLICA?**

#### **3.1 El Plan Nacional de Infancia (1992 - 2000)**

El mismo año 1990, un mes después que Chile había ratificado la CDN, se celebró en Nueva York la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, en donde se suscribió la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y se aprobó un plan de acción para implementarla.

Entre las obligaciones asumidas por Chile, así como el resto de los países asistentes, se encontraba la de elaborar un plan nacional dirigido a la infancia y adolescencia teniendo como referente las metas establecidas en esta Cumbre. Chile aprobó, en 1992, el **“Plan Nacional de Infancia, Metas y líneas de acción en favor de la infancia, Compromiso con los niños de Chile, 1992-2000”**, (en adelante el Plan de Infancia)<sup>28</sup>, el que fue coordinado por la Secretaría Ejecutiva del Comité Interministerial Económico y Social, presidida por el Ministerio de Hacienda, y contó con el apoyo técnico y financiero de UNICEF.

Si bien la elaboración del Plan de Infancia pudo ser una gran oportunidad para desarrollar un amplio y profundo proceso de discusión de las medidas necesarias de implementar para “dar efectividad” a los derechos reconocidos por la CDN<sup>29</sup> y que permitiera generar las condiciones necesarias para llevar a cabo los cambios acordados, en la práctica se optó por una discusión gubernamental interna centrada en el análisis de las propuestas sectoriales, con una significativa participación de consultores externos y poco involucramiento de los servicios públicos participantes.<sup>30</sup> El resultado del proceso fue un conjunto de medidas sectoriales

<sup>28</sup> Comité Interministerial Económico-Social, *Metas y líneas de acción en favor de la infancia, compromiso con los niños de Chile*, Santiago, 1992.

<sup>29</sup> Como imperativamente lo exigía el Artículo 4 de la CDN.

<sup>30</sup> Entrevista a Oriana Zanzi, Consultora de UNICEF, quien era la Directora Nacional del SENAME en ese época. Santiago, 17 de junio del 2003.

débilmente integradas y que no lograron comprometer la política del Estado.<sup>31</sup> Aunque el Plan Nacional también contempló la elaboración posterior de Planes Regionales y Locales, la inexistencia de una estructura regional adecuada y la falta de un verdadero compromiso y priorización del tema de la infancia impidieron que este proceso transformara realmente la concepción de las políticas públicas a favor de la infancia a nivel regional.<sup>32</sup>

El Plan de Infancia, originado en un compromiso gubernamental asumido internacionalmente, reflejó la falta de prioridad que tuvo la temática de infancia en la agenda pública, no logrando transformarse en una política nacional que recogiera cabalmente el marco jurídico y ético propuesto por la CDN ni impulsando un proceso de transformación del sistema legal vigente para adecuarse a la nueva concepción de protección integral de los niños y adolescentes. Ellos siguieron constituyendo uno de los grupos vulnerables prioritarios para las políticas públicas, valoración que no contribuyó a impulsar el cambio estructural en la mirada que el Estado tenía de los niños y adolescentes.

### 3.2 La Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001 - 2010

Durante el Gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle se creó el Comité de Ministros Sociales que, entre otras funciones, le correspondía “servir como instancia preferente para el análisis e información de temas que sobrepasan el ámbito de cada Ministerio en particular y la generación de acuerdos entre aquellas Secretarías de Estado que cumplen funciones en ámbitos similares o relacionados entre sí”.<sup>33</sup> Una de las tareas de este Comité fue desarrollar un análisis de las políticas sociales dirigidas a grupos prioritarios: **infancia y adolescencia**, jóvenes, adulto mayor, mujeres, personas con discapacidad y pueblos indígenas.

Es al interior del Grupo de Trabajo de Infancia y Adolescencia (en adelante el GTI) donde se desarrolla un exhaustivo análisis de la oferta pública dirigida a la infancia y adolescencia desde el punto de vista de su pertinencia, coherencia, suficiencia y eficiencia, elaborando en septiembre de 1999 el Informe Final del Grupo Prioritario de Infancia y Adolescencia. De especial relevancia son las recomendaciones que el GTI realiza, dentro de las cuales destacan:

<sup>31</sup> Entrevista a Verónica Silva, Subdirectora de Gestión de Programas del Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS), quien participó en la elaboración de la Política Nacional de Infancia en el año 2000. Santiago, 11 de junio del 2003.

<sup>32</sup> Entrevista a Oriana Zanzi. Santiago, 17 de junio del 2003.

<sup>33</sup> *Oficio n° 1463*, (Gab. Pres.) de fecha 8 de Noviembre de 1996.

1. “Otorgar a la infancia primera prioridad.
2. Otorgar a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, un rol efectivamente orientador de las políticas y programas dirigidos a la infancia.
3. Definir una Política Nacional de Infancia inspirada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.
4. Necesidad de contar con un ente articulador al más alto nivel que cuente con el respaldo político, técnico y social suficiente.
5. Generar un nuevo instrumento de planificación preparado y consensuado con la participación de los más amplios sectores”.<sup>34</sup>

Es especialmente significativo el hecho que es al interior del propio Estado desde donde se recomienda dar a la infancia y a la adolescencia la primera prioridad en la política pública, dejando de ser uno de los grupos vulnerables prioritarios al mismo nivel de importancia de los otros. Queda de manifiesto que la concepción de la infancia y la adolescencia como grupo vulnerable prioritario no lograba reflejar la importancia estratégica que este grupo de la población tiene para el desarrollo del país y que es necesario realzar su valoración constituyéndolo en actor estratégico para las políticas públicas. Y para concretar esta prioridad política se recomienda elaborar una política nacional de infancia en que la CDN sea el marco orientador y que genere un instrumento de planificación ampliamente consensuado.

Más significativo aún, es que esta recomendación haya sido acogida por el Comité de Ministros Sociales, el que encarga al GTI la elaboración de la política nacional. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que la recomendación de realizar una política nacional y de otorgar primera prioridad a la temática de infancia tiene su origen en un grupo de trabajo técnico (el GTI) que logra influir y convencer al ente político decisorio (el Comité de Ministros). La decisión de elaborar esta política no tuvo su origen inmediato en una preocupación de la elite política gubernamental ni en una demanda ciudadana ni en una presión social externa al Gobierno, sino que en una preocupación del nivel técnico. Este hecho tendrá gran relevancia para la etapa de implementación de esta política, como se analizará más adelante, por cuanto cuestiona el real convencimiento que tuvo la elite política al tomar la decisión y la real prioridad que le otorgó a la temática de infancia en su agenda interna.

Con el apoyo técnico de UNICEF, el GTI desarrolló durante el año 2000 el proceso de elaboración de una política nacional, en el que, a diferencia del proceso de elaboración del Plan Nacional de Infancia de 1992, la responsabilidad recayó

<sup>34</sup> MIDEPLAN, *Caracterización y Análisis de la Política Dirigida a la Infancia y Adolescencia. Resumen Ejecutivo*, Santiago, 1999.

directamente en 22 representantes de diversos ministerios, servicios públicos y fundaciones involucradas en materias de infancia y adolescencia, con la coordinación técnica de la División Social del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN). Ellos lograron desarrollar uno de los procesos más participativos de elaboración de políticas públicas desde el retorno de la democracia a Chile,<sup>35</sup> el que incluyó una amplia discusión y reflexión a través de consultas regionales en que participaron representantes de instituciones públicas, de la sociedad civil, y niños y adolescentes.<sup>36</sup> El resultado de este proceso fue la **Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001-2010** (en adelante la Política).

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo del contenido de la Política resultante, es importante destacar para los efectos de este estudio, que la política nacional diseñada constituye un hito significativo en la consolidación de niños y adolescentes como sujetos de derechos. En efecto, la Política adopta a la CDN como marco orientador de la visión y misión acordada y utiliza los principios de la CDN como instrumento integrador y guía de las áreas estratégicas definidas. Son especialmente significativas las siguientes características:

- La decisión de elaborar una Política dirigida a todos los niños y adolescentes y no sólo a los grupos más vulnerables entre ellos.
- El esfuerzo en no utilizar un enfoque sectorial, sino que una mirada integral de los procesos centrales y ciclos de desarrollo del niño.
- La adopción de estrategias de acción que definen el marco político de cómo desarrollar las acciones propuestas.

El desarrollo del proceso de elaboración de esta Política tiene su momento cúlmine cuando se realiza su acto de lanzamiento en el Palacio de la Moneda, en marzo del 2001, en donde el Presidente Lagos señala que “el carácter estratégico de esta política significa pasar de programas basados en la consideración de la infancia como grupo “vulnerable” de la sociedad, hacia la **consideración de la infancia como un sujeto y actor estratégico para el logro del desarrollo del país**. El resultado de esta nueva mirada es avanzar desde políticas asistenciales y compensatorias (basadas en las necesidades extremas de los niños y niñas), hacia una política que reconozca los derechos de los niños como obligaciones para el Estado, las familias y la sociedad”.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Raphael Allison, *Taking Child Rights Seriously in the Southern Cone: Unicef's work in Argentina, Chile and Uruguay*, UNICEF, Santiago, 2001, pg. 17.

<sup>36</sup> Ver listado de los 493 participantes en Gobierno de Chile, *Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia*, Santiago, 2001, Anexo N°2.

<sup>37</sup> Ibid., Prólogo.

Como se verá más adelante, la gran paradoja es que lo que podría haber sido el hito fundante de una transformación profunda de las políticas públicas dirigidas hacia la infancia y la adolescencia, constituyó, en la práctica, en el acto de cierre de un proceso intenso de trabajo y en el inicio, a nivel intersectorial, de una etapa de inactividad y desperfilamiento.

Como la misma Política reconoce, era “preciso impulsar una serie de transformaciones institucionales que, dentro de un enfoque integral de las políticas públicas, permita una asignación más equitativa de los recursos, y una gestión más eficiente y eficaz de las políticas sociales” para lo que era necesario “el desarrollo de mecanismos que garanticen el trabajo conjunto y la coordinación intersectorial e interinstitucional de todas las instancias gubernamentales involucradas”.<sup>38</sup> Para ello la Política contempló la creación de una “Instancia para el Seguimiento de la Política” integrada por los ministros de Educación, Salud, Justicia, del Trabajo y Previsión Social, del Servicio Nacional de la Mujer y de MIDEPLAN, quien lo presidiría. Además, creó una Secretaría Ejecutiva, a cargo del Ministro(a) de MIDEPLAN que tendría como función principal supervisar y hacer seguimiento al cumplimiento de la Política.

Sin embargo, debió transcurrir un año desde el lanzamiento de la Política para que esta instancia fuera creada, mediante el D.S. N°114 del 8 de abril del 2002, el que conformó el Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia. Y debió transcurrir un año más para que este Consejo fuera citado a celebrar su primera sesión, la que se llevó a cabo el 20 de mayo del 2003.

Es decir, que después de un año de intenso trabajo intersectorial, en que se involucró a amplios sectores de la sociedad, habiéndose lanzado una política nacional con respaldo del Presidente de la República quien proclamó a la infancia y adolescencia como el actor estratégico para el desarrollo del país, y reconociendo la importancia de una instancia de seguimiento de la Política que asegurara la implementación de las transformaciones necesarias de realizar, el proceso desarrollado sufrió un abrupto estancamiento al interior de la principal instancia encargada de su supervisión y coordinación.

Sin duda que es posible constatar importantes impactos positivos de la Política, especialmente a nivel sectorial, regional y local. La Política ha servido como instrumento guía del trabajo que desarrollan un sinnúmero de actores públicos y privados a nivel local a favor de la infancia, quienes lo utilizan como marco orientador para mirar las realidades locales.<sup>39</sup> Asimismo, en muchos programas

<sup>38</sup> Ibid., pg. 64.

<sup>39</sup> Entrevista a Oriana Zanzi. Santiago, 17 de junio de 2003.



sectoriales es posible reconocer en su fundamentación la visión y principios rectores de la Política.<sup>40</sup> Sin embargo, el propósito principal de constituirse en “la Política Nacional”, que consolidara a los niños y adolescentes como “el actor estratégico” para las políticas públicas y que permitiera desarrollar una acción integral y orientada en la CDN a favor de ellos, no se ha logrado. Los representantes sectoriales que participaron en su elaboración “consideraron la Política como un triunfo político” y se percibían ellos mismos como responsables de validarlo en sus sectores, sin embargo, la falta de respaldo político, seguimiento y presión por parte del Ministerio llamado a asumir ese rol, atentó gravemente contra sus posibilidades reales comprometer metas y presupuestos sectoriales para la implementación de la Política.<sup>41</sup>

¿Cuáles son las razones que explican la falta de implementación de la Política?. ¿Qué factores produjeron que el tremendo esfuerzo realizado en su elaboración no asegurara su puesta en práctica?. Estas son parte de las preguntas que intentarán responderse en la siguiente sección.

### 3.3 Factores que dificultaron la implementación de la Política Nacional

Todo diseño de políticas públicas comprende un complejo proceso de reflexión y discusión, que logra transformar a una idea incorporada en la agenda pública en una alternativa política, y en un proceso de deliberación para tomar la decisión de implementarla o no. Sin embargo, tanto o más crucial que la etapa de diseño, es su proceso de implementación. Una buena idea transformada en alternativa política requiere de un cuidadoso y complejo proceso de implementación para ser concretada exitosamente. Y como lo demuestran un sinnúmero de casos de implementación de políticas públicas, en especial aquellos que comprenden proceso de reformas estructurales, un inadecuado o deficiente proceso de implementación puede hacer fracasar hasta los mejores diseños de políticas públicas.

Antonia Silva<sup>42</sup> realiza un interesante estudio de las condiciones que favorecieron 6 procesos exitosos de reforma de políticas públicas en Latinoamérica, lo que le permite construir un modelo de factores que favorecen la implementación de procesos de transformación estructurales de políticas públicas. Silva concluye

<sup>40</sup> Entrevista a Verónica Silva quien fue la Coordinadora Técnica del Grupo de Trabajo Interministerial de Infancia y Adolescencia que elaboró la Política. 11 de junio de 2003.

<sup>41</sup> Entrevista a Patricia Jara, profesional de la Fundación Nacional para la Superación de la Pobreza, ex funcionaria de MIDEPLAN y ex integrante de la Secretaría Técnica del GTI. Santiago, 24 de junio del 2003.

<sup>42</sup> Silva Antonia, *The politics and Techniques of Implementing Policy Innovations: Cross-Case Analysis and Conclusions en Implementing Policy Innovations in Latin America. Politics, Economics and Techniques*, Silva Antonia (editora), Banco Interamericano del Desarrollo, Washington, 1996.

que los procesos exitosos de reforma de políticas públicas están significativamente relacionados, entre otros, con:

- a) El sentido de urgencia y oportunidad de la reforma. Situaciones de crisis permiten a la reforma ganar dos cruciales factores de éxito: grado de centralidad en la agenda del gobierno y aceptación de la opinión pública. Es posible “vender” la reforma como respuesta a la situación de crisis.
- b) Estabilidad y legitimidad del Estado. Lo que refuerza su posición negociadora y conductora de la reforma.
- c) Manejo de la oposición a la reforma. Una cuidadosa presentación de la reforma que enfatice los aspectos no confrontacionales de ésta posibilita un mejor manejo de los grupos de poder contrarios a la reforma.
- d) Equipo técnico-político conductor. Procesos de innovación requieren ser liderados por funcionarios de alto nivel en la jerarquía gubernamental. La experiencia del equipo en el área de la reforma, sus habilidades políticas y capacidad para entender las dinámicas políticas son claves para sumar actores que trabajen a favor de la reforma.
- e) El apoyo de la comunidad es crucial para reducir la posibilidad de revertir la reforma en casos de cambios en la administración.
- f) Evaluación permanente del proceso y resultados de la reforma.

Tomando en consideración estos factores de éxito es posible explicarse en parte las razones que impidieron poder desarrollar a cabalidad la fase implementación de la Política Nacional y el Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y Adolescencia.

### 3.3.1 Débil prioridad de la temática de infancia en la agenda del Gobierno

A pesar de las construcciones discursivas, la infancia y adolescencia ha seguido constituyendo sólo uno de los grupos vulnerables prioritarios para las políticas públicas, pero no ha logrado posicionarse como el actor estratégico y prioritario para el desarrollo del país, como fue anunciado en el 2001. Si bien al interior del GTI existía clara conciencia de la importancia de lograr el respaldo político del más alto nivel y de contar con una estrategia comunicacional que permitiera colocar al tema de la infancia y la adolescencia en el centro de la agenda pública<sup>43</sup>, los hechos posteriores al lanzamiento de la Política demuestran que este objetivo no fue logrado. La falta de implementación de la Política junto con el hecho de que

<sup>43</sup> MIDEPLAN, Minuta *Mideplan y el tema de la infancia y la adolescencia*, Santiago, junio del 2000.

los proyectos de ley emblemáticos en materia de infancia continúan sin ser aprobados (reforma ley de Menores, proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil, proyecto de ley sobre subvenciones de la red SENAME y anteproyecto de ley sobre protección de los derechos del niño), constituyen una reafirmación de la falta de prioridad de las temáticas de infancia en la agenda política gubernamental.

Si bien el GTI logró posicionar la temática de infancia al interior del Comité de Ministros Sociales, obteniendo respaldo político para elaborar una política nacional para el área, y consiguió respaldo presidencial para conferir a la infancia y adolescencia el carácter de actor estratégico para las políticas públicas, la falta real de prioridad en la implementación de la Política y en la tramitación de los proyectos de ley emblemáticos en el área, demuestran que la temática de infancia fue más una prioridad del nivel técnico que del nivel político. La preocupación por la infancia originada en una comisión técnica, finalmente nunca logró instalar la prioridad política en la agenda del gobierno.

Siguiendo a Antonia Silva,<sup>44</sup> la inexistencia de un sentido de urgencia o de un contexto de crisis en las temáticas de infancia puede haber contribuido a debilitar su priorización política. A diferencia de la reforma procesal penal en que en alguna medida fue presentada como una respuesta a la situación de inseguridad ciudadana y como una forma de introducir modificaciones en un sistema judicial en crisis<sup>45</sup>, lo que generó un fuerte respaldo ciudadano y político a la reforma, en el caso de la infancia la Política fue planteada “en positivo”, es decir como un medio de profundizar los logros ya obtenidos y no como un medio de revertir ineficiencias o limitaciones constatadas, lo que puede haber contribuido a restarle urgencia y prioridad en la agenda gubernamental. Debe tenerse en cuenta además, que resulta más fácil para un gobierno desarrollar una reforma estructural como la Reforma Penal en que la crítica se hace a otro poder del Estado, que realizar una reforma estructural en un ámbito de responsabilidad propia del Poder Ejecutivo, en que las deficiencias que se critican son de su propia responsabilidad, razón por lo cual se tiende a atenuar esa autocrítica.

### 3.3.2 Inestabilidad institucional de MIDEPLAN

Durante el año 2001 se reactualizó la discusión sobre la institucionalidad social en Chile. A fines del gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle se había discutido respecto a la posibilidad de poner término a MIDEPLAN, sin embargo este debate

<sup>44</sup> Silva Antonia, ob. cit.

<sup>45</sup> Vargas Juan Enrique, *La Reforma a la Justicia Criminal en Chile: el Cambio del Rol Estatal en La Reforma de la Justicia Penal*, Cuadernos de Análisis Jurídico N°38, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998, pg. 113.

fue perdiendo fuerza y este Ministerio logró fortalecer su rol de coordinador de las políticas sociales.<sup>46</sup> Este debate volvió a surgir en el marco del trabajo del Comité de Modernización del Estado, durante el año 2001, lo que fue generando incertidumbre al interior de MIDEPLAN al tener que detener procesos de toma de decisiones, en áreas relevantes, en espera de definiciones institucionales.<sup>47</sup>

La implementación de la Política también fue afectada por esta situación de incertidumbre institucional, ya que uno de las materias debatidas era la institucionalidad que se haría cargo de los grupos prioritarios, entre ellos de la infancia. Como lo señala Antonia Silva,<sup>48</sup> la falta de capacidad y legitimidad política de la institución pública conductora de un proceso de reforma es crucial para determinar su posición negociadora y su liderazgo en la implementación de ésta.

En el caso de MIDEPLAN, su orientación y diseño institucional fue materia de discusión al interior del Estado, lo que puede haberle restado peso y legitimidad política para conducir un proceso de transformación estructural como el propuesto por la Política.

### 3.3.3 Falta de continuidad en los equipos técnicos conductores

Como se señalaba anteriormente, las capacidades técnicas y de liderazgo de los procesos de implementación de reformas son cruciales para asegurar su éxito. En el caso de la implementación de la Política, los cambios en los profesionales técnicos a cargo del proceso de seguimiento de ésta<sup>49</sup> pudieron haber contribuido a debilitar la prioridad de la tarea al interior de MIDEPLAN. No existió un adecuado recambio en los equipos profesionales y la función de seguimiento del proceso de implementación de la Política y de monitoreo de sus resultados se vio significativamente debilitado. El debilitamiento de la instancia encargada del seguimiento del proceso pueden haber impactado negativamente en el proceso de implementación de la Política.

Mirado en perspectiva, el año 2001 ofreció una oportunidad única para posicionar la nueva mirada respecto a los niños y adolescentes y para constituirlos en actores prioritarios para las políticas públicas. La temática de infancia contaba con un sólido instrumento de política nacional que sirviera de marco orientador, una carta de navegación clara para las políticas públicas, el respaldo político

<sup>46</sup> Repetto Fabián, ob. cit., pg. 276.

<sup>47</sup> Entrevista a Patricia Jara. Santiago, 24 de junio del 2003.

<sup>48</sup> Silva Antonia, ob. cit., pg. 141.

<sup>49</sup> El lanzamiento de la Política coincide con el desmembramiento del equipo profesional que coordinó el proceso de elaboración de ésta al interior de MIDEPLAN.

presidencial y la prioridad en la agenda del Ministerio encargado de supervisar la implementación de la Política. Sin embargo, el proceso sinérgico generado durante la etapa de elaboración perdió fuerza y conducción, no pudiendo MIDEPLAN darle continuidad al esfuerzo desarrollado. La falta de conducción y prioridad política terminó desperfilando la temática de infancia en la agenda pública y socavando las posibilidades de implementar exitosamente la Política. Hacia fines del año 2001, la agenda de MIDEPLAN estaba mayormente concentrada en las problemáticas indígenas y, en mayo del 2002, el lanzamiento del Sistema Chile Solidario terminaba por cambiar radicalmente las prioridades políticas de este ministerio.

Sin embargo, como frecuentemente sucede en el ámbito de las políticas públicas, aunque una concepción de política nacional desaparezca del discurso público y de la agenda del nivel político central, es posible que sus principios, orientaciones y acciones puedan encontrar nuevas oportunidades de ser implementadas en otros ámbitos públicos que sí cuenten con respaldo y prioridad política. Este puede ser el caso de la temática de infancia y la adolescencia, en que la mirada y enfoque centrado en las particularidades de su ciclo de vida y de sus derechos esenciales son una concepción transversal para toda política pública que directa o indirectamente los involucre.

Es por ello que la implementación del Sistema Chile Solidario, un sistema de protección social a favor de las familias que viven en condiciones de indigencia puede ofrecer una oportunidad estratégica para la implementación de los principios y derechos garantizados por la CDN. En efecto, como se analiza más adelante, la coherencia conceptual y de principios fundantes entre la CDN, la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia y el Sistema Chile Solidario podrían constituir una ventajosa oportunidad para implementar y demostrar las potencialidades y beneficios de un modelo de políticas públicas basado en una concepción de derechos de los niños y adolescentes. El resto de este estudio analizará esta hipótesis de trabajo.

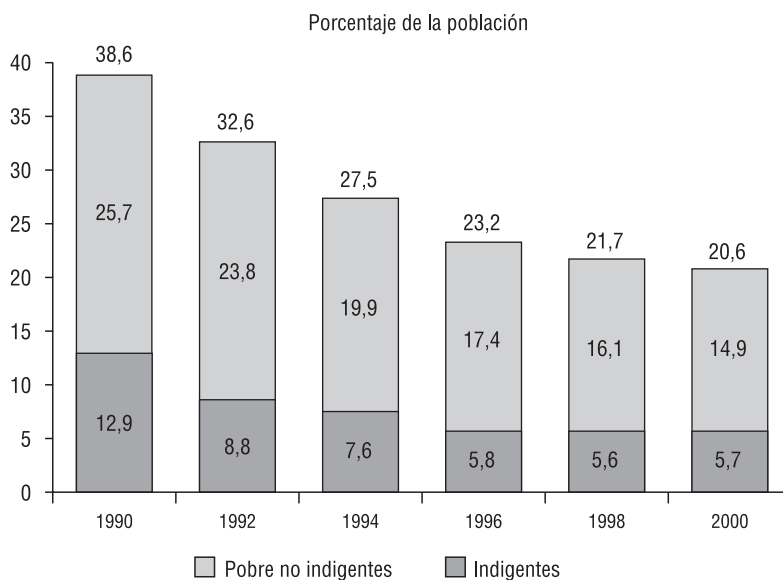
## II) SEGUNDA PARTE: EL SISTEMA CHILE SOLIDARIO: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA?

### 1) ANTECEDENTES

Durante la década de los 90, Chile logró avances significativos en materia de superación de la pobreza. Como lo muestra el cuadro N°1, en 1990 el 38,6% de la población vivía en condiciones de pobreza, cifra que se había reducido a casi la mitad para el año 2000, en que el 20,6% de la población vivía bajo la línea de la pobreza. Por su parte, la indigencia se redujo en más de la mitad, desde niveles de un 12,9% en 1990 a un 5,7% en el año 2000.

CUADRO N°1

#### Evolución de la incidencia de la pobreza y de la indigencia 1990-2000



Fuente: Encuesta CASEN de los años correspondientes.

Si bien parte importante de la reducción de los niveles de pobreza se explican sobre la base del crecimiento económico logrado por Chile durante la primera parte de la década de los 90,<sup>50</sup> han sido las políticas sociales desarrolladas durante esta década las que también han estado relacionadas significativamente con la obtención de estos logros.

Desde 1990 ha existido un aumento significativo del gasto público social, el que creció en un 112,4% entre 1989 y el 2000<sup>51</sup>, pasando de representar un 16,4% del PIB en 1989 a un 20,2% del PIB en el año 2000.<sup>52</sup> Este aumento se ha concentrado en las áreas de educación, salud, vivienda y nuevos programas de inversión social.

Junto con aumentar el gasto público social en las políticas sectoriales en estas áreas, se fomentó el diseño e implementación de programas específicos de superación de la pobreza. Estos programas se caracterizaron por privilegiar la inversión social por sobre las políticas asistenciales, desarrollar acciones más flexibles, descentralizadas y participativas, e intentar sensibilizar, influir y generar capacidades en los actores institucionales de manera tal que incorporen criterios de pobreza y equidad en sus decisiones y generen oportunidades de integración social y económica.<sup>53</sup>

Existió también un mejoramiento de los criterios de focalización de las políticas públicas. Junto con utilizar la focalización por necesidades básicas insatisfechas, en base a la Ficha CAS, y la focalización por nivel de ingreso, en base a la Encuesta CASEN, se agregaron dos nuevos criterios de focalización. El primero fue la focalización territorial, a través del cual se priorizan ciertas áreas geográficas por las características y vulnerabilidad de esos territorios. El segundo criterio de focalización fue la priorización de ciertos grupos vulnerables: mujeres, niños, jóvenes, indígenas, personas con discapacidad y adultos mayores. Estos nuevos criterios de focalización permitieron lograr mayor eficacia y eficiencia del gasto público social, por una parte, y desarrollar políticas más integrales y mejor coordinadas intersectorialmente.

Sin embargo, hacia fines de la década de los 90, se comenzó a constatar una reducción en la tasa de disminución de los niveles de pobreza. En efecto, si se

<sup>50</sup> Según el estudio de Osvaldo Larrañaga del período 1987-1992, "el crecimiento económico tuvo un rol fundamental en la reducción de la pobreza. Aproximadamente, un 80% de la caída en la pobreza obedece a un efecto de crecimiento puro", citado por Repetto Fabián, ob cit., pg. 266.

<sup>51</sup> MIDEPLAN, *Perspectiva de Derechos Estrategia de Fortalecimiento de la Política Social para la década del 2000*, Santiago, 2001, pg. 13.

<sup>52</sup> Fuente: MIDEPLAN, [www.mideplan.cl](http://www.mideplan.cl) (01/07/2003).

<sup>53</sup> Raczynski Dagmar, ob. cit, pg. 215.

analiza el cuadro N° 1, se constata que entre 1996 y el 2000 los niveles de pobreza se redujeron desde un 23,2% a sólo un 20,6%. Si bien esta disminución en los ritmos de reducción en los niveles de pobreza se explican, en parte, por la disminución en los niveles de crecimiento del país,<sup>54</sup> esta situación también cuestionó la efectividad de las políticas sociales existentes.

Aunque ya en 1995 se había comenzado a constatar que se estaba terminando el período de reducción fácil de la pobreza y que empezaban a prevalecer situaciones de pobreza “más duras y complejas de superar”,<sup>55</sup> es hacia fines de la década cuando se cuestiona con mayor fuerza el diseño de políticas sociales existentes, centrándose el debate en dos aspectos problemáticos: la falta de coordinación entre los diversos programas sectoriales y la pertinencia de los programas al medio sociocultural y económico específico en el cual se ejecutan.<sup>56</sup> Por una parte, la focalización de programas sociales nuevos en grupos vulnerables realizada a través de diseños y estructuras institucionales relativamente frágiles contribuyeron a la fragmentación de las políticas sociales.<sup>57</sup> Por el otro lado, se lograron mayores avances en el reconocimiento de los grupos prioritarios, pero no se lograron los mismos avances en la implementación de estrategias que posibilitaran resolver las áreas problemáticas no cubiertas por la acción sectorial.<sup>58</sup>

Se inicia entonces la discusión respecto al desarrollo de un modelo mixto de políticas universales y selectivas, en que las primeras representen “un acceso garantizado a bienes y servicios básicos dispuestos para el conjunto de la población”,<sup>59</sup> y las políticas especiales o específicas sean compensatorias, es decir, sean diseñadas como intervenciones complementarias y no alternativas a las políticas universales.<sup>60</sup>

En este contexto de discusión, respecto a la necesidad de implementar cambios significativos en el diseño de las políticas sociales debido a las limitaciones que estaban demostrando para continuar avanzando en materia de superación de pobreza, el aumento de la indigencia a fines de los años 90 apuró el debate. Si bien

<sup>54</sup> El crecimiento promedio del Producto Geográfico Bruto (PGB) durante el período 1990-1995 fue de un 8.5%, lo que se redujo durante el período 1995-2001 a un 3.9%. Fuente: Banco Mundial, *ICT at glance: Chile*, Washington, 9/9/2002.

<sup>55</sup> Bengoa José, parafraseado por Raczynski Dagmar, ob., cit., pg. 192.

<sup>56</sup> Ibid., pg. 221.

<sup>57</sup> Marcel Mario, Ponencia en Seminario *Desafíos de Políticas Sociales y Pobreza*, Hotel Carrera, Santiago, 20/06/2003.

<sup>58</sup> MIDEPLAN, *Perspectiva de derechos*, ob. cit., pg. 38.

<sup>59</sup> Ibid., pg. 38.

<sup>60</sup> Konterllnik Irene, *Políticas de Protección a la Infancia y Apoyo a la Familia en Países Seleccionados*, UNICEF, 2003, en publicación.



el año 1998 se había constatado una mínima reducción de la indigencia en términos relativos (de 5,8% en 1996 a 5,6% en 1998), ya en términos absolutos, en 1998 hubo mayor número de personas viviendo en condiciones de indigencia que las que había en 1996.<sup>61</sup> Sin embargo, para el año 2000 la situación fue más negativa al constatarse un aumento de la indigencia, tanto en términos relativos como absolutos.

Esta situación influyó en que, al asumir el Presidente Lagos en marzo del 2000, se contemplara dentro de sus medidas para los primeros 100 días de gobierno el diseño de una estrategia de trabajo con familias en extrema pobreza. Esta tarea es asumida por un grupo intersectorial de trabajo, coordinado por la División Social de MIDEPLAN, el que elabora la “Estrategia de Intervención Integral a Favor de Familias en Extrema Pobreza” (en adelante la Estrategia) en julio del 2000.

En la Estrategia se reconoce que a pesar de los logros de la política social en materia de superación de la pobreza, los esfuerzos de focalización no han sido suficientemente exitosos “intra pobreza” por cuanto “los beneficios sociales dirigidos a los más pobres se otorgan sobre la base de la demanda expresada por estos grupos, quedando fuera de ellos aquellos que están “desvinculados” de las redes sociales existentes, es decir, los indigentes”.<sup>62</sup> Es por ello que las limitaciones constatadas de las políticas sociales no se resuelven a través de una mejor focalización ni de una mayor transferencia de subsidios, sino que se requiere **“de la puesta en práctica de nuevos modelos de intervención, más pertinentes y de mejor calidad”**.<sup>63</sup>

## 2) EL SISTEMA CHILE SOLIDARIO Y EL PROGRAMA PUENTE

### 2.1 La construcción del Puente

La Estrategia de Intervención Integral a Favor de Familias en Extrema Pobreza es retomada un año después, en junio del 2001, cuando MIDEPLAN instruye al Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS) para diseñar un programa que ponga en práctica la estrategia planteada. El FOSIS diseña el “Programa de Apoyo Integral a Familias en Situación de Indigencia”, conocido como “Puente: entre la

<sup>61</sup> Fuente: CASEN 2000.

<sup>62</sup> MIDEPLAN, *Estrategia de Intervención Integral a Favor de Familias en Extrema Pobreza*, Santiago, edición 2002, pg. 4.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pg. 5.

familia y sus derechos”.<sup>64</sup> En enero del 2002 se inició su implementación piloto en 4 regiones del país.

El Programa Puente asume la visión y enfoque propuesto por la Estrategia para enfrentar la extrema pobreza, los que innovan significativamente respecto de las estrategias que tradicionalmente se habían estado implementando.<sup>65</sup>

- Concibe la extrema pobreza como una problemática que tiene causas y expresiones económicas y socioculturales, por lo que requiere ser enfrentada con enfoques cualitativos.
- Asume que la extrema pobreza es un fenómeno que se puede revertir y que no se supera sólo con subsidios, lo que se distancia del enfoque propuesto por algunos sectores en el sentido que la indigencia sólo es posible de ser atenuada mediante políticas asistenciales y transferencias monetarias.
- Postula que en las personas en situación de indigencia existe un capital social latente, que es posible de ser potenciado, y la posibilidad de vincularlos a las redes sociales para que constituyan mecanismos efectivos de movilidad social.
- Sostiene que la manera más eficaz de trabajo es priorizando a la familia como unidad de análisis e intervención, lo que se diferencia de los enfoques de focalización territorial o por grupos vulnerables que se habían estado utilizando.
- Reconoce que los procesos de superación de extrema pobreza requieren períodos de trabajo permanentes y sostenidos, centrados inicialmente en el reforzamiento de aspectos psicoemocionales y contando con operadores que trabajen directamente con las familias.

Basado en esta visión y estrategia, el Programa Puente se propone que las familias más pobres del país logren “satisfacer sus necesidades básicas a través de la generación de ingresos económicos superiores a la línea de indigencia y la activación de las habilidades sociales necesarias para su integración a las redes locales disponibles”.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> “En realidad originalmente el Programa se llamó “Puente: una oportunidad para la familia”. Luego del mensaje del 21 de mayo de 2002, se tomó la frase del discurso presidencial que decía “tenderemos un puente entre la familia y sus derechos”, y empezó a llamarse así el Programa”. Entrevista a Verónica Silva, 11 de junio de 2003.

<sup>65</sup> Ver MIDEPLAN, *Estrategia de intervención*, ob. cit., pg. 36.

<sup>66</sup> FOSIS, *Construyendo un Puente. Fundamentos y Resultados Esperados*, Documentos para el Apoyo Familiar, Marzo 2002.

El Programa Puente basa su estrategia en el establecimiento de una relación personalizada y periódica (por 24 meses) entre un Apoyo Familiar (un técnico o profesional preferentemente del área social y residente en la comuna de intervención) y cada familia. Este es un cambio sustancial en la estrategia del Estado para enfrentar la extrema pobreza, por cuanto ya no se espera que la familia indigente demande bienes o servicios públicos, sino que es el mismo Estado el que activamente sale al encuentro de la familia.

Pero lo que podría haber sido una “política asistencial a domicilio”, en realidad consiste en desarrollar una intervención personalizada que conecte a la familia “con redes y oportunidades que pueden contribuir a la satisfacción progresiva de sus necesidades básicas insatisfechas”.<sup>67</sup> Es decir, la relación personalizada establecida entre el Apoyo Familiar y la familia es una estrategia de promoción y apoyo para que sea la misma familia la que asuma la responsabilidad prioritaria en su proceso de mejoramiento de su calidad de vida. De hecho la familia no es un “beneficiario” de la asistencia pública, sino que un integrante voluntario y activo en un programa de superación de la extrema pobreza.

Para garantizar la efectividad del proceso, el Programa Puente define umbrales mínimos de satisfacción que constituyen al mismo tiempo los factores de éxito de la intervención. De acuerdo a la mirada integral que el Programa tiene de la extrema pobreza, se definen 53 condiciones mínimas de calidad de vida en 7 dimensiones de la vida de las personas: identificación, salud, educación, dinámica familiar, habitabilidad, trabajo e ingreso.<sup>68</sup> Estas 53 condiciones mínimas son los factores de éxito del Programa, por cuanto se entiende que una familia que ha alcanzado o logrado estas condiciones tiene sus necesidades básicas satisfechas y egresa del Programa. Pero al mismo tiempo, estas condiciones son el requisito de permanencia en el Programa, por cuanto cada familia, a través de la celebración de contratos familiares parciales, se va comprometiendo a dar cumplimiento a estas condiciones, lo que en caso de incumplimiento producirá su interrupción en el Programa. Durante la participación de la familia en el Programa, la familia recibirá un Aporte Solidario mensual,<sup>69</sup> el que también estará asociado al cumplimiento de los contratos familiares, combinándose de esta manera una estrategia de promoción con una de asistencia económica.

El Programa Puente contacta a las familias extremadamente pobres (las que son invitadas a participar en el Programa voluntariamente), establece una relación

<sup>67</sup> MIDEPLAN, *Estrategia de intervención*, ob. cit., pg. 43.

<sup>68</sup> Ver la descripción de las 53 Condiciones Mínimas en [www.programapuente.cl](http://www.programapuente.cl)

<sup>69</sup> Esta transferencia monetaria directa que se otorga a cada familia en montos mensuales decrecientes: \$10.500 durante los seis primeros meses, \$8.000 entre los 7 y 12 meses, \$5.500 entre los 13 y 18 meses, y \$3.500 durante los últimos seis meses.

personal con ellas y desarrolla una estrategia de apoyo psicosocial tendiente a movilizarlas y conectarlas con oportunidades y redes sociales que les permitan mejorar su calidad de vida. Como su nombre lo indica, el Programa establece un puente entre la familia (en estricto rigor los miembros de la familia) y sus derechos. Sin embargo, no basta sólo con apoyar y estimular el fortalecimiento de la demanda de bienes y servicios públicos si el Estado no prioriza a estas familias, no flexibiliza su oferta pública y no garantiza un acceso preferente a sus programas sociales. Es por ello que el Programa Puente se entiende sólo en el marco de una estrategia mayor, la que será implementada como el Sistema Chile Solidario.

## 2.2 Chile Solidario, un sistema de protección social en gestación

En forma paralela a la implementación piloto del Programa Puente, el contexto político generó una oportunidad política de priorizar la temática de la superación de la extrema pobreza en la agenda gubernamental. Durante los primeros meses del año 2002, y en medio del impulso gubernamental a la Agenda Pro Crecimiento, acordada entre el Gobierno y el empresariado para contribuir a la reactivación económica y que posicionó a los empresarios como agentes del desarrollo económico, surgieron presiones desde los partidos de izquierda de la coalición gobernante poniendo énfasis en la necesidad de contar también con una Agenda Social.<sup>70</sup>

Si bien al interior de MIDEPLAN se había discutido la incorporación de una perspectiva de derechos en la política social<sup>71</sup> y, a su vez, en la Dirección de Presupuesto (DIPRES) existía el interés por diseñar un modelo de protección social, es en un Taller Presidencial, el 9 de abril del 2002, en que se discute y concuerda la necesidad de proponer metas concretas de acción en materia de extrema pobreza.<sup>72</sup> A partir de esa fecha, y trabajando contra el tiempo, un equipo intersectorial consensúa y diseña el Sistema Chile Solidario, el que es anunciado por el Presidente Lagos el 21 de mayo del 2002.

Chile Solidario es concebido como un sistema de protección social de asistencia y promoción que se plantea como misión “incorporar a las familias en extrema pobreza a la red de protección social del Estado, de manera garantizada y/o preferencial (según sea el beneficio), lo cual supone la vinculación, interacción y readecuación efectiva de toda la oferta programática existente”.<sup>73</sup> Para lograrlo el sistema de protección se articula en torno a 3 componentes:

<sup>70</sup> Serrano Claudia y Dagmar Raczynski, *Derechos Sociales Básicos, Superación de la Pobreza y Protección Social ante la Vulnerabilidad*, Asesorías para el Desarrollo, Santiago, 2003, pg. 41.

<sup>71</sup> Ver MIDEPLAN, *Perspectiva de derechos*, ob.cit.

<sup>72</sup> Serrano Claudia y Dagmar Raczynski, ob. cit., pg. 42.

<sup>73</sup> MIDEPLAN, *Sistema Chile Solidario*, Santiago, julio 2002, pg. 2.

- a) **Apoyo Psicosocial y Bono de Protección:** este corresponde a las acciones realizadas por el Programa Puente, según fue analizado anteriormente. De esta manera, con la creación del Chile Solidario, el Programa Puente se transforma en la “puerta de entrada al sistema de protección”, pasando automáticamente las familias incorporadas al Programa a formar parte del sistema. Este es un subsistema temporal, por cuanto una vez que las familias egresan del Programa Puente permanecen incorporadas en los demás componentes del Sistema Chile Solidario. En el caso del Bono de Protección, éste corresponde a la transferencia monetaria que el Programa Puente ya estaba otorgando (el Aporte Solidario), a lo que se agrega un Bono de Egreso que se confiere a las familias que egresan por los siguientes 3 años, el que tendrá el mismo valor de un Subsidio Unico Familiar (SUF).
- b) **Subsidios Monetarios preferentes:** las familias integradas tendrán acceso preferente a la asignación de las prestaciones monetarias vigentes: Subsidio Unico Familiar (SUF), Pensiones Asistenciales (PASIS) y Subsidio de Agua Potable (SAP).
- c) **Acceso Preferente a Programas de Promoción Social** existentes en la oferta pública.

Después del anuncio presidencial, el Sistema Chile Solidario pasa a ser una de las prioridades políticas del Gobierno y es impulsado en gran escala. Rápidamente la implementación del Programa Puente deja de ser piloto y es expandido a 313 comunas y a 44.378 familias hacia fines del 2002. A fines del 2003 serán 115.000 las familias incorporadas al Sistema Chile Solidario, esperando contar con 225.000 familias a fines del 2005.

El Sistema Chile Solidario es concebido como el apoyo psicosocial a las familias implementado por el Programa Puente más el acceso preferente a transferencias monetarias y a programas sociales públicos de carácter promocional. Si bien, es un sistema que amplía los beneficios sociales dirigidos a la población indigente y establece una prioridad en su favor para todos los programas sociales públicos, no es posible concebirlo todavía como un sistema de protección social.

El Sistema Chile Solidario, en la práctica, lo que hace es establecer una prioridad política a favor de las familias extremadamente pobres, de manera que los diversos programas sociales los vayan “prefiriendo” como beneficiarios o sujetos de intervención. Pero no se establece aún un derecho social garantizado cuyo cumplimiento le sea exigible al Estado. De hecho el Sistema adopta las mismas condiciones mínimas del Programa Puente, pero sin conferirle el carácter de mínimos sociales garantizados.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> En rigor, estas condiciones mínimas fueron establecidas por la Estrategia de Intervención Integral a Favor de Familias en Extrema Pobreza e incorporadas en los diseños del Programa Puente y del Sistema Chile Solidario.

Aún cuando el Sistema Chile Solidario amplía las transferencias monetarias a favor de la población indigente al introducir el Bono de Protección, no existe un cambio significativo en el sistema de subsidios existentes por cuanto, por su condición socioeconómica, las familias indigentes ya eran sujetos preferentes en el otorgamiento de estos subsidios.

Por su parte, el acceso preferente a los programas sociales públicos es todavía un proceso en construcción. Aún cuando MIDEPLAN ha celebrado Protocolos de acuerdo con diversos ministerios y servicios públicos, en la práctica los diversos sectores han puesto a disposición del Sistema la oferta pública existente y no nuevos recursos o innovación programática, lo que ha producido que las rigideces programáticas existentes no hagan siempre aplicables a las familias indigentes estos programas, ni se den siempre satisfacción a las condiciones mínimas a las que el Sistema busca dar cumplimiento.

Por último, la priorización de la población indigente por sobre el resto de la población pobre, en muchos casos ha implicado establecer en la práctica una solidaridad intra-pobreza, por cuanto los recursos de los programas existentes se han redireccionado en favor de familias indigentes. Si bien esta priorización de las familias indigentes ha contribuido a racionalizar los recursos públicos, focalizando de mejor manera los programas en los sectores pobres e indigentes, en alguna medida, el priorizar la población indigente en un escenario económico en que no es posible aumentar los recursos de la política social, implica necesariamente reducir la cobertura de los programas públicos disponibles para los sectores pobres no indigentes. Esto constituye un riesgo a mediano plazo, por cuanto es posible prever que las familias pobres que dejan de ser beneficiadas por el Estado, a raíz de la nueva priorización por las familias indigentes, están en serio riesgo de deteriorar sus condiciones de vida y retroceder a situaciones de indigencia.

Es posible concluir entonces, que el Sistema Chile Solidario es un sistema de protección social en gestación, un primer paso hacia establecer una política social con perspectiva de derechos. Pero que se requiere “trabajar más la idea de protección social, de protección frente a riesgos”, ese “peldaño siguiente que no es solamente para los que van subiendo, sino para los que tienen riesgo de bajar”.<sup>75</sup>

### **3) EL SISTEMA CHILE SOLIDARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA**

Como se analizaba en la primera parte, las políticas públicas en materia de infancia han ido cambiando desde una mirada tutelar del niño y adolescente hacia

<sup>75</sup> Marcel Mario, ob. cit.

una concepción de protección integral de ellos. Esta nueva mirada considera a los niños y adolescentes como sujetos de derecho y reconoce el rol primordial de los padres en su crianza y educación, confiriéndole al Estado el deber de asistirlos en el cumplimiento de sus funciones. Por último, se reconocen derechos económicos, sociales y culturales a los niños y adolescentes, obligándose el Estado a garantizarlos hasta el máximo de los recursos de que dispongan.

Por su parte, es posible constatar una evolución similar en las políticas sociales de superación de pobreza. Como ha sido argumentado, la Estrategia que sustenta el Sistema Chile Solidario también reconoce a la familia como sujeto estratégico, concibiendo la acción del Estado como una política de promoción y asistencia que conecte a la familia con mayores y mejores oportunidades y redes sociales que les permitan mejorar su calidad de vida. Existe una mirada integral de la problemática de la pobreza, que no considera sólo el ingreso, sino que la multidimensionalidad de la situación. Si bien no se garantizan derechos sociales, se establecen condiciones mínimas que constituyen umbrales mínimos de satisfacción que el Estado asume como factores de éxito de su acción. Por último, el rol del Estado tiende a transformarse, adoptando un rol más activo que no espera la demanda de sus bienes y servicios, sino que establece una conexión con las familias en extrema pobreza para rearticular y canalizar su oferta pública.

Desde el punto de vista de la infancia y adolescencia extremadamente pobre es posible constatar visiones y estrategias de acción similares tanto en las políticas públicas a favor de la infancia y adolescencia, como a favor de la población extremadamente pobre. Estas similitudes y coincidencias conceptuales podrían ofrecer una oportunidad de implementar la nueva mirada de la infancia y adolescencia propuesta por la Política Nacional elaborada a favor de ellos. Es decir, que el Sistema Chile Solidario podría constituir una estratégica oportunidad de poner en práctica la visión, estrategia y acciones propuestas por la CDN y la Política Nacional, en este caso, a propósito de las políticas públicas a favor de las familias extremadamente pobres. El resto de este estudio analizará esta hipótesis de trabajo.

### **3.1 La indigencia infantil como prioridad política.**

Como se analizaba anteriormente, la superación de la extrema pobreza en Chile ha sido asumida como una de las 6 metas prioritarias del Gobierno para el 2006.<sup>76</sup> Esta declaración de prioridad política ha sido liderada por un Presidente de la República comprometido personalmente con la tarea, que en terreno monitorea y supervisa los avances logrados. Además se han desarrollado acciones para asegurar

<sup>76</sup> Discurso Presidencial del 21 de mayo del 2003.

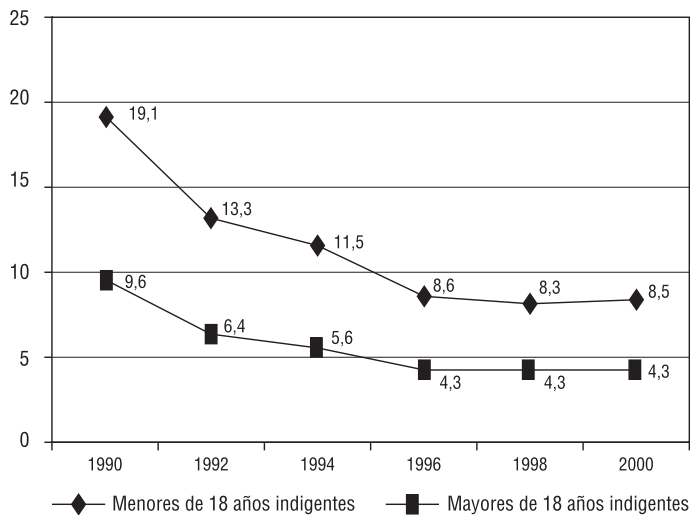
el financiamiento<sup>77</sup> y dotar al Sistema de la institucionalidad legal requerida,<sup>78</sup> y los diversos ministerios y servicios públicos han comenzado a priorizar en sus agendas sectoriales esta tarea. Es decir, Chile Solidario constituye hoy, en el discurso y en la acción, una primera prioridad política en la agenda gubernamental.

En ese escenario, en que las políticas sociales a favor de las familias extremadamente pobres son una prioridad política, es posible argumentar que es posible relevar y priorizar en mayor medida la situación de los niños y adolescentes en indigencia.

En efecto, como lo muestra el cuadro N°2, aunque la incidencia de la pobreza e indigencia de los niños y adolescentes ha disminuido en mayor medida que la de los adultos, la Encuesta CASEN 2000 sigue constatando que los niveles de pobreza e indigencia de los niños y adolescentes son significativamente mayores que los de la población adulta. Especial preocupación genera la situación de la indigencia, en que los niveles de indigencia de los mayores de 18 años se han mantenido en un 4,3% desde 1996, en cambio en el caso de niños y adolescentes los niveles de indigencia se incrementaron desde un 8,3% en 1998 a un 8,5% en el 2000.

**Cuadro N° 2**

Evolución indigencia por edad



Fuente: Encuesta CASEN de los años que corresponden.

<sup>77</sup> El proyecto de ley de reforma tributaria para asegurar el financiamiento requerido por el Sistema Chile Solidario y el Plan Auge se encontraba a esta fecha en su última etapa de tramitación en el Congreso Nacional.

<sup>78</sup> Actualmente el Chile Solidario funciona como una Comisión Asesora Presidencial (creada por el D.S. 144 del 1 de julio del 2002). A la fecha se encuentra en su última etapa de tramitación el proyecto de ley que otorga rango de ley al Sistema Chile Solidario.



La situación de indigencia infantil y adolescente presenta además diferencias por sexo, territorio y edad. En efecto, existen más mujeres que hombres menores de 18 años en situación de indigencia, lo que se ha ido acentuando durante la década pasada. A principios de los años 90 la diferencia entre mujeres y hombres menores de 18 años en condiciones de indigencia era sólo de un 0.2%; para el año 2000, esa diferencia se había ampliado a 0.7%. Por otra parte, los niveles de indigencia de niños y adolescentes en sectores rurales han permanecido, durante toda la década de los 90, superiores a los de los sectores urbanos. Esta diferencia se ha ido incrementando durante este período, ya que en el año 1990 la indigencia rural era 3.6 puntos porcentuales mayor que en el sector urbano, diferencia que se incrementó a 4.2 puntos para el año 2000.<sup>79</sup> Por último, la Encuesta CASEN 2000 también constata que a menor edad existe mayor pobreza, es decir que los niños menores de 12 años presentan mayores niveles de indigencia y pobreza que los adolescentes entre 13 y 18 años.

De acuerdo a lo anterior, se constata, que dentro de la población en indigencia, son los niños y adolescentes los que están viviendo en condiciones más precarias y, por lo tanto, debiera existir una mayor preocupación por parte del Estado por mejorar sus condiciones de vida. Es decir, dentro de la prioridad política que hoy tiene la superación de la extrema pobreza en Chile, los niños y adolescentes debieran tener mayor prioridad.

Aún cuando es posible argumentar esta priorización por los niños y adolescentes indigentes sobre la base de razones de ética y equidad, también desde un punto de vista económico se puede justificar esta preferencia. Como lo sostienen CEPAL/UNICEF/SECIB, “se ha demostrado que los programas preventivos pueden producir ahorros al reducir la necesidad de una costosa atención de salud curativa, mejorar la eficacia de los sistemas educativos, aminorar las tasas de deserción y repitencia escolar, y disminuir la incidencia de la delincuencia juvenil, el abuso de las drogas y el alcohol, y otras formas de conducta social dañina”.<sup>80</sup>

### **3.2 Las condiciones mínimas y los derechos de los niños y adolescentes**

La implementación del Sistema Chile Solidario contempla un conjunto de categorías e indicadores que se consideran como resultados o mínimos básicos que se debieran alcanzar con una estrategia orientada a superar la condición de

<sup>79</sup> Fuente: CASEN 2000

<sup>80</sup> CEPAL - UNICEF - SECIB, ob. cit., pg. 121.

indigencia de las familias que la enfrentan.<sup>81</sup> Estas condiciones mínimas no constituyen mínimos sociales garantizados por el Estado a las familias indigentes, es decir no son derechos exigibles en su cumplimiento, sino que son umbrales mínimos de satisfacción de una política social orientada a superar la indigencia.

Las condiciones mínimas reflejan la concepción de indigencia que la política social tiene para orientar y estructurar su intervención. En este sentido, lo más significativo de estas condiciones mínimas es la multidimensionalidad de su diseño, en que la variable ingreso es una más de 7 dimensiones. La indigencia para el Sistema Chile Solidario no es sólo un problema de ingreso,<sup>82</sup> por lo que la estrategia de superación del problema no sólo está orientada a mejorar el ingreso familiar por sobre la línea de indigencia, sino que también mejorar las condiciones de vida de la familia en otras 6 dimensiones.

Además, la multidimensionalidad de las condiciones mínimas también se manifiesta en el hecho que al estar abordándose al mismo tiempo 7 dimensiones de calidad de la vida de la familia es posible generar sinergias entre los distintos ámbitos de intervención. Es así como abordar una condición mínima puede facilitar y/o reforzar la intervención que se realiza respecto de otras condiciones mínimas. Por ejemplo, la alfabetización de adultos puede impactar en mejorar las posibilidades de obtener empleo de esa persona y de mejorar los ingresos de su familia, además puede mejorar la actitud de los padres respecto a la educación de sus hijos y sus capacidades para apoyar el proceso educativo del niño y, también, puede mejorar el nivel de información en materia de salud y autocuidado de la familia, mejorando el estado de salud y bienestar de sus miembros.

Desde la perspectiva de la infancia y la adolescencia, las condiciones mínimas constituyen una mirada integral de la realidad de los niños y adolescentes en extrema pobreza, en que se establece un sistema de protección y asistencia que tiene significativas similitudes con el propuesto por la CDN y la Política Nacional a favor de la Infancia y la Adolescencia. Como lo muestra la Tabla N°1<sup>83</sup> existen significativas coincidencias entre las condiciones mínimas que el Sistema Chile Solidario pretende satisfacer y los derechos que la CDN persigue proteger.

<sup>81</sup> MIDEPLAN, *Estrategia de intervención*, ob. cit., pg. 52.

<sup>82</sup> El método mayoritariamente utilizado para medir pobreza es por medio del ingreso. De acuerdo a la metodología de la Encuesta CASEN un individuo se considera pobre si su nivel de ingreso se sitúa por debajo de un nivel mínimo que le permita satisfacer sus necesidades básicas, e indigente, si su nivel de ingreso no le permite satisfacer sus necesidades alimentarias.

<sup>83</sup> En esta matriz se han considerado sólo parte de las 53 condiciones mínimas del Chile Solidario en atención a su relación directa con los derechos de niños y adolescentes.

TABLA N° 1

**Comparación Condiciones Mínimas Chile Solidario y Convención de los Derechos del Niño**

Condiciones Mínimas Chile Solidario	Convención Derechos del Niño
<p><b>Dimensión Salud</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Familia inscrita en Servicio de atención Primaria de Salud.</li> <li>• Embarazadas con controles de salud al día.</li> <li>• Niños menores de 6 años con vacunas y controles de salud al día.</li> <li>• Discapacitados, susceptibles de ser rehabilitados, estén participando en programas de rehabilitación.</li> <li>• Familia informada en materia de salud y autocuidado.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho intrínseco a la vida y al más alto nivel posible de salud.</li> <li>• Acceso a atención primaria de salud.</li> <li>• Atención sanitaria pre y post natal.</li> <li>• Padres conozcan los principios básicos de salud y nutrición.</li> </ul>
<p><b>Dimensión Educación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Niños en edad preescolar asistiendo a algún programa de educación de párvulos.</li> <li>• En casos de madre trabajadora y en ausencia de otro adulto que pueda hacerse cargo de su cuidado, los niños menores de 6 años se encuentren incorporados a algún sistema de cuidado infantil.</li> <li>• Niños hasta 15 años asistan a algún establecimiento escolar y sean beneficiarios de programas de asistencia escolar.</li> <li>• Niños mayores de 12 años sepan leer y escribir.</li> <li>• Niños discapacitados en condiciones de estudiar estén incorporados al sistema educacional regular o especial.</li> <li>• Exista adulto responsable de la educación del niño y en contacto regular con la escuela.</li> <li>• Adultos con actitud positiva y responsable hacia la educación y la escuela.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Niños cuyos padres trabajan sean beneficiados por servicios e instalaciones de guarda.</li> <li>• Enseñanza primaria obligatoria y gratuita.</li> <li>• Adoptar medidas para fomentar la asistencia a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.</li> <li>• Suministro de alimentos nutritivos.</li> <li>• Niño mental o físicamente impedido tenga acceso efectivo a la educación, capacitación, rehabilitación y otros servicios que requiera.</li> </ul>
<p><b>Dimensión Identificación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Miembros de la Familia inscritos en el Registro Civil y con cédula de identidad.</li> <li>• Discapacitados estén inscritos en Registro Nacional de Discapacidad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inscripción del niño inmediatamente después del nacimiento.</li> <li>• Derecho a preservar su identidad.</li> </ul>

Condiciones Mínimas Chile Solidario	Convención Derechos del Niño
<p><b>Dimensión Dinámica Familiar</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Existan en la familia prácticas cotidianas de conversación sobre temas como hábitos y espacios para la recreación.</li> <li>• Familia cuente con mecanismos adecuados para enfrentar conflictos.</li> <li>• Existan normas claras de convivencia al interior de la familia.</li> <li>• Exista distribución equitativa de las tareas del hogar.</li> <li>• Familia conozca los recursos comunitarios y los programas de desarrollo disponibles en la red local.</li> <li>• En casos de violencia intrafamiliar, personas involucradas estén incorporadas en algún programa de apoyo.</li> <li>• Niños internos en sistema de protección sean visitados regularmente y jóvenes privados de libertad sean apoyados y reciban colaboración en su rehabilitación por parte de sus familias.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.</li> <li>• Derecho a no ser separado de sus padres, salvo que la separación sea necesaria en el interés superior del niño.</li> <li>• Los padres tienen la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño, contando con la asistencia apropiada por parte del Estado.</li> <li>• Protección contra maltrato, abuso o malos tratos.</li> <li>• Participación plena en la vida cultural y en actividades de descanso y esparcimiento.</li> <li>• Niño privado de libertad mantenga contacto con su familia.</li> </ul>
<p><b>Dimensión habitabilidad</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vivienda cuente con:             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Agua no contaminada</li> <li>- Sistema de energía adecuado</li> <li>- Sistema de eliminación de excretas</li> <li>- Al menos dos piezas habitables</li> <li>- Sistema adecuado de eliminación de basura</li> <li>- Entorno libre de contaminación</li> </ul> </li> <li>• Vivienda no se llueva, no se inunde y esté bien sellada.</li> <li>• Cada miembro de la familia tenga su cama con equipamiento básico y tenga su equipamiento básico para la alimentación.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Asistencia material y programas de apoyo en materia de vivienda.</li> <li>• Suministro agua potable salubre.</li> </ul>
<p><b>Dimensión Trabajo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Al menos un miembro de la familia trabaje en forma regular y con remuneración estable.</li> <li>• Ningún niño menor de 15 años abandone los estudios por trabajar.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protección contra la explotación económica y contra el trabajo que pueda entorpecer su educación.</li> </ul>
<p><b>Dimensión Ingresos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Familia cuente con ingresos económicos superiores a la línea de indigencia.</li> <li>• Familia obtenga transferencias monetarias a las que tienen derecho.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Apoyar a los padres a proporcionar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.</li> <li>• Derecho a beneficiarse de la seguridad social.</li> </ul>

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo a la Tabla N° 1 es posible concluir que la CDN y el Sistema Chile Solidario tienen significativas coincidencias en la manera de mirar a la infancia y adolescencia desde una perspectiva de derechos y en la forma de estructurar un sistema de protección integral de sus derechos. De hecho, aunque Chile Solidario no declara explícitamente a los niños y adolescentes como sujetos prioritarios de su intervención, del análisis de las condiciones mínimas se desprende la valoración que el Estado hace de sus condiciones de vida al momento de fijar los factores de éxito de su intervención.

Las condiciones mínimas incorporan en las políticas sociales temáticas novedosas y de gran significación para la infancia y la adolescencia tales como el rol prioritario que se le da la familia (lo que se analizará en la siguiente sección), la importancia de la dinámica familiar dentro la intervención pública y no sólo desde el punto de vista de los problemas de violencia intrafamiliar o maltrato infantil, la incorporación dentro de la dimensión de habitabilidad de requerimientos de cama equipada y equipamiento de alimentación para cada miembro de la familia o la importancia de la relación niño-familia-escuela. En este sentido, existe la oportunidad de trabajar un sinnúmero de temáticas de la infancia y la adolescencia a través de las condiciones mínimas del Chile Solidario. Aún cuando Chile Solidario está circunscrito al trabajo con familias indigentes y aunque no contempla dentro de sus condiciones mínimas todo el sistema de derechos garantizados por la CDN, las coherencias estratégicas existentes ofrecen la oportunidad de, a propósito de los niños y adolescentes en indigencia, desarrollar una política pública que garantice una protección integral de sus derechos.

La temática de establecer mínimos sociales garantizados o hacer exigibles derechos sociales ha estado en el debate público durante los últimos años<sup>84</sup> y, probablemente, requerirá mayor nivel de discusión todavía antes de poder ser asumida plenamente por el Estado. Sin embargo, el establecimiento de condiciones mínimas en una política pública, con las cuales el Estado se “amarrar” como factores de éxito de su intervención, es un primer e importante paso en la línea de establecer y garantizar derechos sociales en Chile. Y el hecho que dentro de las condiciones mínimas los niños y adolescentes sean sujetos prioritarios, constituye un importante avance en la consolidación en Chile de un sistema de protección integral de la infancia y adolescencia.

### **3.3 La familia como sujeto de intervención estratégica para las políticas públicas**

El establecer a las familias como sujetos prioritarios para las políticas públicas no es una novedad en Chile, de hecho la misma Constitución de la República

<sup>84</sup> Entre otros ha sido propuesto por Fundación Nacional para la Superación de la Pobreza, *Propuesta para la Futura Política Social*, Santiago, 1999, y por MIDEPLAN, *Perspectiva de derechos*, ob. cit.

considera que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. El establecimiento, a principios de los 90, de la Comisión Nacional de la Familia constituyó un hito significativo para la priorización de la familia en las políticas públicas, realizándose un importante esfuerzo en la adaptación de las políticas públicas a las transformaciones que ha sufrido la familia en el último tiempo.

Sin embargo, como lo señala el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM),<sup>85</sup> han predominado en las políticas sociales el diseño de políticas para sectores específicos que no toman en cuenta la pertenencia de los sujetos de intervención a núcleos familiares. La excesiva focalización de las políticas sociales por grupos vulnerables no permite tomar en cuenta la dimensión familiar, por lo que muchas veces esas políticas se contradicen con los proyectos familiares específicos de los beneficiarios de éstas. Además, como lo señala el SERNAM, se ha producido superposición y descoordinación en la provisión de servicios a los diversos miembros de las familias por parte de las agencias y organismos públicos. Esto ha sido paliado en alguna medida por la focalización territorial que persigue integrar las políticas públicas a nivel local<sup>86</sup>, sin embargo la focalización territorial no asegura necesariamente que exista coherencia e integración de las políticas públicas dirigidas a una misma familia que puede encontrarse en condiciones distintas a las de las demás familias que habitan ese mismo territorio. Es por ello que se requiere utilizar enfoques sistémicos en la implementación de las políticas, que consideren los efectos de los cambios en los diferentes miembros de la familia y que sean más ajustadas a las necesidades específicas de cada familia.<sup>87</sup>

Por su parte la CDN y los demás tratados internacionales son enfáticos en señalar la importancia de la familia para el desarrollo del niño, señalando la CDN en su preámbulo que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. La CDN reitera, en variadas disposiciones (artículos 5, 27 y otros), la relevancia que tiene para el niño no ser separado de su ámbito familiar, estableciendo un significativo cambio con la doctrina tutelar que utilizaba la internación como uno de sus frecuentes instrumentos de intervención. La CDN reconoce la responsabilidad primordial de los padres en la crianza y desarrollo de los niños, son ellos los primeros responsables del niño y quienes deben proporcionarles, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño.

El rol del Estado es restringido a proteger y asistir a la familia en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que debe abstenerse de invadir

<sup>85</sup> SERNAM, *Familia y Políticas Públicas: una reflexión necesaria*, Santiago, 2000, pg. 58.

<sup>86</sup> Ver propuesta al respecto en Raczyński Dagmar, ob. cit.

<sup>87</sup> SERNAM, ob. cit., pg. 58.

arbitrariamente el espacio familiar. Y en el caso de los niños privados de su medio familiar o que en casos excepcionales deban ser separados de sus padres, el Estado les debe proporcionar protección especial y asegurarles los cuidados que sustituyan la atención familiar. Desde el punto de vista de la CDN, las políticas públicas debieran incorporar metodologías de trabajo integral con la familia con el objeto de habilitarlas para enfrentar su proceso de desarrollo y que incorporen los recursos y posibilidades de las propias familias y de la comunidad.<sup>88</sup> Asimismo, las políticas públicas debieran responder a las necesidades de los niños y las familias en el territorio, por lo que debieran ser diversas, flexibles e integrables entre sí.<sup>89</sup>

Desde este punto de vista, la estrategia del Sistema Chile Solidario es perfectamente coherente con esta visión y valorización de la relación niño-familia-Estado. Chile Solidario también reconoce a la familia como el sujeto estratégico para su intervención. Esta prioridad estratégica tiene una doble justificación: por una lado la familia es estratégico para asegurar la eficacia y sustentabilidad de los resultados de la intervención y, por otro lado, focalizarse en las familias permite garantizar la concentración en ellas de las intervenciones sectoriales que se desarrollen logrando una mayor integración de las políticas. Para Chile Solidario el trabajar a nivel de las familias es “la manera más eficaz de tender a la superación de la extrema pobreza”.<sup>90</sup>

La priorización de la familia por las políticas públicas ha sido un tema ampliamente discutido, especialmente por las corrientes que critican el “familismo” como una manera de ver en la familia una concepción patriarcal que “privilegia la opción de los hombres y que en el ámbito del matrimonio se traduce en privilegiar la posición del marido”.<sup>91</sup> Por otra parte, se critica que la priorización por la familia en la práctica se traduce en un trabajo con las mujeres de la familia, las que deben asumir la responsabilidad directa de la reproducción social de la intervención al interior de su grupo familiar.<sup>92</sup>

El Sistema Chile Solidario explícitamente declara que intenta trabajar no sólo con las mujeres de la familia, a quienes tradicionalmente se tiende a sobre responsabilizar, sino que también con los demás miembros de la familia: esto es ratificado por los operadores técnicos del Programa Puente quienes señalan que los Apoyos Familiares logran incorporar a gran parte de la familia en la dinámica

<sup>88</sup> Zanzi Oriana, *Derechos del niño, familia y políticas públicas*, UNICEF 2003, sin publicar, pg. 5.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pg. 5.

<sup>90</sup> MIDEPLAN, *Estrategia de derechos*, ob. cit., pg. 40.

<sup>91</sup> SERNAM, ob. cit., pg. 51.

<sup>92</sup> Serrano Claudia y Dagmar Raczynski, ob. cit., pg. 57, señalan que la intervención de Chile Solidario en la práctica estaría produciendo este resultado. Sin embargo, las limitaciones de la muestra del estudio (sólo 4 comunas urbanas de Santiago Sur) no permite obtener conclusiones definitivas al respecto.

de trabajo que se establece con ellos.<sup>93</sup> Además, entre las condiciones mínimas de la dimensión de dinámica familiar, se contempla criterios de trabajo con perspectiva de género. Sin embargo, se deben realizar mayores evaluaciones y un mejor monitoreo del proceso para que la estrategia de trabajo con las familias evite los riesgos descritos anteriormente.

El enfoque del Sistema Chile Solidario se basa en establecer una relación personalizada con cada familia tendiente a habilitarla para que sea protagonista de su propio proceso de desarrollo. Este esfuerzo de habilitación familiar es coherente con la concepción de la familia que tiene la CDN que reconoce el rol primordial que ellos deben cumplir. Tanto para el Chile Solidario como para la CDN, el rol del Estado es asistir a la familia en el cumplimiento de sus funciones y en su proceso de mejoramiento de su calidad de vida.

La relación niño-familia es reconocida como primordial por el Chile Solidario y la CDN, y lo que persiguen las condiciones mínimas es reforzar y fortalecer el rol de los padres o adultos responsables del niño en su educación y desarrollo, especialmente en los ámbitos de salud, relación niño-familia-escuela y dinámica familiar. En este sentido, Chile Solidario ofrece la oportunidad de implementar una política pública a favor de la infancia y adolescencia indigente basada primordialmente en la habilitación y fortalecimiento familiar.

### **3.4 Impacto de Chile Solidario en la flexibilización de la oferta pública**

La estrategia seguida en la implementación de Chile Solidario ha innovado en la forma tradicional de mirar la oferta pública. En vez de mirar la oferta existente en el sector público para determinar qué tipo de condiciones mínimas sería posible satisfacer con los programas sociales existentes, el camino adoptado fue el contrario. Se determinó primero qué tipo de condiciones mínimas debieran ser satisfechas para considerar que una familia superara la condición de indigencia, para después poner a trabajar al Estado en la forma de satisfacer esas condiciones.

En algún sentido, esta estrategia se asemeja a la seguida en el sector salud cuando se estableció como una de las medidas de los primeros 100 días del gobierno del Presidente Lagos el poner término a las colas en los consultorios de atención primaria. Si bien las colas no era uno de los problemas más críticos del sector salud, aunque sí muy sensible para los usuarios del sistema de salud pública, el enfrentar este problema ofrecía la oportunidad de movilizar por completo el sector salud con el fin de lograr esta meta y, durante el proceso, generar nuevas oportunidades para

<sup>93</sup> Entrevista a Mirtha Mora, Equipo Coordinador Nacional Programa Puente, Santiago 01/07/2003.



intervenir en los problemas más críticos. En el caso de Chile Solidario, el establecimiento de estos umbrales de satisfacción (condiciones mínimas) ha generado la movilización de una gran cantidad de actores públicos sectoriales a raíz de lo prioritario que es para el Gobierno el cumplimiento de esta meta.

La estrategia de implementación de Chile Solidario ha producido una gran tensión al interior del Estado, por cuanto el impulso inicial de todos los sectores fue poner a disposición del Sistema Chile Solidario sus programas regulares,<sup>94</sup> los que no necesariamente se orientaban hacia la satisfacción de las condiciones mínimas. Las condiciones mínimas, desde el punto de vista de la oferta pública, pueden clasificarse en tres grupos:<sup>95</sup>

- Un primer grupo para el cual existe oferta pública y ésta es suficiente;
- Un segundo grupo de condiciones mínimas para las cuales existe oferta pública, pero ésta es insuficiente y se requerirían mayores recursos a fin de asegurar que todas las familias Chile Solidario puedan satisfacer estas condiciones.
- Y un tercer grupo de condiciones mínimas para las cuales no existe oferta pública y se requeriría diseñar nuevos programas o flexibilizar los actuales de manera de asegurar su satisfacción a todas las familias Chile Solidario.

Es por ello que actualmente la Secretaría Ejecutiva de Chile Solidario está activamente coordinando el trabajo intersectorial de más de 40 ministerios y servicios públicos a fin de introducir las modificaciones en la oferta pública que sean necesarias para poder satisfacer las condiciones mínimas de Chile Solidario. Lo significativo de este proceso, es que el requerimiento de rediseñar la oferta pública surge desde la fijación que el propio Estado hace de umbrales mínimos de satisfacción de su intervención. En este sentido entonces, se puede sostener que este ejercicio es posible de replicar en función de garantizar determinados derechos sociales, económicos y culturales y, entre otros, los derechos de niños y adolescentes garantizados por la CDN.

### **3.5 Oportunidad para la complementariedad de las políticas públicas**

El hecho que el Sistema Chile Solidario está estableciendo una red de relaciones personalizadas con 225.000 familias en extrema pobreza, representa una

<sup>94</sup> Al 31 de enero del 2003, MIDEPLAN había celebrado Protocolos de Acuerdo con 23 instituciones públicas y privadas para comprometer sus recursos a favor de las familias Chile Solidario. Sin embargo, del análisis de los protocolos se concluye que mayoritariamente todas las instituciones pusieron a disposición sus programas regulares.

<sup>95</sup> FOSIS, Minuta *Clasificación de las Condiciones Mínimas de Calidad de Vida, según estado de la oferta programática disponible en las instituciones del Estado*, Santiago, abril 2003.

oportunidad para las políticas públicas todavía no suficientemente valorada. El Puente construido entre las familias y el Estado ofrece grandes oportunidades para mejorar el impacto de las políticas sociales.

Por una parte, la focalización de las políticas públicas en el sujeto familia posibilita al Estado mejorar la calidad de la información de que puede disponer, por cuanto la base de datos del Sistema no funciona en base a muestras, sino que en base al universo de familias integradas al Sistema. Por lo tanto, el Estado puede mejorar la focalización y pertinencia de sus políticas sociales, ya que no requiere estimar la demanda de sus servicios y prestaciones, sino que puede catastrar comuna por comuna la demanda real existente, la que es levantada por los Apoyos Familiares durante sus visitas permanentes a cada familia. Sin embargo, es necesario evitar el riesgo de impulsar una política asistencial que provea a las familias de los servicios y bienes requeridos. Como se analizaba anteriormente, el éxito de la estrategia de Chile Solidario se basa en lograr que la familia se movilice y asuma autónomamente el protagonismo de su proceso de mejoramiento de su calidad de vida.

Además, el Puente construido por Chile Solidario ofrece una valiosa oportunidad para mejorar la complementariedad de las políticas sectoriales. Se entiende por complementariedad el esfuerzo interinstitucional por no sólo informarse mutuamente y coordinar sus acciones particulares, sino que por concordar una estrategia de intervención común en la cual cada uno de los actores tiene claridad respecto al sentido y contenido de su participación en el plan de intervención conjunto.<sup>96</sup> Según lo define el FOSIS, existen 4 tipos de complementariedad:<sup>97</sup>

- a) Complementariedad por **especialización**: cada actor pone a disposición de las mismas personas sus habilidades estratégicas, es decir, aquellos ámbitos de intervención en que tiene mayor experticia respecto a otros.
- b) Complementariedad por **efectos múltiples**: cada actor pone a disposición de las mismas personas servicios diferentes, pero orientados por una lógica y propósito común.
- c) Complementariedad por **red**: la intervención institucional es parte de una cadena secuencial de intervención que ofrece servicios diferenciados al mismo grupo de personas, en una trayectoria que tiene definida condiciones de entrada y salida.
- d) Complementariedad por **creación conjunta**: diseño e implementación en conjunto por parte de varios actores de una nueva intervención que pretenda dar una respuesta original a situaciones sociales identificadas.

<sup>96</sup> FOSIS, *Manejo Social del Riesgo: Enfoque orientador de la intervención e inversión del FOSIS*, Santiago, 2002, pg. 69.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pg. 70.

En este sentido, el hecho de concentrar diversos programas sociales sectoriales en una misma familia permite a los diversos actores sectoriales generar estos distintos tipos de complementariedad en sus intervenciones, de manera de lograr un mayor integralidad de sus acciones, un mejor impacto y una mayor sostenibilidad de los logros obtenidos. La focalización en las familias posibilita no sólo establecer coordinaciones efectivas entre las diversas intervenciones institucionales, sino que además complementar sus esfuerzos con la finalidad de lograr un mayor impacto en el mejoramiento de las condiciones de vida de las familias.

Además, el trabajar paralelamente diversos ámbitos de la calidad de vida de una misma familia permite que los logros obtenidos se complementen y refuercen mutuamente, generando una sinergia que permita obtener mejores resultados a largo plazo. Como se analizaba anteriormente, las iniciativas desarrolladas a mejorar o potenciar determinadas dimensiones de la calidad de vida de una familia pueden tener significativos impactos en otras dimensiones de la familia cuando son abordadas con enfoques integrales y complementarios de trabajo.

### III) CONCLUSIONES

La ratificación de la Convención de los Derechos del Niño constituyó un hito altamente significativo en la mirada que las políticas públicas habían tenido respecto de la infancia y la adolescencia en Chile. Sin embargo, cambiar una visión centrada en considerar a los niños y adolescentes como objetos de la protección estatal, a una centrada en una perspectiva de derechos requiere de una transformación estructural para instalarse definitivamente.

Como se ha analizado en este estudio, la doctrina de la CDN ha ido permeando a los diversos actores públicos sectoriales a nivel nacional, regional y local, pero no ha logrado posicionarse definitivamente en la agenda pública. A pesar del notable esfuerzo realizado intersectorialmente al interior del Gobierno en la elaboración de una Política Nacional y un Plan de Acción Integrado, el que ha permeado el discurso y acción gubernamental a favor de la infancia y adolescencia, los niños y adolescentes no han logrado posicionarse como “los actores estratégicos” para el desarrollo del país. Asimismo, el esfuerzo realizado en implementar la Doctrina de Protección Integral tampoco se ha traducido en la aprobación de los proyectos de ley emblemáticos en materia de infancia y adolescencia, los que todavía se encuentran en proceso de tramitación.

Por su parte, la implementación del Sistema Chile Solidario ha posicionado en la agenda pública el desafío de poner término a la extrema pobreza, logrando obtener un fuerte respaldo político y comenzando a movilizar a los diversos sectores públicos para que se comprometan en el logro de las metas propuestas.

La perspectiva y enfoque del Sistema Chile Solidario tiene una gran coherencia con la mirada estratégica que la CDN tiene respecto de la infancia y la adolescencia. Del análisis de las condiciones mínimas del Sistema Chile Solidario que se ha realizado, se estructura una mirada de los derechos de niños y adolescentes que representa una significativa concordancia con la postulada por la CDN. De esta manera, las condiciones mínimas del Chile Solidario pueden constituir un primer avance en la consolidación de un sistema que operativice los derechos garantizados por la CDN.

Asimismo, el enfoque del Sistema Chile Solidario posibilita el desarrollo de una metodología de intervención a favor de niños y adolescentes que contemple acciones de promoción y respeto de sus derechos, que mejore integralmente sus condiciones de vida y que contribuya al ejercicio progresivo de su autonomía. El diseño estratégico y operativo de Chile Solidario ofrece amplias oportunidades para desarrollar intervenciones a favor de la infancia y la adolescencia indigente con la mirada de la CDN. Este constituye una estratégica oportunidad para poner en práctica la visión, enfoque y acciones propuestas por la CDN y la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y Adolescencia, en este caso, a propósito de las políticas públicas en favor de las familias extremadamente pobres. En particular, la importancia que tiene la familia para el Chile Solidario ofrece una gran oportunidad para desarrollar una estrategia integral de apoyo, fortalecimiento y habilitación de cada uno de los miembros de la familia y del sistema familiar en sí mismo.

Por último, la readecuación la oferta pública que está produciendo la implementación del Sistema Chile Solidario a favor de las familias que viven en condiciones de indigencia y la alta prioridad política que Chile Solidario tiene hoy en la agenda gubernamental, ha implicado un cambio en la mirada que el Estado ha tenido de la indigencia y una modificación de la estrategia de acción diseñada e implementada en su favor. Ello ofrece un amplio espacio para constituir y consolidar en los diversos organismos públicos una nueva mirada de la infancia y adolescencia, en que a partir de la estrategia del Chile Solidario se vaya posicionando una mirada con perspectiva de derechos de los niños y adolescentes. Pero además, la priorización gubernamental por las familias indigentes posibilita posicionar a la infancia y adolescencia, a partir de los niños y adolescentes en situación de indigencia, como el actor estratégico para el desarrollo del país. Como ha sido analizado extensamente, la importancia y mirada de los niños y adolescentes que tiene el Sistema Chile Solidario permite realzar en mayor medida el valor que ellos tienen para el desarrollo del país.

El hecho de que tanto la implementación de la Política Nacional como del Sistema Chile Solidario estén siendo liderados por el mismo ministerio constituye una ventaja estratégica que debiera ser aprovechada. La constitución del Consejo

de Ministros para la Infancia y la Adolescencia constituye un signo alentador de la voluntad pública de retomar la tarea de implementar la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y Adolescencia. Sin embargo, tal como ha sido analizado en este estudio, ello no es garantía de éxito. Se requerirán mayores esfuerzos por parte del Estado y, también, la sociedad civil, para impulsar y monitorear las transformaciones en las políticas públicas que son necesarias de implementar. Y para ello, la alianza estratégica entre Chile Solidario y la Infancia y la Adolescencia, puede maximizar las posibilidades de lograr este objetivo.

# DE LA TUTELA A LAS GARANTÍAS: CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO PENAL Y LA JUSTICIA DE ADOLESCENTES

*Miguel Cillero Bruñol*<sup>1</sup>

“Fue, pues, la necesidad la que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad; es, pues, cierto que cada uno quiere poner de ella en el depósito público la mínima porción posible, la que baste para inducir a los demás a defenderla. La agregación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de penar; todo lo demás es abuso y no justicia: es hecho, no ya derecho.”

*C. Beccaria: De los Delitos y las Penas.*

---

EN ESTE TRABAJO SE ABORDA, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO, LA RELACIÓN ENTRE LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL Y LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES. SE REALIZA UN ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN TUTELAR DE MENORES EN EL DERECHO OCCIDENTAL Y LAS NUEVAS TENDENCIAS SURGIDAS A PARTIR DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ASÍ COMO DE LA ACTUAL DOCTRINA PROCESAL PENAL. COMO RESULTADO DE ESTA REVISIÓN SE CONCLUYE QUE NO ES POSIBLE SOSTENER, EN ARAS DE UN IDEAL TUTELAR QUE SE HA MOSTRADO INCAPAZ DE LIMITAR LA PRETENCión PUNITIVA DEL ESTADO, LA PLENA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL EN EL ÁMBITO DE LA INFANCIA. EN SU LUGAR SE PROPONE UN SISTEMA QUE SE BASE EN UNA DIFERENCIACIÓN O ESPECIALIDAD POR PROFUNDIZACIÓN, COMPLEMENTACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LAS GARANTÍAS GENERALES DEL PROCESO PENAL.

UN SISTEMA ASÍ CONCEBIDO ES, ASIMISMO, EL QUE MEJOR SATISFACE -CONJUNTAMENTE- LA NECESIDAD DE SEGURIDAD Y GARANTÍAS, INHERENTES A LA RESPUESTA PENAL, Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS IMPUTADOS, OBJETIVO ESPECÍFICO DE LA LEGISLACIÓN INSPIRADA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.

---

<sup>1</sup> Investigador asociado al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales y Consultor Internacional de UNICEF para la oficina de Argentina, Chile y Uruguay.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este estudio se analiza la relación entre el proceso penal y el sistema de enjuiciamiento aplicable a las personas menores de 18 años imputadas de cometer un delito, en el marco de las reformas a la justicia de menores y al sistema de enjuiciamiento criminal que se están debatiendo en el Congreso nacional o aplicando en Chile.

Para ello se analizan las distintas concepciones que en el derecho moderno se han desarrollado para tratar este tema y el estado actual de la discusión en América Latina. Como es lógico, tras la idea de proceso penal subyace la idea que se trata de un procedimiento destinado a establecer la responsabilidad de una persona en un delito y atribuir a quien ha sido considerado responsable una sanción o consecuencia jurídico-penal.

Hoy es mayoritaria la doctrina, aunque todavía persisten voces disidentes, que entiende que existe un verdadero *Derecho penal de adolescentes, jóvenes o menores*<sup>2</sup> y que, en consecuencia, el proceso que se aplica a estos sujetos forma parte o es una variante dentro del proceso penal.

Sin embargo, es también claro en la doctrina que se requiere de un proceso especial, que atienda a las particularidades de las personas a las que se dirige, de las obligaciones del Estado respecto de ellas y de las finalidades de la intervención estatal, asuntos todos que encuentran una base normativa en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>.

El interés de este estudio viene dado por la particular situación de este tema en el ordenamiento jurídico chileno. En efecto, nos encontramos ante un doble escenario de cambio: por un lado se está empezando a implementar gradualmente una nueva justicia criminal que rompe con el modelo inquisitivo que había dominado toda la historia republicana, y por otro, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y un conjunto de legislación recientemente aprobada o en discusión en el Congreso Nacional, están produciendo una ruptura con el modelo tutelar de menores que rigió sin ningún contrapeso desde 1928.

Ya es posible observar que la progresiva entrada en vigencia de un nuevo sistema procesal penal ha transformado profundamente la justicia criminal en Chile.<sup>4</sup> La reforma ha implicado el desarrollo de nuevas instituciones - como el

<sup>2</sup> En América Latina se utiliza el término de *adolescentes* (Brasil y Chile p.e.); en Centro América se ha usado preferentemente el adjetivo “juvenil” siguiendo la tradición alemana; y en España e Italia se mantiene en uso el término “menores”.

<sup>3</sup> Ratificada por Chile el 14 de Agosto de 1990.

<sup>4</sup> El nuevo proceso penal empezó a aplicarse en diciembre del año 2000 en dos regiones del país y de acuerdo a lo previsto se aplicará en todo el país a partir de diciembre del año 2004.

Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública - y una modificación de los principios que organizan el proceso penal.

Mirada en un contexto más general, la reforma procesal penal puede designarse como el hito más relevante de las transformaciones al sistema de justicia llevadas a cabo desde el retorno a la democracia. Asimismo es posible afirmar que es una de las experiencias más exitosas de transformación institucional desarrollada en un marco de cooperación y participación de actores del ámbito público y de la sociedad civil.<sup>5</sup>

En Chile, al igual que en otros países de América Latina que han desarrollado procesos semejantes, existe coincidencia en señalar que los principales objetivos de las reformas son:<sup>6</sup> i) fortalecimiento de las garantías y ii) aumento de la eficiencia del sistema procesal penal. Estos dos objetivos se articulan “dialécticamente”, siendo los sistemas procesales penales el resultado de la forma en que se resuelve cultural y políticamente el conflicto entre estos objetivos en una sociedad y momento determinado.<sup>7</sup>

En el caso concreto de la reforma en Chile se trataba de construir una nueva síntesis entre garantías y eficiencia en el marco de un sistema de justicia que no daba respuestas adecuadas ni a uno ni a otro objetivo.

Sin embargo, esta “dialéctica” entre eficiencia y garantía no es originaria del sistema procesal penal, sino que ha de entenderse como una derivación directa de las tensiones propias del conjunto del sistema penal y de la política criminal.<sup>8</sup> En último término, en el ámbito jurídico, esta tensión es expresión del equilibrio entre libertad y seguridad elaborado institucionalmente en el marco del movimiento constitucionalista que da origen al Estado de Derecho moderno.<sup>9</sup>

Asimismo, al analizar el fenómeno desde una perspectiva sociológica se observa que los distintos componentes del sistema penal -materiales, procesales y de

<sup>5</sup> Sobre el proceso que condujo a la reforma, véase Duce Mauricio y Riego Cristián, *Introducción al Nuevo sistema Procesal Penal*, volumen I, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2002, pgs. 67- 80.

<sup>6</sup> Sobre los fundamentos de los procesos de reforma a la justicia criminal en América Latina, véase Binder Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, en particular el capítulo VII, “Proceso penal y desarrollo institucional: la justicia penal a las puertas del Siglo XXI,” pgs. 171 y sgtes.

<sup>7</sup> En este punto se sigue a Binder Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ediciones Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993. En un mismo sentido Duce Mauricio y Riego Cristián, ob. cit. pg. 36 y sgtes. Desde otra perspectiva, pero con coincidentes resultados Maier señala como funciones materiales del derecho procesal penal: la realización del derecho penal material; la protección personal del imputado ante el poder penal del Estado; y la recomposición de la paz y seguridad jurídica. Maier Julio, *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2ª. Ed. 1996, pgs. 84-93.

<sup>8</sup> Maier señala que “el Derecho procesal penal es parte del Derecho penal... ya que son dependientes entre sí para la realización de la política criminal del Estado”. Ibid. pg. 145.

<sup>9</sup> Sobre esto véase Prieto Sanchíz Luis, *La Filosofía Penal de la Ilustración* en *Historia de los Derechos Fundamentales* (Tomo II, 3 Volúmenes), Peces-Barba Gregorio, Fernández Eusebio y De Asís Rafael directores, Editorial Dykinson, Madrid, 2001.



ejecución- son un instrumento de un amplio y diferenciado dispositivo de control social<sup>10</sup>. En consecuencia, el análisis y diseño de políticas públicas relativas al proceso penal tiene estricta relación con el conjunto de instrumentos que conforman el sistema de control social en el marco de un Estado de Derecho Democrático.<sup>11</sup>

Es en atención a estas relaciones que es posible considerar como ineludible reflexionar acerca de las consecuencias de la aplicación del nuevo sistema procesal penal en Chile, para el diseño de un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes que -a su vez- se integre a un sistema más complejo de control social de las infracciones a la ley penal cometidas por ese sector de la población.

Como es sabido, desde agosto de 2002, se encuentra en debate parlamentario el Proyecto de Ley que establece el Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal aplicable a las personas que sean mayores de catorce y menores de dieciocho años al momento de infringir la ley penal.<sup>12</sup>

En el Mensaje del Proyecto de Ley, enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, se establece: “Se da la inconsecuencia que el sistema especial de menores, nacido para proteger los derechos de los niños, ha terminado por desmedrar su posición jurídica, situación que se ha hecho aún más evidente a partir del perfeccionamiento de la justicia penal de adultos con la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento penal”.<sup>13</sup>

De acuerdo al “Mensaje”, esta situación de desmedro se vio agravada con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, por lo que el Proyecto debe entenderse como un intento de igualar y reforzar el estándar de garantías de los adolescentes respecto de los adultos. Así se establece que:

“Siguiendo la más moderna doctrina, el Proyecto recepciona todas las garantías penales y procesales propias de los adultos, agregando garantías específicas para los adolescentes... se garantiza la existencia de un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control de ejecución de la sanción, que aseguren la capacidad e idoneidad de los operadores del sistema para hacerse cargo de las finalidades de esta Ley.

<sup>10</sup> Maier Julio, ob. cit., pg. 146.

<sup>11</sup> Sobre las relaciones entre Estado y Control Social, véase Melossi Dario, *The state of social control a sociological study of concepts of state and social control in the making of democracy* (1990). Traducción al español, *El Estado del Control social*, Editorial Siglo XXI, Ciudad de México, 1992.

<sup>12</sup> Para el análisis de los antecedentes de este proyecto, véase Cillero Miguel y Bernal Martín, *Derechos Humanos de la Infancia/Adolescencia en la justicia “penal de menores” de Chile: evaluación y perspectivas* en *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, Chile, 2002, pgs. 9 y sgtes.

<sup>13</sup> *Mensaje 68-347* del Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar a la H. Cámara de Diputados, 2 de agosto 2002. El análisis del Proyecto de Ley no es materia de este estudio y es abordado en esta misma publicación, Sección Ensayos, por Duce Mauricio, *El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas*.

En el ámbito procesal se recogen los principios fundamentales del nuevo Código Procesal Penal, estructurándose un procedimiento acusatorio oral, que reconoce el principio de presunción de inocencia, el derecho a la defensa, abre espacios para acuerdos reparatorios entre la víctima y el delincuente y otorga facultades para aplicar ampliamente el principio de oportunidad en la persecución.”

Asimismo, la aplicación de la reforma procesal penal ha alcanzado en sus efectos a todos los adolescentes que tenían entre 16 y 18 años al momento de producirse el hecho punible y, en particular, a aquellos respecto de quienes se estableció por sentencia judicial que actuaron con discernimiento y fueron juzgados de acuerdo al procedimiento penal de adultos.<sup>14</sup>

## 2. MINORÍA DE EDAD Y PROCESO PENAL

Pese al evidente vínculo entre Estado de Derecho y los derechos fundamentales de libertad reconocidos o garantizados bajo los preceptos constitucionales constitutivos del debido proceso en materia penal,<sup>15</sup> la práctica jurídica y legislativa mantuvo a las personas menores de edad fuera del ámbito de protección constitucional, bajo el argumento de establecer un sistema jurídico especial. La crítica a esta posición se encuentra suficientemente documentada y, en síntesis, se puede afirmar que significó en la práctica, que el *Derecho de Menores* se constituyó en un sistema “penal reforzado”,<sup>16</sup> situación que en el ámbito procesal fue objetada a partir de la segunda mitad del s. XX, entre otros órganos jurisdiccionales, por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica y el Tribunal Constitucional de España.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Sobre la aplicación de la reforma los adolescentes declarados con discernimiento, véase Couso Jaime, *El Nuevo Proceso Penal y los Imputados Menores de Edad. Estudio Exploratorio Acerca de los Resultados del Primer Año de Aplicación en las Regiones de Coquimbo y la Araucanía* en *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, Chile, 2002, pgs. 93 y sgtes. Sobre el sistema chileno de responsabilidad penal de las personas menores de 18 años, véase Cillero Miguel, *Comentario al Artículo 10 N°s 2 y 3 del Código Penal en Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Politoff Sergio, Ortiz Luis (directores) y Matus Jean Pierre (coordinador), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002, pgs. 109 y sgtes.

<sup>15</sup> Véase sobre este punto Roxin Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª edición alemana, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, pgs.10 y sgtes. bajo el párrafo que sugerentemente Roxin titula “*El Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado*”.

<sup>16</sup> Esta certera expresión pertenece a Andrés Ibáñez Perfecto, *El Sistema Tutelar de Menores como Reacción Penal Reforzada en Psicología Social y Sistema Penal*, Jiménez Burrillo Florencio y Clemente Miguel, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

<sup>17</sup> Véase al respecto los casos *In Re Gault* 378 U.S. 1 (1967) de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica y la sentencia 36/91 de 14 de Febrero del Tribunal Constitucional español, respectivamente. Para comentarios de estos fallos véase Neigher Alan, *The Gault Decision: Due Process and The Juvenile Court in Readings in Juvenile Delinquency*, Cavan Ruth, Editorial J.B. Lippincott company, 2ª ed., Philadelphia and New York, 1969, pgs. 394 y sgtes.; Platt Anthony, *The Child Savers, The invention of delinquency*, 2ª. ed., 1977, traducción al español: *Los Salvadores de los Niños o la Invención de la delincuencia*, Editorial Siglo XXI, México, 1982, pgs. 153 y sgtes. y *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Tamarit Joseph, González-Cussac J. y Gómez Colomer Juan, coordinadores, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

La evolución de la jurisprudencia americana sobre la materia es demostrativa del cambio de posición que se ha dado en el derecho occidental sobre la materia. En efecto, tempranamente el intento de constituir un sistema de justicia como una “agencia social” más que un Tribunal de Derecho, fue sometido al escrutinio de constitucionalidad. La Corte en 1905, en el caso Fisher, sostuvo la tesis de que la actuación de la Corte Juvenil no era propiamente un “juicio”, sino más bien actuaciones cuyo verdadero propósito era “prevenir un enjuiciamiento” futuro, por lo que las objeciones de inconstitucionalidad por atentar contra el debido proceso no fueron acogidas.<sup>18</sup>

Esta tendencia se mantuvo vigente durante largo tiempo en Estados Unidos de Norteamérica, sirviendo de sustento a las actuaciones judiciales. A modo de ejemplo puede citarse la tendencia a tratar conjuntamente “los casos de negligencia y de delincuencia” y considerar que la indagación sobre las “causas” no debía limitarse por las “estrechas reglas de la evidencia” o las “absurdas y obsoletas limitaciones al testimonio” que quedan de manifiesto en el Informe Anual de la “Children’s Court of the City of New York” de 1925.<sup>19</sup>

Desde su creación hasta la resolución del caso Gault en 1967, la justicia americana se debatió entre la imagen de una justicia de jóvenes, entendida como una agencia social que era prevaleciente, y una visión más legalista que pretendía imponerle límites, someterla a la legalidad, pero también impedir que esta “justicia especial” llegara a ser -como declaró la Corte de Illinois en 1935- “una suerte de refugio” para asegurar a los niños y adolescentes su impunidad o impedir su declaración como un “delincuente”.<sup>20</sup>

Junto a la tensión entre protección de los niños y defensa social a la que se ha hecho mención anteriormente, en la jurisprudencia y doctrina mayoritaria también se asume que existiría una cierta incompatibilidad entre los fines de protección y la limitación de las facultades del juez por la ley y las garantías procesales. Esto todavía es sostenido, como se verá, por algunos autores latinoamericanos.

La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica dará un giro en su interpretación con la decisión en el mencionado caso Gault de 1967, cambiando la tendencia y afirmando la vigencia de las garantías procesales para el juzgamiento de las personas menores de edad.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> *Commonwealth v. Fisher*, 213 Pa.48,53,62 Atl. 198, 200 (1905) citado por Dunham H. Warren, *The Juvenile Court: Contradictory Orientations in Processing Offenders*, pg. 379 en Cavan Ruth, ob. cit. pgs. 370-394.

<sup>19</sup> Citado por Dunham H. Warren, ob. cit., pg. 381.

<sup>20</sup> *People v. Lattimore*, 119 N.E. 275, 362 Ill.206 (1935). Citado por Dunham H. Warren, ob. cit. pg. 388.

<sup>21</sup> Para un interesante estudio sobre la extensión y los límites -el más importante es la negativa de aceptar el juicio por jurados- que estableció la Corte al decidir el caso Gault, véase Neigher Alan, ob. cit., pgs. 394 y sgtes.

Del amplio contenido de esta decisión es interesante relevar algunos de los pronunciamientos que tienen mayor relevancia para los temas aquí tratados. En primer lugar es importante señalar que el caso Gault estableció la necesidad de una debida “notificación de los cargos” que además debía ser puesta en conocimiento de los padres del infractor el derecho a la defensa jurídica. Asimismo, estableció que el adolescente tenía derecho a no declarar contra sí mismo y a confrontar a los testigos.

De este modo, se estableció la vigencia de importantes garantías contenidas en la quinta y sexta enmienda, en particular relativo a la obligación de ser advertido del derecho a no declarar contra sí mismo o a autoincriminarse.

La Corte de Arizona había desechado el recurso señalando que “la necesaria flexibilidad para individualizar el tratamiento sería reforzada por una regla que no requiere que el juez notifique al niño del privilegio contra la autoincriminación”.<sup>22</sup> La Suprema Corte, por el contrario, es clara en señalar que “sería por cierto sorprendente si el privilegio contra la auto-incriminación estuviera disponible para delincuentes duros, pero no para niños. El lenguaje de la quinta enmienda aplicable a los Estados por aplicación de la decimocuarta enmienda, es *inequívoco* y *sin excepción*. Y el alcance de este privilegio es *comprehensivo*”.<sup>23</sup>

La Corte también aprovechó esta oportunidad para aclarar que no importa el tipo de procedimiento, sea “civil o criminal” o el nombre que se le de al encarcelamiento. La Corte fue enfática al dictaminar que “nuestra Constitución garantiza que ninguna persona sea “obligada” a ser testigo contra sí mismo cuando está amenazado con privación de libertad”.<sup>24</sup>

Ciertamente la Corte no plantea una mera asimilación de la aplicación de la garantía de no autoincriminarse de los niños y adolescentes con la de los adultos. Sin embargo, precisa que pueden haber ciertas diferencias “en la técnica -pero no en los principios- dependiendo de la edad del niño y la presencia y competencia de los padres”.<sup>25</sup>

Respecto a los sistemas de tutela, la Corte va aún más lejos poniendo en duda las bases teóricas y constitucionales de la doctrina de *parens patriae* por la que el Estado asumía el rol sustituto de los padres, y poniendo en tela de juicio, además,

<sup>22</sup> Citada por Neigher Alan, ob. cit., pg. 407; la traducción es nuestra. Es de notar que la declaración del joven Gault ante el Juez -sin previa advertencia de sus consecuencias y el derecho a no declarar que le asistía- había sido determinante en la decisión judicial de privarlo de libertad.

<sup>23</sup> Ibid., pg. 407; la traducción y el destacado es nuestro.

<sup>24</sup> Ibid., pg. 408; las comillas provienen del original y la traducción es nuestra.

<sup>25</sup> Ibid., pg. 408; la traducción es nuestra. Como se verá más adelante, esta posición de la Corte da origen a lo que aquí llamamos una especialidad que viene a reforzar o a complementar las garantías generales.

la constitucionalidad de instituciones de confinamiento que se utilizaban bajo una nomenclatura de “hogares de recepción” o “escuelas industriales”.<sup>26</sup>

La profundidad y amplitud del caso Gault justifica el alto impacto que tuvo en la evolución del derecho aplicable a los niños y adolescentes. En el ámbito de las garantías procesales se reforzó el principio de no discriminación; en el plano sustantivo se estableció de un modo claro la primacía de un concepto material de privación de libertad por sobre cualquier definición de carácter preventiva o “funcional”. Finalmente, se plantearon dudas acerca de la constitucionalidad de la doctrina del *parens patriae* que sigue inspirando casi 30 años después las legislaciones de menores de países como Chile, Argentina y Uruguay, pese a que la doctrina sentada en el caso Gault, ha sido recogido normativamente por numerosas leyes nacionales e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En el ámbito normativo, como se dijo supra, será la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 la que zanjará definitivamente el punto, reconociendo la aplicación de las garantías del debido proceso a las personas menores de edad imputadas de cometer un ilícito penal. Recientemente la Corte Interamericana ha resuelto en un sentido similar una consulta de la Comisión Interamericana.<sup>27</sup>

La exclusión de las garantías se debió al predominio de una doctrina que afirmaba que existía una radical separación entre las instituciones propias del Derecho penal y las aplicables a las personas menores de edad. Esta doctrina se basaba en que la exclusión de responsabilidad penal establecida en los Códigos Penales rompía todo vínculo entre el menor de edad y el sistema penal, tanto desde la perspectiva sustantiva como procesal.<sup>28</sup>

### 3. EL DERECHO DE MENORES COMO MECANISMO DE EXCLUSIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL<sup>29</sup>

Una de las características del Derecho penal moderno ha sido la exclusión del régimen penal general a las personas menores de edad. Por ello, la evolución de las relaciones entre la pretensión punitiva del Estado y este grupo de la población,

<sup>26</sup> *In re Gault Part II*, citado por Neigher Alan, ob.cit., pg. 410.

<sup>27</sup> *Opinión Consultiva 17*, 2002.

<sup>28</sup> Existe abundante literatura sosteniendo esta posición, por todos ver a Sajón Rafael, *Derecho de Menores*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pg. 81 relativo a la “*Singularidad del Derecho de Menores*” y pgs. 267 y sgtes., relativas a la “*Autonomía del Derecho de Menores*.”

<sup>29</sup> He desarrollado con más detenimiento este tema en *Garantías, Dogmática Jurídico penal y minoría de edad: actualidad del pensamiento penal ilustrado*, artículo que se encuentra en prensa y será editado en *Justicia y Derechos del Niño*, N°5, UNICEF, Santiago, Chile, 2003.

muestra la existencia de criterios diferentes a los que se han aplicado para la generalidad de las personas, tanto en el ámbito material como en el procesal.

En este sentido se puede afirmar que las corrientes de defensa de las garantías en el ámbito penal, material o procesal, poco se interesaron de los menores de edad y que incluso el constitucionalismo se encuentra en deuda con ese segmento de la población. Sólo en los últimos 30 años, y en especial los últimos 15, es posible señalar que se ha generado un genuino movimiento en defensa de la limitación garantista de la intervención del Estado en el ámbito penal y proteccional de “menores”.

Al revisar la doctrina se pueden encontrar dos grandes teorías para justificar la falta de responsabilidad como adultos de las personas menores de edad: (1) las doctrinas de la imputabilidad en sentido estricto, que asimilan al menor con el enajenado mental y fundan la exención en que el menor no tiene capacidad de culpabilidad por carecer de plenas facultades de comprender lo ilícito y actuar según esa comprensión; (2) y las doctrinas político-criminales que consideran la edad penal como una barrera o frontera político criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito: el de adultos y el de personas menores de edad.

Los sistemas penales que consideran la edad penal como una barrera político criminal se dividen en dos grupos: (2.1) los llamados “modelos de protección” que declaran irresponsable al menor y le asignan una medida de seguridad o de protección; (2.2) y los que aplican a la persona menor de edad un Derecho penal especial de adolescentes o modelo de la responsabilidad, que contempla sanciones especiales y reconoce a los adolescentes una especial capacidad de culpabilidad.<sup>30</sup>

Ciertamente estas clasificaciones no logran contener las diferentes variantes de los sistemas jurídicos. Así por ejemplo, en ciertos sistemas “penales juveniles” -como el alemán que desarrolló por primera vez durante la República de Weimar un Derecho penal especial para jóvenes delincuentes<sup>31</sup>-, ha coexistido un Derecho penal de la culpabilidad por el acto con un Derecho penal de autor de carácter “educativo” basado en la peligrosidad social, que se acerca a los modelos de protección aplicados en América Latina y España hasta 1990.<sup>32</sup>

En el derecho comparado se pueden apreciar distintos mecanismos para establecer el diferente estatuto jurídico de menores y adultos en el plano material: el sistema de discernimiento, vigente principalmente durante el s. XIX y los sistemas

<sup>30</sup> Giménez-Salinas Colomer i Esther, *La Justicia de Menores en el Siglo XX: una gran incógnita en Un Derecho Penal del Menor*, Bustos Ramírez Juan, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1992, pg.12.

<sup>31</sup> Muñoz Conde Francisco, *Política Criminal y Dogmática Jurídico-penal en la República de Weimar en Doxa*, 15-16, 1994, pgs. 1025-1050.

<sup>32</sup> Al respecto véase Albrecht Peter, *Respecto al futuro del derecho penal de menores*, en *Ibid.*, pg. 60 y Cillero Miguel, *Adolescentes y Sistema Penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño en Justicia y Derechos del Niño*, N°2, Ediciones UNICEF, Buenos Aires, 2000, pgs. 101-138.

tutelares de menores, que predominaron durante el s. XX. Los primeros fuertemente influidos por el clasicismo penal, los segundos por el positivismo criminológico.

Será hacia finales del s.XX en que se empezarán a desarrollar los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes, menores o jóvenes, que irrumpirán en el panorama legislativo latinoamericano a partir de 1990. Estos sistemas intentan restablecer – con una nota de especialidad- el vínculo entre las categorías sustantivas y procesales propias del Derecho penal y procesal penal y la reacción del Estado ante las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes.<sup>33</sup>

En el plano procesal, la doctrina identifica cuatro grandes modelos para el enjuiciamiento de personas menores de edad, que se corresponden a los enunciados en el ámbito sustantivo. Ellos son: i) el modelo de tutela, que considera al infractor un enfermo y al proceso y la atribución de consecuencias como un acto curativo; ii) el modelo de bienestar que pretende otorgar respuestas sociales y pedagógicas debido a la inferioridad social del agente; iii) el modelo educativo, basado en la idea de incapacidad jurídica que atribuye medidas de protección o reforma; y iv) el modelo de la responsabilidad en que se reconoce la capacidad de culpabilidad de la persona menor de edad pero se atribuyen consecuencias jurídicas que toman en consideración su característica de sujeto en desarrollo.<sup>34</sup>

Durante el s.XIX, bajo la influencia de la denominada *Escuela Clásica de Derecho Penal*, primaron los sistemas de incapacidad de culpabilidad. Sus principios básicos fueron la pena retributiva, el criterio de discernimiento para resolver sobre la capacidad de culpabilidad y la ausencia de consecuencias jurídicas del delito distintas a la pena retributiva. En consecuencia, en teoría, o se le impone la pena retributiva al sujeto, por entenderse que tiene capacidad de culpabilidad - es decir, que actuó con discernimiento-, o no se le puede imponer ninguna otra consecuencia jurídico-penal.<sup>35</sup>

La evolución italiana es especialmente ilustrativa en este punto debido a que muestra de un modo paradigmático la influencia primero del clasicismo penal, y luego del positivismo criminológico, en la legislación relativa a las personas

<sup>33</sup> Véase sobre este punto Beloff Mary, *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, García Méndez Emilio y Beloff Mary compiladores, 1ª edición, Temis/Depalma, Santa Fé de Bogotá, 1998.

<sup>34</sup> Gómez-Colomer Juan Luis, *Tuición procesal penal de menores y jóvenes en Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, González Cussac José Luis, Tamarit Sumalla Josep María y Gómez-Colomer Juan Luis, compiladores Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pgs. 155-159-160-193.

<sup>35</sup> Silva Sánchez Jesús, *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, pg. 168. Respecto al carácter “teórico” de la exención de responsabilidad véase Cillero Miguel, *Nulla poena sine culpa. Un Límite Necesario al Castigo penal de los Adolescentes en Adolescentes y Responsabilidad Penal*, García Méndez Emilio, compilador, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pgs. 71 y sgtes. y el completo análisis de Couso Jaime, *La otra Violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el derecho chileno*, Informe de Investigación Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 15, año 5, junio 2003.

menores de edad. Es conveniente examinar con alguna detención la trayectoria del Derecho penal italiano porque permiten comprender mejor la evolución de las ideas que sirvieron de fundamento al *Derecho de Menores* en América Latina, debido al fuerte impacto que los más destacados juristas italianos ejercieron en esta parte del mundo.

En un comienzo en Italia se acoge la tesis del “discernimiento” - tanto en el código de 1859 como en el de Zanardelli de 1889- y se dispone que los menores declarados con discernimiento deben cumplir sus sanciones en centros reeducativos especiales (casas de custodia), dotados de personal especial (los “institutores”), y se establecen, también, rebajas sustanciales de penas y exclusión de la pena de muerte.<sup>36</sup> Este es el diseño característico del modelo de respuesta ante la criminalidad derivado del enfoque de la *Escuela Clásica de Derecho Penal*, que mantenía en el ámbito de los declarados con discernimiento las garantías de Derecho penal material y procesal propias del sistema de los adultos.

Este diseño político criminal presenta dos graves limitaciones: i) se basa en un criterio de extrema vaguedad y de difícil prueba como el discernimiento; y ii) no reconoce la especialidad del niño y el adolescente como sujeto de derecho por lo que no desarrolla garantías especiales ni a nivel sustantivo ni procesal, reduciéndose solamente a limitar las penas.

En el ámbito de la criminalidad de los menores de edad, el positivismo irrumpe de la mano de la crítica a estas limitaciones del modelo clásico; por una parte, ataca la idea de discernimiento -y su presupuesto el libre albedrío- y por otra la falta de una respuesta específica para los niños y adolescentes. Sin embargo, los fundamentos de esta crítica no se vinculan con el fortalecimiento de postulados limitadores del *ius puniendi*, sino por el contrario, ampliaban el ámbito del poder penal.

Así, el positivismo reemplaza el criterio de discernimiento por el de peligrosidad; por su parte, la especialidad que se propugnaba -y que se plasmaría en el llamado *Derecho Tutelar de Menores*- no tenía por fundamento el reconocimiento de un carácter peculiar del niño y del adolescente como un sujeto de derechos, sino que con ella se pretendía el reforzamiento del control y de las posibilidades de intervención del Estado sobre un segmento de población que se consideraba peligrosa.<sup>37</sup>

La revisión histórica muestra que en todos los países los postulados positivistas relativos al control de los niños y adolescentes se introducen bajo la supuesta

<sup>36</sup> De Leo Gaetano, *La Justicia de Menores, La delincuencia y juvenil y sus instituciones*, Editorial Teide Barcelona, 1985 pg. 27 y sgtes.

<sup>37</sup> Es esto lo que da origen a la creación de lo que García Méndez llama una vaga categoría sociológica como la del menor en situación irregular que es característica de las legislaciones de menores en América Latina. García Méndez Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1998, pg. 186.



“evidencia” de un aumento de la delincuencia juvenil.<sup>38</sup> En Italia, durante 1908 se produce una fuerte discusión acerca del aumento de la criminalidad juvenil, dándose a conocer estudios que indicaban su alarmante aumento en Italia y Europa. En estas discusiones participa, entre otros, Lombroso cuyas ideas ya habían ejercido una fuerte influencia en el desarrollo de los Tribunales de Menores en Estados Unidos de Norteamérica.<sup>39</sup> Pese a diversos intentos, estas iniciativas no se transformaron en Ley, manteniéndose vigente el Código Zanardelli.<sup>40</sup>

En 1909 se nombra una “Comisión Real” presidida por O. Quarta, fuerte impulsor de los postulados positivistas, quien había sido uno de los que desarrollaron estudios sobre el aumento de la delincuencia juvenil. Se afirma en el proyecto Quarta que el objetivo de la intervención del Estado respecto a los adolescentes y niños debe consistir en “construir, formar y reformar su carácter para prevenir el mal”.

En los aspectos de procedimiento se eliminaba la publicidad y algunas garantías procesales, para actuar *en* “beneficio del menor” y se le concedía al juez la posibilidad de aplicar un conjunto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad. El trabajo de la comisión se extiende hasta 1912 surgiendo como propuesta la necesidad de “reunir en un solo código las disposiciones dispersas” en la legislación penal y civil. Igualmente se propone la creación de un magistrado por provincia o circunscripción - cuya tarea exclusiva sea “vigilar la asistencia, tutela, protección, instrucción, disciplina y corrección de los menores y la creación de la Policía de Menores”.<sup>41</sup>

Respecto al problema de la imputabilidad y el discernimiento, se propone terminar con él y establecer la inimputabilidad fundada en razones de carácter científico y no en criterios como el libre albedrío predominante en el enfoque clásico.

<sup>38</sup> Chile no es ajeno a este debate, encontrándose los estudios sobre el aumento de la delincuencia juvenil en el centro de la discusión de la Ley 4.447 de 1928 que estableció por primera vez una legislación especial de menores y creó la judicatura especializada. Al respecto véase Cillero Miguel, *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia en Chile en Infancia en Riesgo y Políticas Sociales en Chile*, Pilotti Francisco, coordinador, Ediciones Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pgs. 75 y sgtes. Es paradójico que mientras en ese tiempo se planteaba como un “remedio” frente al aumento de la delincuencia juvenil, poner término a un bajo límite de la edad penal y al juzgamiento de menores como adultos - ya que esta política favorecía la criminalidad -, ahora se propone rebajar la edad penal y permitir el juzgamiento de los menores como adultos, como una medida para disminuir la criminalidad.

<sup>39</sup> Véase al respecto Platt Anthony, ob. cit., pgs. 44 y sgtes.

<sup>40</sup> Durante este período se dicta la *Circular Orlando* (contenida en *Revista de diritto penitenziario*, Roma, Italia, 1934 pgs. 803 y sgtes.) que, basándose en el fuerte “aumento de la delincuencia juvenil”, fija los “nuevos deberes de la justicia aplicada a los menores” y asume la perspectiva positivista para comprender las causas de la delincuencia de menores. En ella se subraya la necesidad que los magistrados valoren estos elementos a los fines de determinación de la pena, entre otras cosas porque “la acción represiva ha acabado por constituir un factor más de mayor corrupción y una invitación a futuros delitos”.

<sup>41</sup> *La relazione al Progetto Quarta*, publicado en *Revista de Diritto Penitenziario*, Roma, 1934 pgs. 806 y sgte., citado por De Leo, ob. cit., pg. 38.

Terminada la Primera Guerra Mundial, se emprende nuevamente el intento de reforma de la legislación penal. Ferri elabora su proyecto de Código Penal de 1921, que contiene un importante acápite relativo a la situación de los menores. El proyecto acentúa la consideración de las causas y en particular las condiciones de abandono moral y la llamada “desmoralización resultado de la miseria”.

Frente a la delincuencia se preveían dos tipos de “remedios”: los sociales y los legales; los primeros deben actuar en términos de prevención, profilaxis, educación, cuidado, en una atmósfera económica y familiar libre del veneno de la miseria material y moral; y los remedios legales, que tanto en el ámbito civil como penal, no debían estar guiados por las “tradicionales normas abstractas de responsabilidad moral, aritméticamente graduada según las diferentes edades”, sino que “deberían inspirarse siempre en el criterio fundamental de la personalidad del delincuente, más o menos peligroso, más o menos corregible”.<sup>42</sup>

En 1930 se dicta el Código Rocco y en 1934 el Decreto de Menores, que todavía regulan lo esencial de la normativa italiana en materia sustantiva. En el ámbito procesal se producirá un cambio de orientación en 1988 en que se promulga una nueva legislación reguladora del “Procedimiento Penal de Menores”.<sup>43</sup>

Del estudio de la situación italiana se desprende inequívocamente que el *Derecho Tutelar de Menores* que surgirá en ese país formalmente en 1934, encuentra su fundamento sociológico en la necesidad de defensa social y utiliza como postulado central para su construcción normativa y procesal una laxa categoría de peligrosidad social y de la división de los sujetos en normales y anormales.

Las personas menores de edad son ubicados por el Código Rocco, y por todas las legislaciones que se basan en este “equilibrio”, entre los “no-normales”, declarándose “su definitiva pertenencia al área de la no normalidad biológica y psíquica, así como su presunta patología”.<sup>44</sup>

Como señala Ferri, se trata de una nueva tendencia “que adopta para los menores no la tradicional pena-castigo -llamada intimidatoria-, sino una serie de medidas defensivas, educadoras y curativas adaptadas no a los pretendidos grados de discernimiento y de culpabilidad moral, sino a la diversa peligrosidad y readaptabilidad social de estos sujetos conscientes, pero con voluntad no madura”.<sup>45</sup> En este sistema, la atribución de peligrosidad reemplaza a todas las categorías de

<sup>42</sup> Las citas están tomadas de la “Relazione” que acompaña al Proyecto Ferri citadas por De Leo Gaetano, ob. cit.

<sup>43</sup> Sobre la nueva legislación procesal italiana, su texto íntegro está publicado en Bustos Ramírez Juan, ob. cit., pgs. 215 y sgtes. Para consultar la legislación italiana y la jurisprudencia, véase Nigro Benito, *Proceso Penale Minorile*, Editorial Pirole, Milano, 1989.

<sup>44</sup> De Leo Gaetano, ob. cit., pg. 43.

<sup>45</sup> Ferri Enrico, *Principios de Derecho Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1928 pgs. 448 y sgte.

la teoría del delito, actúa como presupuesto de la intervención en lugar del injusto y sustituye a la culpabilidad.

En el ámbito de los procedimientos, se propugnó la participación de los técnicos (léase científicos naturales, preferentemente médicos) en los procesos y se establecieron tribunales especiales, que, desde el decreto de 1934 reunían competencia penal, civil y la llamada “administrativa” que comprendía la “inadaptación social” del menor que se describe genéricamente como “irregularidades de la conducta y del carácter”.

La evolución de la legislación italiana es representativa del *Derecho de Menores* que se aplicó en España y América Latina. Un reflejo de esta tendencia dominante es la siguiente afirmación de Cuello Calón: “tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso”.<sup>46</sup>

En conclusión, en razón del “bien” que significan las medidas de protección se restringen los derechos de los niños y adolescentes privándoseles incluso del debido proceso porque -se alegaba- no se les aplicaba el Derecho penal, sino una medida de ayuda y tutela.

Estas ideas serán plenamente aplicadas a la legislación de menores. Para muestra examínese la siguiente orientación que el artículo 16 de la Ley española de Tribunales Tutelares de Menores entregaba los jueces, señalando que en el ejercicio de sus funciones actuaran “prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad (penal), se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código penal y en las mencionadas leyes especiales.”

O el aún más explícito -en cuanto a sustituir la categoría delito como presupuesto de las medidas aplicables a los menores- artículo 32 de la Ley de Menores chilena (16.618) que rigió plenamente hasta la promulgación de la Ley 19.806 (que estableció las “Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal”<sup>47</sup>) que dispone: “antes de aplicarse a un menor de dieciocho años las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor.

<sup>46</sup> Cuello Calón Eugenio, *Tribunales para Niños*, Madrid, 1917, pg. 38.

<sup>47</sup> Las Normas adecuadoras rigen plenamente en aquellas regiones del país en que se encuentra vigente el nuevo proceso penal en virtud de la gradulidad territorial establecida para su aplicación. Sin embargo, recientes resoluciones de la Corte Suprema han establecido que las normas sustantivas contenidas en esta ley rigen *in actu* en todo el territorio nacional por lo que la derogación del artículo 32 debe entenderse que rige en todo el país.

Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que al menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicar las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral.”

De la concreta evolución histórica del *Derecho Tutelar de Menores* quedan dos evidencias: se trató -en la mejor de las hipótesis- de un intento fracasado de “abolición de la respuesta penal”,<sup>48</sup> que -en lugar de una “salida del Derecho penal”- se transformó en un mecanismo de expansión de la respuesta punitiva que puede caracterizarse bajo la fórmula “más penas sin derecho”. En síntesis, y tal vez esto no se ha dicho lo suficientemente claro en la literatura crítica al *Sistema Tutelar de Menores*, el *Derecho de Menores* es también -aunque no lo acepte- derecho penal, lo que ocurre es que es un “mal Derecho penal” ya que sus fundamentos son la defensa social y el peligrosismo antigarantista.

En el plano procesal aún autores como Sajón<sup>49</sup> en Argentina y Mendízabal<sup>50</sup> en España, han propuesto la absoluta autonomía del Derecho procesal de menores del Derecho procesal penal.

Sin embargo, a partir del citado caso Gault en 1967, se inicia un proceso de retroceso del Derecho de Menores y una reformulación de los postulados garantistas aplicables a las personas menores de edad.

En el ámbito de las infracciones a la ley penal, como consecuencia del derrumbe del inconstitucional modelo tutelar, se ha desarrollado un movimiento legislativo y doctrinario que propugna el establecimiento de un Derecho penal *juvenil, de adolescentes o de menores*, que responde a lo que anteriormente se caracterizó como modelos de la responsabilidad. En América Latina la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha sido el punto de referencia obligado de estas modificaciones, que han adquirido la forma de leyes especiales penales de adolescentes, o bien, han integrado un capítulo específico a este tema en el marco de leyes integrales de protección de derechos de la infancia.<sup>51</sup>

A diferencia del Derecho penal juvenil desarrollado en Alemania los modelos de responsabilidad no se basan exclusivamente en el principio “educativo”, sino que refuerzan el principio de responsabilidad por el hecho y no por la condición

<sup>48</sup> En otra parte he denominado al derecho tutelar de menores como un “abolicionismo de etiqueta”, véase Cillero Miguel y Bernal Martín, ob. cit., pg. 14.

<sup>49</sup> Sajón Rafael, ob. cit., pgs. 371 y sgtes. relativo al derecho adjetivo de menores.

<sup>50</sup> Mendízabal Luis, *Introducción al Derecho Procesal de Menores*, Instituto de la Juventud, Madrid, 1973.

<sup>51</sup> Al respecto véase García Méndez Emilio, *Infancia de los Derechos y la Justicia*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1998.

de vida y se fundamentan en la particular condición jurídica del adolescente como sujeto de derecho.<sup>52</sup>

Dejado atrás el influjo más directo del positivismo antigarantista, surgen sin embargo otras controversias. En el ámbito sustantivo la discusión se ha centrado sobre la naturaleza penal o especial de la responsabilidad, y más específicamente, en la vigencia o no de la categoría culpabilidad en el Derecho penal de los adolescentes y las particularidades que podría presentar en un sistema de justicia especializado.<sup>53</sup>

El debate en el campo procesal ha sido menos intenso, pero igualmente es posible encontrar una discusión relativamente importante acerca de dos cuestiones principales respecto de las cuales pasamos a ocuparnos: a) la posibilidad de constituir un sistema de garantías en el marco de un sistema de protección que no reconozca el principio de responsabilidad penal y b) el grado de similitud, o de diferencia, que debe existir entre el régimen procesal penal de adolescentes respecto al de adultos, una vez aceptado que el proceso tiene como objetivo pronunciarse sobre la existencia de la responsabilidad del adolescente y sobre las consecuencias que puedan derivarse de esta declaración.

#### **4. LA TESIS DE LA SUPUESTA AUTONOMÍA DEL NUEVO DERECHO DE LA INFANCIA ADOLESCENCIA EN MATERIA PENAL**

Asumido el carácter inconstitucional de los sistemas tutelares de menores ha surgido de parte de algunos autores un nuevo intento de desarrollar una alternativa al Derecho penal: un derecho especial de niños y adolescentes que no sería parte del Derecho penal, sino una rama jurídica autónoma que, sin embargo, pretendería tomar distancia de las formulaciones minoristas y basarse en una concepción del niño y del adolescente como un sujeto de derecho.

Este nuevo derecho de la infancia y adolescencia pretende perfeccionar los mecanismos procesales del anterior derecho de menores, de modo de poder pasar el estándar de constitucionalidad más exigente que se planteó a partir del caso Gault en Estados Unidos y cuya máxima concreción normativa viene dada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

<sup>52</sup> Véase Cillero Miguel, *Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño* en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, Ediciones UNICEF, Buenos Aires, 2000, pgs. 113 y sgtes.

<sup>53</sup> Véase una introducción a esta discusión en Cillero Miguel, *Nulla poena*, ob. cit. Este debate se encuentra muy activo en Brasil, como referencia véase defendiendo la vigencia de la culpabilidad Costa Saraiva Joao, *Adolescente em Conflito com a Lei, da indiferença à proteção integral. Um abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, Brasil, 2003, en particular pgs. 69 y sgtes.

En esta nueva perspectiva ya no se postulan los procesos sin forma de juicio, la ausencia de defensor y la fundamentación de la sentencia desvinculada de los hechos imputados y basada en la personalidad del agente. Sin embargo, sus defensores manifiestan una explícita resistencia a entender el proceso que se sigue respecto de una persona menor de edad imputada de cometer un ilícito penal como un proceso penal o, al menos, como una “variante del proceso penal”, tal como lo consideró en su momento el Tribunal Constitucional de España.<sup>54</sup>

Si bien es escasa la literatura sobre este punto, es en Brasil donde este debate se está dando más intensamente, en un intento de superar tanto el viejo paradigma tutelar, como una supuesta rigidez o inadecuación de las garantías procesales penales a la condición jurídica de la infancia y adolescencia.

Uno de los autores que con mayor firmeza defiende esta postura es Paulo Afonso Garrido de Paula,<sup>55</sup> quien tiene una posición radical en cuanto no sólo rechaza la aplicación de las garantías propias del proceso penal en la jurisdicción de infancia y adolescencia, sino que directamente considera que no es aplicable la categoría culpabilidad a los infractores menores de edad.

El argumento central de este autor es que la Constitución de Brasil de 1988 y el Estatuto del Niño y del Adolescente<sup>56</sup> -en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño - marcan una ruptura con las concepciones peligrosistas predominantes en el derecho de menores que le antecedió, compartiendo la crítica aquí planteada a los sistemas tutelares. Asimismo, el autor postula que estos dos instrumentos jurídicos -junto a otros complementarios- tienen como objeto regular “todas las relaciones jurídicas en que participan los niños y adolescentes”<sup>57</sup> -incluidas las relaciones de los adolescentes con el sistema penal- bajo una perspectiva “política de proteger jurídicamente a niños y adolescentes” que se resume en la expresión “protección integral”<sup>58</sup> y que es radicalmente distinta del Derecho penal.

En consecuencia, discrepa explícitamente de las tesis del Derecho penal juvenil señalando que ella “representa, en la práctica, una amenaza a la integralidad y armonía del derecho de la infancia y adolescencia”.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> España, STC. 36/1991 FJ6

<sup>55</sup> Véase, *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 2002.

<sup>56</sup> Ley 8.069, 13 de Julio de 1990.

<sup>57</sup> Véase Afonso Garrido de Paula Paulo, ob. cit., pg. 22. La traducción es nuestra.

<sup>58</sup> Ibid., pg. 23. El autor refuerza su idea citando el artículo 1 del Estatuto que señala: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e a o adolescente”.

<sup>59</sup> Ibid., pg. 45.

Esta posición es fuertemente contestada por otros autores brasileños y extranjeros basándose en el propio Estatuto del Niño y el Adolescente.<sup>60</sup> Así, Costa Saraiva<sup>61</sup> señala que hoy en Brasil existen tres posiciones doctrinarias dominantes: quienes quieren aplicar el sistema de responsabilidad penal de adultos a los menores de dieciocho años; quienes -como Afonso Garrido de Paula- se mantienen en una postura de aparente *abolicionismo penal*, y que al interpretar el Estatuto del Niño y Adolescente de ese modo, “insisten en resucitar el viejo discurso tutelar; y, finalmente quienes -como él- sostienen una postura, que llama intermedia, de un Derecho penal juvenil de carácter mínimo, garantista, que supone el reconocimiento de la responsabilidad penal juvenil.<sup>62</sup> Modelo este último, que se encontraría ya reconocido expresamente por el Estatuto del Niño y del Adolescente.

En síntesis, la discusión brasileña se centra en un problema de interpretación del Estatuto del Niño y Adolescente; sin embargo, la pregunta clave que nos interesa aquí, ya que desborda la particular situación de Brasil, es si acaso es posible desarrollar un debido proceso para adolescentes infractores de la ley penal al margen del reconocimiento de la responsabilidad penal y de la culpabilidad.

Afonso Garrido de Paula, al igual que algunos autores minoristas argentinos como Sajon o Álvarez, postulan que esto es posible, señalando que la tesis “de la exclusividad del Derecho penal como sistema de garantías del derecho fundamental de libertad no me parece correcta” y afirmando que las garantías desarrolladas por el Derecho procesal penal pueden ser aplicadas en otras ramas del derecho.<sup>63</sup>

Esta tesis, de suyo sugerente, sin embargo entra en conflicto directo con la unidad lógica del sistema de Derecho penal garantista que incluye las garantías penales de fondo y procesales. En este sentido la obra de Ferrajoli aparece como la más reciente exposición de la unidad entre un sistema de garantías que tiene como primer paso la afirmación que no hay pena sin delito, de la cual se desprende lógicamente y paso a paso (ley-necesidad-ofensa-acción-culpabilidad) de que no hay pena sin juicio, proposición que permite derivar las garantías de “acusación, prueba y defensa”, esto es, el núcleo central del debido proceso.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Véase por ejemplo Amaral e Silva Antonio Fernando, *O Mito de la Inimputabilidade Penal do Adolescente* en *Revista da Escola Superior da Magistratura do Santa Catarina*, v.5, AMC, Florianópolis, 1998; García Méndez Emilio, *Adolescentes y Responsabilidad penal: un debate Latinoamericano*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, año VI, N° 10, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pgs. 261-275. Toledo Machado Martha, *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, Ed. Manole, Sao Paulo, 2003, pgs. 232 y sgtes.

<sup>61</sup> Véase Costa Saraiva Joao, ob. cit.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Afonso Garrido de Paula Paulo, ob. cit. pgs. 43-44.

<sup>64</sup> Véase Ferrajoli Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995 pg. 93

Pero, como se desprende del sistema de Ferrajoli, esta construcción sistemática de las garantías es interdependiente y se construye en ambos sentidos, esto es, se puede afirmar también que no hay juicio (penal) sin culpabilidad, sin delito y sin ley. En concreto el debido proceso en materia penal -como conjunto de garantías- tiene por objeto justamente pronunciarse acerca de los presupuestos de punibilidad establecidos por los demás postulados, o “axiomas” en términos de Ferrajoli, del Derecho penal. Dicho de otro modo, como sostiene Maier, una de las funciones principales del Derecho procesal penal, y en consecuencia de las garantías en él contenidas, es “la realización del Derecho penal material”.<sup>65</sup>

En consecuencia, la pretensión de Afonso Garrido de Paula de traspasar las “garantías del Derecho procesal penal” a otro sistema jurídico, carece de consistencia, porque éstas garantías no tienen existencia con independencia del resto del sistema de garantías penales, en síntesis, no tiene sentido trasladar las garantías del proceso penal a un sistema de enjuiciamiento que no pretende afirmar la existencia del delito y de la culpabilidad.

Incluso las doctrinas tutelares, como se vio, al reemplazar la categoría culpabilidad por la de peligrosidad, obviamente, renuncian a aplicar las garantías del proceso penal basado en la culpabilidad y recurren a procedimientos informales, donde acusación y defensa no tienen sentido y son reemplazadas por el diagnóstico de especialistas y un juez que actúa y resuelve en “beneficio del menor.”

En el estado actual de desarrollo del Derecho constitucional y penal, las garantías inherentes al debido proceso penal no pueden ser obviadas respecto de los menores de edad sin vulnerar gravemente el principio de igualdad ya que el “principio de formalidad del procedimiento -como señala Roxin- no es una mera categoría formal, sino que (...) sirve directamente a la protección de la dignidad humana”.<sup>66</sup>

Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Estados Unidos cuando en 1967 en el caso *in re Gault* declaró contrarios a la Constitución los procedimientos judiciales seguidos contra menores, en cuanto ellos no cumplieran con todas las garantías de los procedimientos penales, y pudieran tener como consecuencia la privación de libertad, cualquiera fuera el nombre que se le diera a ésta en la ley; en esta sentencia se mantuvo una única diferencia en materia de aplicación de garantías procesales, y que rige hasta la actualidad, que es la improcedencia del juicio por jurados.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Maier Julio, *Derecho Procesal*, ob. cit., pg. 84 y sgtes.

<sup>66</sup> Roxin Claus, *Derecho Procesal*, ob. cit., pg. 3.

<sup>67</sup> Fletcher George, *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Traducción y prólogo de Muñoz Conde Francisco, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pgs. 53-54.



En 1979 la Corte reafirma y amplía su posición de fortalecer la vigencia de las garantías al afirmar que probar la culpabilidad “fuera de toda duda razonable” era un elemento esencial del proceso legal y el trato justo que debía aplicarse tanto a los procesamientos de jóvenes como de adultos.<sup>68</sup>

Por último, la propia Convención sobre los Derechos del Niño es explícita y rigurosa en reconocer todas las garantías propias del enjuiciamiento criminal a los adolescentes o niños<sup>69</sup> y permite terminar con cualquier tipo de ambigüedad respecto a la naturaleza penal de las medidas tutelares y, en consecuencia, la exigencia que los procedimientos seguidos a menores de edad por infracciones a la ley penal se rijan por las garantías del debido proceso penal.

Así también lo entendió el Tribunal Constitucional español en 1991, que, interpretando la ley española a la luz del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención sobre los Derechos del Niño, declaró inconstitucional el procedimiento de “reforma” contenido en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM) señalando que - si bien la competencia reformadora se extiende más allá de las infracciones penales y que las medidas “no se adoptan en el ejercicio del ius puniendi, ni tienen finalidad retributiva”- el procedimiento “se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada, cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento seguido a los menores a efectos penales”, que de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es otra cosa que “una variante del proceso penal”.<sup>70</sup>

De este modo por imperativo constitucional, y por mandato directo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sólo sería posible obviar las garantías del proceso penal –que como se dijo están directamente ligadas a las materiales- si se renuncia al castigo penal y, en particular, a la privación de libertad como consecuencia de habersele imputado al menor de edad la comisión de un delito. No es este el caso de las legislaciones como la del Brasil que entre otras medidas *socioeducativas* que pueden ser impuestas como consecuencia de un acto infraccional -de la ley penal- contempla la *internación* por un período de hasta tres años.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Ver *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1979). Debo esta referencia a Armijo Gilbert, *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*, Ediciones Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 1998 pg. 38.

<sup>69</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del Niño artículo 40. Un análisis completo de la situación chilena antes de la reforma procesal penal en Cillero Miguel, *Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos de Derechos Humanos en Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Medina Cecilia y Mera Jorge editores, Cuadernos de Análisis Jurídico, N°6, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996, pgs. 477 y sgtes.

<sup>70</sup> España, STC. 36/1991 FJ6.

<sup>71</sup> Estatuto del Niño y del Adolescente, artículo 121 que define a la internación como una medida “privativa de libertad”.

## 5. LA TESIS DE LA INTEGRACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES PENALES Y LOS PRINCIPIOS TUTELARES

Frente a la imposibilidad de fundar un sistema de garantías completamente autónomo de las garantías penales, pero atendiendo al hecho que la Justicia de niños y adolescentes no puede ser igual que la de los imputados adultos, se ha levantado la tesis de que sería conveniente integrar el sistema de garantías procesales penales con los principios tutelares propios de las leyes de menores.

Sin embargo, cabe la pregunta acerca de si es posible integrar tutela con garantías procesales en el ámbito de ilícitos penales cometidos por adolescentes, sin reponer los viejos postulados del minorismo. Binder se plantea la cuestión en forma de interrogante: “¿Son, este deseable garantismo eficaz y las concepciones tutelares, irreconciliables?”. Su respuesta es que ello depende de la “función que cumpla en el contexto político concreto la concepción tutelar”.<sup>72</sup>

Según Binder, para poder integrar estas dos concepciones, será necesario que el modelo de tutela recupere “el ideal abolicionista que le es propio” y “renueve su crítica a las garantías formales” y no se ponga al servicio de modelos de política criminal autoritaria o del “enmascaramiento altruista de intereses particulares”.<sup>73</sup>

Binder apunta también sus críticas hacia un blanco que nos acerca directamente a la situación chilena y a la coyuntura de la reforma procesal penal, al señalar que en la concepción tutelar “la base autoritaria del modelo inquisitivo rigió por encima de cualquier intención altruista”.<sup>74</sup>

Si bien el artículo de Binder que venimos comentando es sólo un esbozo de una toma de posición del autor que, más que una teoría elaborada, parece pretender abrir nuevos campos a la comprensión y reflexión de la política criminal en el ámbito penal de adolescentes, se advierte que el autor tiene una visión idealizada del movimiento ideológico que sirvió de base a la expansión de modelo tutelar, pensando que efectivamente predominaron en él los ideales humanitarios, o la conformación de un “ideal tutelar crítico” que podría cumplir una función “cuestionadora propia de toda utopía”.

Lamentablemente, creo que estas afirmaciones de Binder carecen de correspondencia con la realidad. El Derecho Tutelar de Menores ha estado alejado

<sup>72</sup> Binder Alberto, *Menor Infractor y Proceso... ¿Penal? Un modelo para armar* en *La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal*, Baratta Alessandro y Rivera Sneider, Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, 1995, pg. 87.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pgs. 87-88. Al referirse al enmascaramiento altruista de intereses particulares, Binder está señalando el importante peso que los intereses “corporativos” y de las “profesiones” vinculadas a la justicia y servicios administrativos de menores, han tenido en América Latina para el mantenimiento de los sistemas tutelares.”

<sup>74</sup> *Ibid.*, pg. 88.

de las sofisticadas elaboraciones teórico-jurídicas; sólo pretendió dar una solución al problema de la delincuencia juvenil, olvidando los principios jurídicos y asumiendo acríticamente las corrientes del positivismo naturalista; por ello tal vez una de sus características más relevantes es su desconfianza en las categorías jurídicas y su confianza ilimitada en las doctrinas deterministas y resocializadoras.

En el Derecho Tutelar de Menores, convergen distintas vertientes, ya no sólo heterogéneas como en el clasismo penal, sino directamente contradictorias entre sí: el *positivismo peligrosista italiano*, el llamado *darwinismo social*, distintas formas de expresión de *teorías resocializadoras* y una corriente humanista cuyo mayor objetivo era sacar a los niños y adolescentes de las cárceles de adultos.<sup>75</sup> Sin embargo, un análisis riguroso demuestra que las corrientes positivistas y de defensa social impusieron sus términos casi sin contrapeso.

La idea utópica de correccionalistas como Dorado Montero que señalaba que “el Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y jóvenes delincuentes, y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere de pedagogía, de la psiquiatría y del arte el buen gobierno”<sup>76</sup> que Binder pretende rescatar, no tuvo ninguna fuerza frente a la presión por aumento del control sobre los “menores delincuentes” que marcó decisivamente el establecimiento de las leyes tutelares. Como se dijo anteriormente, el *Derecho Tutelar de Menores* es Derecho penal, pero mal Derecho penal, en cuanto máximo exponente de un Derecho penal antigarantista y autoritario.

El propio Binder, como se dijo, señala que el modelo inquisitivo hegemonizó totalmente las pretensiones altruistas del modelo tutelar. Maier va más allá y afirma que los “sistemas inquisitivos y los de menores basados en la *Doctrina de la Situación Irregular* se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos 80 años. La concepción del “otro” como objeto o como súbdito, antes bien que como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad de la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona (juez-padre-acusador-decisor-defensor), cuestiones morales o religiosas fundamentando las decisiones judiciales, la privación de libertad como regla bajo el nombre de medida de internamiento o prisión preventiva, son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo como por el procedimiento previsto por las leyes que responden al modelo tutelar”.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Sobre este punto véase Cid Pijoan y Larrauri Elena, *Teorías Criminológicas*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pgs. 57-68; sobre la influencia del peligrosismo positivista en la legislación de menores véase García Méndez, ob.cit.; Bustos Ramírez Juan, *Hacia la Desmitificación*, ob. cit.; y Donzelot Jacques, *La Policía de las Familias*, Editorial Pre-Textos, Valencia, 1990.

<sup>76</sup> Dorado Montero Pedro, *Los peritos médicos y la Justicia Criminal*, Madrid, 1906, pg. 211

<sup>77</sup> Maier Julio, *Los Niños como Titulares del Derecho al Debido Proceso en Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, Ediciones UNICEF, Buenos Aires, 2000, pg. 13.

En síntesis, desde el punto de vista del desarrollo histórico efectivo de la legislación y de las fuentes que le sirvieron de fundamento, pareciera ser que atribuir al modelo tutelar una función crítica o abolicionista constituye un error, tanto en el ámbito penal material como en el procesal.<sup>78</sup>

Por su parte, este ideal “humanitario” que Binder propone rescatar hoy se encuentra explícitamente presente en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, tras el desarrollo de instrumentos de reconocimiento y protección de los derechos humanos de la infancia y adolescencia.

Sin embargo hay una reflexión interesante en la tesis de Binder que nos servirá para nuestra próxima sección: la idea de una articulación entre garantía, castigo y tutela, que unida con las tesis de Paulo Afonso Garrido sobre la “protección integral” puede permitir diseñar las bases de una propuesta para la regulación de los procesos seguidos contra adolescentes imputados de la comisión de un delito.

## **6. EL PROCESO PENAL DE ADOLESCENTES EN EL MODELO DE LA RESPONSABILIDAD. RECONOCIMIENTO DEL ADOLESCENTE COMO SUJETO DE DERECHO, ESPECIALIDAD Y REFORZAMIENTO DE LAS GARANTÍAS**

Una vez descartada la posibilidad de diseñar un sistema de enjuiciamiento autónomo del Derecho procesal penal, o la pretensión de integrar o reconciliar el modelo tutelar con el procesal penal, es necesario señalar que el nuevo Derecho procesal aplicable a los adolescentes infractores de ley penal, debiera contemplar ciertas particularidades que permiten calificarlo como “una variante del proceso penal” de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional español.

Como dice Albrecht la cuestión no es la mera “equiparación material y formal del Derecho penal de menores al de mayores. El ordenamiento jurídico tiene que otorgarle un estatus especial normativo a los menores (...) que se encuentran en el período de desarrollo respecto a los mayores”.<sup>79</sup>

Se trata, en realidad, de establecer un sistema especializado de juzgamiento que reconozca al niño como un especial sujeto de derecho y, en consecuencia, en lugar de pretender introducir o trasladar las “garantías del proceso penal” a un sistema de juzgamiento autónomo, es necesario incorporar en el proceso penal un

<sup>78</sup> Remito en este punto a los estudios históricos citados en este trabajo y al interesante informe *Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: un Año de Vigencia*, Autores Varios, Ediciones UNICEF, San José de Costa Rica, 1998 sobre los resultados de la aplicación de la Ley que muestran como la aplicación de un proceso penal especial para adolescentes significó una importante reducción de la carga punitiva a que eran sometidos los adolescentes por el sistema tutelar de menores anteriormente vigente.

<sup>79</sup> Albrecht Peter, *El Derecho Penal de Menores*, traducción de Bustos Ramírez Juan, Editorial PPU, Barcelona, 1990, pg. 406.

conjunto de garantías especiales que permitan incluir la perspectiva de “protección integral” en esta variante del proceso penal.

Lo que postulo es un sistema que se base en una diferencia o especialidad por profundización, complementación y reforzamiento de las garantías procesales penales y no su sustitución o la mera renuncia al debido proceso en materia penal, en aras de un ideal protector que se ha mostrado incapaz de limitar la pretensión punitiva del Estado.

Armijo, en este punto, señala que la diferencia fundamental entre los sistemas tutelares y el nuevo proceso penal de adolescentes vigente en Costa Rica es “que el proceso modifica su rumbo y pasa, de una marcada influencia en los aspectos sociales, a los jurídicos en el marco de respeto constitucional del menor”.<sup>80</sup>

Siguiendo a Andrés Ibáñez es posible decir que así como en el plano del *deber ser*, el modelo constitucional ha significado que el *juez del poder* ha dado paso a un *juez de los derechos*<sup>81</sup>, en el ámbito de los derechos de la infancia y adolescencia, los modelos de responsabilidad penal de adolescentes están llamados a ser los que pasen desde una jurisdicción basada en la idea del *juez buen padre de familia* hacia una auténtica jurisdicción de protección de los derechos de la infancia y adolescencia.

En el ámbito de la justicia criminal Giménez-Salinas, aún reconociendo las insuficiencias del sistema de garantías penales para contener el poder punitivo, señala tres argumentos a favor de su establecimiento: i) “no es que el sistema penal sea el ideal, pero sí el más garantista; ii) que el Derecho penal de menores fue concebido como algo distinto al Derecho penal de adultos, con la idea de que primara por encima de todo los criterios de prevención especial y iii) que la realidad práctica de los sistemas de menores es infinitamente mejor que la de los adultos en la mayoría de los países donde existe una justicia de estas características”.<sup>82</sup>

En consecuencia, de este pleno reconocimiento de las personas menores de edad como sujeto de derecho deben extraerse dos consecuencias: i) la plena vigencia del estatuto constitucional general destinado a tutelar el derecho a la libertad y limitar el *ius puniendi*<sup>83</sup> y ii) la aplicación complementaria del estatuto jurídico especial de las personas menores de edad, destinado a la protección integral de sus derechos y desarrollo.

<sup>80</sup> Armijo Gilbert, ob. cit., pg. 37 citando jurisprudencia constitucional de Costa Rica al respecto.

<sup>81</sup> Andrés Ibáñez Perfecto, *Ética de la función de juzgar* en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología Año 1*, N°1, Autores Varios, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pg. 61.

<sup>82</sup> Giménez-Salinas i Colomer Esther, *Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar en Justicia de Menores una Justicia Mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, autores varios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, capítulo I, pg. 37.

<sup>83</sup> En este sentido Maier Julio, *Los niños*, ob. cit., pg. 12.

La consideración conjunta de estos postulados dará origen a un proceso penal específico aplicable a los adolescentes, que se deriva directamente del estatuto de derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de 18 años por los Estados que ratificaron la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En este sentido, no se trata de aplicar “modelos teóricos”, sino que de reconocer la necesidad de someter a la ley la intervención penal de Estado y de reconocer los derechos fundamentales de las personas como una barrera que se opone a toda forma de arbitrariedad en la persecución penal.

Es importante destacar, otra vez, que este nuevo Derecho procesal penal de adolescentes se distingue del modelo educativo propio de los sistemas de protección, y también de la doctrina dominante en el Derecho penal juvenil alemán donde la especialidad del procedimiento vendría dada por el “principio in dubio pro educatione”. Albrecht, para Alemania, sostiene en cambio que el principio debe ser -por estricta aplicación de las normas constitucionales vigentes para todas las personas en razón de su igual dignidad- “in dubio pro reo iuvenali”.<sup>84</sup>

Esta idea de Albrecht podría encontrar un fundamento normativo en la aplicación, en el marco del proceso penal, del principio de interés superior del niño contenido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la medida que se interprete este principio como un refuerzo de una hermenéutica garantista y protectora de derechos y no una ampliación paternalista de las facultades judiciales.

Así será posible limitar cualquier intento de reducir el proceso de justificación de la sanción a los adolescentes a la consideración de su supuesto propio interés “educativo o resocializador”, reconociéndole en su lugar el derecho a oponerse a la pretensión estatal, por lo tanto al derecho a la defensa en juicio, a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo; derechos todos hoy reconocidos expresamente en la normativa internacional y que fueron negados en los sistemas tutelares basados en el principio de educación.<sup>85</sup>

Un componente crítico y diferenciador de los sistemas garantistas de los meramente educativos es el rol del abogado defensor. En los sistemas educativos los abogados defensores son vistos como un factor “perturbador en el procedimiento penal de menores” en cuanto una intervención “partidaria” no tiene sentido en el

<sup>84</sup> Albrecht Peter, *El Derecho Penal*, ob. cit., pgs. 407 y sgtes.

<sup>85</sup> Véase artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas recordó en 1995 el vínculo entre el interés superior del niño y una justicia especializada para adolescentes y en diversos informes llamó la atención a los Estados parte sobre infracciones a los principios de presunción de inocencia, la no aplicación del derecho a no declarar contra sí mismo, la falta de defensa jurídica, respeto a la vida privada y otras del mismo tenor. Véase UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on The Rights of the Child*, New York, USA, 1998, pgs. 539 y sgtes.

marco de un proceso en que la sanción aplicable es -en teoría- la que mejor “educa” al condenado. En este sentido, se busca la participación de un “abogado pedagogo” que actúe guiado por un espíritu de obtener la sanción “más educativa”.<sup>86</sup>

Por el contrario, en un sistema garantista se considera al abogado defensor genuinamente como un participante necesario en los procedimientos judiciales que actúa además favoreciendo la participación del adolescente como sujeto en el proceso, según lo estableciera hace casi 40 años la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso Gault.

Esto no significa perder de vista las posibles funciones preventivo especiales<sup>87</sup> que deben informar también al conjunto del sistema penal de adolescentes, sino que someter esas finalidades a un régimen de garantías que permita limitar el poder penal y no expandirlo o debilitar las garantías.

En el proceso penal de adolescentes la tensión dialéctica entre seguridad y garantías, a la que se hizo referencia supra, es más compleja, ya que incorpora un mandato más amplio de garantía de los derechos humanos, que se expresa genéricamente en el resguardo del desarrollo e integración social del adolescente, según lo dispone expresamente la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 40.<sup>88</sup>

Esa mayor complejidad debe expresarse en instituciones concretas que se deberán contener en las normas que regulan el proceso penal de adolescentes, de modo que, sin debilitar las garantías ni convertirlo en un “proceso pedagógico”, pueda cumplir las funciones que el ordenamiento jurídico le ordena.

Una de las principales consecuencias de este mandato de protección de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia es plasmar, a través de la

<sup>86</sup> Véase la extensa exposición crítica a estas posturas en Albrecht Peter, *El Derecho Penal*, ob.cit., en el apartado titulado “El defensor como perturbador de la paz”, pgs. 475 y sgtes.

<sup>87</sup> Sobre el carácter preventivo especial de las sanciones del Derecho penal de adolescentes existe una amplia discusión. Si bien la mayoría de los autores señalan que la prevención especial prima sobre otros fines de la pena, hay quienes lo discuten. Al respecto, véase Couso Jaime, *Notas acerca del debate político-criminal sobre la finalidad de las medidas en la justicia (penal) de adolescentes en Alemania, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile en ¿Educación, Ayuda o Sanción?*, Autores Varios, co-edición de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile y UNICEF, Santiago, Chile, 1999. Por no ser éste el tema de este estudio me remito a señalar que una vía de solución es distinguir entre fines de la sanción y fines del sistema penal de adolescentes, lo que permite encontrar un espacio más específico al debate y hacer compatible las finalidades preventivo especiales en una dimensión positiva –para distinguirlas de la incapacitación o el tratamiento forzoso- como un principio orientador del conjunto del sistema penal de adolescentes que es complementario, y a su vez limitado por el sistema de garantías. Ideas como la no desocialización, la consideración de la vulnerabilidad y la utilización de mecanismos alternativos al proceso o la sanción penal de adolescentes, pueden justificarse a partir de una reformulación garantista de la prevención especial como la aquí esbozada. He trabajado sobre este tema en *Resocialización y Derechos Fundamentales. Análisis Crítico a Partir de la Constitución y Jurisprudencia española*, texto aún no publicado.

<sup>88</sup> Un completo análisis sobre las garantías contenidas en la Convención para los procedimientos penales en Cillero Miguel, *Leyes de Menores*, ob. cit.

diferenciación de los procedimientos judiciales, un diferente tratamiento jurídico de los adolescentes imputados de cometer una infracción a la ley penal, de cualquier otra situación de amenaza o vulneración de derechos.

Binder<sup>89</sup> señala que el desafío pendiente es integrar la “trilogía tutela, garantías, castigo.” Sostiene que las garantías deben considerarse en un sentido amplio como un límite a toda intervención estatal, y no sólo al “castigo”, y que debe superarse el autoritarismo propio del tutelarismo de afirmar que no se requieren garantías porque no se utilizan penas.<sup>90</sup>

Estas afirmaciones de Binder son relevantes en cuanto, más allá de la mirada idealizada de la capacidad “crítica y abolicionista” de la tutela, permiten poner de manifiesto que las garantías deben reconocerse como límites tanto de la pretensión de control punitivo formal o informal -insita en todas las sanciones penales de adolescentes -, como, también, en la pretensión socioeducativa, resocializadora o educativa que estas sanciones tienen o dicen tener.

Asimismo, es posible utilizar la noción amplia de garantías que propone Binder para elaborar mejor una teoría de los límites ya no sólo de la pena, sino de la intervención penal del Estado en los procesos de adolescentes. Esto puede justificar la limitación a la intensidad de la persecución penal en materias tales como la excepcionalidad de la privación de libertad cautelar, la mayor brevedad del procedimiento aún a costa de sacrificar la investigación o la ampliación de la aplicación del principio de oportunidad de la persecución penal.

Por su parte, si en lugar de atribuir una función crítica a la idea de tutela – como lo propone Binder-, consideramos el mandato de protección integral de los derechos de los niños y adolescentes<sup>91</sup> - que según Afonso Garrido de Paula rige, como se dijo, para todas las relaciones jurídicas en que se vean involucrados los adolescentes, incluido el proceso penal- es posible complementar o ampliar el ámbito de las garantías. De este modo es posible considerar que todas las actuaciones del proceso, incluso las que imponen medidas cautelares o sanciones,

<sup>89</sup> Binder afirma que “seguir sosteniendo que en el caso de menores infractores no es necesario establecer un sistema de garantías porque no se utiliza el castigo sino que se protege al menor, es una falacia ( ) pero la defensa de las garantías no debe aceptar el reduccionismo de su oposición al castigo, porque en esa oposición se produce su debilitamiento.” Binder Alberto, *La niñez*, ob. cit. pg. 94.

<sup>90</sup> Ibid., pg. 95.

<sup>91</sup> Otros autores señalan como el mandato principal el respeto al interés superior del niño, p.e. Giménez-Salinas i Colomer, *Justicia de Menores*, ob. cit, pg. 36, pero esa noción parece estar teñida de mayor vaguedad e indeterminación que la de protección integral de los derechos del niño y el adolescente que en nuestra opinión incluye al interés superior del niño, pero lo vincula a una protección jurídica específica. Al respecto, véase Cillero Miguel, *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en Los Derechos del Niño como Límite al Sistema Penal* García Méndez Emilio y Beloff Mary, ob. cit.; y Cillero Miguel, *Adolescentes y Justicia Penal* en Autores Varios, Ediciones UNICEF, ILANUD, Unión Europea, Santiago, Chile, 2000, pgs. 11 y sgtes.



tengan como contrapartida resguardar -en la mayor medida posible- el desarrollo e integración social del adolescente, lo que podría justificar particularidades como la restricción del principio de publicidad, la aceptación de algunas actuaciones reservadas y la posibilidad de modificar sentencias definitivas.

A esta proposición de integración por reforzamiento recíproco del proceso penal, las garantías y la protección integral de los derechos del adolescente se le podría objetar que termina por desnaturalizar, tanto al proceso penal, como a los sistemas de protección. Para despejar este punto se revisarán a continuación las funciones del proceso penal -de acuerdo a la doctrina- para determinar su compatibilidad con las ideas propuestas.

Según Roxin el proceso penal tiene como meta “una decisión sobre la punibilidad del imputado... obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal (y) que restablezca la paz jurídica”.<sup>92</sup> Maier señala que las funciones del Derecho procesal penal son la “realización del Derecho penal material, la protección personal del imputado y la recomposición de la paz y seguridad jurídicas”.<sup>93</sup>

Si se asumen como ciertas estas funciones del Derecho procesal penal, se puede colegir que ellas son perfectamente compatibles con lo que aquí se viene sosteniendo como particularidades de las normas regulatorias del proceso penal de adolescentes. En efecto, la meta de realizar el Derecho penal material, debe ser entendida como la realización del Derecho penal de adolescentes, que contiene un conjunto de reglas especiales desarrolladas en el marco del estatuto jurídico general aplicable a estos sujetos, que es de marcado carácter garantista y protector.

En relación a la protección personal del imputado, que emana directamente de su dignidad personal, y se refleja en la formalización y limitación de la intervención pública, es evidente que esta protección debe incorporar las características de los sujetos a quien se aplica, en la medida que ellas constituyan, como en el caso de los niños y adolescentes, un estatuto especial jurídicamente reconocido.

Como se dijo anteriormente, el principio de formalidad del procedimiento, para Roxin, “sirve directamente a la protección de la dignidad humana”, esto es, a la garantía que los imputados no puedan ser tratados como “objetos” en el proceso y se respete su condición de sujetos de derecho de acuerdo a sus particularidades reconocidas jurídicamente.

En síntesis, en estricta aplicación de esta doctrina sobre los fines del proceso penal, no es posible aplicar un proceso especial que “realice” un “Derecho penal de adultos”, ni tampoco se puede “realizar” un Derecho penal de adolescentes a

<sup>92</sup> Roxin Claus, ob. cit., pg. 2.

<sup>93</sup> Maier Julio, *Derecho Procesal*, ob. cit., pgs. 84 y sgtes.

través de la mera remisión normativa al proceso penal de adultos.<sup>94</sup> En el primer caso, porque cada proceso se ordena según el derecho material que le corresponde “realizar”, y en el segundo, porque no se podrían cumplir adecuadamente los fines de protección personal que todo proceso penal debe garantizar.

En este sentido es posible afirmar que desde el punto de vista de su justificación existe una estricta correlación entre los argumentos de “protección integral del desarrollo” y los que emanan directamente de la teoría sobre el proceso penal, para fundamentar un proceso que, siendo una variante del proceso penal, se construya sobre un garantismo reforzado que se adecue a las particulares características del adolescente como sujeto de derecho.

Sin embargo, probablemente en este punto se abren dos alternativas posibles para regular el proceso penal de adolescentes. En la primera de ellas será la protección del desarrollo -o el interés superior del niño- el principio organizador del proceso; la otra postura simplemente planteará el problema desde una perspectiva de límites, buscando, principalmente reducir los efectos nocivos que el proceso penal infiere a todos los sujetos, pero teniendo especial consideración con los adolescentes en cuanto ellos se encuentran en proceso de desarrollo.

En este trabajo se adhiere a la segunda posición, ya que parece ser más compatible con una lógica de garantías, en cuanto puede referirse más directamente a derechos subjetivos y a mecanismos idóneos para protegerlos, que las nociones más vagas de “desarrollo” e “interés superior del niño” que se adecuan mejor a un derecho de “prestaciones y promoción”, que a un Derecho penal mínimo como el que aquí se viene proponiendo.

Esto no significa descartar que el interés superior del niño y el resguardo del desarrollo sean fines que puedan concurrir con otros fines a la estructuración del sistema penal de adolescentes, sino sólo afirmar que el proceso penal no puede organizarse en torno a estas ideas, sino que debe privilegiarse una organización basada en la especialización y reforzamiento de las garantías, que encuentra -en último término- su justificación en el carácter jurídicamente reconocido del niño como un sujeto de derecho privilegiado y especialmente protegido en su desarrollo.

En este sentido la puesta en práctica de los instrumentos del Derecho penal no se puede justificar en criterios perfeccionistas como la promoción del desarrollo y de la conducta correcta, sino más bien, se debe limitar a través de mecanismos que impidan su expansión hacia ámbitos que pueden ser cubiertos con otros mecanismos jurídicos más idóneos.

<sup>94</sup> Esta es la razón por la cual mayoritariamente dejó de aplicarse el sistema de discernimiento que permitía -en el caso de declararse que el menor de edad obró con discernimiento- juzgarlo y sancionarlo como adulto, aunque se establecieran- como aún se hace en Chile- una rebaja de la pena.

Pretender que el Derecho penal de adolescentes -tanto en sus aspectos procesales como materiales- tenga una función de “promoción del desarrollo” implica una expansión de los instrumentos penales más allá de los límites del control y sanción del delito y, probablemente en nuestra cultura de disminución generalizada de la protección social, una sustitución de la política social por la política criminal.<sup>95</sup>

El proceso penal de adolescentes cumple, sin embargo, una importante función de promoción de la dignidad humana al respetar al adolescente como un sujeto de derecho, limitar las injerencias arbitrarias en su vida personal y reducir al máximo posible los efectos desocializadores de las sanciones penales de adolescentes.

En este sentido se puede afirmar que la función jurisdiccional adquiere una dimensión muy diferente a la que le adjudica el sistema tutelar. En el marco un sistema integral de protección jurisdiccional de los derechos de la infancia, la justicia penal de adolescentes reconoce que el juez también *valora* y al hacerlo, como dice Silva Sánchez, “lleva a cabo una auténtica política criminal. Política criminal dentro del marco de la legalidad; política criminal conforme a las reglas de la argumentación jurídica; política criminal sometida a las reglas de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión”.<sup>96</sup> Sin embargo, esta facultad de valoración del juez -y del Ministerio Público en su caso- debe estar estrictamente enmarcada por la ley, para que el espacio de libertad no se transforme en un campo fértil para la arbitrariedad.

Ciertamente, la contrapartida de esta facultad ha de ser la obligación del Juez de “motivar o fundamentar sus fallos” que, como dice Silva Sánchez refiriéndose al derecho español, “no es explicación del fallo; es por el contrario argumentación de las razones del fallo que haga posible una contra argumentación en vía de recurso. La posibilidad de combatir la motivación realizada y, con ello, el fallo producido es un elemento esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”.<sup>97</sup>

Con esta consideración arribamos a las últimas de las particularidades del proceso penal de adolescentes que quisiera destacar, y probablemente una de las menos desarrolladas en el ámbito procesal: la estructuración de un adecuado sistema de revisión y recursos.

La existencia de mecanismos de impugnación de las decisiones judiciales constituye uno de los núcleos de las garantías en materia procesal penal que se

<sup>95</sup> Sobre la relación del pensamiento político criminal y la cultura contemporánea, véase Garland David y Sparks Richard, *Criminology, Social Theory and the Challenge on our Times* en *Criminology and Social Theory*, Garland and Sparks, Oxford University Press, New York USA, 2000, pgs. 1 y sgtes.

<sup>96</sup> Silva Sánchez Jesús, *Política Criminal y Persona*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pg. 118.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pg. 123.

encuentra expresamente reconocida en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Maier, analizando el tema desde una perspectiva general, señala que esta “garantía procesal ... debe conducir necesariamente a la exigencia que para ejecutar una pena contra una persona, se necesita *una doble conformidad judicial*, si el condenado lo requiere”.<sup>98</sup>

La idea de una justicia penal de adolescentes especializada, como la que aquí se ha sostenido, exige asumir que este sistema debe garantizar un adecuado régimen de impugnación y revisión de las decisiones judiciales que se base en la necesaria fundamentación de ellas. Pero además, exige considerar de un modo muy serio una interpretación más amplia del derecho a la revisión que no se identifique necesariamente con el requerimiento por parte del condenado.

El texto de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene en este campo un matiz diferente a la formulación de esta garantía en la Convención Americana (artículo 8.2.h) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5), en que claramente se consagra el derecho al recurso, lo que justifica la condición planteada por Maier al decir “si el condenado lo requiere”.

El artículo 40.2.v, en cambio, no hace referencia exclusiva al derecho a recurrir -como lo hacen expresamente los otros instrumentos internacionales citados- sino que establece que se le debe garantizar a todo niño que “si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial”.

Pareciera ser que la Convención estaría estableciendo una garantía más amplia de revisión, dando espacio para diversas formas de revisión de oficio, o solicitadas por algún tercero -como un ombudsperson de la infancia por ejemplo- o revisiones que puedan producirse posteriormente a dictada la sentencia durante el período de su ejecución, sin afectar la cosa juzgada, atribución que es expresamente contemplada en normativas nacionales e internacionales relativas a la justicia penal de adolescentes y a la que anteriormente se hizo referencia como uno de los componentes posibles del reforzamiento de garantías del proceso penal de adolescentes.

Si bien del tenor literal del texto de la Convención no es posible desprender que toda decisión que declare la responsabilidad o imponga sanciones deberá ser revisada por un Tribunal Superior, la historia de la redacción del artículo 40 nos señala que en uno de los textos preparatorios se modificó la palabra “revisada” (reviewed) por “tener el derecho a recurrir” (entitled to appeal) que remitía

<sup>98</sup> Maier Julio, *Derecho procesal*, ob. cit., pg. 709.

directamente a la disposición anteriormente citada del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5). Sin embargo, al concluirse los trabajos de redacción se volvió a la forma original que es la que se aprobó finalmente en el texto de la Convención<sup>99</sup>; la traducción oficial al español, y el texto ratificado y promulgado por Chile dispone, como se citó, que la decisión *será sometida*, con lo que se remarca el carácter imperativo de la revisión.

Será materia de los tribunales nacionales fijar el estándar que permita dar cumplimiento a esta disposición. Por de pronto un estándar más exigente podría tener sentido en la medida que se reconoce que el adolescente -y en el caso de los Estados que establecen un inicio de la responsabilidad especial en rangos relativamente bajos cercanos a los 12 o menos años- deberán tomarse resguardos especiales para garantizar un sistema de revisión por tribunales superiores aún cuando no se proceda a la impugnación por el condenado.

Sin embargo no queda claro cuál es el estándar que se tenía en consideración al momento de redactar el texto de la Convención; un criterio mínimo -equivalente al establecido para los adultos en la normativa internacional- es que toda sentencia que declare la responsabilidad debe poder ser objeto de un recurso por parte del adolescente, entendiendo que cuenta con asesoría letrada.

Este estándar ha sido expresamente reconocido por los Estados de Dinamarca y Noruega que hicieron reserva de esta disposición al momento de ratificar. En el caso de Dinamarca por contar con sentencias no recurribles en juicios por jurados cuando la decisión ha sido aprobada por los jueces letrados que integran el jurado. En el caso de Noruega, una vez subsanado el problema en la legislación doméstica, procedió a levantar la reserva, hecho que fue reconocido por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.<sup>100</sup>

Este estándar, sin embargo, resulta insuficiente, en especial si consideramos la historia de la redacción del texto de la Convención, ya que lo único que establece es un criterio similar al de los adultos.

La interpretación constitucional sobre garantía de impugnación de las sentencias en materia penal, no debería ser restrictiva. En relación a la interpretación de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor en España, se plantea que “los Tribunales (...) cuando interpreten y apliquen las normas que contienen los presupuestos procesales para acceder a los recursos han de llevar a cabo una

<sup>99</sup> Los antecedentes están tomados de Detrick Sharon, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1992, pgs. 478 y sgtes.

<sup>100</sup> UNICEF, *Handbook*, ob. cit . pg. 549. La recomendación del Comité a Dinamarca de levantar la reserva consta en Denmark IRCO, ADD 33, paras. 8 and 16.

interpretación de éstos en el sentido más favorable a la efectividad de tal derecho fundamental, huyendo de exégesis formalistas, contrarios al espíritu y finalidad de las normas... (puesto que) resultan lesivas a tal derecho las interpretaciones irrazonables, arbitrarias o incursas en error patente que invaliden el derecho del justiciable”.<sup>101</sup>

Si se acepta este criterio, deberíamos concluir por las razones ya dadas que el estándar debe ser más exigente que el establecido para los adultos, pero el problema es determinar cuánto más exigente. Una postura de máxima implica afirmar que deben ser revisadas de oficio todas las sentencias que declaren la responsabilidad y establezcan sanciones, sin importar la naturaleza de la sanción ni la posición adoptada por el adolescente y su defensa.

Sin embargo, es posible pensar en algún tipo de mecanismo intermedio, que otorgue legitimidad para recurrir a terceros -como los padres o alguna figura como el ombudsperson o defensor del niño- para sentencias que no establezcan sanciones privativas de libertad, por ejemplo, y manteniendo una revisión prescriptiva en el caso que se aplique la privación de libertad.

Pero todavía se podría discutir qué es lo que debe revisar el Tribunal Superior: los fundamentos jurídicos, los hechos, la legalidad de lo obrado. En fin, pareciera ser que la disposición 40.2.v exige un desarrollo por la legislación nacional que podría jugar dentro de ciertos márgenes que sin negar el derecho del justiciable o provocar su indefensión, reconociera un derecho a recurrir de toda decisión que lo declare responsable, cualquiera sea la sanción aplicable -lo que llamamos estándar mínimo- y un régimen diferente de revisión de oficio y de legitimación de terceros a recurrir en los casos en que el adolescente, asistido por su defensa, no haga uso de su derecho a impugnar la decisión.

## 7. FUNCIÓN PÚBLICA DE LA NUEVA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

En el desarrollo de este trabajo se ha sostenido insistentemente en la necesidad de un cambio en la función que han tenido los Tribunales de Menores bajo la primacía del modelo tutelar inspirado en una dogmática penal positivista y un modelo procesal inquisitivo. Esta nueva función jurisdiccional, inspirada en la doctrina del garantismo y la protección de los derechos humanos, pretende fortalecer

<sup>101</sup> Tapia Parreño José Jaime, *La sentencia, los Recursos y las reformas en materia de planta judicial y personal en la Ley Reguladora de la responsabilidad penal del menor* en *Justicia de Menores una Justicia Mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Autores Varios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid; y *Justicia de Menores una Justicia Mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, capítulo VI, pg. 199 citando la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.

las instituciones de deliberación pública, por lo que en realidad se sitúa dentro de una tarea más trascendente cual es establecer efectivamente instituciones que por una parte hagan posible la vigencia del Estado de Derecho, y por otra, garanticen su vigencia en un marco de seguridad y protección de los derechos humanos.

Los derechos de la infancia y adolescencia han llegado tardíamente a ocupar un espacio en el universo de los derechos humanos, sin embargo la debilidad de las instituciones que deben garantizarlos -la ley y el sistema de justicia entre otros- hace que su futuro sea incierto.

En otro lugar me he ocupado de mostrar cómo la debilidad de las instituciones de deliberación en Chile han impedido el avance de la legislación relativa a la protección de los derechos de la infancia; ahora me parece necesario resaltar la importancia de la función jurisdiccional para avanzar en el desarrollo de eso que Rawls llamaba con acierto la “razón pública”, aquella que siendo un componente distintivo de una sociedad democrática, es “la razón de sus ciudadanos, de quienes comparten una posición de igual ciudadanía”.<sup>102</sup>

Desde la ratificación casi universal de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe dudas que los niños y adolescentes han reforzado su consideración como ciudadanos, posición que se expresa -como he intentado exponer- de un modo particularmente intenso en el ámbito de los derechos que la normativa internacional le reconoce a los adolescentes infractores de la ley penal.

Sin embargo, esto no se ha reflejado todavía en Chile, ni en la ley nacional ni en las actuaciones de los Tribunales. La oportunidad de la discusión de un Proyecto de Ley en el Congreso Nacional puede ser el momento propicio para mejorar sus disposiciones y favorecer el desarrollo de una auténtica justicia penal de adolescentes que cumpla con la idea de Rawls que el “tribunal es el modelo de la función pública”.

Esta es la gran tarea del futuro de la justicia penal de adolescentes: que de ella pueda predicarse -como lo hace Rawls de la justicia en general- que su tarea es “intentar desarrollar y expresar en sus opiniones razonadas, la mejor interpretación de la Constitución que puedan usando su conocimiento de lo que exigen la Constitución y los precedentes constitucionales (...) el papel del tribunal aquí es parte de la publicidad de la razón, y constituye un aspecto del amplio papel, también educativo, desempeñado por la razón pública”.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Rawls John, *El Liberalismo Político*, Editorial Crítica, Barcelona, 1996, pg. 247.

<sup>103</sup> *Ibid.*, pg. 271.

---

ESTUDIOS

**ENSAYOS**

SEMINARIO

LIBROS

JURISPRUDENCIA

---





# ¿PARA QUÉ EDUCAR?

Carlos Peña González<sup>1</sup>

## I

Hay pocos asuntos que estén más ligados a la condición humana que la educación y, por eso, como ha sido dicho ininidad de veces -bastaría citar aquí las obras clásicas de Dewey, Durkheim o Gutman- existe un vínculo indisoluble entre las características que un ser humano posee y la tarea educativa. Cuando venimos al mundo, cada uno de nosotros es apenas una promesa, relativamente frágil, por lo demás, que puede florecer o, en cambio, malograrse. Existe en cada uno de nosotros, una tensión entre lo que somos y lo que debemos o podemos ser, una distancia entre lo que usted es cuando comparece por vez primera en el mundo, y las posibilidades que tiene ante sí. Es cierto que cuando crecemos esas posibilidades se van estrechando y no son ya el mar sin orillas de la infancia; pero en cualquier caso siempre los seres humanos podemos constatar en cada uno de nosotros una cierta distancia entre lo que somos y lo que podemos, o estamos llamados, a ser. A la base de la condición humana se encuentra, acompañándola como si fuera una sombra, ese vacío que media entre lo que somos y lo que debemos ser.

Esa imagen ha estado desde siempre atada a los primeros años de la vida y por eso llamamos infancia -como lo recuerda Durkheim- a ese estado que alcanza quien ha llegado a ser hombre o mujer, pero no puede hablar. Infancia viene, en efecto, del latín *in-fans*, que por su parte, proviene de *fari*, el que no puede hablar. Niño es pues quien no tiene palabra; pero está llamado a tenerla, quien no tiene logos; pero puede adquirirlo si se le conduce o se le ayuda para que lo logre y de ahí el sentido etimológico de pedagogía y de pedagogo o educador (de *paidós*, niño, y *ago*, yo conduzco, o, en el caso de educador, de *ducere*, conducir o educere, sacar fuera). La educación está, así, atada a esa imagen de una actividad que contribuye a que se despliegue en nosotros, a que brote o que salga a la luz, lo que debemos ser, lo que estamos, por decirlo así, llamados a ser. Es esta una vieja idea que se encuentra, claro está, no sólo en los autores que cité denantes, sino también en liberales clásicos como Locke o Stuart Mill y en el conjunto de los enciclopedistas franceses.

Hasta cierto punto, subyace, entonces, a la educación la idea que la vida humana semeja un sin fin de posibilidades y que la educación viene a decidir a cuál de esas

<sup>1</sup> Decano de Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Civil.

posibilidades la vida humana habrá de ceñirse. Ahora bien, esto plantea el primer problema que debe encarar cualquier reflexión sobre la educación, cualquier punto de vista que intente responder la pregunta relativa a ¿para qué educar?. Si, como sugiere una amplia tradición, educamos a los seres humanos porque su vida no tiene un plan o guión prefijado -si educamos a los seres humanos para guiarlos por la senda que, pensamos, ellos deben seguir- entonces cabe preguntarse ¿cuál es ese guión y quién lo lee?; ¿Quién decide, en otras palabras, el telos, la orientación, por decirlo así, que su vida habrá de seguir?. Si usted es un niño y anda a tientas por el mundo y si usted puede ser esto o lo otro, llevar una vida estimable u otra malgastada, si, como digo, no hay nada en usted que desarrollándose en la pura espontaneidad lo lleve a alguna parte y si enseñarle esa senda por la que usted ha de caminar es el sentido que, a fin de cuentas, posee la educación, ¿quién -podemos preguntarnos- habrá de llevar a cabo esa tarea y cuál deberá ser la orientación que debe conducirla?. Este es el primer problema que deseo considerar con ustedes.

Una vez que hallamos respondido esas preguntas -las preguntas respecto a la autoridad educacional- podemos, todavía, avanzar en el intento de resolver otro problema, a saber, el problema de las funciones de justicia que, desde hace aproximadamente doscientos años a la fecha, atribuimos a la educación y en particular a la Escuela. En general, podemos afirmar, la escuela, en la que me detendré, es el intento de las sociedades modernas por lograr, entre otras cosas, corregir las desigualdades de la cuna y enseñarles a los nuevos miembros de la sociedad que su lugar en el mundo dependerá no de sus dotaciones iniciales, sino de su voluntad de logro. ¿Está capacitada la escuela para alcanzar ese objetivo o, en vez de corregir las desigualdades de la cuna a veces parece consolidarlas o, lo que es peor, acrecentarlas?. Este es el segundo tipo de preguntas que deseo considerar con ustedes.

Las respuestas a esas preguntas están, por decirlo así, a la base de cualquier reflexión sobre la tarea educativa en su conjunto, y aunque este tipo de preguntas amenaza a veces con el peligro de la falacia abstractiva -un peligro consistente en confundir la realidad con los modelos, inevitablemente abstractos que usamos para vérnosla con ella- me parece que debemos correr ese riesgo, porque en materia de educación, al menos en Chile, pensamos poco. Hablamos de esa versión neoclásica del problema que es el capital humano, es cierto; pero los tradicionales problemas de la educación los hemos dado casi por resueltos, sin habernos detenido a pensar siquiera en ellos.

## II

Así, entonces, podemos comenzar intentando responder el primer tipo de preguntas que denantes yo planteaba: ¿cuál es el guión que ha de conducir o

inspirar la tarea educativa, ese tránsito, como digo, entre lo que somos y lo que podemos ser?.

De las varias respuestas posibles a la pregunta que acabo de plantear, la primera que voy a revisar es, sin duda, la más antigua y la más popular y es posible encontrarla -en versiones distintas, por supuesto- en Platón, en Santo Tomás o en Kant. Esta primera respuesta sugiere que todos los seres humanos compartimos un mismo bien que está, hasta cierto punto, inscrito en nuestra naturaleza y que, entonces, la tarea educativa consiste en facilitar que ese bien salga, en cada uno de nosotros, a plena luz del día. Hay, por supuesto, varias versiones de esta idea cuya influencia en la educación es, como ustedes sospechan gigantesca. Usted puede encontrarla sugerida en Santo Tomás -especialmente en el Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes- para quien hay una estricta continuidad entre la monarquía, el Estado como diríamos hoy, y la familia, puesto que ambas se encaminan al bien común, a esa naturaleza que está inscrita en nosotros y la educación debe, entonces, encaminarse a la enseñanza de las virtudes que permitan alcanzarlo. Usted encuentra esa idea también, desde luego, en Platón para quien, como ustedes saben, carece de sentido educar a alguien sin contar con alguna respuesta de en qué consiste una sociedad justa y una persona virtuosa. Y, por supuesto, se trata de una idea que está también en Kant, para quien la educación en su conjunto aparece como el esfuerzo por despejar las sombras de la ignorancia gracias a las luces de la Ilustración, habilitando así a los seres humanos a discernir por sí mismos, a salir, como dice Kant, de su culpable minoría de edad. El humanismo, en su conjunto, sospechó también que lo humano, eso que usted y yo compartimos, debe ser desatado por la educación, estimulando en cada uno de nosotros, desde que recién vino al mundo, ese fondo de racionalidad que está depositado en la alta cultura (en la música, en el canon literario, en los grandes libros, en las lenguas clásicas), y que, al margen de nuestra biografías y las vicisitudes de la vida de cada uno, todos compartimos. Para Platón, Santo Tomás, los Ilustrados y los Humanistas, hay una sola senda para ser plenamente humano y la educación debe esforzarse en conducirnos por ella. Esto es lo que creen, como decía denantes, todos esos autores. El humanismo, por ejemplo, solió creer, suele creer todavía, que hay un canon, que hay unos cuantos libros donde lo mejor de lo humano resplandece y que si usted lo enseña a un niño o a un joven, le permitirá, entonces, alcanzar su humanidad más plena. Si usted no accede a ese conocimiento, si usted por torpeza o ignorancia se ve privado de la alta cultura, entonces usted es menos humano. Es verdad que la industria de la cultura ha estropeado todo hoy día y que los niños acceden a basura de diversa índole en la cultura de los medios; pero, piensa un humanista, para eso está la escuela, para esparcir la alta cultura, el canon donde lo humano se deposita.

Esa idea conforme a la cual todas las voces humanas podrían armonizarse entre sí como si fueran una gran y única sinfonía -puesto que en todas ellas se

manifiesta, a fin de cuentas, una misma naturaleza- puede ser denominada una idea perfeccionista de la educación, puesto que sugiere que el bien humano, esa senda por la que la educación debe ayudarnos a transitar, es independiente de nuestros deseos y el Estado debe, entonces, darle preferencia mediante diversos mecanismos, favoreciendo así que usted -que, por ceguera o ignorancia no alcanza a verlo- pueda disfrutar de él. El *modelo perfeccionista* de educación suele entregar la autoridad educacional a alguna autoridad central entre cuyas funciones está la de promover ese bien humano -la racionalidad, las luces, el genuino sentido de lo humano- que la educación debe esmerarse, como digo, en perseguir.

Pero no es esa la única concepción de la educación que, como dije denantes, existe. Usted puede todavía situarse en el otro extremo y sostener que no hay algo así como el bien humano que alguien pueda inteligir, y sostener entonces que no existe un único guión que la educación deba esmerarse en enseñarnos. Usted puede pensar que estamos ciegos y sordos cuando se trata del bien humano, que no somos capaces ni de leer el guión del universo, ni de oír los secretos de la providencia o de la naturaleza, y que entonces la educación es un asunto de preferencias, una cuestión de gustos o deseos de algún agente. En una concepción como ésta, una concepción, como vemos, donde la fuente de aquello que debe enseñarse es la elección por parte de alguien, y no una imposición por parte de la naturaleza, la autoridad educacional se deposita, ante todo, en los padres. Los padres deben entonces escoger de una amplia gama de ofertas educativas, las que satisfagan mejor las preferencias que ellos tienen para sus hijos. Los padres, como suele decirse, siempre aspiran a que sus hijos sean mejores que ellos y, por lo mismo, podemos denominar a este modelo -guiado por las preferencias de los padres- un modelo eugenésico de educación. El modelo que sugiero llamar *eugenésico* (y que, desde el punto de vista institucional, reconoce a los padres el derecho a decidir, sobre una amplia gama de opciones, qué educación desean para sus hijos) en vez de entregar la educación al Estado, suele aconsejar entregársela al mercado para que, entonces, la educación de los hijos se asemeje en la máxima medida posible a un acto de consumo. Este *modelo eugenésico* de educación es, por supuesto, perfeccionista también; pero se diferencia del anterior en que entrega a los padres la decisión acerca del tipo de hijo que la educación debe contribuir a modelar. En general, las minorías asustadas por la irrupción de las mayorías en el sistema educacional nacional, suelen refugiarse en este modelo eugenésico.

La misma convicción anterior -esa convicción conforme a la cual estamos ciegos y sordos cuando se trata de saber cuál es el bien humano- puede conducir, todavía, a acentuar el papel de niños y jóvenes en su propia educación. Después de todo, ¿qué derecho tendrían los padres a decidir qué tipo de vida quiere usted llevar, la gama de opciones entre las que puede escoger para así conducir su propia vida?. ¿Acaso los niños son propiedad de los padres o hemos de suponer que los padres siempre quieren el bien para sus hijos, olvidando, así, el hecho que, como

la famosa carta de Kafka, los padres son culpables de los hijos?. En este modelo, que vamos a llamar un *modelo individualista de educación*, la educación debe ofrecer, por sobretodo, a los educandos, al niño o al joven, la capacidad de escoger y de discernir qué tipo de vida quiere llevar, sin enseñarle ningún guión en particular, sino más bien estimulándolo a que los conozca todos. Si usted es un joven que está siendo educado en un colegio católico a quien de pronto esas creencias le parecen primitivas, engañosas o torpes, ¿por qué entregarle a los padres el derecho a decidir por usted e impedirle entonces que se cambie de colegio?. Es verdad que usted depende de sus padres en los recursos con que se mantiene en la vida; pero no parece haber razón para que sus padres deriven de ese deber (el deber de alimentarlo y educarlo a usted) el derecho a conducir su vida. El *modelo individualista* de educación traslada al joven o al niño la autoridad educacional como una forma inicial de autonomía.

Pero quizá usted conciba la vida humana de una manera distinta a las dos anteriores y ello le conduzca a una concepción también diversa de la educación. Quizá usted piense que los seres humanos forjamos nuestra individualidad al amparo no de nuestra pura voluntad, ni tampoco al amparo de un bien único y quiescente al que no tendríamos sino que someternos. Quizá usted piensa, a diferencia de todo lo anterior, que la vida humana adquiere su más plena individualidad gracias a la cultura a la que usted pertenece. Nuestra identidad personal –nuestra idea del bien, de qué somos y a qué aspiramos, podría usted decir- no depende sólo de nuestra voluntad, sino que está vinculada con una trama de significados que nos excede y que está, en cambio, presente en el lenguaje que usamos, en nuestro universo simbólico, en los recuerdos que compartimos con otros y en la esperanza de que una comunidad transforme una vida transeúnte en una vida firme y definitiva. La cultura a la que pertenecemos, podría usted agregar, no sólo nos permite consolarnos de una existencia fugaz e inferior a nuestros deseos, sino que, además de eso, nos proporciona una constelación de significados -y de un elenco de “otros significantes”- al interior de la cual nuestra experiencia y nuestros actos cotidianos adquieren sentido y una especial firmeza que nos hace confiar en ellos. Si eso es así, entonces, usted tiene buenas razones para reclamar que la educación esté orientada a salvaguardar los valores de la comunidad cultural a la que usted pertenece, porque esos valores, podría usted decir, forman parte de usted. Si usted es mapuche en Santiago o musulmán en París –que están allí por miseria o abandono y no por propia voluntad- entonces ¿por qué usted debiera enseñar a sus hijos a olvidar su lengua y su memoria o a considerarlas una excrecencia antigua, más bien bárbara, que debieran mantener nada más que como un pintoresquismo o, mejor todavía, derechamente olvidar?. ¿No será mejor entonces caminar hacia una educación multicultural, una educación en la que cada comunidad pueda ir definiendo para sí y para sus miembros, lo que ha de enseñárseles y cómo?. A este modelo de educación, sugiero llamarlo *comunitarista*

porque entrega a cada una de las comunidades donde los individuos han forjado su identidad, la tarea de conducir y guiar la educación de sus miembros.

Si la educación, como dije al principio, es un tránsito entre lo que un ser humano es y lo que debe ser -si, en suma, el tema de lo que es preferible en la vida es inseparable de lo que la educación significa- entonces parece obvio que no existe una sola manera de educar, sino al menos cuatro modelos, algo exagerados es verdad, entre los que las sociedades contemporáneas deben escoger, el *modelo perfeccionista*, el *eugenésico*, el *individualista* y el *comunitario*. No se me escapa, como digo, que los modelos que acabo de exponer pueden sonar a sus oídos algo exagerados; pero lo que exageran es real y, por lo mismo, ellos reflejan, en parte, el debate educacional contemporáneo. Ustedes recuerdan, por ejemplo, el debate que se suscitó hace algunos meses acerca de las pruebas de selección a la Universidad. En ese debate, algunos vieron en las nuevas pruebas un intento disfrazado de sacrificar la libertad de enseñanza que confiere a los padres el derecho de escoger la educación de los hijos, a favor del Estado quien, mediante las pruebas Sies, buscaría aherrojar a los padres y agobiar a los colegios para así dirigir en los hechos los contenidos educacionales. Otros han sugerido alguna vez que los contenidos educacionales son estúpidos, puesto que al enseñar crípticas teorías lingüísticas o de otra índole, privan a los jóvenes del tiempo suficiente para leer el canon donde lo mejor de lo humano está depositado. Ese debate, disfrazado de datos empíricos y otros ucases, estaba a fin de cuentas animado por diversas concepciones de la educación y, por sobretodo, por diversas visiones acerca de quién debe ser la autoridad educacional. Sin ir más lejos, y por estos mismos días, se discute si acaso es correcto que alguna agencia pública se encargue de acreditar a instituciones universitarias o si, en cambio, debe haber tantas agencias como las que el mercado sea capaz de hacer brotar. Una de las dimensiones de ese debate es el celo con que ciertos grupos quieren defender su oferta eugenésica hacia los padres, prometiéndoles que los hijos encontrarán allí, y no en otra parte, lo que los haga mejores y más fuertes a la hora de entrar en el mundo adulto. En Francia y en España, se ha suscitado el problema de si un alumno puede concurrir con los signos externos de su afiliación religiosa o cultural a clases. ¿Acaso la escuela no iguala todas las diferencias mediante la expansión de la razón y, por lo mismo, permitir eso es transgredir no el reglamento estatal, sino lo que la educación francesa es?. En fin, y para no seguir, en las Cortes de Justicia de Chile ha habido ya dos o tres casos en los que jóvenes e incluso niños, se han rebelado contra el colegio donde los tienen sus padres y han reclamado el derecho de escoger ellos, y no sus padres, el tipo de establecimiento que mejor se ajusta a sus preferencias. Esos jóvenes han sostenido que lo que he denominado educación eugenésica atenta contra sus derechos fundamentales.

En medio de ese panorama, como ustedes ven, no está demás preguntarse acerca de cuál es el sentido de la educación. ¿Hay alguna dimensión pública que

toda educación deba compartir?. No tengo tiempo, por supuesto, de detenerme en esto; pero quiero adelantar un par de ideas que más tarde podemos discutir. Me parece a mí que estamos transitando, cada vez más, desde una educación concebida como una enseñanza de las certidumbres, a una educación que espera, más bien, gestionar la incertidumbre; desde una educación inspirada en una modernidad tradicional, a una educación inspirada en una modernidad reflexiva. La modernidad tradicional se esmera en racionalizar la tradición, lo que las nuevas generaciones han recibido de las más viejas; la modernidad reflexiva, en cambio, y la educación está hoy día desafiada por este tipo de modernidad, aspira a reflexionar la propia reflexión y es, por lo mismo, radicalmente vertiginosa. A fin de cuentas, ¿cómo enseñar en un mundo donde los niños y los jóvenes poseen un origen tan diverso y tan plural, y donde todo parece licuarse, desde la idea de moral a la idea de progreso; desde la autoridad de los padres y de la familia, a la autoridad de la tradición; desde la pertenencia a la nación y al barrio a la fidelidad a la Iglesia; desde el libro como artefacto del saber a la figura del intelectual como guía?. Ese es el principal problema -un problema público, desde luego- que la educación está experimentando y que en nuestro país, desgraciadamente, por falta de reflexión, hemos dejado un tanto al garete. Lo que parece desgraciadamente ocurrir, es que las elites se ven contentas mientras puedan ejercer la orientación eugenésica para sus hijos, dejando, en cambio, a las grandes mayorías simplemente entregadas a la educación inspirada en los procesos de modernización tradicionales.

Pero, como dije al inicio, la educación no tiene como único sentido el de hacer transitar a los nuevos seres humanos desde lo que son a lo que deben ser (motivo por el cual, como subrayé, la cuestión valórica es indiscernible de la educación), sino que además, la educación tiene por objeto corregir las desigualdades de la cuna, las dotaciones que introduce la naturaleza y la historia.

Las desigualdades de capital económico y simbólico -en otras palabras, las desigualdades de riqueza y de cultura entre las personas- son producto, en una medida importante, del azar natural (de las aptitudes que la naturaleza entregó arbitrariamente) o de la historia (de la cuna en que usted se encontró al nacer y de la fortuna de sus ascendientes). No es raro, desde luego, encontrar momentos en los que se creyó que la naturaleza era justa y que su patrón distributivo debía ser respetado. Se pensó entonces que la validez de facto -cómo eran las cosas- coincidía con su validez de iure -con cómo debían ser esas mismas cosas. La idea de justicia distributiva, por ejemplo, es presentada por Santo Tomás como una distribución de recursos sociales en base al mérito, pero el mérito no es, en la opinión de ese autor, equivalente al desempeño, sino simplemente al lugar que cada uno tiene, de hecho, en la sociedad. Así como podemos creer que las desventajas naturales son, en principio, correctas, también podemos pensar que las ventajas sociales heredadas son justas porque derivan de la pertenencia familiar y del cariño y la especial relación que existe entre los padres y los hijos. En ambos casos, creemos que los



hechos poseen una cierta fuerza normativa: las cosas, en un muy amplio margen, son como deben ser.

No es ese, sin embargo, el punto de vista de la modernidad política a cuyo amparo surgió el ideal democrático. El ideal democrático se caracteriza, entre otras varias notas, por someter a reflexión, es decir, por llamar a capítulo, a la historia y a la naturaleza. En vez de instalarse frente a ellas con el ánimo tranquilo, como si una y otra tuvieran la última palabra, la modernidad, particularmente en su vertiente democrática, se ha caracterizado, desde siempre, por la pretensión que ni la naturaleza, ni la historia tienen, por sí mismas, títulos suficientes para la distribución. En alguna medida, las diferencias de ingreso y de riqueza actuales, lo sabemos bien, responden a dotaciones iniciales inmerecidas, dotaciones que no se deben al talento o al esfuerzo de quienes se encuentran inicialmente con ellas. Por lo mismo, esas dotaciones deben ser tratadas, hasta cierto punto, como dotaciones o recursos comunes que en vez de favorecer solamente a quienes les tocaron en suerte, favorezcan, también, al conjunto de la sociedad y particularmente a los menos aventajados. En el extremo, el principio de oportunidades iguales, sugiere que una sociedad debe intentar borrar entre sus nuevos miembros las dotaciones de la historia y de la naturaleza, sea redistribuyendo las ventajas o compensando las desventajas. Uno de los lugares privilegiados para hacer eso que menciono es, por supuesto, la escuela. La escuela es, a fin de cuentas, la promesa que la sociedad hace a sus nuevos miembros que, al margen de sus dotaciones iniciales, tendrán una oportunidad igual de desplegar sus potencialidades en la vida.

¿A qué conclusión debiéramos arribar si contrastamos los precedentes principios con las reglas de distribución hoy día vigentes en Chile?. En Chile, al revés de lo que aconsejan esos principios, tenemos, para decirlo en una frase, una sociedad de herederos, una sociedad que reproduce, más allá de lo que es imprescindible, las dotaciones iniciales inmerecidas y la educación no parece contribuir a corregirlas.

En nuestro país, en materia de educación por ejemplo, parecemos estar más cerca de las desigualdades inmerecidas que de una distribución de recursos y de oportunidades en base al mérito. Sabemos que casi la mitad de los estudiantes que provienen de hogares con un ingreso inferior a 278.000 pesos, no alcanzará los 450 puntos en la Prueba de Aptitud Académica, y sabemos, también, que mientras uno de cada dos estudiantes de colegios pagados alcanzará más de 600 puntos en la prueba de matemáticas, ello sólo ocurrirá con uno de cada 24 estudiantes de colegios municipales. En otras palabras, si usted es pobre -si usted tiene una dotación inicial inmerecida, sea por el azar natural o por la historia familiar- usted recibirá educación de baja calidad y su talento, entonces, no podrá florecer. Si usted es, en cambio, rico, usted podrá compensar, con educación de mejor calidad, su menor talento o su menor capacidad. Como resultado de todo esto, la sociedad en su

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

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

Lo que parece ocurrir es que, en materia de justicia, la educación debe intentar compatibilizar, por motivos diversos, tres principios que, en el extremo, son incompatibles, a saber, el principio según el cual los padres tienen derecho a transmitir algunas ventajas a sus hijos, el principio según el cual los recursos deben ser distribuidos en base al mérito y, en fin, el principio de oportunidades iguales. El primero -podemos llamarlo el de ventajas familiares- se opone al de oportunidades iguales. Si usted quiere reconocer el derecho de los padres a transmitir ventajas a sus hijos, entonces usted debe ceder de manera importante en el principio de igualdad de oportunidades. El segundo principio por su parte - el del mérito- parece resultar opuesto al de oportunidades iguales. El mérito aconseja seleccionar a las personas que exhiban más talento en base a un procedimiento imparcial; pero el principio de oportunidades iguales obliga a descontar de ese talento ciertos factores que son moralmente irrelevantes a la luz de nuestras actuales convicciones. Así, entonces, si usted obtiene un gran puntaje en una prueba de selección y su competidor no, puede ocurrir que este último, por pertenecer a una minoría desventajada, tenga derecho a que se le compense su menor puntaje y así entonces quizá lo supere a usted. Algunos de esos principios pueden ser compatibilizados entre sí mediante algunos ajustes -v.gr. mediante acciones afirmativas o discriminación inversa- pero los tres no pueden ser escogidos al mismo tiempo. Como sugirió Fishkin, en materia de justicia educacional

contamos con tres principios de los cuales usted podría escoger únicamente dos. Si usted escoge el del mérito y el de ventaja familiar, entonces debe renunciar al de igualdad de oportunidades; si usted escoge el del mérito y el de igualdad de oportunidades, entonces debe renunciar al de las ventajas familiares; en fin, si usted escoge el de ventajas familiares y el de oportunidades iguales, debe rechazar el principio del mérito.

¿Cuál es, podemos preguntarnos, la situación en Chile enfrente de los dos grandes problemas de la educación que acabo de revisar?. Para decirlo en una palabra, sugeriría que en Chile la educación que denominé eugenésica que es la que más se ajusta a la cultura y las preferencias de las elites –no fue siempre así, por supuesto, la regla general en Chile fue más bien un modelo perfeccionista. Desde el punto de vista de la distribución, por su parte, es decir, desde el punto de vista de la justicia, seguimos dando preeminencia al principio de la ventaja familiar por sobre los otros dos. Todo esto, claro está, es resultado de una evolución relativamente espontánea, porque el debate sobre estos temas, cuando no está ahogado por el capital humano, brilla en Chile, por su ausencia.

# EL PROCESO ESTABLECIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE CREA UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL: AVANCES Y PROBLEMAS<sup>1</sup>

*Mauricio Duce Julio<sup>2</sup>*

El objetivo del siguiente trabajo es analizar algunos aspectos procesales del Proyecto de Responsabilidad Penal Juvenil que ha sido presentado por el ejecutivo para su tramitación legislativa en el Congreso el día 2 de agosto de 2002.<sup>3</sup> Mi objetivo es destacar en forma somera algunos avances significativos que creo el Proyecto introduce en la legislación nacional, para luego detenerme, con mayor detalle, en la revisión de algunos de los aspectos más problemáticos que presenta el mismo.

Antes de entrar al análisis, me gustaría aclarar que no soy un experto en el área de justicia juvenil o en los derechos de niños y adolescentes. Mi experiencia central tiene que ver con el proceso penal de adultos y su reforma en Chile. A partir de esa experiencia formularé algunos comentarios al Proyecto del ejecutivo.

## 1. REFLEXIONES INICIALES

En primer lugar, me gustaría señalar que el hecho de que este Proyecto exista y se haya presentado al parlamento debiera ser, en general, una causa de alegría para todas las personas interesadas en el tema. Más allá de las discrepancias específicas que podamos tener -porque en concreto existen muchos aspectos en donde se pueden tener discrepancias específicas-, me parece que el Proyecto significa un avance significativo en la finalidad de adecuar nuestra legislación interna a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y, en general, a los tratados internacionales de Derechos Humanos.

<sup>1</sup> El presente texto corresponde a la presentación que con el mismo nombre realicé el día 9 de septiembre de 2002 en el seminario *Responsabilidad Penal del Adolescente: Proyecto de Ley* organizado por la Corporación OP-CION. Se ha mantenido la estructura y el tono coloquial de la ponencia original.

<sup>2</sup> Abogado, Master en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford, Profesor e Investigador Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

<sup>3</sup> Véase *Mensaje N° 68-347* de 2 de agosto de 2002, Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (en adelante “El Proyecto”).

Creo que el hecho de que este Proyecto exista y haya sido presentado no es un hecho menor. En Chile han pasado más de 10 años desde que ha entrado en vigencia la Convención<sup>4</sup> y no habíamos sido capaces de realizar un proceso de adecuación intenso en esta área. De hecho, la idea de este Proyecto existe hace más de 7 años sin que se hubiera cristalizado en un documento discutible en el Congreso. A modo anecdótico puedo contar que me tocó participar el año 1995 en un pequeño grupo de expertos que elaboró el primer borrador de este Proyecto de Ley y, en esa oportunidad, se nos pidió por parte del Ministerio de Justicia hacerlo en forma urgente, ya que la idea era presentarlo a tramitación legislativa a fines del mismo año. Desde ese entonces he escuchado todos los años que se presentaba el Proyecto a fin de año. Por fin hoy esta idea se ha hecho realidad, lo cual no es un hecho menor.

Sin perjuicio de que haya algunos aspectos polémicos, creo que es posible afirmar que, en general, el Proyecto satisface los estándares internacionales en materia de derechos de los adolescentes y debido proceso; particularmente, por el hecho de que cambia de giro en el paradigma que hasta hoy nos rige y consiste en entender a los jóvenes no como sujetos pasivos de protección, sino como sujetos de derechos y responsabilidades. Esto significa que, junto con asignársele derechos a los adolescentes, es posible exigir a los mismos responsabilidades por el ejercicio de ellos. El mecanismo de asignación de responsabilidades es, precisamente, el proceso. Este proceso debe respetar no sólo las garantías que constituyen la noción de “Debido Proceso” sino que también asegurar todas las exigencias específicas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que se hacen aplicables a los adolescentes considerando la particular situación en que se encuentran los mismos respecto de los adultos.

A partir de estas reflexiones iniciales procederé a revisar algunos aspectos generales del proceso contenido en el Proyecto.

## **2. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO REGULADO EN EL PROYECTO**

La configuración básica o la forma en que quedó estructurado el proceso en este Proyecto, hace que éste dependa o se encuentre directamente vinculado con el proceso penal establecido en el nuevo Código Procesal Penal para los adultos.<sup>5</sup> Esta vinculación es tan intensa que me parece posible afirmar que el proceso penal

<sup>4</sup> En efecto, la Convención fue publicada en el Diario Oficial el día 27 de septiembre de 1990, finalizando así el proceso de incorporación a la legislación interna.

<sup>5</sup> Una descripción general sobre el nuevo sistema procesal penal puede revisarse en VV.AA, *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 2000, pg. 587. Sobre el estado de desarrollo del nuevo proceso puede verse Baytelman Andrés y Duce Mauricio, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2003, pg. 289

establecido en el nuevo Código Procesal Penal es el proceso para los adolescentes en este Proyecto de Ley.

En consecuencia, me parece que no se puede entender bien el proceso contenido en el Proyecto si no tenemos a la mano el nuevo Código Procesal Penal o no tenemos nociones relativamente finas acerca de lo que regula este Código.

Este carácter reflejo, por así decirlo, del proceso de adolescentes respecto al nuevo proceso de adultos en este Proyecto no se nota a primera vista. Si ustedes revisan el artículo 34 del Proyecto se dice que “la investigación y juzgamiento de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes, se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal”. Sin embargo, lo que ocurre en la práctica es que el Proyecto de Ley sólo regula tres o cuatro aspectos muy específicos en relación al proceso de adolescentes, como por ejemplo, la reserva del proceso establecida en el artículo 36. En el resto, el Proyecto se remite mayoritariamente a las instituciones y normas del nuevo sistema procesal penal.

El carácter supletorio del nuevo Código Procesal Penal presenta aspectos positivos y aspectos negativos.

En lo positivo, me parece que el nuevo Código Procesal Penal contiene un procedimiento que, en líneas generales, es absolutamente compatible con los requerimientos del Debido Proceso. Esto es reforzado en el artículo 35 del Proyecto en el que se hace aplicable a todas las etapas del proceso las garantías establecidas en la Constitución, en los tratados internacionales de Derechos Humanos y en la ley procesal penal.

Adelanté, sin embargo, que hay aspectos no tan positivos del hecho que este proceso se cuelgue del proceso penal de adultos. Este aspecto tiene que ver con que este reflejo del proceso penal de adultos representa, en algún sentido, un giro importante respecto de lo que los anteproyectos sobre responsabilidad juvenil regulaban. En efecto, las versiones anteriores del Proyecto establecían un proceso especial para los adolescentes con muchas más particularidades que el actual y que, en general, tendían a simplificar y a hacer mucho más rápido el proceso para la determinación de responsabilidades de los adolescentes.<sup>6</sup>

Mi punto es el siguiente. Si bien el proceso establecido en el nuevo Código Procesal Penal en general resulta idóneo para satisfacción del Debido Proceso, no es necesariamente es el más adecuado para regular la situación de los adolescentes.

<sup>6</sup> Una versión de los anteproyectos con comentarios de la entonces Ministra de Justicia Soledad Alvear fue publicada en García Méndez Emilio y Beloff Mary (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis y Ediciones Depalma, Bogotá 1999, pgs. 325 a 355.

En este sentido es que me parece que, a grandes rasgos, el Proyecto representa un retroceso respecto de lo que establecían borradores anteriores del mismo. Ellos se hacían cargo en forma más satisfactoria y detallada de las particularidades de los adolescentes que deben impactar en diseños procesales.

Antes de entrar al análisis de los principales aspectos problemáticos del Proyecto en materia procesal, me parece necesario revisar la forma en que éste recoge -en forma satisfactoria en mi opinión- una de las materias en donde las normas internacionales exigen particularidades específicas: me refiero a la necesidad de establecer un sistema de justicia especializada para la determinación de responsabilidad por infracciones a la ley penal de parte de los adolescentes.

### **3. LA JUSTICIA ESPECIALIZADA EN EL PROYECTO (ARTÍCULOS 37 A 41)**

Uno de los mandatos específicos contenidos en los instrumentos internacionales que tocan el tema de la justicia de niños y adolescentes se refiere a la necesidad de contar con un sistema especializado de justicia que permita a las distintas agencias que intervienen en el sistema comprender mejor la problemática y principios aplicables en los casos de infracciones juveniles a la ley penal. Así, por ejemplo, la Regla 22 de las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” conocida como las reglas de Beijing, son explícitas en la materia.

El Proyecto en comento establece un sistema especializado de justicia que satisface -como ya señalé- los requerimientos de las normas internacionales, aún cuando no se trata necesariamente de una especialización con exclusividad de los agentes del sistema en todo el territorio nacional.

En el ámbito judicial, la regla general que establece el Proyecto (artículo 37) es que el juez competente para conocer de estas materias es el juez especializado del territorio jurisdiccional respectivo. A falta de un juez especializado con dedicación exclusiva, los casos serán conocidos por un juez de garantía a quién se radicarán este tipo de casos y quien debe tener capacitación especial en este tipo de procedimientos y problemas.<sup>7</sup>

La regla general es que el juez especializado competente (con dedicación exclusiva o de garantía) conoce de todo el caso, es decir, interviene tanto durante la etapa de investigación como en el juicio. Dicha regla cambia cuando se trata de un caso en el que el fiscal solicita la aplicación de una pena privativa de libertad

<sup>7</sup> En concreto, el proyecto establece en el artículo 37 inciso final que la capacitación de los jueces debe ser en estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de infracciones penales de jóvenes, a los objetivos y contenidos de la ley, en la Convención de Derechos del Niño y en el sistema de ejecución de sanciones establecida en la misma ley.

en contra del joven. En esa hipótesis el juicio oral debe ser realizado ante una sala especial del tribunal de juicio oral de la jurisdicción, en el cuál intervendrán dos jueces del mismo y un juez del tribunal de familia. Para estos efectos, el comité de jueces de ambos tribunales debe designar cada dos años los integrantes de sus tribunales que cumplirán con las funciones de conocer los casos de los jóvenes infractores.

Tratándose de los roles de fiscales y defensores, el Proyecto establece que dichas funciones deben ser ejercidas por los fiscales del Ministerio Público y los abogados de la Defensoría Penal Pública (artículos 40 y 41). Para estos efectos los fiscales y defensores regionales deben designar a los fiscales y defensores que en concreto cumplirán las funciones de persecución y defensa de adolescentes. En todo caso, los designados deben ser capacitados para actuar eficazmente en esta área en materias equivalentes a las que se deben enseñar a los jueces.

Como se puede apreciar, el modelo de especialización contemplado en el Proyecto no opera sobre la base de crear por completo un sistema de justicia juvenil nuevo, sino que trabaja sobre la especialización funcional de quienes cumplen labores en el sistema de justicia criminal de adultos. Esta situación es perfectamente compatible con los estándares internacionales exigidos en la materia. Así, la propia regla 22 de las “Reglas de Beijing” opera sobre la idea de la capacitación especial de los funcionarios del sistema como herramienta para entregarles competencia profesional en temas de justicia juvenil.

#### **4. PRINCIPALES ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL PROYECTO EN MATERIA PROCESAL**

Mi idea en esta sección es analizar los principales aspectos problemáticos de la regulación legal propuesta por el Proyecto en materia procesal. Para estos efectos contrastaré permanentemente el Proyecto con sus versiones anteriores (anteproyectos o borradores de proyecto) que, como señalé, en mi opinión resolvían de manera más compatible con los estándares internacionales la organización del sistema de determinación de responsabilidad de los adolescentes.

Cuatro son los aspectos más problemáticos de la regulación procesal del Proyecto que revisaré. A continuación analizaré cada uno de ellos por separado.

##### **4.1. La estructura general del proceso**

Un primer aspecto problemático de la regulación contenida en el Proyecto en materia procesal se refiere a la estructura general del proceso contenida en el mismo. En esta materia me parece que el Proyecto representa un retroceso muy importante en relación a sus borradores o versiones preliminares. La idea de los borradores



del Proyecto era establecer un proceso sumamente sencillo, rápido e informal. El centro del proceso giraba en torno a una audiencia preliminar que se realizaba en momentos iniciales de la persecución de los jóvenes. Dicha audiencia cumplía con varios objetivos relevantes: (a) permitía sacar una gran cantidad de casos fuera del sistema (particularmente por el uso de mecanismos de discrecionalidad de los fiscales y jueces); (b) permitía resolver en la misma audiencia una gran cantidad de casos en los que no existía una controversia sobre los hechos; y, (c) daba lugar a la realización del juicio sin necesidad de haberse realizado una “instrucción” en el caso.

En esta dinámica, los borradores del Proyecto operaban sobre la idea que el proceso en contra de los adolescentes no tenían en principio una etapa de investigación con posterioridad a la realización de la audiencia preliminar. Sólo en casos excepcionales o calificados se permitía al Ministerio Público, con posterioridad a la audiencia, solicitar un plazo de hasta 90 días para llevar adelante una investigación. La lógica detrás de esto era que la mayor cantidad de casos donde haya imputación respecto de los adolescentes tienen que ver con situaciones flagrantes o imputaciones por delitos que, desde el punto de vista investigativo, son sumamente sencillos. En consecuencia, lo que se intentaba era forzar al Ministerio Público para buscar una salida o una solución rápida para ese tipo de casos y no alargar el procedimiento innecesariamente.

El Proyecto de Ley, en cambio, opera sobre una base completamente distinta. Elimina estas normas, elimina la idea de la Audiencia Preliminar y, en consecuencia, opera sobre la base de que el proceso (al igual que el proceso penal de adultos) tiene tres etapas. Dentro de estas etapas se encuentra la etapa de investigación. De hecho, el Proyecto señala que la etapa de investigación dura 180 días ampliable por 30 días más (artículo 61). En consecuencia, el proceso puede perfectamente tomar 6 a 7 meses en la etapa de investigación. Si bien ello representa una reducción respecto a las normas de duración de la misma etapa tratándose de adultos (2 años), se constituye un plazo de 6 ó 7 meses que en los proyectos anteriores no existía. El cambio de lógica es evidente: en el Proyecto el proceso siempre tiene una etapa de investigación que se puede alargar en el tiempo.

Si bien se mantiene una norma para los adultos que permite a los jueces fijar un plazo inferior al señalado (artículo 234 del Código Procesal Penal), lo cierto es que altera la dinámica del proceso, puesto que ahora habría que pedir y justificar al juez porqué se requiere menos plazo. En cambio antes de esta modificación de la lógica del Proyecto la carga de tener un plazo mayor para la investigación dependía del Ministerio Público, por así decirlo, de quienes estaban a cargo de la persecución de la responsabilidad.

Ahora bien, ¿cuál es el problema de este cambio de lógica o estructura?. La pregunta es relevante ya que alguien podría argumentar que esta situación podría

ser una pura cuestión técnica o una preocupación simplemente académica. Bueno, no es una cuestión técnica ni menos una preocupación académica.

El principal problema que se produce con el cambio de lógica es que la etapa de investigación es una de las etapas más problemáticas desde el punto de vista de la vigencia de las garantías individuales de los adolescentes y donde éstos se encuentran en una mayor sujeción o vulnerabilidad de sus derechos. Por ejemplo, es en esta etapa donde se discute la prisión preventiva o internación provisional. El tema de la internación provisional, en definitiva, se traduce en una cuestión de plazos, tanto para los adultos como para los jóvenes. Probablemente como sociedad vamos a tener que ocupar estos mecanismos en casos extremos. El problema se produce si los ocupamos por plazos muy largos, puesto que si pensamos tener investigaciones de 6 a 7 meses, sumado a los otros plazos que emanan de las otras etapas del proceso, podríamos tener procesos que, eventualmente, pueden tomar 9 meses a un año.

En consecuencia, tener internación provisoria por 9 meses a 1 año, respecto de jóvenes (cuestión que en esta lógica el Proyecto admite) es sumamente problemático desde el punto de vista de impacto en sus garantías individuales.

Una segunda garantía individual que se pone en juego con el cambio de lógica del modelo es la garantía a ser juzgado un plazo razonable o el derecho a ser juzgado sin demora.<sup>8</sup> Se trata de una garantía que para el caso de los jóvenes es especialmente sensible debido a la edad de los mismos y el efecto que pueden tener el transcurso del tiempo en el desarrollo de sus vidas. La nueva lógica del Proyecto va a tener sin lugar a dudas un impacto en ella ya que significa necesariamente aumentar la duración en la tramitación de los casos de responsabilidad de los adolescentes.

Argumentos similares pueden presentarse también tratándose del derecho a defensa. Igualmente, con todo tipo de medidas intrusivas o restrictivas que se puedan adoptar durante este período del proceso.

Finalmente, este nuevo modelo y lógica tendrán un impacto, eventualmente, en el modelo de justicia especializado. Como hemos visto en forma precedente, el tribunal que conoce de estos casos está constituido por un solo juez, salvo para los casos en que se solicitan penas privativas de libertad, en los que interviene una sala compuesta por tres jueces.

En los casos en los que no se solicita pena privativa de libertad un solo juez conoce el caso y toma las decisiones finales en el mismo. Esto era posible en los borradores del Proyecto debido a que este juez no tenía intervención relevante en

<sup>8</sup> Véase artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

las etapas previas, o sea, tenía una intervención muy menor en dichas etapas. En el Proyecto esto cambia ya que nos encontramos con un juez que tiene una intervención más relevante en las etapas previas; etapas que, además, son extensas y largas (normalmente este juez resolverá sobre solicitudes de internación provisoria, diligencias de investigación, etc.). Entonces, se presentará el problema de que ese juez, en principio, siempre está inhabilitado para tomar decisiones por afectación de la garantía de imparcialidad objetiva, de acuerdo a lo desarrollado por la jurisprudencia internacional.<sup>9</sup> En consecuencia, el diseño del proceso de adolescentes con una etapa de investigación necesaria y extensa en el tiempo obliga a revisar el diseño de justicia especializado que, en abstracto, señalaba satisfacía los requerimientos internacionales.

#### **4.2. Restricción a las facultades discrecionales para finalizar el proceso anticipadamente**

Una segunda área problemática tiene que ver con la evolución del Proyecto en términos de restringir las facultades discrecionales, que permitían a los distintos agentes del sistema sacar casos o finalizarlos antes de que, por así decirlo, tomaran un curso regular.

Me parece que éste es uno de los componentes específicos más relevantes que los instrumentos internacionales requieren en materia de justicia adolescente, que es la necesidad de regular una amplia discrecionalidad o facultad para no seguir adelante los casos cuando ello no sea necesario. La idea que está detrás de estos mandatos es que la intervención de un sistema penal, aun cuando sea mínimo y morigerado, como pretende ser el Proyecto, siempre genera el riesgo de producir más males que bienes. Así por ejemplo, las Reglas de Beijing, dedican sus reglas seis a once a este tema.

La regulación contenida en los borradores del Proyecto en esta materia era mucho más clara y mucho más compatible con este mandato que lo que ocurre con la forma en que este tema quedó plasmado en el proyecto actual.

El principal cambio no se produce respecto a las facultades del fiscal (que se mantienen más o menos intactas, tanto en los anteproyectos como en el Proyecto

<sup>9</sup> En este sentido, la jurisprudencia del sistema europeo de derecho humanos ha señalado que cada vez que un juez se pronuncia sobre un aspecto de la investigación que supone “un conocimiento profundo” o “un alto grado de claridad” respecto del fondo del asunto queda inhabilitado para posteriormente decidir el asunto en juicio oral. Véase casos *Ben Yaacoub vs. Bélgica* de 27/11/1987, *Hauschildt v. Dinamarca* de 24/05/1989 y *Castillo Algar vs. España* de 28/10/1998, todos de la Corte Europea de Derechos Humanos. Una presentación sistemática del desarrollo de la jurisprudencia europea y del sistema interamericano de derechos humanos sobre la garantía de imparcialidad del tribunal puede revisarse en Sancinetti Marcelo, *La Violación de la Garantía de Imparcialidad del Tribunal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

que estoy comentando). En efecto, el fiscal puede no iniciar o no continuar una investigación por hechos cometidos por los jóvenes en varias hipótesis (artículo 56): (a) Si es que no tiene elementos básicos para llevar adelante el caso, (b) si evalúa que no es conveniente para la mejor resolución del conflicto; o, (c) si evalúa que no es conveniente para la vida futura del imputado.

Como señalé, estas facultades son equivalentes a las que los borradores del Proyecto le confiaban al Ministerio Público. Sin embargo, donde ha habido retroceso significativo es respecto a las facultades judiciales. En efecto, pasados todos los filtros iniciales que realizaba el fiscal, en la lógica de los anteproyectos, la audiencia preliminar se constituía en una nueva instancia que le permitía al juez seguir sacando casos fuera del sistema. Así, los borradores del Proyecto establecían que el juez podía no aprobar la continuación del caso requerida por el fiscal en varias hipótesis. Dentro de ellas se encontraban: (a) si el juez consideraba que los antecedentes del fiscal eran insuficientes para la continuación del procedimiento; (b) si el juez consideraba que el procedimiento no era conveniente dada la escasa relevancia del hecho; (c) si el juez evaluaba que concurrían circunstancias de extinción de la responsabilidad; o (d) si es que -y esto es muy importante- había una reparación o una promesa de reparación satisfactoria para la víctima.

Si bien es cierto que el Proyecto actual intenta salvar este último componente (la letra d) a través de la posibilidad de un acuerdo reparatorio amplio (artículo 58) (que conlleva a la culminación del proceso), estas instituciones no son equivalentes. El acuerdo reparatorio amplio opera sobre la base de existir un acuerdo entre el joven imputado y la víctima, en cambio la reparación (que permitía poner término al proceso) podía haber sido un acto unilateral del joven imputado, que daba cuenta de que había hecho un esfuerzo significativo y serio y, por tanto, se perdía la posibilidad o se hacía ver que no era conveniente seguir adelante.

En consecuencia, creo que aquí ha habido una restricción importante y habría que evaluar si con estas restricciones estamos cumpliendo el mandato específico que requiere la normativa internacional a la justicia de adolescentes. Pero más allá que eso, habría que evaluar si por vía de estas limitaciones estamos haciendo que casos que el sistema no debiera conocer ingresen a él.

### **4.3. El uso de las medidas cautelares personales, en especial la internación provisoria**

El tercer gran tema en donde ha habido retrocesos importantes en el Proyecto en comento respecto a sus versiones anteriores, es en materia del uso de medidas cautelares, particularmente en el uso de la internación provisoria.

Este es un tema tremendamente sensible. Desde la doctrina procesal más clásica siempre se menciona que el instrumento más adecuado para medir los componentes

autoritarios o democráticos de una sociedad se encuentra en el proceso penal y el indicador específico de cualquiera de esos instrumentos es precisamente la situación de la prisión preventiva, en relación a la presunción de inocencia.

El Proyecto, en general, contempla la excepcionalidad de las medidas cautelares (esta es la lógica del uso de estas medidas) y en el caso de la internación provisoria de adolescentes la idea de que ésta no sólo es excepcional, sino que excepcionalísima. En términos generales, el Proyecto regula adecuadamente este punto. Así, por ejemplo, al reconocer que sólo en el caso de las infracciones graves procedería la internación provisoria y sólo cuando otras medidas no funcionen.

No obstante este aspecto positivo general, el Proyecto presenta problemas en la regulación específica del uso de la internación provisoria, o sea, en los aspectos concretos de como se implementa dicha medida que obligan a revisar con un poco más de calma las normas.

Primero, respecto a las causales de procedencia de la internación provisoria o la necesidad de cautela de la misma. En los borradores del Proyecto sólo admitía la internación provisoria bajo dos causales: (a) Para asegurar la comparecencia del joven adolescente, es decir, para evitar lo que se conoce como “peligro de fuga”, causal absolutamente compatible con todos los tratados internacionales; y, (b) Para proteger a la víctima frente a atentados graves contra su integridad física o síquica, que también me parece compatible con la lógica de los tratados internacionales sobre la materia.<sup>10</sup>

Estas normas se eliminan en el Proyecto que estoy comentando y al eliminarse, en consecuencia, se aplican las causales genéricas que habilitan la internación provisoria para los adultos. Estas causales están reguladas en el artículo 140 del Código Procesal Penal, que son mucho más amplias a las ya revisadas. Ellas incluyen la obstrucción a la investigación, el peligro para la víctima, su familia y bienes; y, particularmente lo que me parece más problemático, es el peligro para la sociedad. Esta última causal, al menos en materia de prisión preventiva, tiene una interpretación tremendamente amplísima por parte de la jurisprudencia nacional, que incorpora no sólo el peligro de fuga, sino también, el peligro de reiteración y todo tipo de pronósis peligrosistas, vagas y ambiguas que son completamente incompatibles con los tratados internacionales.

Una segunda área problemática respecto a la regulación específica de la internación provisoria tiene que ver con su duración. Si es que vamos a admitirla

<sup>10</sup> Información general sobre la doctrina y jurisprudencia internacional acerca del uso de la prisión preventiva para adultos puede revisarse en Bovino Alberto, *El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos* en *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pgs. 121 a 167.

tenemos que ser muy estrictos con los plazos en que la admitimos. Los anteproyectos operaban con la idea de que nunca podría durar más de 90 días, sin embargo, el Proyecto elimina estas normas de limitación y, básicamente, señala que puede durar hasta que se acabe el proceso. Esto, sumado a que tenemos una etapa de investigación que puede durar siete meses, nos lleva a que podamos tener internaciones provisorias, eventualmente, de nueve o diez meses e incluso un año. Esta situación es sumamente problemática.

En esta materia se produce una paradoja. El Proyecto Novoa - Matthei<sup>11</sup> que es caricaturizado como un proyecto más conservador en el ambiente de derechos del niño, en este punto es mucho más avanzado que el Proyecto que estamos discutiendo. Así, ambos senadores, en el artículo 11 de su moción, proponen una restricción de un mes de duración de la internación provisoria para los jóvenes entre 14 y 16 años y de 2 meses para los jóvenes de 16 a 18 años. A pesar que la moción contempla luego una fórmula de ampliación bastante discutible, la regla general es hay que una limitación mucho más importante que la del Proyecto del ejecutivo, supuestamente más progresista.

Una tercera área en que hay problemas tiene que ver con las revisiones de las medidas cautelares. Las revisiones de las medidas cautelares son instrumentos que se han diseñado para transformar en excepcional la internación provisorio o la prisión preventiva en la jurisprudencia y en la legislación internacional, siendo una de ellas la revisión de oficio de los jueces cada cierto tiempo. Los anteproyectos establecían que el juez de oficio debía revisar una vez decretada ésta, cada 30 días, la continuidad de la internación provisorio, sin perjuicio de la facultad permanente del defensor de pedir su revocación. Este mecanismo desaparece en el Proyecto. Incluso se produce algo bien gracioso al respecto. El artículo 54 del Proyecto está titulado como “Solicitud de término de las medidas cautelares y revisión de oficio”, sin embargo, cuando se analiza el artículo respectivo, es posible constatar que no existe la revisión de oficio, o sea, se eliminó la norma y quedó el título originalmente previsto para la misma. Saliendo de lo anecdótico, lo importante de este cambio es que se elimina un sistema de control que parecía sumamente relevante y que tendía a concretar principios como el de la excepcionalidad de las medidas cautelares personales.

Hay que reconocer que se mantienen algunas garantías en el Proyecto, como por ejemplo la exigencia de proporcionalidad de la medida (artículo 51), la posibilidad de apelación ante las cortes (artículo 55) y la posibilidad de obtener salida diaria, aún estando en internación provisorio (artículo 52). Con todo, al tratarse de un

<sup>11</sup> Véase *Moción 2984-07*, Moción de los Honorables Senadores Señora Matthei y Señor Novoa, mediante la cual inician un Proyecto de Ley que Adecua Normas de Responsabilidad Penal para la Adolescencia a la Convención Internacional de Derechos del Niño.

tema tan sensible, me parece que su mantención no es capaz de compensar los graves retrocesos que el Proyecto presenta en la materia.

Finalmente, un último aspecto referido a la regulación de las medidas cautelares personales, se refiere a un endurecimiento de su régimen en comparación con normas de proyectos anteriores. Así, por ejemplo, ocurre con el artículo 47 que permite la detención de menores de 14 años en caso de infracciones flagrantes hasta por seis horas en circunstancias que los borradores permitían hasta tres. No existe una explicación clara de este cambio, salvo el no tomarse tan en serio el uso de estas medidas.

#### **4.4. Recursos o Vías de Impugnación:**

Una cuarta y última área problemática en este Proyecto tiene que ver con la regulación de los recursos, es decir, las vías de impugnación de las decisiones judiciales. Lo que me interesa analizar es el sistema de recursos en contra de la sentencia definitiva. Los anteproyectos eran bien innovadores en esta materia. Ellos contemplaban básicamente dos recursos en contra de la sentencia definitiva.

En primer lugar, se contemplaba el Recurso de Nulidad, destinado a proteger garantías individuales (tomado de la legislación penal procesal de adultos), el cual tenía la particularidad de que sólo el joven imputado o sancionado podía ejercerlo. Con la restricción de la nulidad a ser un recurso del condenado se profundizaba el sentido garantista del derecho a la revisión haciendo que éste fuera concordante con la lógica de las normas internacionales que establecen el derecho a recurrir en favor de los imputados o los condenados, no en favor de todos.<sup>12</sup>

En segundo lugar, los borradores contemplaban un Recurso de Modificación de la Sentencia Condenatoria. Este recurso era más abierto, estaba contemplado para todos los intervinientes, pero con la limitación que el fiscal, el querellado y la víctima sólo podrían invocarlo cuando ellos hubiesen pedido más de lo que, en definitiva, se les concedió. La lógica era que este recurso permitía una discusión de determinación de penas, no de garantías y, en consecuencia, podía configurarse como un recurso más amplio.

El Proyecto en comento elimina toda esta regulación innovadora y, nuevamente, hace colgar el sistema de impugnaciones de los adolescentes al proceso de la reforma procesal penal de adultos. El nuevo Código Procesal Penal establece sólo el Recurso de Nulidad en contra de las sentencias definitivas, pero un recurso de nulidad abierto para todos los actores. En consecuencia, podría ser que en el caso

<sup>12</sup> Véase artículo 8.2 h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

de los adolescentes, los fiscales impugnen decisiones absolutorias para forzar un nuevo juicio en que sí se pueda condenar.

A mi juicio esto es muy problemático desde el punto de vista de la garantía de la prohibición de la doble persecución y creo que, en consecuencia, aquí también hubo un retroceso muy relevante. Nuevamente, no existe una justificación clara de esta evolución del Proyecto.

## **5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS CAMBIOS EXPERIMENTADOS POR EL PROYECTO EN MATERIA PROCESAL**

Me parece interesante preguntarse por qué ha habido este retroceso en la regulación normativa del Proyecto en relación con sus versiones preliminares o borradores previos. A mí me parece que estos cambios no surgen de la nada. En particular creo que hay dos razones más o menos obvias que los explican.

La primera tiene que ver con la reversión de objetivo que el Proyecto tenía desde sus orígenes. En un inicio este Proyecto surge de la necesidad de adecuación de nuestra legislación a la Convención sobre Derechos del Niño y a los tratados internacionales de derechos humanos. En el largo camino que se da entre el período en donde se comenzó su preparación (año 1995) y su presentación al Congreso (2002), entra fuertemente un nuevo objetivo para el Proyecto: la necesidad de contar con una herramienta que contribuya a la seguridad pública por vía de la sanción y prevención de la delincuencia juvenil.

Me parece que es de público conocimiento el debate que ha habido en torno a este tema. En este sentido la lectura del mensaje del Proyecto es ilustrativa ya que enfatiza fuertemente esta idea.<sup>13</sup>

Ahora, tal vez esto pueda ser polémico, pero yo no creo que en el debate público en una sociedad democrática, el haber agregado este nuevo objetivo para el sistema de responsabilidad de los adolescentes sea necesariamente un problema. Al contrario, me parece que es absolutamente legítimo y necesario que una sociedad democrática discuta objetivos de este tipo. El tema es que este Proyecto de Ley se ha producido en un contexto de falta de debate público de verdad, en un contexto donde no ha habido información dura de carácter empírico que permita fundar los diversos cambios experimentados, en donde tampoco ha existido un debate técnico

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, un pasaje del mensaje señala: "...desde un punto de vista social, es evidente que la preocupación pública por la seguridad ciudadana y el perfeccionamiento de la justicia penal en todos los ámbitos ha crecido. La actual justicia de menores es objeto de críticas no sólo porque no se somete a los límites y controles que la Constitución establece para la jurisdicción criminal general, sino también porque no satisface las exigencias de protección de los derechos de las víctimas de la delincuencia".



relevante y menos la producción de otros elementos técnicos que permitan tomar decisiones en la materia. En consecuencia, muchas de las decisiones que han reorientado el Proyecto han sido, más bien, decisiones sin justificación o puramente intuitivas o coyunturales, para problemas específicos o para dar ciertas imágenes a la comunidad frente a “supuestas demandas” de la opinión pública a las autoridades de gobierno. Tengo la impresión que el Proyecto equivoca el camino con alguna de estas respuestas. Así, por ejemplo, me pregunto si la eliminación de la revisión de oficio de la prisión preventiva (cada 30 días), constituye un aporte para mejorar la seguridad pública. Tengo la impresión que esto no afecta para nada la seguridad pública y la percepción pública acerca de la delincuencia juvenil y, sin embargo, fue suprimida. Lo mismo con el cambio del régimen de recursos, el aumento de tres a seis horas de la detención y así suma y sigue con el resto de las modificaciones.

Si tenemos alguna idea acerca del tipo de contribución que un proyecto de esta naturaleza puede generar en la mejora de la seguridad pública, me parece que ello constituye una finalidad legítima a discutirse en una sociedad democrática. Mi punto es que ello debe discutirse más seriamente, cuestión que no he visto con claridad en el escaso debate que ha existido en torno a la gestación y presentación de este Proyecto por parte del ejecutivo.

En este sentido, creo yo, el gobierno ha tenido una función claramente errática en la materia; incluso se refleja en la paradoja de los plazos de la prisión preventiva en que el proyecto etiquetado de más conservador, finalmente, es más liberal que el Proyecto del Gobierno. En consecuencia, aquí hay un tema que yo creo que tenemos que discutir más fuertemente.

La segunda razón que explica de alguna manera estos retrocesos que ha sufrido el Proyecto definitivo respecto de sus antecesores, tiene que ver con la forma de preparación y trabajo en que se concibió este Proyecto de Ley. Les confesaba que yo tuve una participación muy inicial en esto, pero el Proyecto estuvo 7 años discutiéndose y pasó por múltiples manos que, inorgánicamente, introdujeron cambios.

Dichos cambios sucesivos terminaron afectando no sólo la coherencia y la unidad del Proyecto, sino también su lógica original; cuestión que se refleja, por ejemplo en temas de redacción como mantener el título de un artículo pero sin que el contenido del mismo incluya los elementos del título. Otra manifestación de esto se refleja en el artículo 59 que establece una norma que se llama “Juicio abreviado inmediato”. He leído más de 500 veces dicha norma y no he podido entender qué significa o qué es lo que precisamente está regulando dicha disposición que se toma supuestamente del nuevo Código Procesal Penal (tomando en cuenta que en esa materia tengo mayor especialidad me pregunto si alguien que no conozca en detalle el nuevo sistema procesal penal le encontrará algún sentido). Dicho artículo da cuenta con un problema de comprensión de lo que es la reforma procesal

penal y cómo esta institución se puede articular en un proyecto como el que estoy comentando. Lo que me interesa graficar con estos ejemplos es que ellos dan cuenta de algunas deficiencias técnicas importantes del Proyecto que denotan descuido o cierta ligereza en su preparación final. Todo lo cual es causa o agrava varios de los problemas mencionados en las páginas precedentes.

## **6. A MODO DE CONCLUSIÓN**

A pesar de las debilidades y problemas descritos precedentemente en materia de la regulación del proceso de adolescentes por infracciones a la ley penal, creo que tenemos que seguir estando alegres por la presentación de este Proyecto de Ley al Congreso. El Proyecto abre un escenario nuevo de discusión que nunca habíamos tenido en estos temas.

A mí me parece que el ámbito de discusión de este Proyecto en el parlamento, por lo menos lo que dice mi experiencia en la Reforma Procesal Penal, es que más allá de los perjuicios que se puedan tener acerca del trabajo legislativo, genera un debate con alturas de miras y produce una apertura para discutir ideas de todos los sectores. De esta forma, es posible alcanzar mejoras sustantivas al Proyecto.

Si hacemos las cosas bien,<sup>14</sup> me parece que ésta es una muy buena oportunidad para introducir cambios revolucionarios y significativos en nuestra legislación. En este contexto no hay que lamentarse por los problemas que pueda tener el Proyecto ya que todos ellos son superables y, en todo caso, son menores en comparación con las masivas violaciones de derechos que importa el sistema actualmente vigente. Esta es la oportunidad para dejar de lado las lamentaciones y quejas tan propias de nuestra cultura y ponerse a trabajar de verdad. Si se trabaja de verdad podremos mejorar sustantivamente el sistema legal de niños y adolescentes; en caso contrario nos despertaremos en algunos años y nos daremos cuenta que desperdiciamos una oportunidad histórica.

<sup>14</sup> Hacer las cosas bien requiere muchas cosas. En primer lugar, significa estar técnicamente muy bien preparados para defender aquellas ideas u objetivos del proyecto que parecen ser los más relevantes. Luego supone mucho trabajo y constancia no sólo de los parlamentarios sino que también del Ejecutivo en el esfuerzo que tenga en llevar este proceso y tener ideas claras y defenderlas técnicamente en forma adecuada. Finalmente, supone que los representantes de la sociedad civil asuman la responsabilidad seria de participar en el seguimiento y debate que la tramitación parlamentaria del proyecto con seguridad generará.



# ¿UNA VOZ PARA EL NIÑO?<sup>1, 2</sup>

Mary Ann Mason<sup>3</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Hoy<sup>4</sup>, un niño que roba un dulce del quiosco de la esquina puede solicitar un abogado. Un niño huérfano de 14 años puede elegir a su propio tutor. Una niña tiene el derecho de abortar sin decirle a sus padres, en la mayor parte de los estados. Sin embargo todavía un niño que es objeto de una brutal disputa de custodia entre sus padres carece de mayores prerrogativas.

En la mayoría de las disputas sobre custodia, la voz de los niños está ausente. Los deseos, los sentimientos y los requerimientos para el desarrollo de un niño -o incluso de un adolescente-, no son realmente tomados en cuenta. Además, en nuestra inflexible legislación es posible que los requerimientos para el desarrollo del niño no sean considerados al momento de establecer los patrones que determinan la custodia. No se distingue si se trata de un niño o un adolescente, ni al momento de determinar cuál es el “interés superior del niño”, ni al establecer el régimen de custodia. Asimismo, el régimen de custodia establecido para un niño se mantiene intacto a través de los años aunque el niño crezca y madure.

Finalmente, los derechos del niño propiamente tales, no son representados adecuadamente. Ya se trate de una mediación o de una audiencia judicial, el interés está más centrado en los derechos de los padres o adultos que en los de los niños. En algunas acciones de custodia, incluso, el “interés superior del niño” no es considerado en lo absoluto. Tal es el caso de las acciones por desacato al régimen de custodia o por una tentativa del padre biológico en contra del padre nominal<sup>5</sup> para obtener la custodia; en esas instancias, lo único que se considera para determinar la custodia es si el contacto con el padre biológico es dañino para el niño y no el “interés superior del niño”.

<sup>1</sup> Este artículo resume las ideas contenidas en uno de los capítulos del libro de Mason Mary Ann, *Custody Wars. Why Children Are Losing The Legal Battle And What We Can Do About It?*, Basic Books, New York, 1999.

<sup>2</sup> Traducción de Sebastián Muñoz Cornejo, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

<sup>3</sup> J.D., Ph.D., Profesora de Seguridad Social, Decana de la División de Graduados Unidad de California, Berkeley.

<sup>4</sup> La autora se refiere a la realidad norteamericana.

<sup>5</sup> El concepto de padre nominal se utiliza para designar al sujeto que cumple el rol de padre sin serlo biológicamente (N. del T.)

El reciente juicio de visitas entre Kathy Marshall y Sheldon Nussbaum ilustra la indefensión del niño en el proceso legal<sup>6</sup>. En este caso, Heidi Nussbaum, de 12 años, y su hermana Rachel de 8, se negaron a visitar a su padre en Carolina del Norte el verano de 1995, violando de esta forma un acuerdo judicial entre su padre y su madre (Sheldon Nussbaum y Kathy Marshall). Cuando el juez les preguntó a las niñas si iban a cooperar e ir a Carolina del Norte, ambas respondieron negándose a ir. El juez estimó que ambas niñas se encontraban en desacato civil directo<sup>7</sup>, por lo que “castigó” a Rachel ordenando -y compeliendo a la madre a hacer efectivas las medidas- que no podía abandonar la casa de su madre y prohibiéndole ver televisión o invitar amigos a la casa, pero permitiéndole hacer manualidades. En cuanto a Heidi, dispuso que ésta fuera recluida en una unidad de detención juvenil hasta que aceptara ir a Carolina del Norte.<sup>8</sup>

El juez estimó que nadie había probado que el régimen de visitas podría poner en riesgo el bienestar de las niñas. Además sostuvo que como su madre estaba obligada por los términos acordados acerca del régimen de visitas, Heidi y Rachel, estaban desobedeciendo al tribunal. Y aunque el juez consideró que ellas no eran parte en el acuerdo de sus padres, determinó que estaban imperadas por él, al ser ellas el objeto del acuerdo.<sup>9</sup>

Un gran testimonio tuvo lugar en las numerosas audiencias previas a la audiencia de desacato: el de la Dra. Ryan, psicóloga que compareció a nombre de las niñas. Se había entrevistado con ellas varias veces en el período de un año. De acuerdo a la versión, más tarde confirmada por la Corte de Apelaciones, Heidi le contó a la Dra. Ryan que “durante la reciente visita de Navidad en Carolina del Norte, su padre la despertaba todas las noches y le decía que era el tiempo de padre e hija”.<sup>10</sup> Para navidad, su padre le regaló un rifle de caza y la llevó a cazar, forzándola a dispararle a un pájaro. La niña dijo que después de visitar a su padre escuchaba voces.<sup>11</sup> Además comentó que para la visita de verano de 1993, éste la mantuvo en pie hasta las cuatro de la mañana.

Teniendo en cuenta las sesiones que había tenido con Heidi y Rachel, la Dra. Ryan le recomendó a la madre de las niñas, Kathy, que sus hijas no fueran a la próxima visita programada, debido a que Heidi estaba bastante perturbada por las visitas y Rachel estaba sufriendo de un trastorno psicológico severo.<sup>12</sup> En una

<sup>6</sup> *In re Marriage of Marshall & Nussbaum*, 663 N.E 2d 1113, 278 I11. App. 3d 1071 (1996)

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid. en 1119 - 1120

<sup>10</sup> Ibid. en 1116

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid.

sesión previa a la audiencia de desacato, el juez encontró que el testimonio de la Dr. Ryan no tenía sentido y era “menos que creíble”.<sup>13</sup> Además dispuso que la Dr. Ryan no aconsejara a las niñas.<sup>14</sup>

El juez tampoco hizo caso al propio psicólogo del tribunal. Cuando las partes fueron incapaces de acordar un consejero para facilitar el régimen de visitas, él nombró a la Dra. Patricia Miller. La Dra. Miller recomendó que las niñas no debían interrumpir su veraneo hasta que un régimen específico de visitas fuera elaborado y acordado por las partes. El juez exhortó a las partes para que colaboraran con la Dra. Miller y fijaran sesiones adicionales de aconsejamiento para facilitar las visitas de las niñas a su padre. Unas semanas después, en la audiencia final de desacato, la Dra. Miller recomendó más sesiones de aconsejamiento puesto que no se había logrado un acuerdo. El juez, sin embargo, ignoró esta recomendación, disponiendo que las niñas estaban en desacato y ordenando la detención de Heidi en una unidad de detención juvenil.<sup>15</sup>

En este caso, el único factor que el juez consideró al dictar la resolución, fue si el padre ponía en peligro el bienestar de las niñas. Una vez que el juicio se transformó en una audiencia de desacato en vez de una audiencia de custodia, el concepto de “interés superior del niño” dejó de ser considerado. En efecto, en los casos en que se discute desacato, al igual que las disputas de custodia que involucran a padres no biológicos, se añade una mayor exigencia: es necesario probar que, además de desfavorecer el interés superior del niño, el contacto va a causarle un daño efectivo. De esta forma, el régimen de custodia se asimila a un contrato de compraventa en el cual los niños son el objeto que se va a adquirir y como tales deben ser transferidos incluso por la fuerza. Bajo estas condiciones el famoso “debido proceso”, teóricamente garantizado a todos los norteamericanos por la Constitución, no es accesible para los niños.

En el caso Nussbaum podría parecer -a primera vista- que los niños fueron efectivamente oídos. El juez, inicialmente, les pidió que explicaran por qué faltaron al compromiso, y también les permitió que su terapeuta declarara. Sin embargo después sus voces no fueron escuchadas y se convirtieron sólo en un objeto de la disputa. En el juicio por desacato, en que los niños carecen de derechos, el juez está facultado para ignorarlos y de hecho así lo hizo en este caso. Sin embargo este no es solo un ejemplo de un mal juez sino que representa el estado de la legislación americana frente a los derechos de los niños.

<sup>13</sup> Ibid. en 1117

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid. en 1118

## 2. ADOLESCENTES: EL DERECHO A CONSENTIR

La idea de derechos de los adolescentes es relativamente nueva y controversial para los americanos. Hasta el momento, el camino recorrido para reconocer los derechos de los niños ha sido accidentado e irregular. La Corte Suprema introdujo la idea de derechos de los niños por primera vez en la década de los sesenta, década en que las libertades individuales tomaron inusitada relevancia. Respecto a un caso de libertad de expresión en 1965, en que los niños del colegio Quaker protestaron en contra de la guerra de Vietnam en clases, la Corte Suprema audazmente declaró que: “los niños no han dejado sus derechos constitucionales en la entrada del colegio”.<sup>16</sup> Sin embargo esa misma corte, en los más conservadores setenta, autorizó la censura de los periódicos escolares<sup>17</sup> y le dio a las autoridades escolares gran discreción para registrar los lockers de los estudiantes.<sup>18</sup>

Es en este campo de la justicia juvenil (libertad de expresión), que las cortes han considerado los derechos de los niños mas seriamente. En 1965 un niño de 15 años, Gerald Gault, habría realizado llamadas obscenas a varios adultos del vecindario.<sup>19</sup> Sin el derecho a un abogado, o siquiera a un juicio previo, Gerald fue sentenciado a estar en una institución correccional de niños hasta los 21 años. Este precedente fue revertido por decisiones subsiguientes en que se les concedió - a los adolescentes que eran demandados en cortes criminales juveniles- prerrogativas similares a las que cuentan los adultos demandados en cortes criminales regulares; incluyendo el derecho a un abogado y a la no discriminación.

Pero en un cruel e irónico giro en los acontecimientos, en 1990 las legislaciones de los estados, en respuesta a un aumento de la delincuencia juvenil, entusiastamente comenzaron a mandar a cortes de adultos a niños de corta edad, aplicándoles castigos de adultos también. Hoy en día, en la mayoría de los estados un niño de 14 años puede ser juzgado por homicidio como un adulto y un niño de 16 puede ser sentenciado a pena de muerte.<sup>20</sup>

Mientras la Corte Suprema ha mostrado su disposición en reconocer algunos derechos a los niños con respecto a los tribunales, colegios y otras instituciones gubernamentales, se ha mostrado renuente en garantizar a los niños derechos que podrían entrar en conflicto con los derechos de los padres. Esta dicotomía queda de manifiesto en el caso del aborto. Un poco después de *Roe vs. Wade*, la Corte

<sup>16</sup> *Tinker v. Des Moines*, 393 U.S. 503 (1969).

<sup>17</sup> *Hazelwood v. Kulmeier*, 484 U.S. 260 (1988).

<sup>18</sup> *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

<sup>19</sup> *In re Gault*, 378 U.S. 1 (1967).

<sup>20</sup> *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

estimó que el derecho de una mujer adulta a abortar era extensible a las adolescentes, pero a la vez reconocía a los padres mayores prerrogativas con respecto a sus hijos.<sup>21</sup> La Corte decidió que los estados podrían dictar leyes que hicieran necesario el consentimiento de los padres para proceder a abortar. Al mismo tiempo, y dejando al descubierto la ambivalencia de sus decisiones, la Corte estableció que una niña podría omitir el permiso de los padres asistiendo a un juzgado. Si ese juzgado declaraba que la niña era suficientemente madura, ella podría tomar la decisión.<sup>22</sup>

El consentimiento de una menor para abortar es un tema delicado para los padres y se encuentra en el centro de la discusión sobre el aborto. Los estados están divididos respecto al tema, y la batalla continúa. Donde si ha habido algún progreso, es en un tema mucho menos controversial: el consentimiento de los adolescentes respecto a tratamientos médicos sensibles como el relativo a las enfermedades venéreas y de adicción al alcohol y las drogas.<sup>23</sup> Ahora en muchos estados, un médico que no podría suministrar a un niño una aspirina sin el consentimiento de los padres, podría tratarlo por alguna enfermedad venérea.

En cuanto a las disputas sobre custodia, se ha registrado una tendencia favorable, impulsada tal vez por los avances registrados en los conflictos médicos. La Corte Suprema ha mantenido su silencio al respecto, defiriendo la responsabilidad, como casi siempre lo hace en temas de divorcio y custodia, a los respectivos estados. Algunos de ellos también se han mantenido neutrales al respecto, pero muchos han establecido que los jueces deben escuchar la preferencia del niño si tiene 14 años, o, en algunos casos, si ella o él “tienen edad suficiente para formarse una preferencia razonable”.<sup>24</sup>

Esto está lejos de ser un derecho a consentir, debido a que al adolescente no se le ha dado el derecho a tomar la decisión, sino que sólo a expresar una preferencia. El juez no está obligado a tomar en cuenta esta preferencia, sino que sólo a escucharla. Es más, un niño no está habilitado para iniciar un cambio en el régimen de custodia. Si un niño necesita un cambio, como siempre sucede a medida que se desarrolla, no tiene el derecho para reabrir el tema de la custodia. Ese es un derecho reservado para los padres.

Los tribunales usualmente imponen regímenes de custodia sin tomar en cuenta la edad del niño y los vastos estudios respecto a los cambios que ellos experimentan en las distintas etapas de maduración.<sup>25</sup> Aunque los regímenes de custodia son

<sup>21</sup> *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

<sup>22</sup> *Bellotti v. Baird II*, 443 U.S. 622 (1979).

<sup>23</sup> Wadlington Walter J., *Consent Medical Care for Minors* en *Children's Competence To Consent*, Melton Gary B., Koocher Gerald P. y Sak Michael J. editores., Plenum Press, New York, 1983, pg. 60-63.

<sup>24</sup> Cal. Fam. Code n° 3042 (West 1997).

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, Piaget Jean y Inhelder B., *The Psychology of The Child*, Basic Books, New York, 1969.



teóricamente modificables al ser solicitado por uno de los padres, esta facultad es raramente ejercida y el régimen de custodia se mantiene sin importar la edad de los niños. La modificación del régimen de custodia usualmente requiere cambios significativos en las circunstancias de los padres; las necesidades cambiantes de los niños no son consideradas como cambios en las circunstancias para los propósitos de la modificación.

La investigadora Judith Wallerstein, describe el infeliz régimen de visitas de Ellen, de 14 años, fijado por el tribunal cuando ella tenía seis años.<sup>26</sup> Ellen fue forzada a seguir un rígido programa de visitas de fin de semana y veranos a su padre, al cual temía, perdiendo de esta forma toda actividad social con sus pares.

De acuerdo a Wallerstein, “Ellen se pregunta por los efectos sociales y psicológicos a largo plazo de la orden judicial, (ya sea visita o custodia) la que no se ajusta a su desarrollo. Refiriéndose a su propio caso, con lágrimas en los ojos, costras en sus manos y todavía con moderación, ella estima que el régimen de visitas habría servido a su interés a la edad de seis años, pero que ahora se había vuelto en perjuicio de sus intereses como adolescente”.<sup>27</sup>

Los niños generalmente carecen de poder para iniciar cambios en el régimen de custodia o visitas. De hecho actualmente parece necesaria un Acta del Congreso para darle a los adolescentes el poder de alterar su régimen de custodia. En otoño de 1996 me llamó la atención un pequeño artículo en el *New York Times*. Este divulgaba que el Congreso había aprobado una norma legal especial, inserta dentro de una abultada cuenta de transportes de 37,9 billones de dólares, que temporalmente cambiaría la ley del distrito de Columbia, permitiendo a niños de 13 años o más, bajo ciertas circunstancias, elegir con qué padre vivir, aunque éste no ostentase legalmente la custodia.

Quedé totalmente sorprendida. ¿Estaba el congreso suavizando su postura respecto a los niños?. La lectura ulterior me dijo que no. De hecho, este era otro capítulo del famoso caso de Elizabeth Morgan, la médica cirujana que doce años antes había acusado a su marido de abusar de su hija Ellen, de dos años de edad. El juez, en su discreción, no estuvo de acuerdo con Morgan y la condenó a dos años en prisión por negar al padre la posibilidad de visitas.

El tiempo ha pasado y ahora Morgan, que vive en Nueva Zelanda con su hija de 14 años, quiere regresar a América. El tribunal que la puso en prisión sigue tercamente tratando de hacer cumplir la antigua resolución. Esta es a menudo la

<sup>26</sup> Wallerstein Judith S., *Presentation to the American Bar Association*, 9 de Agosto, 1992. Para un análisis de los efectos en el largo plazo de la custodia en los niños, ver Wallerstein Judith S. y Blackeslee Sandra, *Second Chances*, Houghton Mifflin, New York, 1989.

<sup>27</sup> Ibid.

forma de las resoluciones sobre custodia de niños, que tienen efecto desde la niñez hasta la adultez. En esta instancia, solo un acto especial del Congreso puede subestimar la resolución de la Corte. Este es el segundo acto especial en que el Congreso, en su papel único como gobierno local del distrito de Columbia, ha favorecido a Elizabeth Morgan. El primero, en 1989, la liberó de la prisión.

Según el periódico, esta cuenta no tendría efectos para los demás adolescentes. La medida estaba redactada de manera tal que el único niño favorecido fuera Ellen.

Estos acontecimientos demuestran la indiferencia general respecto a la voz del niño. Presumiblemente, si Morgan no hubiese tenido buenos contactos en el Congreso, Ellen hubiese tenido que esperar la adultez para regresar a América.

Sin duda otorgarle voz a los niños resulta amenazante para muchos padres. Esto tanto respecto al derecho de un menor maduro para iniciar cambios en el régimen de custodia, como respecto al derecho de consentir al aborto u otro tratamiento médico sin involucrar a los padres. Por supuesto que la mejor forma para hacerse cargo de estos aspectos tan relevantes es la cooperación de padres y adolescentes en el proceso de toma de decisiones. Y, la mayoría de las veces, ésta es la manera natural, normal de resolver los asuntos. Los padres comprenden el problema del embarazo de su hija y le dan su apoyo, y los padres divorciados responden a las necesidades cambiantes de sus hijos ajustando a ellos los regímenes de custodia y visitas.

Pero ese no es el caso de todos los padres o todos los adolescentes. La desintegración de la familia y sus consecuencias pueden hacer que incluso padres bien intencionados desvíen sus prioridades. Los padres a menudo no quieren o no pueden darle el énfasis suficiente a las necesidades de sus hijos, y muchos padres dejan de cooperar entre sí. A veces están más preocupados de pasarlo bien o de volver a estar juntos. Los hechos del caso *Nussbaum/Marshall* son ilustrativos; los niños fueron atrapados en el fuego cruzado de la hostilidad de sus padres. La toma de decisiones en base a la cooperación se hizo imposible.

Más que ser tratados como armas en la disputa emocional entre dos padres enojados, los niños debieran tener la posibilidad de hacer valer sus propios derechos. Darle una voz fuerte a los niños debiera ser la prioridad en una política de custodia centrada en ellos. Para niños mayores esto podría concretarse limitando la discreción judicial con una preferencia legislativa como la siguiente: *“En todas las disputas, los deseos y sentimientos del niño deben gozar de preferencia, tomando en cuenta la edad y madurez del niño. El menor maduro tiene el derecho a consentir e iniciar una acción”*. Este simple enunciado establece el derecho del adolescente maduro para tomar decisiones e impulsar un cambio. Los jueces y mediadores no deben simplemente considerar la voz del menor, como está establecido en algunos estados; más bien deben honrarla. Sólo en el caso de que uno de los padres, o cualquier

parte discutiendo la custodia, pruebe que la decisión del niño podría ser perjudicial para él mismo, el juez podría desestimar la regla. De esta manera el poder efectivamente pasa de los padres al niño maduro.

Por supuesto que este cambio en quien ostenta el poder acarrea potenciales problemas y consecuencias. Para los niños maduros, esto implicaría contar con algo similar a un poder de veto en todos los arreglos de custodia y visitas. Para Heidi Nussbaum esto habría significado el respeto por su negativa a visitar a su padre.

Existen muchas objeciones obvias a una preferencia legislativa como la anteriormente expuesta. En primer lugar se podría argumentar que los adolescentes no saben cuáles son sus mejores intereses, que son propensos a tomar decisiones por razones equivocadas y que pueden no ser capaces de apreciar las consecuencias negativas de sus decisiones. Otro argumento podría ser que dejar las decisiones de custodia a los adolescentes, invita a los padres a competir para obtener la custodia, ejerciendo mucha presión sobre los niños. Se podría también cuestionar si es correcto permitir a un niño evadir la visita a uno de los padres. Finalmente, si uno de los padres paga la mantención del niño, ¿no tendría entonces derecho a las visitas?.

¿Están los niños capacitados para tomar estas difíciles decisiones?. Existe, de hecho, bastante material científico respecto a la capacidad de los niños para consentir. La mayoría de estas investigaciones tiene relación con la delincuencia juvenil. Otros estudios ponen énfasis en su habilidad para ofrecer un consentimiento informado en situaciones médicas. Mientras las opiniones de los expertos difieren significativamente respecto a la edad en que se alcanza el discernimiento (la clase social parece ser la variable más importante, de hecho los niños aventajados socialmente demuestran mayor capacidad a menor edad), la evidencia parece demostrar que los niños tienen la capacidad cognitiva para tomar decisiones racionales a una edad menor de la que establece la ley. Por ejemplo, un estudio en que se comparaban niños de 9-14 años con adultos, determinó que los niños de 14 años tomaban decisiones tan maduras como las de los adultos con respecto a tratamientos médicos y mentales. Similares hallazgos han sido arrojados con respecto a la decisión de abortar.<sup>28</sup> En el área del desarrollo cognitivo, casi todos los científicos sugieren que los niños, desde los 14 años en adelante, poseen un nivel cognitivo e intelectual similar al de los adultos, en lo relativo al discernimiento. Incluso la mayoría de los científicos están de acuerdo con que los niños alcanzan este nivel a la edad de 12 años.<sup>29</sup> La preadolescencia (desde los 10 a los 13 años) es un período de cambios significativos en las capacidades cognitivas. En este período, algunos niños han demostrado poder tomar decisiones

<sup>28</sup> Melton Gary B., *Children's Competence to Consent: A Problem in Law and Social Science* en *Children's Competence To Consent*, ob. cit.

<sup>29</sup> Weithorn Lois A., *Involving Children's in Decisions Affecting Their Own Welfare* en *Ibid.*

perfectamente racionales mientras que otros no han alcanzado ese nivel de desarrollo. En consecuencia, en esta etapa es necesario atender a la particularidad de cada niño.

Niños menores (7 a 9 años) han demostrado tener mejor poder de decisión que lo que comúnmente se piensa. Investigadores han encontrado que si bien estos niños no poseen la misma capacidad de entendimiento y habilidad para tomar decisiones que los adultos, podrían ser capaces de arribar a decisiones perfectamente lógicas. Además se muestran comúnmente ansiosos de convertirse en activos participantes del proceso de toma de decisiones. Incluso aquellos menores de 7 años, si bien no son capaces bajo los rígidos standards de adultez, podrían tener preferencias e ideas razonables respecto de lo que ellos quieren.<sup>30</sup>

¿Esto significa que los adolescentes verdaderamente entienden las consecuencias a largo plazo de sus actos?. Hace algún tiempo, mi hijo de entonces 15 años, me hizo enfrentar una situación de la vida real que me hizo reflexionar. Su amigo Harvey, de también 15 años, estaba obsesionado con los autos, tal como la mayoría de los niños de su edad. Él tenía un calendario en el cual marcaba los días que faltaban para su cumpleaños numero dieciséis, día en que recibiría su licencia de conducir. Harvey vivía con su madre en San Francisco y aprendió a manejar con ella, que le enseñaba cuando disponía del tiempo. Yo sabía que sus padres habían experimentado un desagradable divorcio hace siete u ocho años y que su padre vivía en California del sur. Ellos no eran mis clientes, por lo tanto yo no sabía nada acerca del régimen de custodia excepto por lo que mi hijo me contaba. Por lo que él me contaba, yo sabía que Harvey pasaba el verano con su padre en California y que iba y venía numerosas veces durante el año. Harvey -decía mi hijo- tenía buenos amigos en el vecindario de su padre.

Justo antes de su cumpleaños numero dieciséis, mi hijo me anunciaba impresionado: “¡Harvey se muda a California del Sur!. Su padre le ha regalado un auto”. Entonces me miró directamente y dijo: “te apuesto a que estás de acuerdo con esto. Este es el tipo de cosas que tú escribes.”

Mi hijo estaba comprensiblemente enojado con el alejamiento de su amigo y veía en el auto un estímulo inadecuado. Quizá lo era. Nunca voy a saber la historia completa. Pero asumamos que esos son los hechos. ¿Qué pasa si un niño de 15 o 16 se va a vivir con uno de los padres estimulado por un auto?. Ciertamente incentivar de esa forma a un niño en tales circunstancias es, a lo menos, inapropiado para un adulto. Podríamos estar en desacuerdo con la decisión del niño de sucumbir ante tal tentación, pero tampoco deberíamos estar sorprendidos. El punto es que, a esa altura de la vida, un niño debiera ser capaz de tomar sus propias decisiones, si

<sup>30</sup> Ibid., pg. 246.

es que estas no ponen en peligro su bienestar. Y simplemente elegir vivir con uno u otro de los padres no parece ser una decisión peligrosa. De hecho, este es el tipo de decisión que los adultos también deben tomar. ¿Debería uno tomar un trabajo mejor remunerado pero que es socialmente mal mirado? o ¿Debería hacerse amigo de alguien que podría ayudarlo a avanzar en su carrera?. Nótese que esta situación es la opuesta a la del caso *Nussbaum* en que las niñas eran forzadas a visitar a su padre aunque era evidente que esas visitas ponían en peligro su bienestar.

Esta situación podría provocar un cierto rechazo, ya que es injusto para la madre, particularmente si ella se opone a este traslado. Lo que yo sé es que ella ha sido el principal apoyo para Harvey desde que nació y que su alejamiento le acarrearía una pérdida irrecuperable. Sin embargo el niño no es de propiedad ni de la madre ni del padre y está en una edad en que puede tomar decisiones competentes respecto a su lugar de residencia.

Un punto diferente, pero no menos importante es: ¿Cuál es la alternativa? ¿Podríamos nosotros como sociedad castigar a un niño por una decisión que, en el peor de los casos, es poco sabia?. Hemos decidido que no volveremos a castigar a los llamados “ofensores de status”: niños desenfrenados o que se arrancan de su casa. Hemos despenalizado esas acciones. Un niño que se escapa de la casa o del colegio, o que está fuera del control de los padres ya no puede ser detenido ni por un día ni más. ¿Podemos, entonces, castigar a un niño por escoger vivir con uno de los padres o por negarse a visitar a uno de ellos? ¿Y deberíamos castigar a un padre por ofrecerle a su hijo o hija un auto, una oferta que muchos padres hacen a sus hijos?.

¿Qué pasa si un niño se rehúsa a visitar a un padre que esforzadamente ha pagado el mantenimiento del niño?. El argumento de que el padre que contribuye a la mantención tiene un cierto derecho es discutible. Pero la posibilidad de ver al niño no es el fundamento moral ni legal en que se fundan las obligaciones de mantener a un niño. Un padre, tenga o no la custodia, está obligado a mantener a su hijo porque habría asumido esa responsabilidad por el solo hecho de traerlo al mundo. Mantener a un niño no es lo mismo que “arrendar a un niño.”

He asesorado a acongojados padres que se encuentran en la situación de que su hijo se niega a visitar al otro padre, generalmente por buenos motivos, pero deben obligarlo a ir para no perder el pago de la mantención.

Jane Q. era una madre que se encontraba en esa situación. Su hija Melissa, que aún no tenía 14 años, soñaba con ser actriz y había logrado ser aceptada en una prestigiosa escuela de actuación. Sin embargo las clases eran el sábado, día que pasaba con su padre, John, desde que sus padres se habían divorciado hace 10 años. De acuerdo a Jane, John era demasiado autoritario, tanto así, que fue una de las causas del divorcio. Por su parte, John no estaba de acuerdo con la permisividad con que Jane estaba criando a su hija.

Melissa le suplicó a su padre que la dejara ir los domingos o cualquier otro día de la semana en vez de los sábados, pero John fue inflexible. Él planteó que también tenía otros compromisos que no podía alterar. Jane trató de persuadirlo, pero John se puso a la defensiva respondiendo: “soy un hombre muy responsable; cumplo mis obligaciones; tú podrías cumplir las tuyas”. Jane se acercó a mí para que la aconsejara. “Podría insistirle a Melissa para que dejara sus clases, pero es su sueño. Él es tan miserable como siempre pero no me puedo arriesgar a perder la pensión alimenticia” me señaló.

Este fue un tema complicado para mí. Claramente la vida de Melissa había cambiado y su activa vida de adolescente no podía seguir siendo dividida. En esta situación, la cooperación y flexibilidad de los padres no fue posible. Yo sostuve firmemente que los deseos de Melisa debían prevalecer y que la inflexibilidad de su padre sólo acrecentaría los resentimientos de Melissa hacia él. Sus necesidades estaban cambiando y de igual modo debía cambiar su régimen de custodia.

Yo sabía que si el padre se negaba a seguir pagando la pensión alimenticia, la situación de Jane y Melissa sería bastante dura. A pesar de esto, un juez perfectamente podría respaldar la decisión de John. Éste podría retratar a Jane como una madre no obediente y lograr que el juez dictara una orden de desacato en su contra. De este modo, contradecir a John podía acarrear la suspensión de la pensión alimenticia. Tal como queda patente en el caso *Nussbaum*, la ley no está hecha para respetar los deseos de los niños; al igual que en una acción de desacato, no se considera el “interés superior del niño.”

En este caso Melissa tomó la decisión por su cuenta. Dijo que no podía soportar estar en la mitad del conflicto y decidió no abandonar sus clases de actuación para continuar las visitas. No hubo ganadores en este cuento.

Últimamente, la determinación en juicio de los derechos que prevalecerán, se ha hecho según criterios éticos y no científicos. Los deseos de un niño en una decisión fundamental con la que él cargará al menos parte de su vida, debieran ser tomados en cuenta, proviniendo de un niño maduro. Podrían haber razones por las cuales los deseos del niño podrían no ser considerados, como por ejemplo si el adulto representa un claro peligro para él o elige no aceptarlo. Pero cuando el niño toma una decisión clara y sana, ésta debe ser considerada.

### **3. LA PREADOLESCENCIA: DE LOS SEIS A LA ADOLESCENCIA**

Podemos estar confiados respecto a la competencia para tomar decisiones de un niño de 14 años o más; pero ¿qué pasa con los niños más jóvenes? ¿Cuándo son suficientemente maduros? ¿Cuándo no lo son? ¿Qué rol deberían tener?. Tal como he sostenido anteriormente, la preadolescencia es quizás la etapa más flexible

para los niños. Heidi Nussbaum de casi 13 años, podría bien ser considerada madura -aunque el juez no es la persona indicada para hacer esa determinación-, pero ¿qué pasa con su hermana menor?. Rachel tenía sólo ocho años al momento en que fue declarada culpable de desacato; ella estaba obviamente influenciada por su hermana mayor cuando sostuvo que no quería volver a visitar a su padre nuevamente, y su decisión fue respaldada por su psicóloga, la Dra. Ryan.

Muy pocos estados permiten a los menores de edad tener voz. Algunos jueces podrían hablar con los niños en sus despachos por unos pocos minutos y eso sería todo en lo que respecta a la opinión de los niños. Debieran incluirse en el proceso especialistas en escuchar la voz de los niños. Si los deseos y sentimientos de los niños son clara y consistentemente expresados deberían ser escuchados. Y si un niño se rehúsa a expresar sus sentimientos, ese silencio también debiera ser respetado. Es el trabajo de un especialista, generalmente un consejero de salud mental, no solamente elaborar su propio informe, sino también evaluar el informe del niño. Por supuesto que habrá situaciones en que la opinión del niño se ve influenciada por uno de los padres u otra figura paternal; en ese caso tales influencias deben ser tenidas en cuenta por el experto con el objeto de determinar la verdadera voz del niño y no confundirla con la de sus padres que hablan a través de él.

Pero el problema no es la falta de profesionales de salud mental en el juzgado. De hecho, cuando se conoce de un caso de custodia la sala está generalmente llena de expertos. Probablemente hay un experto para la madre, otro para el padre, además de un evaluador especialmente citado por el tribunal. Es tan así, que la falta de criterios objetivos para determinar el “interés superior del niño” reduce la confianza del juez en su propia capacidad para tomar decisiones, generando cierta dependencia con agentes externos. Las evaluaciones del tribunal, generalmente llevadas a cabo por trabajadores sociales o por psicólogos citados por el tribunal, entregan un amplio espectro de información acerca de los padres y los niños, incluyendo datos socioeconómicos y “psicodinámicos”.<sup>31</sup> Encuestas a jueces indican que el juez está más inclinado a escuchar a los evaluadores del tribunal que a los del padre o de la madre.<sup>32</sup>

Los evaluadores citados por el tribunal tienen, entonces, una gran influencia. Pero ¿están ellos verdaderamente preocupados por los niños? ¿Están escuchando la voz del preadolescente?. No siempre. La evaluación de Ramona X, llevada a cabo por un especialista de California, ilustra el ambiguo rol de estos expertos.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Para una interpretación crítica de las evaluaciones de custodia, ver Levy John R., *Custody Investigations as Evidence in Divorce Cases*, 21 Family Law Quarterly 149 (1987).

<sup>32</sup> Mason Mary Ann, *Read my Lips: ¿Are Mothers Losing Custody? Trends in Judicial Decision-making in Custody Disputes*, 31 Family Law Quarterly, N° 2 (Summer, 1997), pgs. 215-237.

<sup>33</sup> Correspondencia Privada. De las oficinas de un abogado especialista en temas de familia de Oakland.

En este caso los padres estaban disputando el régimen de custodia de su hija de 8 años, Ramona. La madre de Ramona, Colleen, quería que su casa fuera la residencia principal de Ramona, con visitas libres a su padre los fines de semana. Su padre Ray quería un régimen de custodia física de 50-50. La evaluadora, una psicóloga clínica, aplicó un test de personalidad standard (el de personalidad multifásico de Minnesota) a ambos padres para diagnosticarlos psicológicamente. Después entrevistó a Ramona con cada uno de sus padres.<sup>34</sup>

En el informe final que fue enviado a la corte, la evaluadora detalló las entrevistas que había tenido con cada uno de los padres y con Ramona. En éstos señaló: “Ramona habló abiertamente acerca de las dificultades de ajustarse a vivir en dos casas, se quejó de olvidar cosas que tenía que llevar de una casa a la otra y especialmente de cómo los cambios alteraban cualquier cosa que estuviese haciendo. Aunque afirmó querer por igual a ambos padres, dijo que se sentía más cómoda en la casa de su madre (fue incapaz o no quiso decir por qué), y que no siempre tenía ganas de ir a la casa de su padre... Ella fue concisa en decir que quería pasar más tiempo con su madre y que la extrañaba estando en casa de su padre”.<sup>35</sup>

No obstante que la evaluadora advirtió que “Ray y Colleen son buenos y responsables”, sostuvo también que Ray estaba en lo correcto al percibir que Colleen subestimaba y se adueñaba de su tiempo con Ramona. Luego añadió que su requerimiento de una orden de custodia que protegiera su tiempo con Ramona era razonable. Después de esto la evaluadora recomendó, y la corte aceptó, un plan de custodia compartida. El plan ordenaba que Ramona: “viva con su padre desde el Miércoles a las 5:30 hasta el Domingo a las 5:30, (o lunes a las 5:30 si el lunes fuese un día festivo en el colegio) en fines de semana alternados y en la otra semana de miércoles a las 5:30 hasta el jueves antes del colegio, las vacaciones serían alternadas, con Ray en los años pares y con Colleen en los años impares”.<sup>36</sup>

En este caso, la evaluadora no puede considerarse como una defensora del niño. De hecho, se puede escuchar la voz del niño a través del informe; Ramona claramente estaba clamando por mayor estabilidad en su vida. Sin embargo, la evaluadora mantuvo esta forma de guiar los asuntos de custodia en California: custodia física compartida, estén o no las partes de acuerdo o se sienta cómodo o no el niño. Su principio guía era la defensa de los mismos derechos para los padres y no del interés superior del niño.

Unos pocos estados ofrecen representación legal independiente para los niños en casos de disputa de custodia, cuando hay algún indicio que de podría haber un

<sup>34</sup> Ibid. en pg.3.

<sup>35</sup> Ibid. en pg.4.

<sup>36</sup> Ibid. en pg.5.



conflicto con los intereses de los padres. Esto es, en parte, la forma para proteger los intereses de los niños. Sin embargo estos representantes, generalmente abogados, no están preparados para pasar tiempo con los niños, ni menos para descubrir sus deseos y sentimientos.

Un abogado comentó al respecto de su experiencia como un representante de niños “a menudo me he asombrado de que cuando he estado defendiendo a niños en casos de delincuencia o abandono, lo que tengo que hacer es dirigirme a un niño de 9 o 10 años y decir: -soy tu abogado. Acá estoy: Dime qué hacer. ¿Qué quieres que haga en tu representación?-.”<sup>37</sup>

Un representante de niños debe ser más que un abogado. Debe tener un conocimiento substancial del desarrollo de los niños y las herramientas adecuadas para comunicarse con ellos. Tan sólo trabajar con el niño no es suficiente. De acuerdo con el sicólogo infantil James Garbarino, autor de *What Children Can Tell Us*, “para resolver el problema de la disputa se requiere una valoración de la calidad de la relación padre-hijo. Esta valoración se logra de mejor manera observando al niño con cada uno de los padres y obteniendo información de adultos relevantes para el niño, como los abuelos, profesores y niñeras. El informe y testimonio del sicólogo se debe usar más como información adicional que como una recomendación ineludible. Algunos sicólogos han recomendado que el test de personalidad no debe ser usado para determinar la custodia en el tribunal, debido a la dificultad existente para interpretarlos”.<sup>38</sup>

Los tribunales ingleses, de acuerdo al Acta de Niños de 1989, proveen a los niños de dos defensores en cualquier caso de custodia: un representante legal y un representante personal, usualmente un trabajador social. Esto puede parecer un gran apoyo pero a un alto costo; sin embargo, la filosofía del Acta de Niños es que los niños son usualmente la parte más débil en cualquier disputa y por tanto requieren mayor protección. En el sistema americano hay formas en que ese apoyo puede ser entregado principalmente con ayuda voluntaria.

Una segunda manera a través de la cual respetar la voz del niño en la preadolescencia, es con una periódica revisión de los regímenes de custodia. La mayoría de los regímenes de custodia son determinados al momento de la separación y no se contempla en la posibilidad de un cambio en las necesidades de los niños. Al igual que en el caso de Ellen, cuyo régimen de visita fue determinado cuando tenía seis años, la mayoría de los regímenes sólo pueden ser modificados a través de la petición de uno de los padres, basándose en un cambio fundamental en las circunstancias -de la vida de los padres-.

<sup>37</sup> Wald Michael, *Legal Policies Affecting Children: A Lawyer Request for Aid*, 47 Child Development 5 (1976).

<sup>38</sup> Garbarino James., Stot Frances M, & Faculty of the Erikson Institute, *What Children Can Tell Us 223*, Josey-Bass, San Francisco, 1989.

Todas las teorías de la psicología del desarrollo sugieren que hay “etapas discretas” (discrete stages) en la vida de un niño. Jean Piaget, considerado el padre de la psicología del desarrollo experimental, describió detalladamente el desarrollo de los procesos mentales del niño. Él plantea que los niños no diferencian consistentemente entre lo subjetivo y lo objetivo hasta la edad de 7 u 8 años; antes de esa edad la separación no está clara.<sup>39</sup> En el período que va desde los 7 a los 12 años -denominada por el autor “etapa de operación concreta del desarrollo cognitivo”- es donde los niños comienzan a razonar abstractamente, son capaces de concentrarse por períodos más largos de tiempo y pueden establecer y seguir una meta.<sup>40</sup> La mayoría de los otros teóricos del desarrollo también resaltan este período medio como distinto de la infancia y de la adolescencia. Eric Erickson, dentro de su división del desarrollo psicosocial en “las ocho etapas del hombre,” también reconoció la madurez de los seis años en adelante como distinta.<sup>41</sup> Las influencias más importantes durante este período, sostuvo, son el colegio y el vecindario. Además señaló que durante esta etapa los niños aprenden a fabricar y a planificar sus propias vidas.<sup>42</sup> Más recientemente, John Bowlby y la escuela de investigación que él inspiró también hacen una clara distinción entre las necesidades emocionales básicas y urgentes de los primeros años y las más complejas de la preadolescencia.<sup>43</sup>

¿Cómo puede este conocimiento de la preadolescencia como una etapa diferente de la vida, con crecientes niveles cognitivos y de planificación, ser integradas en nuestras políticas de custodia diseñadas para un solo tipo de niños?. Los padres no distinguen convenientemente las distintas etapas del desarrollo del niño. Los regímenes de custodia pueden ser hechos a los nueve meses o a los seis años. Una revisión obligatoria a los siete y luego a los doce años permitiría al niño que su voz fuera escuchada en las etapas cruciales de su desarrollo. Por ejemplo, un régimen que a los nueve meses del niño le dio la custodia a la madre, y visitas limitadas al padre, podría ser reconsiderada a la edad de siete años, cuando el niño requiere de menores cuidados y podría beneficiarse de pasar más tiempo con su padre. Para algunas familias, la custodia compartida podría convertirse en una opción realista a esa edad. Posteriormente, a la edad de doce, las preferencias del niño podrían haber cambiado y las visitas o la residencia podría cambiar también, dependiendo de las necesidades y deseos del niño que crece.

Si las rutinarias revisiones y ajustes, derivadas de las necesidades cambiantes de los niños, estuvieran determinadas de antemano -y por tanto fueran contempladas

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, Piaget Jean y Inhelder B., ob. cit.

<sup>40</sup> Ver ibid.

<sup>41</sup> Ver Paul Roasin, *Erik Erikson*, Free Press, New York, 1986.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Bowlby John, Attachment: vol. 1, *Attachment and Loss*, New York Basic Books, New York, 1969.

por los padres-, podría haber menos stress para todas las partes. Si Heidi y el padre de Rachel hubiesen contado con que el régimen podría cambiar cuando Rachel alcanzara los siete u ocho años y Heidi doce o trece, él podría haberse planteado más flexible. Se habría dado cuenta de que no podía forzar el cumplimiento del régimen existente por medio de una audiencia de desacato. Las revisiones regulares en edades críticas del desarrollo podrían de hecho, hacer girar la balanza de poder desde los padres hacia el interés superior del niño, supuestamente ya contemplado en ley.

#### 4. LOS NIÑOS DE LA PRIMERA INFANCIA

¿Qué pasa con los infantes y niños demasiado pequeños para expresar sus deseos y sentimientos? La mayoría de las disputas de custodia comienzan cuando los niños son aún muy pequeños. Más del 50% de los divorcios ocurren al séptimo año de matrimonio.<sup>44</sup> Por lo tanto el típico caso de custodia comienza cuando el niño está en la primera infancia.

La doctrina legal de la primera infancia, anterior a la moderna teoría del desarrollo por unos cien años, concebía a los primeros cinco o seis años como una etapa de “desarrollo discreto” (discrete develop mental period), de manera similar a los teóricos modernos. Son los tribunales del siglo XX los que por primera vez reconocen la necesidad del niño de ser nutrido y mantenido, exhortando de esta forma a los padres a cuidar y controlar a sus hijos. Al principio, comenzaron por otorgarle la custodia de los niños a las madres, que eran vistas como el principal soporte del niño. Luego, cuando la preocupación por la igualdad ante la ley abolió la preferencia maternal, el concepto de la primera infancia también fue abandonado, creando los actuales standards de custodia con el esquema de “una talla les sirve a todos”.<sup>45</sup>

¿Sabemos nosotros cuál es el “interés superior del niño” en niños muy pequeños, del nacimiento a los siete años, por ejemplo?. O dicho de diferente forma, si un niño muy pequeño tuviese voz, ¿qué diría?. Este es el complejo escenario en el cual científicos y políticos han mantenido una guerra desde hace dos décadas.

Respecto a la resolución de las disputas de custodia tienen lugar dos corrientes: una que sostiene que la custodia debería quedar a cargo de uno solo de los padres, y la otra que está a favor de la custodia común. Ambas corrientes sostienen que su punto de vista representa al interés superior del niño y las dos citan a autoridades científicas que la avalan.

<sup>44</sup> Shin Paul y Quinn Linda, *Epidemiology of divorce*, IV Future of Children 8, Spring 1994.

<sup>45</sup> “O ne-size-fits-all” en el original; con esta denominación se quiere caracterizar a una legislación muy poco flexible, que no consideraría la individualidad de cada niño al momento de decidir su suerte. (N. del T.)

Los investigadores de mayor influencia en los temas de custodia, han sido Joseph Goldstein, Anna Freud, y Albert Solnit, profesor de derecho, psicóloga de niños y siquiatra infantil respectivamente. El primer trabajo de este grupo profesional, *Beyond the Best Interest of the Child*, fue publicado en 1973, época en que las legislaciones de los estados comenzaron a derribar la preferencia maternal.<sup>46</sup> Goldstein y sus colegas insistieron en que los tribunales debían enfocarse en las necesidades psicológicas y de desarrollo del niño al dirimir las disputas de custodia. Ellos introdujeron el término “padre psicológico” para referirse al adulto que “llene las necesidades psicológicas de un niño de una figura paternal” a través de la interacción, la compañía, y el juego del día a día.<sup>47</sup> Sobre todo remarcaron que el sentido del tiempo del niño y su necesidad de continuo cuidado y de relaciones estables deberían guiar la toma de decisiones, por sobre el derecho de los padres o los lazos biológicos. Ellos sostuvieron que el standard del “interés superior del niño” es poco realista. El niño ya ha sufrido el trauma del divorcio y lo mejor que las cortes pueden hacer es prevenir un daño futuro.

Goldstein y sus colegas construyeron su argumento basándose, en parte, en las teorías del apego del sicólogo John Bowlby y sus colegas, que estudiaron la interacción madre-hijo y determinaron el daño hecho por la “privación maternal” cuando los niños son separados de sus madres por largos períodos de tiempo. Bowlby afirmaba que esta pérdida afectaría la personalidad durante el período de desarrollo y la temprana inseguridad podría acarrear una baja autoestima por toda la vida, además de dificultad para relacionarse con los demás, especialmente con sus propios hijos.<sup>48</sup>

Un corolario del concepto de “padre psicológico” introducido por Goldstein y sus colegas era la aseveración de que sólo hay un padre psicológico. Ese padre debería tener la custodia única conjuntamente con la única autoridad, incluida la facultad para eliminar las visitas del otro padre: “los niños tienen dificultad para relacionarse beneficiosamente, sacar provecho de la relación y mantener el contacto con dos padres psicológicos que no tienen un contacto positivo entre sí. Los conflictos de lealtades son comunes y normales bajo esas condiciones, y podrían tener consecuencias devastadoras al destruir las sanas relaciones del niño con ambos padres”.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Goldstein Joseph, Freud Anna y Solnit Albert, *Beyond The Best Interests of The Child*, Free Press, New York, 1973.

<sup>47</sup> Ver Ibid. Ver también Goldstein Joseph, Freud Anna y Solnit Albert, *Before the Best Interests of the Child*, New York, 1979; Goldstein Joseph, Freud Anna y Albert Solnit, *In the Best Interests of The Child*, Free Press, New York, 1986.

<sup>48</sup> John Bowlby, *Attachment and Loss*, ob. cit.

<sup>49</sup> Goldstein Joseph y otros, *Beyond the Best Interests*, ob.cit. Ver también, de los mismos autores, *Before the Best Interests*, ob. cit. y *In the Best Interests*, ob. cit.

Esta idea es conflictiva para muchas personas y organizaciones, especialmente para grupos de defensa de los derechos de los padres, que creen que la teoría del “padre psicológico” es simplemente un reemplazo de la preferencia maternal. Como resultado, se ha producido un resurgimiento de los estudios sobre paternidad que comenzaron en los setenta; hasta esa fecha, las relaciones padre / hijo no habían sido consideradas como un tema importante de estudio.<sup>50</sup>

Los resultados de muchos estudios son ambiguos<sup>51</sup> y han generado un acalorado debate entre académicos respecto a su posible aplicación a los standards de custodia.<sup>52</sup> Algunos investigadores han coincidido en que no hay diferencia entre las respuestas de los padres y las madres hacia los hijos, pero están en desacuerdo respecto a la relevancia de esas respuestas. No obstante, el mensaje que muchos legisladores reciben, es que los padres son, en definitiva, intercambiables con las madres.<sup>53</sup> Este mensaje implica un standard de custodia neutral a los géneros, debido a que los padres pueden ejercer la custodia tan bien como las madres. De esta forma, el tribunal de familia de Nueva York concluyó en *Watts v. Watts* que “el simple hecho de ser madre no implica, por esto, una voluntad o capacidad para cuidar a un niño distinta de la que el padre pueda proveer”.<sup>54</sup> Agrega el tribunal que los estudios científicos demuestran que lo esencial de la maternidad es el calor, la consistencia y la continuidad en la relación, quedando en un segundo plano el sexo de quien ejerce esa maternidad.<sup>55</sup>

Estos mismos estudios son argüidos por los defensores de la custodia compartida. Éstos sostienen que si tanto el padre como la madre pueden sustentar al niño, entonces sería beneficioso para éste que ambos ejercieran ese rol.

<sup>50</sup> Margolis Maxine, *Mothers and Such*, U. of Florida Press, Florida, 1984.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Michael Lamb observó que los padres encajaban con los niños en juegos más rudos e inventaban nuevos juegos, mientras que las madres estaban más inclinadas a los juegos tradicionales. Lamb Michael F., *Father Infant and Mother Infant-Interaction in the First Year of Life*, 48 Child Development 167-81, 1977. Ver también Berman, *Are Women More Responsive Than Men to the Young? A Review of Developmental and Situational Variables*, 88 Psychological Bull. 688, 1980. Este artículo revisa casi sesenta estudios en más de veinte años enfocando el problema de varias maneras, incluyendo las mediciones de las pulsaciones de madres y padres respondiendo a fotografías y observaciones de interacciones reales entre padre, madres e hijos.

<sup>52</sup> David L Chambers., un proponente líder de la preferencia por el cuidador primario, sostiene -haciendo una revisión a la literatura- que no hay razón, basándose únicamente en el género, para preferir mantener al niño con la madre. Chambers David L., *Rethinking the Substantive Rule for Custody Disputes in Divorce*, 83 Michigan Law Review 477, 1984. En el otro extremo, la académica Martha Fineman criticó el análisis de Chambers, sosteniendo que las observaciones en que confió el investigador representan mínimas habilidades parentales— “habilidades que serían inadecuadas si se estuviese hablando de madres en vez de padres”. Además afirmó que las conclusiones estaban basadas en muestras pequeñas, selectivas y no representativas. Fineman Martha L., Opie Anne, *The Uses of Social Science Data in Legal Policymaking: Custody Determinations at Divorce*, Wisconsin Law Review 107-157, 1987, pg. 145.

<sup>53</sup> Para una discusión acerca de la paternidad ver Ross A. Thompson, *Fathers and the Child's 'Best Interests': Judicial Decision Making in Custody Disputes*, en, *The Father's Role*, Chapter 3, Lamb Michael F., New York, 1986.

<sup>54</sup> *Watts v. Watts*, 350 N.Y. 2d 285, 289 (N.Y. Fam. Ct. 1973).

<sup>55</sup> *Ibid.*

Ahora bien, dadas las contradicciones de los especialistas y la presión política de aquellos involucrados en materias de género, a nadie sorprende que tanto jueces como legisladores no sepan qué standard aplicar. Los especialistas se han mantenido cautelosos respecto a predecir las consecuencias eventualmente calamitosas de la “privación maternal”. Por otra parte, y a propósito de la “maternidad”, el concepto fundamental del apego -introducido por John Bowlby- ha influenciado a una nueva generación de investigadores cuyo trabajo tiene directa injerencia en la toma de decisión legal.

Todavía se cree, por ejemplo, que las necesidades de un niño muy pequeño son urgentes. Los regímenes de custodia deberían acomodarse a la realidad del niño; es decir, a un sentido del tiempo todavía no desarrollado y a las ansiedades de la separación. Cuando un padre querido abandona el lugar común, el niño no sabe si ese padre volverá o cuando lo hará. Un bebé, en un régimen de custodia compartida, podría tener que esperar varios días antes de ese regreso y recién después de repetidas y largas separaciones podría aprender a no esperarlo. Los niños criados en familias con ambos padres, por su parte, pueden ser asumidos como apegados a los dos, pero no todos los lazos son iguales. Las miradas, las caricias y la preocupación por sus necesidades es lo que crea los lazos entre niños y adultos, y los niños son más propensos a beneficiarse de algún tipo de contacto continuo con la persona con la que han desarrollado un lazo emocional. Para muchos niños pequeños, de cualquier forma, la distinción entre apego primario -que se desarrolla con el contacto directo con el niño- y secundario podría ser muy importante.<sup>56</sup>

El resultado de todos estos descubrimientos, es que favorecen la continuidad y la seguridad de un apego primario durante esos primeros años. Esto toma mayor importancia en el caso de las “guerras de sangre”.<sup>57</sup> Esta es la situación en los famosos casos de adopción como el de la Bebé Jessica y el Bebé Richard, y los menos famosos, pero más comunes, casos de padrastros/madrastras y otras personas que se dan cuenta que no tienen ningún derecho para con los niños a los que han criado. En estos casos, nuevamente, la atención está puesta en los derechos de los adultos; el tema de la pérdida para el niño es generalmente omitido.

Los investigadores creen que la pérdida temprana de un padre a través de la muerte o la separación aumenta el riesgo de trauma emocional o social durante la

<sup>56</sup> Skolnick Arlene, *Solomon's Children: The New Biologism, Psychological Parenthood, Attachment Theory, and the Best Interests Standard in All Our Families: New Policies for a New Century*, Mason Mary Ann, Skolnick Arlene y Sugarman Steve, Oxford University Press, New York, 1997.

<sup>57</sup> “Blood wars” en el original; con esta expresión se denomina al conflicto de custodia que tiene lugar entre un padre / madre no biológico y un padre / madre biológico (N. del T).

vida. Una aparente falta de angustia en el niño al afrontar esa situación podría llevar a confusión. Sin embargo el silencio y la negación emocional son respuestas comunes -que se dan a cualquier edad- ante la muerte y a la separación. Además no todos los niños se ven afectados de la misma manera. Algunos son más resistentes y otros podrían estar muy afectados sin demostrarlo.<sup>58</sup>

¿Qué regla serviría mejor, entonces, para proteger los derechos de aquellos niños demasiado pequeños para expresar sus deseos y sentimientos?. Con cada niño pequeño deberíamos examinar los actos de paternidad / maternidad para determinar la custodia entre los padres. Si nos fuese posible saber qué pasaba por la mente de Maranda Smith, la niña del “cuidado diario”,<sup>59</sup> o la Bebé Jessica, la niña adoptada que paso los primeros años de su vida con sus padres adoptivos, nos sería fácil percibir la angustia que sintieron al ser separadas de los padres que las habían cuidado día y noche por más de tres años. Es más probable que aquellos fueran los padres a los cuales ellas se habían sentido más emocionalmente apegadas. Un cambio en la ley, introduciendo una clara preferencia hacia la “figura paterna primaria” para los niños pequeños (al menos hasta la edad de 6 años), pondría el énfasis en la paternidad/maternidad real y no en el género, como sucede con la preferencia materna, ni en los “buenos deseos”, como acontece en el caso de la custodia compartida.

La regla de la “figura parental primaria” es mi idea de un matrimonio feliz entre el popular concepto del “cuidador primario” y la vieja idea del “padre psicológico”. Ambos conceptos se usan actualmente, a veces confusamente, por los tribunales de custodia.

La regla del cuidador primario es funcional: pone énfasis en las tareas objetivas de los padres por sobre el subjetivo apego emocional. Esto ha ganado reciente popularidad en las cortes, en gran parte por que la evidencia de haber cuidado al niño -a deferencia de la paternidad psicológica, que usualmente requiere de evaluación profesional- se puede probar fácilmente. En Virginia del Oeste, uno de los dos estados que han adoptado una preferencia a favor del cuidador primario, la legislación ha definido al cuidador primario como el padre / madre que (1) prepara las comidas, (2) cambia los pañales y baña al niño (3) va a dejar al niño al colegio, iglesia, casas de amigos y similares (4) provee atención médica, se preocupa de la salud del niño y es responsable de llevar al niño al doctor y (5) interactúa con los

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Nota del Editor: Una pequeña de dos años de edad, a la que su madre, estudiante becada en la Universidad de Michigan, dejaba durante el día en un hogar de cuidado diario, y cuya custodia le fue retirada por un juez de primera instancia, el 27 de Julio de 1994, para entregarla a su padre, en cuyo hogar, según el fallo judicial, “estaría mejor cuidada por sus abuelos paternos...”

amigos del niño, las autoridades del colegio y con otros padres involucrados en actividades que éste realiza.<sup>60</sup>

Hay muchas razones para recomendar una preferencia hacia el cuidador primario. Primero, da a los padres el poder de presentar una situación fáctica que cumpla con criterios legislativos específicos. La muda de pañales y la preparación de las comidas son hechas; respecto de éstos, el juez no tiene que depender únicamente de los testimonios de los padres o de expertos. Además, y más importante aún, es que en la mayoría de los casos los niños pequeños (no necesariamente los más grandes) desarrollan un apego emocional más fuerte con el padre o madre que realiza estas tareas diarias. Debo admitir, sin embargo, que éste no es un concepto popular dentro de la comunidad científica-psicológica, ya que hay casos en los cuales el cuidador es emocionalmente frío y no tiene lugar el lazo emocional.

La introducción de la figura parental primaria, tal como yo la concibo, pondría énfasis tanto en el cuidado como en el apego emocional, y nos libraría de las disputas que suscitaban los antiguos conceptos. Podría haber un test de dos grados: el primero, para establecer al cuidador primario. Luego, si el otro padre o madre objeta tal designación, se podría solicitar una evaluación emocional. En los casos excepcionales en que un padre cumpla los primeros, pero no los segundos requisitos, se podrían considerar otros factores para determinar la custodia.

Este sistema también podría ayudar a terminar las guerras de sangre que han sido libradas por padres biológicos en contra de los que han asumido realmente ese rol en la vida de los niños. La preferencia automática hacia los padres biológicos, que implica que padres ausentes tengan derechos totales sobre sus hijos y que incluso puedan recuperar a sus hijos dados anteriormente en adopción, podría ser mitigada por una preferencia que reconoce el valor de la verdadera paternidad/maternidad por sobre los lazos de sangre al momento de considerar el interés superior del niño.

La regla de la figura parental primaria también aminoraría el apuro por la custodia compartida, poniendo énfasis en la estabilidad y continuidad en la vida del niño pequeño. Mientras tanto, la custodia compartida podría ser posible para niños preadolescentes (7 a 12 años), y podría ser específicamente beneficiosa en los adolescentes, ya que éstos tienen necesidades particulares para su desarrollo.

<sup>60</sup> Ver W.Va. Code Ann. § 48-2-15, Notes, References, & Annotations, Part III, Custody and Maintenance of Children: Primary Caretaker Defined (citing *Garska v. McCoy*, 167 W.Va. 59, 278 S.E.2d 357 (1981); *Lounsbury v. Lounsbury*, 170 W.Va. 723, 296 S.E.2d 686 (1982); *Graham v. Graham*, 174 W.Va. 345, 326 S.E. 2d 189 (1984); *Cummings v. Cummings*, 188 W.Va. 713, 426 S.E.2d 505 (1992). Ver también Neely Richard, *The Primary Caretaker Parent Rule: Child Custody and the Dynamics of Greed*, 3 Yale Law and Policy Review, 168, 170, 1984.



Una la ley de custodia que verdaderamente ponga énfasis en la voz del niño guiaría al standard general del “interés superior del niño” con la siguiente preferencia: “*Para niños de la primera infancia (menores de 7 años), al padre o madre que ha actuado como figura parental primaria se le debiera dar preferencia al determinar los regímenes de custodia.*”

Esta preferencia no decidiría todos los casos, ni tampoco debería hacerlo. Una preferencia estrictamente legal significa que si ambos padres son adecuados, el tribunal decidirá aplicando la regla. Pero esta regla no es inflexible. Podría haber casos en los que ambos padres demuestren haber servido por igual de cuidadores primarios y a los cuales el niño está apegado por igual. En ese caso el juez debería considerar otros factores para resolver el empate. También podría haber evidencia de que el niño no está emocionalmente apegado al cuidador primario sino que al otro padre. Con niños pequeños esto no es usual, pero es posible en el caso de padres emocionalmente fríos. Ahora bien, esta preferencia significa que el juez no puede ser arbitrario, pero también permite que las partes se formen una idea acerca de los resultados del juicio, e incluso hace más posible que el conflicto se resuelva directamente entre los padres, evitando el paso por las cortes y los arreglos monetarios contenciosos, procesos que inevitablemente aumentan las hostilidades y que son económicamente más costosos.

Los críticos del standard de la figura parental primaria podrían esgrimir que ésta es solo una forma de volver a la preferencia maternal, ya que las madres están, por lo general, más asociadas al cuidado de los niños pequeños. Podrían sostener también que esta regla no trata a ambos padres igualmente. Yo propongo separar lo relativo a la custodia de la guerra de géneros. Desde el punto de vista de un niño, el género no es un problema pero sí lo es la necesidad de asegurar la continuidad de un padre o una madre que atienda a todas sus necesidades.

Volviendo a Rachel y Heidi Nussbaum, las buenas noticias son que ambas han sido absueltas de la sentencia de detención juvenil y arresto domiciliario. Las malas noticias son que sus voces todavía no son escuchadas. La Corte de Apelaciones de Illinois revisó el caso *Nussbaum* recientemente. Encontraron que el juez del caso no contaba con discreción, tanto cuando ordenó que ambas niñas visitaran a su padre, como cuando estableció que estaban en desacato<sup>61</sup>. La Corte de Apelaciones revocó las sanciones que había impuesto (detención juvenil para Heidi y arresto domiciliario para Rachel), y ordenó que la corte debía buscar una alternativa menos restrictiva de libertad. De todas maneras, la Corte de Apelaciones explicó en su fallo que “... esto no se debe interpretar como una crítica a la manera en la que el juez se comportó. Las palabras y conductas de Heidi y Rachel fueron

<sup>61</sup> *In re Marriage of Marshall & Nussbaum*, 663 N.E.2d 1113, 1122.

irrespetuosas para con la corte, y el juez demostró paciencia e incluso temperamento a través del proceso. Con esperanza durante esta apelación, las partes se han dado cuenta que la disconformidad con las órdenes de visitas pueden acarrear graves consecuencias legales y emocionales para los padres y sus hijos”.<sup>62</sup>

Nuevamente la Corte de Apelaciones no dijo una palabra en relación con el interés superior del niño y no le dio ningún crédito a sus voces excepto para señalar que fueron irrespetuosas con la corte. Sin embargo, ni el juez de primera instancia ni la Corte de Apelaciones son individuos particularmente injustos; ellos simplemente están haciendo cumplir las reglas de un sistema que valora más los derechos de los padres que los deseos y sentimientos de los niños.

<sup>62</sup> *Ibid.*



# DERECHOS HUMANOS: ORIGEN, SENTIDO Y FUTURO: REFLEXIONES PARA UNA NUEVA AGENDA<sup>1</sup>

*Emilio García Méndez<sup>2</sup>*

“El lenguaje de los derechos humanos esta ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por dichos abusos son realmente insoportables.”

*Michael Ignatieff*

“El deseo de dominio es la inevitable consecuencia del orgullo común a todos los hombres y del cual la cría de un salvaje está tan en posesión cuanto el hijo de un emperador. La buena opinión que los hombres tienen de sí mismos, determina que no solo reclamen derechos sobre sus hijos, sino que también consideren tener una buena parte de derechos sobre sus nietos. Los hijos de los animales son libres apenas pueden bastarse a sí mismos, sin embargo, la autoridad que los padres pretenden ejercitar sobre sus hijos nunca tiene fin. Esta general y antinatural pretensión, se encuentra por naturaleza en el corazón del hombre. Podemos darnos cuenta de las leyes que toda sociedad civilizada está obligada a aprobar para prevenir la usurpación de los padres y liberar a los hijos de su dominio, limitando la autoridad de los padres a un cierto número de años”.

*B. De Mandeville, “La fábula de las abejas”*

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Qué hace un texto conceptualmente crítico sobre los derechos humanos, como es éste, en una publicación dedicada específicamente a temas de la infancia?. Me permito anticipar que, justas o erradas, esta pregunta y su posterior respuesta forman parte de un debate que, en cierto modo, está apenas comenzando.

De hecho, a casi 14 años de su aprobación, pocas cosas resultan más controvertidas que la evaluación del verdadero impacto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) en el contexto latinoamericano. Según cuál sea la perspectiva con que se lo mire, este tratado específico de derechos humanos, representa alternativamente una extraordinaria revolución copernicana y una verdadera divisoria de aguas, o un gesto tan inútil cuanto meramente

<sup>1</sup> Quiero agradecer muy especialmente la paciencia e interés de Roberto Saba para discutir conmigo una versión preliminar de este texto. Sin embargo, casi demás esta decir que las muchas imperfecciones y porqué no, excesos, son de mi exclusiva responsabilidad.

<sup>2</sup> Profesor Asociado de Criminología, Universidad de Buenos Aires.

simbólico que en poco o nada ha alterado las pautas jurídicas e institucionales de relacionamiento con la infancia. Sostendré aquí la opinión, paradójica, de que ambas opiniones no son incompatibles.

Con sus avances, pero sobretodo con sus imperfecciones y retrocesos, el proceso latinoamericano de reformas legales que comenzó en Brasil en 1990 -a pesar de su actual pérdida de dinamismo por complejas razones que no es el caso analizar ahora- permanece aún abierto.

Dos me parecen ser los motivos, de naturaleza bien diversa, que explican la inusitada resistencia a los impulsos transformadores, que las fuerzas regresivas -no solo de la “compasión-represión”, sino también de la banalización de la cuestión de la infancia- oponen al establecimiento de prioridades explícitas en materia de derechos humanos. Por un lado, profundas aunque poco perceptibles resultan las mutaciones del paradigma que históricamente condicionó las relaciones entre el Estado y algunos niños (los menores) y entre los adultos y todos los niños. A pesar de que el respeto a una razonable autonomía progresiva de la infancia continúa siendo una aspiración y no una realidad, en forma similar a lo ocurrido en las relaciones entre los hombres y las mujeres, el paradigma de la discrecionalidad ha perdido irremediable e irreversiblemente legitimidad jurídica y social.

Por el otro, no haber podido (afortunadamente) subsumir totalmente en la cuestión del “desarrollo” (bienestar material) esta nueva perspectiva en la consideración de la infancia, sólo fue posible por la prioridad explícita que asumieron en la década del 90 los derechos civiles y políticos de la infancia. Estoy convencido de que si la Convención Internacional de los Derechos del Niño hubiera sido entendida en los 90 exclusivamente como un mero instrumento de desarrollo, culturalmente estaríamos hoy exactamente en el mismo punto que igual que hace más de una década.

Considerando que la historia es terca en mostrar que muchas más atrocidades contra la infancia se han cometido en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión, lentamente comienza a comprenderse la importancia, no sólo de aquello que el Estado y los adultos deben hacer por la infancia, sino también la importancia de todo aquello que el Estado y los adultos no deben hacerle a la infancia.

En muchos sentidos, el texto que a continuación se presenta es tributario de dicho proceso y al mismo tiempo pretende, de alguna forma, retroalimentarlo.

## **2. LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE LA HISTORIA Y LA POLÍTICA**

A quien se asome críticamente al mundo de la producción intelectual sobre los derechos humanos (DDHH), dos rasgos específicos le llamarán probablemente la

atención: su enorme dimensión cuantitativa y el carácter predominantemente pacífico de su evolución conceptual.

Si la primera característica pudiera explicarse por el aumento permanente de las violaciones a los derechos de los individuos por parte de los estados, la segunda parece referirse a la génesis misma del concepto de DDHH. Nacidos como respuesta política, contingente y concreta a un acontecimiento monstruoso, por impensable a priori, como el Holocausto, su desarrollo teórico estuvo marcado por un extraordinario consenso universal basado en el repudio planetario al plano demencial de aniquilación masiva de un pueblo. El enorme consenso político promovió un amplísimo consenso teórico y este último, objetivamente, el empobrecimiento intelectual de su desarrollo.

El debate posterior sobre el fundamento de los derechos humanos se orientó inicialmente con mucha fuerza sobre un plano filosófico metafísico que permitiera afirmar su existencia y legitimidad con independencia no sólo del reconocimiento de los gobiernos sino también de la propia sociedad.<sup>3</sup> En este contexto, la concepción de los derechos humanos como inherente a la condición humana, si por un lado permitió contrarrestar las tendencias negativas provenientes de posiciones vinculadas con un concepto exacerbado de la soberanía, por el otro actuó perjudicialmente señalando como hereje cualquier posición que recondujera a la historia y a la política el origen y la existencia de los derechos humanos. La fuerte hegemonía del humanismo en sus diversas versiones apuntaló esta perspectiva de fundacionismo metafísico de los derechos humanos. Fue paradójicamente la asociación plena del pensamiento humanista con la idea del progreso y la crisis profunda de esta última idea<sup>4</sup>, lo que permitió abrir una brecha antifundacional en el pensamiento dominante sobre los derechos humanos.

No tengo dudas acerca de que la concepción de los derechos humanos como derechos inherentes a la persona humana ha contribuido decisivamente a una visión idolátrica<sup>5</sup> y ahistórica de derechos que, en forma evidente, resultan históricos y

<sup>3</sup> Un ejemplo representativo de esta difundida perspectiva filosófica metafísica, tributaria entre otros del pensamiento del filósofo argentino Carlos Nino, puede encontrarse en Nikken Pedro, *El concepto de derechos humanos*, Serie Estudios de Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994: “el reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona, que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno...” (pg. 21). Por el contrario, argumentos decisivos para demostrar la fragilidad del concepto de “naturaleza humana”, en relación con el fundamento de los derechos humanos, puede encontrarse en Bobbio Norberto, *Presente y Futuro de los Derechos del Hombre en El problema de la guerra y las vías de la paz*, Bobbio Norberto, Editorial Gedisa, Barcelona, 1982, pg. 118 y sgtes.

<sup>4</sup> Para una visión radicalmente crítica sobre la asociación entre el pensamiento humanista y la idea del progreso y en consecuencia para una visión que da cuenta de la crisis profunda del pensamiento humanista, véase el reciente trabajo de John Gray, *Straw Dogs Thoughts on Humans and Other Animals*, Granta Books, Londres, 2002, pgs. 3 y 4.

<sup>5</sup> Esta caracterización y crítica a la visión idolátrica de los derechos humanos se encuentra muy bien desarrollada en el reciente libro de Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001, pg. 83.

contingentes. Contrapuesta a la visión metafísica de Carlos Nino, Eduardo Rabossi ha rechazado la idea de cualquier fundamentación que pretenda trascender la normativa que en materia de protección internacional de derechos humanos se ha desarrollado de la segunda guerra mundial hasta nuestros días.<sup>6</sup> Estas ideas han sido retomadas con mucha fuerza por el filósofo norteamericano Richard Rorty en una conferencia de la que me parece pertinente citar un párrafo realmente significativo: “Mi argumento básico es que el mundo ha cambiado y que el fenómeno de los derechos humanos torna irrelevante y anacrónico el fundacionalismo en materia de derechos humanos. La tesis de Rabossi según la cual el fundacionalismo de los derechos humanos es anacrónico me parece a la vez verdadera e importante; será el tema central de esta conferencia. Ampliaré y defenderé la idea de Rabossi de que no vale la pena plantear la cuestión de si los seres humanos realmente tienen los derechos enumerados en la Declaración de Helsinki. En particular, defenderé que nada relevante para la decisión moral separa a los seres humanos de los animales, excepto hechos históricos, contingentes y naturales”.<sup>7</sup>

La idea central que quiero defender aquí, se refiere al hecho de estar convencido de que el desarrollo de una agenda vigorosa y creíble en materia de derechos humanos, que recupere la necesaria capacidad de movilización social para su efectiva vigencia, depende en buena medida de recobrar el sentido político original presente en su origen histórico. Esta perspectiva, me parece especialmente pertinente para la realidad concreta de aquello que, sin ignorar los aspectos problemáticos de esta definición, puede ser entendido como el **sur** político geográfico de nuestra aldea global. En este **sur**, no sólo desde un punto de vista fáctico sino también desde un punto de vista que podría entenderse como cultural, el carácter absolutamente intolerable de la violación de los derechos civiles y políticos (DCP), dista mucho de constituir un debate políticamente cerrado. Las discusiones en torno al binomio garantía-eficiencia policial, en temas vinculados con la seguridad ciudadana, constituye el mejor de los ejemplos, aunque obviamente no el único.

Es obvio que los caminos de la legitimidad de los DDHH, condición imprescindible para su efectiva vigencia, remiten a la metafísica o a la política. La historia y la experiencia esta ahí para recordarnos la solidez sólo aparente de cualquier

<sup>6</sup> Una muy breve pero clara reconstrucción de este debate entre Nino y Rabossi puede encontrarse en Genaro Carrió, *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990. Si bien el tema de la fundamentación de los derechos humanos está presente y dispersa en muchas partes de la vasta e iluminante obra de Carlos Nino, me permito remitir específicamente en este punto a su obra *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989. En cuanto a la perspectiva de Rabossi, me permito remitir también directamente a su texto, *La teoría de los derechos humanos naturalizada* en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Número 5, enero-marzo, 1990, pgs. 159-175, Argentina.

<sup>7</sup> Rorty Richard, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad* en *De los derechos humanos*, edición de S. Shute y S. Hurley, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pgs. 120 - 121

legitimidad metafísica. Por el contrario y paradójicamente, mucha más fuerza pareciera existir en la fragilidad de la legitimidad política. Veamos algunas de sus razones.

Si la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, es justamente porque los hombres no son iguales por naturaleza; si lo fueran, el contenido de esta declaración sería, cuanto menos, superfluo. Bastante ilustrativa de esta posición me parece el contenido de las siguientes citas: “La esfera pública, siempre indesligable de los conceptos de libertad y de distinción, se caracteriza por la igualdad: por naturaleza los hombres no son iguales, necesitan de una institución política para llegar a serlo: las leyes. **Sólo el acto político puede generar igualdad**”.<sup>8, 9</sup>

“La Declaración [Universal de los derechos del hombre] conserva un eco de todo esto porque los hombres de *hecho*, no nacen ni libres ni iguales... La libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho sino un ideal que debe ser perseguido, no una existencia sino un valor, no un ser sino un deber...”.<sup>10</sup>

Esta perspectiva abre las puertas a una fundamentación positiva y no trascendente de los derechos humanos como instrumento político de la igualdad. Perspectiva que, por otra parte, permitiría superar los impasses a que el prolongado debate al que anteriormente he hecho mención, ha conducido a la agenda internacional de los derechos humanos. Me parece que nadie lo ha formulado mejor que Michael Ignatieff cuando afirma que “(Los) Derechos humanos son el lenguaje a través del cual los individuos han creado una defensa de su autonomía contra la opresión de la religión, el estado, la familia y el grupo”.<sup>11</sup>

### 3. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

La situación de Guerra Fría que siguió a la segunda guerra mundial, condicionó en forma directa el debate político y académico. Dos temas centrales de tensión surgieron a partir de ese momento : a) el debate sobre la preeminencia entre los derechos civiles y políticos (DCP) y los derechos económicos y sociales (DES) que enfrentó a los países industrializados de Occidente con los países del bloque socialista y b) el debate sobre el carácter universal de los derechos humanos que enfrentó, generalmente, a los países desarrollados con buena parte del mundo árabe y los países asiáticos.

<sup>8</sup> Las negritas son mías.

<sup>9</sup> Birules Fina, *Introducción a Hanna Arendt “¿Que es la política?”*, Editorial Paidós, Barcelona, 1997, pg. 22.

<sup>10</sup> Bobbio Norberto, ob. cit., pg. 134.

<sup>11</sup> Ignatieff Michael, ob. cit., pg. 83.



Curiosamente, si el segundo debate permanece abierto, en buena medida por el impulso permanente que le han dado las diversas variantes del relativismo cultural y el imperialismo moral, el primer debate se cerró sin agotarse.

La abrupta y patética caída del bloque socialista en 1989, puso al descubierto el carácter mutuamente superficial y groseramente propagandista del “debate” sobre los DDHH que acompañó a todo el período de la Guerra Fría. Curiosamente con el triunfo de “Occidente” venció, de alguna forma, la posición del bloque socialista.

El tan mencionado, cuanto poco analizado y superficial carácter “indivisible” e “interdependiente” de los derechos humanos funcionó de hecho, como trataré de demostrarlo, como un elemento relativizador de la prioridad de los DCP. Tal como nos lo recuerda Norberto Bobbio<sup>12</sup>, nunca está demás en insistir en el hecho que los derechos humanos, ni son absolutos, ni constituyen una categoría homogénea (contrariamente a lo que parecería indicar el supuesto carácter indivisible de los DDHH). El valor absoluto de algunos (poquísimos) derechos, es decir su *status* privilegiado proviene del hecho que su violación es condenada universalmente.<sup>13</sup> Aun así, por ejemplo, el derecho a no ser sometido a la esclavitud implica la eliminación al derecho de poseer esclavos y el derecho a no ser torturado, implica la supresión del derecho a torturar. En este contexto, cabría preguntarse, mas allá de la retórica y de la ironía, cuál es el contenido o significado del concepto de indivisibilidad.

Esta superficialidad en el tratamiento del tema, puso al descubierto que la preeminencia de los derechos civiles y políticos sostenida por Occidente durante el período de la Guerra Fría, lejos de ser el producto de un imperativo ético o moral, constituyó una forma nada sutil de socavar la ya frágil legitimidad del bloque socialista.

Pero ¿dónde radica hoy el problema de la relación entre los DCP y los DES?. Paradójicamente, en un mundo lleno de problemas, el defecto de esta relación parece ser el de no constituir ningún problema. De modo similar al carácter mágico de la indivisibilidad, el carácter interdependiente de los DDHH, afirmando la igual importancia y homogeneidad de ambos tipos de derechos, ha servido para suprimir, tildándolo en general de anacrónico, cualquier debate sobre la eventual prioridad de uno u otro tipo de derecho .

<sup>12</sup> Bobbio Norberto, ob. cit., pgs. 150 y sgtes.

<sup>13</sup> El supuesto carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos no se deriva de otra parte que de su propia declamación. Así lo consagra la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de junio de 1993. En este punto me parece importante no confundir el carácter (durante algún período de tiempo) indiscutido de un concepto, con el carácter indiscutible de un concepto. Esta última característica, sólo puede pertenecer a alguna de las variables del fundamentalismo.

El documento más completo, y profundo, sobre el tipo de relación entre los DCP y los DES, que incluye una identificación de las causas más determinantes de sus violaciones, así como recomendaciones específicas para su cumplimiento, es el *Informe Final del Relator de Naciones Unidas para los derechos económicos y sociales, Danilo Turk*. Este documento disponible en internet se identifica de la siguiente manera, UN Nat.E/C/ CN.4/sub.2/11992/16 (3 July 1992).

Adelanto, por motivos y con los argumentos que expondré mas adelante, una clara posición a favor de priorizar -hoy- en los países del **sur** los DCP, en cualquier estrategia de reconstrucción de una agenda creíble y movilizadora de los derechos humanos.

Una posición como la que aquí defiende parte de reconocer el carácter contingente del contenido de los DCP y de los DES. Nada hay en la “naturaleza de la cosa” que convierta un derecho como inherente a una u otra categoría. Además, no se trata de ninguna manera de negar la importancia del contenido de los DES. Se trata en realidad de defender la necesidad de un debate público sobre la conveniencia o no, de priorizar algún tipo de derecho y de sustraer o no a la política (confiándolo exclusivamente al derecho) algunos aspectos de la vida social pertenecientes a lo que en sentido amplio puede ser denominado el desarrollo económico y social. Al mismo tiempo, se trata también de realizar una operación que podría entenderse como contraria a esta tendencia. Me refiero a la necesidad de considerar como un DCP (y por ende no sujeto a la tolerancia ni a la negociación vía la cláusula de “hasta el máximo de los recursos disponibles”, que caracteriza a los DES) algunos derechos que hasta ahora eran considerados como típicos del campo de los DES. Aludo aquí concretamente al derecho a la educación.

En esta etapa del desarrollo tecnológico, donde el acceso al conocimiento constituye la variable decisiva y fundamental de una existencia humana digna (fin último de los derechos humanos), el derecho a la educación no puede ser sometido a ningún tipo de negociación debiendo entenderse como prioridad tan absoluta, como la abolición de la esclavitud o la tortura. Exactamente lo mismo puede y debe afirmarse respecto a la salud básica. Ya volveré mas adelante también sobre este punto.

Una posición como la que aquí se defiende se explica sobre todo a partir de una profunda insatisfacción con el estado de cosas existentes. En realidad se trata de plantear nuevos problemas y nuevos interrogantes en un mundo en que la “guerra de Irak”, ha detonado la ya frágil y cuestionada institucionalidad de los DDHH implantada luego de la segunda guerra mundial. Parafraseando a Michael Ignatieff, quien lo afirma en relación al Holocausto, la guerra de Irak ha actualizado la conciencia, tanto acerca de la fragilidad de los derechos humanos, cuanto, simultáneamente, de su imperiosa necesidad.<sup>14</sup>

Esta insistencia en la necesidad de revisión crítica de la agenda de derechos humanos, no se trata de un ejercicio ciego de mera omnipotencia intelectual que pretenda borrar los hechos con palabras. Se trata, por el contrario, de negarse a continuar con los “business as usual” en este cambiante escenario de profundas e inciertas transformaciones.

<sup>14</sup> Ignatieff Michael, ob. cit., pg. 81

Para ser más claro aún, quisiera hacer explícita mi sospecha (de la que surge mi insatisfacción y mi planteo alternativo), acerca de que la negativa a aceptar hoy la prioridad de los DCP, vía la afirmación de que todos los derechos son igualmente prioritarios, **ha provocado, sobre todo en los países del sur, un aumento de las violaciones de los DCP, al mismo tiempo que no ha provocado ningún avance significativo en el campo de los DES.**

Considerando el carácter político y culturalmente hegemónico que ha asumido la dimensión de los derechos humanos que más adelante caracterizaré como **programática**, establecer que todos los derechos son igualmente importantes y en consecuencia igualmente prioritarios, constituye una forma sutil de confirmar la toma de partido por establecer la prioridad real de aquellos derechos cuyo incumplimiento no genere fuertes tensiones políticas con los estados. La posibilidad de establecer una relación de permanente cooperación no conflictiva con el Estado, si la prioridad real son los DES, explica en muy buena medida el carácter hegemónico de esta tendencia.

#### **4. DERECHOS HUMANOS: DIMENSIÓN POLÍTICA, DIMENSIÓN ACADÉMICA Y DIMENSIÓN PROGRAMÁTICA**

Particularmente en estos últimos años, aquello que podría denominarse “la cuestión de los derechos humanos”, acepta dividirse, especialmente para fines analíticos, en tres dimensiones a las que aquí quiero brevemente aludir.

Lo que podría caracterizarse como dimensión propiamente **política** de los derechos humanos, se ha desarrollado fundamentalmente en estrecho vínculo con luchas de carácter nacional en respuesta concreta a las violaciones de los derechos de los individuos por parte del Estado. La militancia activa no profesional, el carácter esencialmente conflictivo, así como la ausencia de reflexiones teóricas significativas (sobre todo medida proporcionalmente con el tamaño de las luchas), ha marcado profundamente la dimensión **política** de los derechos humanos.

Por su parte, aquello que podría denominarse la dimensión **académica**, ha quedado en general circunscripta al mundo universitario y a centros específicos de conocimiento. Las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional y, muy especialmente, la aplicabilidad en el contexto nacional de los tratados internacionales, ha ocupado la parte central de este debate. En otras palabras, una buena parte del desarrollo académico de los derechos humanos se convirtió en sinónimo de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Pero la dimensión que presenta más aristas de complejidad y al mismo tiempo, resulte tal vez la más rica en implicaciones político-conceptuales, es la dimensión que aquí se denomina **programática**. Aquello que aquí se denomina dimensión **programática**, hace referencia a la incorporación, por parte de organismos

internacionales de diverso alcance geográfico y de muy diversa competencia temática, de las formas y la semántica de los desarrollos políticos y académicos en materia de derechos humanos. Sin embargo, se equivoca meridianamente quien piense que este proceso se ha consumado con la incorporación pasiva y la mera asimilación de las dos dimensiones antes mencionadas. Al contrario, la dimensión **programática**, de los derechos humanos, en la forma en que efectivamente está aconteciendo, supone una profunda reformulación de la teoría y práctica **académica** y **política** de los DDHH, algunas de cuyas consecuencias en las líneas que faltan me propongo identificar y comenzar a analizar.

La dimensión programática se caracteriza por poseer una perspectiva no conflictiva políticamente en relación con el Estado, y ambigua en relación con los aspectos más ásperos del debate académico. La incorporación -propia de esta dimensión programática- ahistórica, ritualista, pragmática, indiscutible (mainstream) y totalizadora de los DDHH, ha vaciado lentamente de contenido la propuesta **política** y **académica** original de los derechos humanos. De modo similar, a que cuando todo es prioritario en realidad nada es prioritario, cuando todo es derechos humanos (empezando por situaciones que no implican ninguna responsabilidad por parte del Estado), nada es derechos humanos.

Esta colonización burocrática del discurso de los derechos humanos ha tenido un profundo (y desigual) impacto sobre la práctica y los desarrollos conceptuales, muy especialmente en los países del **sur** del planeta. En este último caso, la fragilidad, cuando no la inexistencia de centros autónomos de conocimiento, ha incrementado la eventual dependencia teórico-cultural de organismos internacionales, sobre todo de aquellos que específicamente más han contribuido a la reformulación conceptual de la cuestión de los derechos humanos. Como resultado, nada que pudiera parecerse a una perspectiva crítica ha surgido en estos últimos años.

Casi invariablemente, los “consensos” en esta dimensión se han obtenido por agregación. La consecuencia práctica consiste en que toda agenda **completa e integral** de derechos humanos, terminó constituyendo, muchas veces, en realidad un eufemismo para designar a una agenda tan políticamente inocua, cuanto inmóvil e intrascendente.

Paradójicamente, mientras crece la conflictividad política en torno a temas álgidos de derechos humanos, es decir, mientras se multiplican las violaciones flagrantes a los derechos humanos más elementales, se expande incesantemente la lista de DDHH referidos al desarrollo económico y social. Pareciera que una parte importante de los desarrollos conceptuales actuales sólo fueran capaz de reflejar la aridez y superficialidad de un mundo unipolar.

Este es el contexto en el que me propongo un análisis crítico, tanto de las consecuencias prácticas de algunas presunciones (no demostradas) sobre las que

se basan el discurso y las acciones actuales de los derechos humanos (universalidad, interdependencia e indivisibilidad), cuanto de las relaciones entre la política y el campo de los derechos humanos.

En la concepción ritualista que domina hoy el discurso sobre los derechos humanos (y que se expresa con total claridad en su dimensión **programática**), las presunciones a las que más arriba he aludido parecieran constituir verdades evidentes que no necesitan, pero sobre todo que no admiten, debate y mucho menos crítica.

Este debate (o mas precisamente la ausencia del mismo) se estructura básicamente en torno al tipo de relación, tanto la existente cuanto la debida, entre los DCP y los DES.

La concepción **programática**, estructurada metodológicamente en torno al consenso por agregación, constituye en realidad una concepción acumulativa de los DDHH. De este modo, los DES constituyen una suerte de capa geológica posterior que se ensambla en forma armoniosa y natural a los DCP. Resulta interesante observar un cierto parentesco de esta concepción lineal y acumulativa, con el desarrollo, no desprovisto de un cierto economicismo, de la teoría de T. W. Marshall sobre el proceso histórico de expansión de los derechos.<sup>15</sup>

## 5. LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

Por todo lo dicho anteriormente , me parece importante comenzar por cuestionar la idea (cara a la corrección política), acerca de que la expansión incesante del contenido de los derechos humanos - es decir de aquellas áreas de la vida social que se sustraen a la contingencia y negociación de la política - fortalece, sin mas, la agenda y las luchas por los derechos humanos. Para ello es necesario, entre otras cosas, entender el carácter complejo de la relación entre estos últimos y la paz social.<sup>16</sup>

Es cierto que el mayor cumplimiento de los DDHH contribuye con la paz social, sin embargo, no es menos cierto que la paz social y la estabilidad (democrática) son el único ambiente donde los derechos humanos pueden desarrollarse en forma genuina y sustentable.

Suele argumentarse que la incorporación al plano de los derechos, de aspectos antes considerados como exclusivos de la política social, posee la extraordinaria ventaja de su justiciabilidad. Siendo esta afirmación rigurosamente cierta, no es

<sup>15</sup> Me refiero específicamente al conocido ensayo de 1950, "Ciudadanía y Clase Social". Cfr. T.H.Marshall y Tom Botommore, *Ciudadanía y Clase Social*, Alianza Editorial, Madrid, 1998 (la edición original es de 1950).

<sup>16</sup> Esta insistencia en el vínculo entre estabilidad política y vigencia efectiva de los derechos humanos, se encuentra presente con mucha fuerza en el trabajo de Michael Ignatieff , ob. cit.

menos cierto que la acción individual de la justicia para el cumplimiento efectivo de prestaciones de la política social, puede convertirse no sólo en fuente de reproducción ampliada de desigualdades sociales (vía la desigualdad en el acceso a la justicia)<sup>17</sup>, sino en el otorgamiento indeseado de legitimidad para gobiernos en que tales prestaciones sólo se obtienen para muy pocos por esta vía.

Pero el problema más importante y preocupante de esta concepción expansiva de los derechos humanos, no radica a mi juicio en el ejemplo anterior. El problema más grave surge específicamente de la transformación en tema de derechos humanos, de aquellos asuntos políticos que al mismo tiempo resultan altamente conflictivos desde el punto de vista moral. En palabras del filósofo inglés John Gray, “convertir un tema político profundamente conflictivo desde el punto de vista moral en un tema de derechos fundamentales, es convertirlo en no negociable. Los derechos, al menos como ellos son entendidos en la escuela contemporánea dominante de la jurisprudencia anglo-americana, resultan adjudicaciones incondicionales no susceptibles de discusión. Es justamente por esta razón que el derecho no permite que temas altamente conflictivos puedan ser objeto de compromisos legislativos.[En el campo del derecho] Las posibilidades son sólo de victoria o rendición incondicional. La cuestión del aborto en EEUU donde el tema es tratado como un asunto de derecho constitucional en vez de como un problema de (política) legislativa, constituye el más claro ejemplo de un asunto conflictivo que se ha transformado todavía en más peligroso para la paz social desde que elevado a problema de derecho constitucional y de teoría de los derechos”.<sup>18</sup>

Efectivamente el tratamiento del tema del aborto en términos comparativos entre Europa y los EEUU, resulta ilustrativo como pocos del nudo central de pensamiento que aquí se intenta exponer.

Surgido prácticamente en forma simultánea en Europa y los EEUU a comienzos de la década del 70, el tema del aborto rasgó literalmente el tejido social europeo, siendo probablemente el caso italiano el más claro de este grupo de ejemplos. Fueron años de intensos y agitados debates, donde la Iglesia Católica de un lado y el movimiento feminista del otro lideraron y encolumnaron a una sociedad profundamente dividida por la cuestión moral. Los primeros atisbos de consenso no llegaron por el lado del contenido del debate, sino por el lado de un procedimiento para dirimir el conflicto. Agotada la sociedad por años de debate,

<sup>17</sup> Este alerta específico, puede encontrarse incluso en el excelente trabajo de V. Abramovich y C. Courtis, que defiende, contrariamente a lo que aquí sostengo, una concepción expansiva de los derechos humanos. Véase Abramovich Victor - Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, pg. 42.

<sup>18</sup> John Gray, *Enlightenment's Wake. Politics and culture at the close of the modern age*, Routledge, Londres-Nueva York, 1997, pg. 22; la traducción es mía.

hubo finalmente acuerdo para entender la dimensión política de un problema de honda raíz moral. Plebiscitos y leyes resolvieron políticamente la cuestión en forma pacífica y duradera.

Coincidente en el tiempo, el mismo debate en los EEUU tomó una dirección totalmente diversa. A poco tiempo del comienzo de un debate que prometía más virulencia aún que en Europa, la Corte Suprema de los EEUU, en el conocido caso “Roe vs. Wade”, truncó el debate político declarando el aborto un derecho constitucional<sup>19</sup>. Exactamente 30 años después, la sociedad americana se encuentra más dividida y la paz social más amenazada, justamente por haber pretendido resolver en clave de derechos humanos y no en clave política un problema que moralmente dividía (y divide) profundamente a esa sociedad.

## 6. PALABRAS FINALES

Por último quisiera, sin ninguna pretensión conclusiva y más bien con el ánimo de empujar el debate, afrontar el tema de la relación entre política y derechos humanos. El problema es complejo en apariencia y mucho más en esencia.

Desde la perspectiva de la democracia tomada seriamente, existe un amplio consenso en exigir y aceptar la necesidad de vedar a la política algunas áreas de la vida social e institucional, como condición necesaria para el funcionamiento del Estado de Derecho. Esto no debería ser confundido, sin embargo, con el hecho de pensar a los derechos humanos al margen o por encima de la política. En general, el consenso de vedar determinadas cosas a la política, no es el resultado de otra cosa que de acuerdos políticos cuya fortaleza y perdurabilidad están en relación directa al grado de consenso moral en que se apoyan. Tal como lo afirma Ignatieff, “el lenguaje de los derechos humanos esta ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por estos abusos son realmente insoportables”.<sup>20</sup>

Si estamos de acuerdo con la cita anterior, entonces deberíamos estar dispuestos a admitir la posibilidad de que la falta de prioridad explícita de los DCP haya contribuido a vaciar de contenido y relativizar la existencia de un núcleo duro de los derechos humanos.

La insistencia en expandir incesantemente las áreas de la vida económica y social que deben ser entendidas como derechos humanos ha debilitado en forma

<sup>19</sup> Una excelente descripción y análisis de este proceso puede encontrarse en un informe especial de la revista inglesa *The Economist*: *The War that never ends* (Special Report Abortion in America), January 18th-24th 2003, pgs. 24-26.

<sup>20</sup> Michael Ignatieff, ob. cit., pg. 22

considerable cualquier agenda política creíble y sobre todo movilizadora en materia de derechos humanos. No parece que sea expandiendo la lista de los derechos humanos, como una especie de fuga hacia delante, que se recupera la credibilidad perdida.





# EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

## LAS OFICINAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS: UN SERVICIO DEL NIVEL LOCAL

*Consuelo Contreras Largo*<sup>1</sup>

### **1. INTRODUCCIÓN: LAS POLÍTICAS DE INFANCIA EN LA DÉCADA DE LOS '90**

La década de los '90 estuvo caracterizada por un fuerte proceso de movilización y cambios producto de la adopción, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Convención Sobre Derechos del Niño (CDN).

En América Latina se generó un proceso de debate, impulsado por las organizaciones no gubernamentales, intelectuales y activistas de derechos humanos, destinado, inicialmente, a lograr la ratificación de la Convención y su posterior implementación.

Pocas semanas después de que la CDN entrara en vigor, se realiza la Cumbre Mundial a Favor de la Infancia, en la cual los Estados miembro de Naciones Unidas adoptan la Declaración Mundial Sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y su Plan de Acción. Con ello, se revela y expresa la voluntad de los estados de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos y una preocupación especial por los niños, niñas y adolescentes.

La CEPAL, en colaboración con UNICEF y SECIB<sup>2</sup>, elaboraron un estudio<sup>3</sup> destinado a dar cuenta de los avances y dificultades en el proceso de cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Ibero América durante la década de los '90 y que sirviera de base para el diseño de estrategias para la primera década del siglo XXI.

<sup>1</sup> Trabajadora Social, Directora Ejecutiva de la Corporación Opción.

La autora agradece la colaboración de Angélica Marín del Programa Nacional OPD de Dirección Nacional de SENAME, Yéssica Yagode Directora OPD Temuco, Alejandra Salazar Directora OPD Talcahuano, Bernarda Frías Directora OPD Cerro Navia y Jaime Belmar L., Secretario Ejecutivo Asociación Chilena de Municipalidades.

<sup>2</sup> Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Secretaría de Cooperación Iberoamericana (SECIB).

<sup>3</sup> CEPAL, UNICEF, SECIB, *Construir Equidad desde la Infancia y la Adolescencia en Iberoamérica*, Santiago de Chile, 2001.

Este estudio señala que, tanto la CDN como la Cumbre Mundial, tuvieron un indudable efecto movilizador. Prácticamente, todos los países de la región elaboraron Planes Nacionales de Acción a Favor de la Infancia. Estos planes se caracterizaron por abandonar el antiguo enfoque tutelar e incorporar el enfoque de protección de derechos, lo que privilegia la participación social, fomenta la corresponsabilidad y potencia el cambio cultural.

Asimismo, los Planes Nacionales se han incorporado, progresivamente, como parte integrante de las políticas públicas, lo que ha permitido avanzar en la coherencia, complementariedad y articulación de las acciones, así como, en la asignación de financiamiento a través del presupuesto público para su implementación.

El proceso de reforma legislativa se completó casi en la totalidad de los países de la región, sin embargo, ello no ha garantizado el pleno ejercicio de los derechos para los niños, niñas y adolescentes. Este proceso debe ir acompañado de las necesarias reformas institucionales y cambios culturales que permitan la efectiva aplicación de los nuevos cuerpos legales.

Por otra parte, se necesita fortalecer a los entes rectores de infancia en su capacidad de liderazgo y poder político que les permita abrir, instalar e impulsar el debate necesario a fin de movilizar los recursos requeridos para su sector que posibiliten implementar, efectivamente, las estrategias, planes y programas diseñados.

Asimismo, es necesario fortalecer y profundizar la participación social que se ha visto afectada, fuertemente, por los resabios autoritarios que permanecen en la región, producto de las prácticas y estilos establecidos y consolidados en las décadas de los '70 y '80, los que han entorpecido, seriamente, la aplicación del nuevo enfoque en políticas públicas.

Por su parte el Secretario General de Naciones Unidas señaló en su documento *Nosotros los Niños*<sup>4</sup>, que la década de los noventa fue de grandes promesas y logros modestos en pro de los niños del mundo, porque muchas promesas no se han cumplido. Asimismo, señala que el cambio es posible en la medida que se genere un proceso de movilización para ello, se apliquen políticas claras y efectivas, con leyes propicias, fondos suficientes, voluntad política firme y alianzas amplias entre el sector público, privado y la comunidad.

En el caso de Chile, el elemento distintivo, a lo ocurrido en la región durante la década de los noventa, fue que no se realizaron reformas sustantivas a la legislación, sino que, se inició y configuró el proceso de reforma institucional.

<sup>4</sup> Naciones Unidas, *Nosotros, los Niños: Examen de Final de Decenio de los Resultados de la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia. Informe del Secretario General.* (A7s-27/3), Nueva York, 2001.

El Servicio Nacional de Menores (SENAME), ente rector en materia de infancia y adolescencia, inicia un proceso de reforma en 1990, destinado a desarrollar un nuevo enfoque en los programas y sistemas de atención a la infancia y adolescencia, tanto administradas directamente por ese Servicio, como por las instituciones colaboradoras.

Este proceso tiene por objetivo la desinstitucionalización y desjudicialización de los sistemas de atención a la infancia y adolescencia, así como, el diseño de metodologías de intervención de base comunitaria y de apoyo y orientación a la familia.

El desarrollo alcanzado por el SENAME, permite que en el año 2000 se dé inicio a la Reforma Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, a partir de la cual, ese Servicio propone y promueve cambios sustantivos en el ámbito de la legislación, la institucionalidad y la oferta programática.

En este proceso se inscriben las Oficinas de Protección de Derechos del Niño, y el presente trabajo tiene por objeto describir el proceso que les ha dado origen, conocer su funcionamiento y, señalar algunos elementos necesarios de debatir y cuestionar a fin de aportar a la construcción de un modelo que permita avanzar en el proceso de hacer efectivos los derechos de la niñez y adolescencia, así como, la plena implementación de la CDN.

## **2. EL SISTEMA DE ATENCIÓN A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CHILE: UN BREVE REPASO A SU HISTORIA**

### **2.1. La Década de los '80**

La Ley de Menores de 1967, crea y define las funciones de la Judicatura de Menores, la Policía de menores y el Consejo Nacional del Menor (CONAME). A este último le asigna la tarea de propiciar y coordinar las medidas destinadas a brindar asistencia, protección y rehabilitación, sin asignarle, explícitamente, la responsabilidad de absorber la demanda total proveniente de los Tribunales de Menores.

La función del CONAME estaba limitada a la asistencia técnica, supervisión y entrega de ayuda monetaria, denominada mantención institucional, a los organismos públicos y privados a cargo de la atención de niños, niñas y adolescentes.

El diseño y las atribuciones de este Servicio Público, distaban enormemente del modelo tradicional implementado por el Estado en Chile desde los años 40, en que los distintos sectores como salud, educación, previsión social, vivienda y otros, realizaban una función operativa y entregaban directamente los servicios.

Dadas las serias deficiencias detectadas en el modelo institucional del CONAME, se crea en 1979, el Servicio Nacional de Menores, a través del cual se espera que el Estado asuma un rol más activo en la atención directa y en el apoyo

a los Tribunales de Menores, por lo tanto, al SENAME se le otorgan atribuciones operativas.

El nuevo organismo estuvo facultado para propiciar, coordinar acciones y, para atender directamente, través de instituciones colaboradoras. En cuanto a los niños, niñas y adolescentes derivados de los Tribunales de Menores para diagnóstico o rehabilitación, deberían ser atendidos, de acuerdo a lo establecido en el artículo N° 3 del Decreto Ley 2.465, exclusivamente por el SENAME.

Este nuevo modelo institucional, si bien respondía a la tradición de los servicios públicos del país, da cuenta también, de la forma en que se va consolidando la centralidad de la figura del Juez de Menores en la administración de las políticas sociales.

En 1980, se inicia en el país el proceso de modernización a través del cual se implementa el modelo neo liberal. En ese contexto, la política social de gobierno, en general, sufre un fuerte proceso de reforma. El modelo institucional creado a través del SENAME, asume los principios de subsidiariedad y focalización. Se crea el sistema de subvenciones y se traspasan los centros dependientes del Estado, al sector privado. Así, dicho Servicio asume una función normativa y fiscalizadora, para lo cual elabora normas tanto técnicas, como financieras, y se crean los cargos de Supervisores Técnicos y Financieros a escala nacional y en cada una de las Direcciones Regionales.

En 1989 se realiza una evaluación y un análisis profundo de los resultados obtenidos después de diez años de aplicación del modelo<sup>5</sup>, a través del cual fue posible constatar:

- Transparencia en el traspaso de los recursos al sector privado.
- Deterioro de las subvenciones y quiebre del modelo.
- Crecimiento inorgánico de la cobertura asistencial y problema en la focalización de los recursos.
- Menores en recintos carcelarios.
- Insuficiencia y deficiencia del personal de centros de menores.
- Deficiencias en la atención de los menores: permanencia en el sistema, causales de egreso del sistema y reingreso de menores al sistema.
- Problemas de infraestructura en los centros.

<sup>5</sup> Alvarez Ch. Jorge, *La Experiencia Neoliberal en la Atención de Menores en Riesgo Social en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Pilotti Francisco, Coordinador, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pgs. 275 a 283.

En términos generales, es posible señalar que si bien, se logró transparencia en el traspaso de recursos al sector privado, debido a que la ley de subvenciones fija los montos de subvención por niño/día atendido, lo que permitió conocer cuántos niños, niñas y adolescentes eran atendidos, y cuál era el monto mensual que se le traspasaba a la institución colaboradora de acuerdo al tipo de programa que ejecutaba, el estudio mostró serias deficiencias en cuanto a los resultados de la atención.

Entre 1979 y 1989, la cobertura asistencial tuvo un crecimiento de un 55%. Este aumento estuvo centrado, fundamentalmente, en los sistemas de tipo internado que constituían el 63% del total de las plazas subvencionadas, e influido por el incentivo económico, ya que el monto de subvención de estos sistemas era 4 veces más alto que para los sistemas diurnos de tipo ambulatorio. De acuerdo a las estadísticas de SENAME (1989), el 40% de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en los internados no eran sujetos de atención de esos sistemas, por el contrario, requerían de programas diurnos de carácter preventivo.

Por otra parte, de los niños, niñas y adolescentes ingresados a los sistemas de internado, más del 20% permanecían más de cinco años, lo que provocaba un modelo de socialización funcional para vivir en una institución, pero altamente inadecuado para desarrollarse e integrar pautas de convivencia familiar y comunitaria.

Asimismo, cerca del 40% de los niños, niñas y adolescentes permanecían en los internados un año, elemento que está directamente asociado a las causales de egreso. Sólo cerca del 30% egresaba del sistema por solución del problema que originó su ingreso, el 70% restante, lo hizo por otras causales (interrupción del tratamiento y determinación del tribunal, menos del 20% egresa por fuga). Cabe señalar que el 90% de los niños y niñas que ingresaban a los Centros de Observación y Diagnóstico egresaban, con su familia.

Estos datos daban cuenta de la urgente necesidad de reformar el sistema de atención. Había que generar programas ambulatorios de base comunitaria y con sistemas de abordaje que permitieran el apoyo y fortalecimiento familiar.

La crisis económica de los '80 afectó duramente al sistema de subvenciones, el monto de éstas sufrió un deterioro de más de un 100% en términos reales, en comparación con los montos transferidos a principios de la década. Ello, sin lugar a dudas, afectó sustantivamente la calidad de la atención.

## **2.2. La Década de los '90**

En 1990, con el fin de la dictadura militar y el inicio del proceso de recuperación democrática, se instala en el debate la realidad de un país que ha iniciado una etapa de crecimiento económico, pero en el que el 40% de la población vive bajo la línea de pobreza. Asimismo, se constata la violación sistemática a los derechos

humanos y la debilidad absoluta de activación y funcionamiento de los mecanismos de protección a estos derechos.

Se restituye el Estado de Derecho y en la agenda democratizadora, que ya había avanzado en la elección del Presidente de la República y del Parlamento, se suma la elección directa de los Alcaldes y Concejales, alcanzando así a los gobiernos locales.

En materia de infancia y adolescencia, el primer gobierno de la Concertación ratifica la Convención Sobre Derechos del Niño y la promulga, en agosto de 1990, como Ley de la República. Asimismo, suscribe la Declaración Mundial Sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y su Plan de Acción, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Cumbre Mundial de Infancia, realizada ese mismo año. Estos dos hechos demuestran una voluntad de iniciar un proceso de reforma y se compromete ante la comunidad internacional, y ante el país, a realizar los cambios legislativos, institucionales y programáticos que permitan dar cumplimiento e implementar los principios y normas establecidos en la Convención.

A partir de estas directrices y del diagnóstico realizado en 1989 de la red asistencial, el SENAME comienza a implementar una nueva política en el área: “la nueva política considera al NIÑO y sus derechos como el componente central y ordenador de todas las acciones, así también, se define a la familia como institución irremplazable en el desarrollo del menor y a la participación comunitaria como actor importante en la solución de los problemas de la niñez”.<sup>6</sup>

En esta primera etapa de la reforma del SENAME, se plantean nuevas líneas de acción destinadas a superar las deficiencias detectadas y acercar los programas a las directrices de la CDN.

- Se realizan reformas legales y programáticas a fin de erradicar a los niños, niñas y adolescentes que permanecían en cárceles de adultos.
- Se crea el fondo de programas de apoyo, destinado a financiar programas de trabajo con familia para apoyar los procesos de desinternamiento y reinserción familiar; asimismo, desarrollar proyectos innovadores en la línea de diagnóstico y orientación familiar, destinados a evitar el internamiento con fines diagnósticos, así como, iniciar un proceso de desjudicialización de la demanda a través del ingreso por demanda espontánea e institucional y el apoyo a las familias con el fin de resolver los conflictos sin necesidad de recurrir a los tribunales de menores.
- Se generan normas técnicas destinadas a los sistemas de internado con el fin de que desarrollen modelos de intervención personalizados, transitorios, no masivos y con fuertes componentes en el área de trabajo con familia y

<sup>6</sup> Ibid. pg. 286

capacitación laboral, a fin de lograr la pronta reinserción del niño, niña o adolescente al medio familiar y comunitario.

- Mejorar la calidad de la oferta en el área de rehabilitación conductual.
- Asumir la administración directa de los Centros de Observación y Diagnóstico.

No existe un estudio o análisis exhaustivo respecto del proceso ocurrido en la década de los '90, como sí lo hay de la década de los '80. Sin embargo, es posible señalar que se generaron cambios a nivel institucional y programático que sentaron las bases para una reforma más integral.

Durante los '90 se dio inicio al proceso de desinstitucionalización y desjudicialización. Se diseñaron y ejecutaron proyectos de carácter piloto que permitieron avanzar en la construcción y validación de nuevos modelos y metodologías que evitaron el ingreso a los sistemas de internado, se dio para ello apoyo y asistencia a la familia a fin de fortalecer sus capacidades protectoras. Estos proyectos se caracterizaron, además, por estar insertos en el medio comunitario, en donde se estipulan acciones y estrategias de articulación de redes con el fin de que los niños, niñas y sus familias pudieran acceder a los servicios y programas de las políticas sociales universales.

Save the Children - Reino Unido, realizó un estudio sobre el diseño, gestión y viabilidad de los nuevos modelos implementados en América del Sur, a partir de las exigencias que impone la CDN. Para ello tomó 4 países: Brasil y los Consejos Tutelares, Chile y los Centros de Diagnóstico y Orientación Familiar Ambulatorios (CODA), Perú y las Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente (DEMUNA) y Colombia y sus Defensorías de Familia. Para el caso de Chile, en que se intenta validar un modelo antes de que hayan ocurrido los cambios legislativos, Save the Children - Reino Unido señala: “Esta lenta pero segura maduración de las experiencias ofrece ahora un aprendizaje práctico y un conocimiento sistematizado sobre los logros y las dificultades que pueden ser incorporados a las instituciones nacionales. La reforma de la legislación de los derechos del niño, en el caso que los actores institucionales tengan la voluntad política de incorporar nuevos conceptos y paradigmas, podría darle un estímulo e impulso a los Centros de Diagnóstico y Orientación Familiar, para convertirse en los brazos operativos de espacios de bienestar de la niñez desde el espacio local”.<sup>7</sup>

Lo ocurrido en nuestra región y en Chile se encuentra ilustrado en el prólogo de Emilio García Méndez, al libro anteriormente citado, cuando señala “...la

<sup>7</sup> Villanueva Ricardo, *Modelos de Protección a la Niñez. El Caso de Chile en Servicios de Protección a la Niñez*, Save the Children U.K., Santa Fé de Bogotá, 1999, pg.142.



necesidad de entender la reforma a las leyes, no como un instrumento que mágicamente opera transformaciones sobre la realidad, pero sí como la condición -que sin ser suficiente- resulta *sine qua non* para encarar con seriedad, el proceso de reformas institucionales (casos de Brasil y Perú).” “...la constatación de que, aún sin concluir el proceso de adecuación sustancial a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), las prácticas institucionales pueden prefigurar una anticipación positiva a los postulados de la CIDN (Chile) o un retroceso, centralizador y usurpador administrativo de funciones judiciales (Colombia)...”<sup>8</sup>

### 2.3. Los Inicios de la Primera Década del Siglo XXI

En el año 2001, el Presidente de la República presentó al país la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001 - 2010.(en lo sucesivo, La Política)

Dicho documento “...contiene las orientaciones éticas, valóricas y operativas para disponer de un instrumento de planificación efectivamente intersectorial, que permita instalar en la gestión pública chilena una nueva forma de “hacer política pública”, con una perspectiva de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del 33.6% de la población de nuestro país, 5.110.903 niños, niñas y adolescentes”.<sup>9</sup>

A la Política se le asigna la función de orientar y articular la totalidad de las acciones emprendidas por las instituciones y organismos públicos, particularmente gubernamentales, en materias de infancia y adolescencia y se definen cuatro componentes centrales de su misión:

- Servir de marco orientador de todas y cada una de las iniciativas a favor de la infancia y adolescencia, tanto públicas como privadas.
- Generar los mecanismos e instrumentos que garanticen a todos los niños, niñas y adolescentes ser respetados y ejercer sus derechos.
- Generar una institucionalidad propia para la infancia, la adolescencia y la familia.
- Promover y estimular el desarrollo de planes y programas que aseguren el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

En materia de generación de una institucionalidad, la Política Nacional apunta a contar con modalidades de atención a niños, niñas y adolescentes, que permitan

<sup>8</sup> Ibid., Prólogo, pg. 9.

<sup>9</sup> Gobierno de Chile, *Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001 - 2010*, Santiago, 2001, pg. 17.

satisfacer sus necesidades de desarrollo, así como, apoyar a las familias y comunidades; efectuar los cambios legislativos e institucionales que permitan la atención y efectiva protección de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, así como, de los adolescentes que han infringido la ley; promover la participación ciudadana tanto de los propios niños, niñas y adolescentes como de las familias y comunidades; establecer y fortalecer las coordinaciones intersectoriales e interinstitucionales que aseguren el desarrollo de programas y servicios de carácter integral; y promover y fortalecer redes locales que compartan visión y enfoque y que articulen acciones en función de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La Política Nacional ha definido cinco áreas estratégicas de intervención, de acuerdo a las cuales se construyó el Plan de Acción Integrado 2001-2010, estas son:

- Sensibilización, promoción y difusión de los derechos de la infancia y adolescencia.
- Apoyo al fortalecimiento de las familias como principales responsables del desarrollo integral de sus hijos e hijas.
- Coordinación y desarrollo de las políticas públicas con perspectiva de derechos.
- Provisión de servicios especiales para la protección integral de los derechos de la infancia y adolescencia, en los casos de amenaza o vulneración de ellos.
- Promoción y fomento de la participación infantil.

La Política Nacional define también un modelo de gestión, a través del cual se establecen las atribuciones, competencias y responsabilidades, así como, los mecanismos a través de los cuales operará.

El diseño del modelo de gestión de la Política considera prioritarios los niveles local y regional de administración del Estado en el diseño e implementación de acciones y servicios de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Asimismo, reconoce las capacidades de las Municipalidades y Gobiernos Regionales en la generación e implementación de estrategias que garanticen la pertinencia de dichas acciones y servicios, es decir, que se adecuen a la particular realidad económica, social, cultural y geográfica donde los niños y niñas viven y se desarrollan; y, plantea la necesidad de fortalecer la capacidad de estas instancias en la definición de metas y estrategias, así como, en la asignación de recursos para su implementación.

En el año 2002 se crea el Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia<sup>10</sup>. Estará compuesto por los Ministros de Planificación y Cooperación

<sup>10</sup> Decreto Supremo N° 114, abril 2002, Ministerio de Planificación y Cooperación, Santiago de Chile.

(quien lo presidirá), Salud, Justicia, Trabajo y Previsión Social, Educación y SERNAM; los Subsecretarios de Interior, Vivienda y Urbanismo, Obras Públicas y de Gobierno; los Directores del Instituto Nacional de Deportes, Presupuesto, SENAME y División de Coordinación Interministerial de Ministros, SEGPRES, y con representantes del Comité Consultivo de la Sociedad Civil.

El Consejo tendrá como objetivo asesorar al Presidente de la República en el diseño, definición, coordinación y coherencia de las políticas hacia la infancia y la adolescencia. Sus funciones estarán centradas en la aprobación de políticas públicas y plan de acción, definición de presupuesto integrado, evaluación de políticas y programas, coordinación entre ministerios y servicios públicos que ejecuten políticas y programas, definición de iniciativas legales o reglamentarias y programáticas sectoriales, y la elaboración del informe del Estado de Chile al Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. Además, el Consejo deberá informar al Presidente de la República, el 14 de agosto de cada año, sobre los avances obtenidos en materias de protección y cumplimiento de los derechos del niño.

Por su parte, el SENAME, diseñó la Reforma Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia e inició la implementación de su fase de transición. El carácter integral de esta reforma es definido por la Directora Nacional de SENAME, en el sentido que “debe abordar desde un replanteamiento de las normas jurídicas que regulan materias propias de la infancia, concluyendo en políticas públicas dirigidas focalizadamente a esta población (...) Debe considerar la modernización de la propia institucionalidad del Estado para permitir la integralidad y transversalidad de acciones, para construir una política coherente destinada a garantizar y hacer efectivo el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes”.<sup>11</sup>

De acuerdo a la caracterización antes señalada, el proceso de reforma incluye: cambios legislativos, reformas institucionales, participación social y cambios culturales.

En cuanto a los cambios legislativos, destinados a adecuar la ley nacional a las normas y principios de la CDN, se espera contar con:

- Ley de Protección de Derechos, que derogue la actual Ley de Menores. Actualmente, se encuentra en etapa de borrador.
- Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. El año 2002 ingresó dicho Proyecto de ley a la Cámara de Diputados.
- Ley del Sistemas de Atención y Subvenciones. El Proyecto de ley que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia, a través de la red de colaboradores

<sup>11</sup> Del Gatto Delia, *La Reforma Integral al Sistema de Atención a la Infancia y a la Adolescencia en Nuestro País en Por los Caminos de la esperanza*, Dooner Patricio y Medina Hernán, Editores, SENAME, Santiago de Chile, 2000, pg. 227.

del Servicio Nacional de Menores. Su régimen de subvención ingresó al parlamento a principios de la década de los '90 y, actualmente, se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, del Senado de la República.

- Ley de Tribunales de Familia, cuya indicación sustitutiva ingresó a la Cámara de Diputados en enero del 2001.
- Ley que crea el Servicio Nacional de Adolescentes Infractores y el Servicio Nacional de protección de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, o, en su defecto, la reforma a la Ley Orgánica de SENAME, que permita el cambio institucional para la implementación del principio de separación de vías.

En cuanto a las Reformas Institucionales, que son la piedra angular de la implementación de leyes que respetan y promueven los derechos de la niñez y adolescencia, se espera contar con:

- Un sistema nacional, regional y local de protección de derechos. Este estaría compuesto por el Servicio Nacional de Protección de Derechos, a nivel nacional, regional, y, cuya expresión local serían las Oficinas de Protección de Derechos (OPD).
- Un Sistema de justicia de familia y de protección de derechos del niño y niña, que se expresa en la implementación de los Tribunales de Familia.
- Un Sistema de justicia especializada para la responsabilidad penal de adolescente. Este sistema debería contar con tribunales, jueces, fiscales y abogados defensores especializados.
- Un servicio para la ejecución de sanciones penales de adolescentes, que se expresa en la creación del Servicio Nacional de Adolescentes Infractores.

Cabe señalar que para el período de transición se han definido los siguientes elementos centrales:<sup>12</sup>

- Reorganización funcional de SENAME, a fin de dar impulso a la reforma y al principio de separación de vías.
- Fortalecimiento de los procesos de reintegración familiar, a través de un plan de desinternamiento y de reconversión de centros masivos, en pequeñas residencias familiares y, el rediseño del sistema de Colocación Familiar.
- Descentralización paulatina a través de la ejecución piloto de las OPD.
- Reconversión de la oferta programática avanzando en la reconversión de las líneas de acción: OPD, Programas de Protección Especial y de Prevención, y Programas No Privativos de Libertad para Adolescentes Infractores.

<sup>12</sup> Ibid., pg. 234 a 236

- Centros Residenciales: Casas de Acogida y Residencia Familiares.
- Equipos de Diagnósticos Periciales.

### 3. ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS

En Chile, al igual que en toda la región latinoamericana, se desarrolló un rico proceso de debate y construcción de conocimiento, que se caracterizó por la generación de un diálogo desde las ciencias jurídicas con la práctica social. Ello permitió avanzar de modo sustantivo en cuanto a definir con claridad los elementos que deben guiar y estar contenidos, tanto en las nuevas legislaciones de protección a los derechos de la niñez y adolescencia, así como en los diseños institucionales que se deben implementar para la aplicación de estos nuevos cuerpos jurídicos y en la oferta programática destinada a defender, proteger, reparar y restituir los derechos amenazados o vulnerados.

Un primer elemento es la definición de niño, niña o adolescente como sujeto de derechos. Es decir, titular y portador de un conjunto de derechos que le son inherentes y le han sido reconocidos en la CDN y en otras normas internacionales de derechos humanos.

Se establece, también, una diferenciación entre niño, niña y adolescente, que considera a los primeros a aquellas personas hasta los 12 años y, como adolescentes a aquellos desde los 13 hasta los 18 años de edad.

El interés superior del niño, como principio y límite que guía la actuación de las autoridades públicas y privadas. Antes de la existencia de la CDN este concepto podía ser definido discrecionalmente por la autoridad en función de sus propios valores, ideología o marcos teóricos, desde los cuales se ubicaba para analizar la situación de un niño, niña o adolescente. Sin embargo a partir de la CDN es posible definir el interés superior del niño como “la plena satisfacción de sus derechos”<sup>13</sup> y que se encuentran contenidos en el catálogo de la Convención. La clara definición de este concepto ampliamente utilizado implica que, como señala Cillero “debe abandonarse cualquier interpretación paternalista – autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia”.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Cillero B. Miguel, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño en Infancia, ley y Democracia en América Latina*, García Méndez Emilio y Beloff Mary, compiladores, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá - Buenos Aires, 1998, pg. 78.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pg. 79.

Otro elemento clave, es el derecho a la participación, reconocido en el artículo 12 de la CDN. Se refiere, específicamente, al derecho de los niños, niñas y adolescentes a formarse un juicio propio y a expresar su opinión libremente, así como a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, y que su opinión sea debidamente considerada a la hora de tomar decisiones.

El establecimiento de límites a la intervención del Estado, es uno de los elementos que permite establecer un conjunto de claves a la hora de rediseñar el modelo institucional y programático. Asimismo, es vital para el cuestionamiento y revisión de las prácticas sociales y culturales que se encuentran en la base de los distintos modelos de intervención.

La intervención estatal, sólo debe ocurrir cuando ha fallado el conjunto de dispositivos familiares y comunitarios en materia de protección de derechos. Esta intervención debe ser en un primer nivel, de apoyo y asistencia a la familia y comunidad a fin de que pueda generar, fortalecer o activar sus propios mecanismos de protección.

En la medida que la situación lo requiera, el niño, niña, adolescente y/o su familia deberán acceder a programas de mayor especialización, destinados a la reparación o restitución de los derechos amenazados o vulnerados. La reparación entendida como el conjunto de acciones destinadas a resarcir el daño causado a través de tratamientos terapéuticos, apoyo para la reinserción familiar, escolar y social. Por su parte, la restitución se refiere al conjunto de acciones destinadas a generar las condiciones para que el niño, niña o adolescente pueda ejercer plena y autónomamente el o los derechos que le han sido vulnerados, conculcados o restringidos. Una vez realizadas las acciones que han permitido remover los obstáculos que impedían el ejercicio pleno de derechos, los programas deberán devolver a los niños, niñas y adolescentes y familias, a programas cada vez menos especializados, procurando que en el más breve tiempo posible pueda acceder normalmente a las políticas universales de carácter general.

El Estado está obligado a proporcionar los servicios y programas, tanto de protección especial, como de carácter general o universal. El acceso a ellos puede ser entendido como derechos individuales de los niños, niñas y adolescentes y su negación puede transformarse en el inicio de una acción de exigibilidad en contra del organismo responsable.

Otro elemento fundamental es la desjudicialización, ello implica terminar con la centralidad de la figura del Juez de Menor y con el poder que se le ha asignado para administrar servicios y programas de carácter social.

La función del juez se debe centrar en la resolución de conflictos de naturaleza jurídica. Para ello es elemental contar con una instancia administrativa con facultades exclusivas en materias de protección especial, tanto en la toma de

decisiones, como en la ejecución de las medidas. Dichas medidas tendrán carácter voluntario, salvo excepciones que deberán estar claras y restrictivamente definidas en la ley.

Considerando que “la Entidad administrativa no puede ser la única responsable de garantizar los derechos y supervisar las medidas que ella misma está ejecutando”<sup>15</sup>, implica contar con el Ministerio Público o el Defensor del Niño, a fin de que cumpla con la función de velar por el respeto a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, estos deben contar con mecanismos para reclamar frente a decisiones que consideren arbitrarias o injustificadas.

El trabajo realizado por Marián Juste, sobre las bases para una nueva legislación señala:

“La Entidad Administrativa tendrá la competencia exclusiva en materia de protección especial de niños y adolescentes -y sus familias-, en situación de riesgo de vulneración o vulneración de alguno de sus derechos por las causales señaladas en la ley, sin perjuicio de las funciones judiciales correspondientes a la autoridad judicial competente (futuros Juzgados de Familia, a pie de página en el documento) y de la facultad de superior vigilancia del Ministerio Público”.<sup>16</sup>

De acuerdo a lo anterior, la Entidad Administrativa tendría competencias en cuanto a investigar y decidir sobre la aplicación de medidas de protección frente a situaciones de amenaza o vulneración de derechos; ejecutar las medidas y ponerles término, respetando los derechos y las garantías de los involucrados.

“De esta forma, la Entidad administrativa se configura como un órgano decisor por excelencia en asuntos de protección especial de niños y adolescentes. Esta es la diferencia fundamental con el sistema tutelar actualmente vigente”.<sup>17</sup>

Asimismo, señala que este sería un organismo central, como SENAME, y que progresivamente delegaría sus competencias de ejecución de medidas en organismos regionales o locales.

Por otra parte, la Entidad Administrativa, debería “funcionar como parte integrante del sistema más amplio de bienestar infantil y del Sistema de Servicios Sociales Generales”.<sup>18</sup> Ello implica, establecer y mantener coordinación y articulación de acciones con los servicios y programas sectoriales, la autoridad

<sup>15</sup> Juste Marian, *Bases para una Nueva Legislación en materia de protección especial a la Infancia y adolescencia*, Documento de Trabajo que contiene el estudio elaborado para el Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 1996, pg.10.

<sup>16</sup> Ibid., pg 63.

<sup>17</sup> Ibid., pg 64.

<sup>18</sup> Ibid., pg 64.

judicial, el Ministerio Público, la policía y el conjunto de instituciones públicas y privadas de atención para niños, niñas y adolescentes.

#### **4. LAS OFICINAS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DEL NIÑO OPD**

En el proceso de reforma y rediseño institucional del Sistema de Protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, las Oficinas de Protección a los Derechos del Niño (OPD), se presentan como un servicio de protección, no jurisdiccional de carácter local.

Las OPD, que en las primeras etapas de su diseño se denominaron Centros de Protección Integral a los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CPI), se presentan como uno de los más importantes aportes del proceso de rediseño institucional y han sido incorporados como línea de acción en el proyecto de ley de subvenciones del SENAME, que se encuentra en proceso de tramitación por parte del poder legislativo.

“Esta nueva línea de acción subvencionable, que constituye acaso la principal novedad del Proyecto de Ley, se inspira en las experiencias exitosas desarrolladas en otros países europeos y latinoamericanos. Pero también corresponde, a decir verdad, a experiencias ensayadas en nuestro país (no sin dificultades debido a la falta de un soporte institucional), tanto a nivel municipal como en el trabajo de algunos de los actuales Centros de Tránsito y Distribución Ambulatorios, financiados a través de la línea de proyectos del Programa de Apoyo del SENAME”.<sup>19</sup>

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el Proyecto de ley que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Servicio Nacional de Menores y su régimen de subvención, establece las líneas de acción que podrán contar con financiamiento de ese servicio público para su ejecución y define a las OPD en su artículo 4 número 4 como:

“Las unidades técnico-operativas, con una o más sedes que dentro de un territorio determinado desempeñan la función de facilitar al niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de vulneración o grave amenaza de sus derechos, y que sea sujeto de atención del SENAME, el acceso efectivo a los programas, servicios y recursos disponibles en la comunidad para superar dicha situación. Así también, ofrecerán directamente la protección especial que sea necesaria para ello, cuando la derivación a un programa no sea posible, o cuando dicha derivación

<sup>19</sup> Mensaje del Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz Tagle con el que se inicia el Proyecto de Ley que establece un Sistema de atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención, Santiago, 9 de agosto de 1999.



parezca innecesaria, por tratarse de una situación que admita una solución relativamente rápida con los recursos del propio centro.

En particular, les corresponderá a estos centros el papel fundamental en la búsqueda de alternativas para evitar la separación del niño, niña o adolescente de su familia o de las personas encargadas de su cuidado personal, aportando directamente, en caso de no existir otras posibilidades, los recursos apropiados de que puedan disponer para ayudar a esas personas a superar la situación que amenaza con provocar la separación”.<sup>20</sup>

Las normas técnicas del Servicio Nacional de Menores, elaboradas para las Oficinas de Protección de Derechos, las definen como “instancias a nivel local destinadas a realizar acciones encaminadas a brindar protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de exclusión social, o vulneración de estos derechos”.<sup>21</sup>

Su objetivo general es definido como: “Proteger integralmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes excluidos y/o vulnerados, dentro de un determinado territorio, mediante la implementación de un modelo de intervención administrativo, no jurisdiccional”.<sup>22</sup>

Por su parte, el sujeto de atención del sistema ha sido definido como “todos los niños, niñas y adolescentes y sus familias del territorio de la OPD que se encuentren en una situación de exclusión social o vulneración de sus derechos, con el fin de habilitarlos para que puedan superar la brecha o problema que ha generado su exclusión”.<sup>23</sup>

#### 4.1 Principios Orientadores del Modelo OPD.

- La población infanto-adolescente como sujeto de derecho.
- Interés superior del niño o niña.
- Integralidad y participación.
- Desjudicialización.
- Responsabilidad primordial de los padres y la familia en la crianza de sus hijos, e igualdad entre la madre y el padre.
- Territorialidad.

<sup>20</sup> Senado de la República, *Boletín N° 2.391 - 18, Oficio N° 3622*, Proyecto de ley que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Servicio Nacional de Menores y su régimen de subvención.

<sup>21</sup> SENAME, *Normas Técnicas para las Oficinas de Protección de Derechos del Niño*, Santiago de Chile, 2001, en Introducción.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Punto 4, Objetivo General.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Punto 6, Usuarios/as.

## 4.2. Puesta en Marcha del Modelo OPD

Para la implementación de las OPD, el Municipio asume la calidad de organismo colaborador del SENAME y, por medio de la suscripción de un convenio entre las partes, se le asigna al Municipio la gestión y ejecución del proyecto OPD. Por su parte el SENAME, realiza las acciones de control y supervisión tanto técnica como financiera de la ejecución del modelo. Así, estos servicios de protección dependen administrativamente del Municipio y técnicamente del SENAME. Asimismo, son co-financiados por ambas entidades, aportando SENAME como máximo un 75% del costo total del proyecto y el Municipio, al menos el 25% restante. A la fecha sólo una OPD cuenta con un 100% de financiamiento municipal (OPD-Ñuñoa).

A la fecha se han puesto en funcionamiento un total de 27 OPD en todas las regiones del país, distribuyéndose en las siguientes comunas:

Región	Comuna	Nº/Región
I	Arica	1
II	Calama	1
III	Copiapó	1
IV	Coquimbo	1
V	Valparaíso - Quillota - Asociación Petorca	3
VI	Asociación Rengo <sup>24</sup> - Asociación Cono Norte <sup>25</sup>	2
VII	Constitución	1
VIII	Talcahuano - Lota	2
IX	Temuco - Asociación Nahuelbuta <sup>26</sup>	2
X	Asociación Isla Grande de Chiloé <sup>27</sup> - Puerto Montt	2
XI	Coyhaique	1
XII	Punta Arenas	1
Metropolitana	La Pintana - Cerro Navia - Quilicura - Ñuñoa - Lo Prado - Macul San Bernardo - La Granja - Pudahuel	9
Total		27

Fuente SENAME, mayo 2003

<sup>24</sup> Atiende las Comunas de Rengo, Malloa, Quinta de Tilcoco.

<sup>25</sup> Atiende las Comunas de Graneros, Mostazal, Codegua.

<sup>26</sup> Atiende las Comunas de Traiguén, Los Sauces, Lumaco, Purén, Galvarino.

<sup>27</sup> Atiende las Comunas de Castro, Quellón, Ancud, Curaco de Velez, Dalcahue, Quemchi, Quelen, Chonchi, Puqueldón, Achao.

Del total de OPD existentes a la fecha, 7 (26%) iniciaron su funcionamiento en el año 2001, 16 (60%) en el año 2002 y 4 (15%) durante el primer semestre del 2003. Asimismo un tercio (33.3%) se ubican en comunas de la Región Metropolitana. Existen cinco Oficinas que atienden más de una comuna y corresponden a las OPD de las Asociaciones Petorca, Rengo, Cono Norte, Nahuelbuta e Isla Grande de Chiloé.

### **4.3. Modelo Técnico Operativo de las Oficinas de Protección de Derechos**

Las OPD constituyen un modelo de protección administrativa de carácter local, a los derechos de niños, niñas y adolescentes. Asimismo cumple la función de potenciar, articular y, ser la puerta de entrada a la red institucional y social de servicios, programas y acciones que conforman el circuito de protección.

El modelo se estructura en función de dos áreas de intervención: Área de Protección y Área de Gestión Comunitaria.

#### **4.3.1. Área de Protección**

Es el área destinada a ejercer la protección administrativa de derechos, propiamente tal, a través de la atención psicosocial o asistencia legal directa a niños, niñas, adolescentes y/o sus familias. Para ello, se ha definido un procedimiento que consta de 5 fases, a través del cual es posible describir el circuito de abordaje realizado por esta área de intervención.

##### **a) Fase de Acogida**

Es el momento del ingreso y recepción de un niño, niña, adolescente y/o su familia a la OPD, el que puede ser por vía directa (demanda espontánea o derivación municipal) o indirecta (derivación institucional). Esta fase está a cargo de la Secretaria de la OPD (que en muchos casos tiene formación como Técnico en Bienestar Social), quien realiza la primera entrevista y registra los antecedentes en una pauta especialmente diseñada para ello.

El objetivo es recopilar los antecedentes básicos del niño, niña y la familia y conocer los requerimientos que éstos hacen a la OPD y, partir de esta información, establecer si la situación que se presenta es o podría ser, una situación de vulneración de derechos, lo que implica derivarlo a la segunda fase del proceso: la calificación.

De lo contrario, si no se está frente a una situación de vulneración de derechos, se procede a brindar información, orientación y/o derivación al servicio o institución que corresponde.

En esta etapa, también, son recepcionadas las denuncias realizadas por terceros y que podrían constituir vulneración de derechos. En el momento de recepción de la denuncia se intenta recabar la mayor cantidad de información posible, para proceder posteriormente, a la investigación y constatación de la información con el fin de ingresar el caso a la OPD.

### **b) Fase de Calificación**

Esta fase está a cargo del equipo profesional multidisciplinario (Asistente Social, Psicólogo/a y Abogado/a) y tiene por objetivo realizar la evaluación diagnóstica de la situación a fin de determinar la existencia de una situación de vulneración de derechos y elaborar el Plan de restitución de éstos. Las técnicas utilizadas en esta etapa son, básicamente, las entrevistas individuales, grupales y visitas domiciliarias.

Para ello se indaga fundamentalmente en tres áreas:

- **Tipo y gravedad de la situación de vulneración de derechos:** Se establece el o los derechos que están siendo vulnerados, así como, las personas o instituciones responsables de dicha vulneración, esto último es determinante al momento de definir y direccionar las estrategias que estarán contenidas en el Plan de Intervención. Asimismo, si la vulneración existente es o no constitutiva de delito, este elemento, es clave en la determinación del plan a seguir y las instancias a las cuales derivar. La gravedad de la situación permite establecer el grado de urgencia con que deberán tomarse las medidas de protección, reparación o restitución y, básicamente, de acuerdo a la experiencia desarrollada hasta la fecha, ello está determinado por la presencia de factores que implican riesgo vital, peligro para la vida o integridad física y libertad sexual del niño, niña o adolescente.
- **Recursos y potencialidades individuales, familiares y comunitarias:** Se trata de conocer y activar o potenciar los recursos individuales, familiares y comunitarios que permitan la detención de la situación de vulneración, así como, el inicio del proceso de reparación o restitución. Por definición este es uno de los elementos fundamentales en la determinación de la situación de riesgo y por lo tanto implica un trabajo con la familia o adultos responsables, pero sobre todo un enfoque de trabajo coherente con los principios que orientan la acción social.
- El desarrollo de esta parte del proceso debe enfrentarse desde el reconocimiento real (no sólo teórico o discursivo), de que la familia es el lugar privilegiado para desarrollo y ejercicio de derechos del niño y la niña; de reconocer las potencialidades y capacidades protectivas de la familia y ayudarlos a develar, en un proceso participativo, los obstáculos que impiden las acciones protectivas concretas, así como, las estrategias y alternativas para remover dichos obstáculos.

- **Nivel de riesgo para el niño, niña o adolescente:** El nivel de riesgo estará determinado por un conjunto de factores que dicen relación con la presencia o no de hechos constitutivos de delito y que ponen en peligro la vida o integridad física o psíquica del niño o la niña. Asimismo, por la rapidez con que la familia o adultos responsables pueden activar sus propios mecanismos protectivos y por la cantidad y calidad en la oferta de programas y servicios a los que se pueda acceder para reparar o restituir el derecho vulnerado. Desde una perspectiva integral el riesgo no sólo está dado por las condiciones o características de la familia, sino también, por las condiciones, características y calidad de los mecanismos jurídicos y de políticas públicas, y de la rapidez con que éstos se activen y movilicen.

### **c) Fase de Ejecución del Plan de Intervención**

Es el momento en que se activa la totalidad de recursos personales, familiares y comunitarios, así como, se generan las condiciones y se remueven los obstáculos para el acceso a los programas y servicios públicos y privados que se encuentran, o que su cobertura abarca el territorio o localidad donde reside el niño o niña.

Un elemento esencial de esta fase es haber construido el plan y las estrategias de intervención en conjunto con el niño o niña y su familia, en un proceso participativo. El equipo multidisciplinario es un elemento externo que interviene ante una situación de vulneración de derechos y, su intervención ocurre en un momento determinado de la historia familiar, grupal o comunitaria. Ello implica que hay que reconocer la existencia de procesos sociales previos e historias compartidas que deben ser consideradas. Asimismo, la intervención se realiza por un período determinado y al momento en que el agente externo se retira, debe asegurarse la permanencia en el tiempo del cambio, es decir, asegurar que los factores protectores se han activado definitivamente y ello sólo ocurre en la medida que los afectados por la situación han sido los actores y autores del proceso.

Así en esta etapa de la intervención se definen y ejecutan un conjunto de acciones y medidas de protección de derechos, destinadas a la reparación del daño causado o la restitución del derecho conculcado.

Básicamente, estas acciones están referidas a la resolución alternativa de conflictos, mediación, terapias de apoyo breves, talleres psicoeducativos, coordinaciones con instituciones y servicios para facilitar el acceso y/o recibir la prestación (salud y educación), y derivación a centros especializados.

Cabe señalar que, en aquellos casos en que se ha establecido que la vulneración de derechos es un hecho constitutivo de delito en contra del niño, niña o adolescente (tales como homicidio, lesiones, delitos sexuales, secuestro), la OPD debe realizar la denuncia y poner los antecedentes a disposición de las autoridades competentes: Policía, Tribunales o Ministerio Público. Asimismo, solicitar al Tribunal las medidas

de protección a fin de asegurar la integridad física y psicológica del niño, niña o adolescente e informar y remitir los antecedentes al SENAME, a fin de seguir con las acciones legales que correspondan.

#### **d) Fase de Seguimiento**

El conjunto de acciones de seguimiento se realizan tanto para los niños, niñas y adolescentes que han recibido atención directa en la OPD, como para los que han sido derivados a otras instituciones, programas o servicios. Su objetivo es evaluar en el tiempo la permanencia de los cambios. Las acciones realizadas deben estar consignadas en los instrumentos de registros con que cuenta la OPD, de manera de poder visualizar los avances, retrocesos y estabilidad del cambio. De acuerdo a la experiencia de la OPD, en la mayor parte de los casos, el seguimiento es visto como una preocupación positiva por la situación que los afecta y como un apoyo y refuerzo para la superación de la situación, es decir, son evaluados en términos que denotan una buena calidad del servicio prestado por la OPD. Cuando el equipo constata que los cambios que han ocurrido aseguran la estabilidad de la nueva situación perseguida, se procede al egreso del niño, niña o adolescente.

Durante el período enero – diciembre de 2002, a través del Área de Protección de las OPD fueron atendidos un total de 5.471 niños, niñas y adolescentes. De éstos(as) el 49.2% corresponde a niñas y el 50.8% a niños. De acuerdo a lo señalado por el Programa Nacional de OPD de SENAME, “las niñas sufren vulneraciones que se sitúan en el ámbito del maltrato; en tanto los niños, en vulneraciones referidas al ámbito de la educación”. En cuanto a las edades de quienes fueron atendidos(as), la distribución fue la siguiente:

Edades- Años	Porcentaje %
0 - 4	18,90 %
5- 10	35,84 %
11- 16	34,30 %
17 y más	4,90 %
Sin dato	6,05 %
Total	100 %

Fuente: Boletín Estadístico SENAME, diciembre 2002

En cuanto a los motivos de consulta, es decir la causa por la que ingresan los niños, niñas y adolescentes a las OPD, la información recogida por el Programa Nacional de SENAME a partir de lo informado por las propias OPD señala:

Motivo de Consulta	%
Maltrato (leve, moderado y grave)	33,3
Educación (Relación conflictiva con la Escuela, deserción escolar, expulsión, etc.)	20,8
Relaciones familiares conflictivas (manejo conductual de los(as) niños(as)).	16,6
Exclusión social (acceso a beneficios y servicios sociales)	12,5
Materias civiles de menores (tuición, pensión de alimentos, régimen de visitas)	8,5
Otros	8,3
Total	100

Fuente: Programa Nacional de SENAME, mayo 2003

En cuanto a quién solicita el ingreso del niño, niña o adolescente o la intervención de la OPD, los datos son los siguientes:

Quién Solicita el Ingreso	%
Personas Naturales de la Comunidad	69,4 %
Instituciones de la Comunidad	20,4 %
Derivación Intra Red	1,6 %
Direcciones Regionales	1,4 %
Administración de Justicia	1,0 %
Sin Información	6,2 %
Total	100 %

Fuente: Programa Nacional de SENAME, mayo 2003

El desarrollo de la experiencia realizada por las OPD en el Área de Protección ha tenido resultados exitosos, pero también, se ha encontrado con un conjunto de dificultades que es necesario superar a fin de asegurar su implementación y reproducción.

El apoyo y compromiso de las autoridades municipales y, fundamentalmente del Alcalde, es un elemento clave para el éxito del modelo. Este apoyo permite contar y disponer de recursos de otros programas municipales que se articulen y permiten avanzar en el proceso de diseñar políticas sociales locales de carácter integral. Ello se refiere, por ejemplo, a la articulación con programas municipales de empleo, de talleres de fortalecimiento familiar realizados por otras unidades del municipio, de convenios con la empresa privada a fin de apoyar a la permanencia y éxito escolar de niños y niñas que pertenecen a familias de extrema pobreza, y

del establecimiento de cuidado infantil co-financiados por el Municipio - JUNJI o INTEGRA, Programa Puente, entre otros.

Entre las dificultades que es necesario superar se encuentra la falta de programas o servicios para la derivación. Existen una serie de programas que realizan procesos de diagnóstico que permiten definir con claridad el problema, sin embargo, no existen suficientes programas destinados a brindar servicios y recursos que permitan dar solución a la situación diagnosticada. Faltan centros especializados, o los servicios están saturados y no cuentan con la cobertura suficiente para dar una atención expedita, faltan programas que den respuestas diversas y flexibles, dependiendo del problema y las estrategias que se deben implementar por las características y necesidades de los niños, niñas y familias, así como, por la realidad socio cultural y geográfica de las localidades.

Por otra parte, el cambio de paradigma en la atención a la niñez y adolescencia ha significado desarrollar un proceso, lento y difícil, de construcción de un lenguaje común, de estrategias adecuadas, visiones y enfoques compartidos con el conjunto de programas, instituciones y servicios que conforman la red local de protección.

#### 4.3.2. Área de Gestión Comunitaria

El trabajo desarrollado pretende contribuir al cambio cultural en el ámbito local, es decir, generar procesos que permitan cambiar las formas de ver y entender a la infancia y la adolescencia, y reconocerlos como personas titulares de derechos, y a partir de ello, modificar las prácticas sociales y culturales que contribuyen o causan la amenaza o vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo a lo anterior, el Área de Gestión Comunitaria realiza un conjunto de acciones destinadas a dar a conocer y legitimar la acción de la OPD en el espacio local donde se ubica, capacitar a los profesionales de programas y servicios de distintos sectores y a dirigentes de las organizaciones sociales, en la Convención Sobre Derechos del Niño, capacitar a las familias en la habilitación y fortalecimiento para el adecuado ejercicio de sus roles parentales, elaborar o actualizar el diagnóstico comunal relativo a la situación de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, desde la perspectiva del acceso y calidad de los servicios, programas, organizaciones e instituciones locales.

Por otra parte, el trabajo de esta Área estará destinado a articular y fortalecer las redes sociales y los circuitos de abordaje que permitan generar mecanismos y procedimientos expeditos, pertinentes y oportunos, de derivación para la reparación o restitución de los derechos vulnerados.

Para ello, se establecen acuerdos de colaboración con los organismos y servicios de los distintos sectores, así como, con los distintos programas municipales,



incorporando al sector privado y las organizaciones sociales de base. Asimismo, realiza jornadas temáticas de trabajo con los distintos actores destinadas a analizar las vulneraciones de derechos que se presentan en la localidad, así como, los aportes que cada uno puede realizar a fin de interrumpir dichas situaciones y proceder a la reparación y restitución desde una perspectiva concertada e integral.

De acuerdo a lo señalado por el Programa Nacional de OPD de SENAME, durante el período enero-diciembre de 2002, estas instancias trabajaron directamente con un total de 101.250 personas de la comunidad.

El desarrollo de la experiencia de las OPD, ha permitido constatar tanto las potencialidades como las dificultades del trabajo en red a nivel local. Sin lugar a dudas, el espacio local constituye el medio en el que se implementan y establece el conjunto de relaciones sociales que responde a pautas socio culturales compartidas por la comunidad. Asimismo, es en ese espacio donde actúa el complejo institucional que constituye el circuito de abordaje a los problemas de la infancia adolescencia. Dicho circuito, puede ser de carácter tutelar - asistencial, o de bienestar y protección, dependiendo del enfoque con que dicho complejo realice la acción social, así como, del conjunto de normas y leyes que limiten y/o promuevan acciones-intervención dentro de un determinado enfoque.

Es el espacio local en el que se produce el acceso directo a los programas y beneficios sociales y, por lo tanto, en el que mejor se pueden determinar las deficiencias de las políticas generales o universales de protección de derechos, así como articular e integrar programas, servicios y recursos mejorando sustantivamente la calidad del servicio que se brinda a la población.

Sin embargo, la diferencia de enfoques existente en cuanto a la concepción de la niñez y adolescencia, así como, de las familias que viven en condiciones de pobreza, impacta directamente en el trabajo en red. Por lo tanto, es necesario avanzar en el proceso de diseñar las políticas, sus estrategias, programas y enfoques, desde la perspectiva del derecho, como un ejercicio democrático de la ciudadanía.

Ello implica reconocer que la mayoría de las situaciones que originan la vulneración a los derechos de niños, niñas y adolescentes, tienen bases estructurales y, por lo tanto, la responsabilidad de dichas situaciones no puede ser de carácter individual o familiar, sino por el contrario, la responsabilidad radica en la forma en que se organiza la respuesta estatal y privada para la superación de los problemas. Sólo el cambio en el enfoque permite que los problemas sean compartidos y asumidos por todos los miembros de la red, y así, asegurar el éxito del trabajo colaborativo, articulado e integrado.

Por otra parte, la sobre utilización del trabajo de red ha provocado desgaste en los distintos miembros de éstas que, generalmente, participan de una multiplicidad de redes temáticas (de violencia, drogas, seguridad, infancia, etc.). Se reproduce

el carácter sectorial de las políticas y programas. Se comienza a generar desconfianza respecto de los resultados ya que se convierte en una sobre carga de trabajo, más que un apoyo y un facilitador para la acción, y llegado el momento de las evaluaciones, éstas se realizan en función de los indicadores y metas particulares definidas por cada uno de los sectores, y no desde una perspectiva integral de las políticas.

Sin lugar a dudas las OPD han avanzado sustantivamente en cuanto a la generación de estrategias para el trabajo comunitario. Muchas de ellas han dividido el territorio de su radio de acción en distintos sectores geográficos, generando micro redes, capacitando, apoyando e impulsando el trabajo de promotores locales de derechos, miembros de la comunidad y comprometidos con el tema que facilitan la articulación de recursos, informan sobre el acceso y promueven desde la base social el cambio de prácticas y concepciones culturales.

Asimismo, se han desarrollado interesantes experiencias de organización y participación de niños, niñas y adolescentes, que realizan una gran diversidad de acciones de acuerdo a su propia realidad e intereses, y que pueden transformarse en un importante catalizador del cambio cultural. Estas experiencias deberían tender a masificarse, para lo cual es necesario articular espacios y recursos con el sector educación, así como con las organizaciones sociales territoriales a fin de tender a la masificación de estas experiencias.

Otra estrategia desarrollada con buenos resultados es la movilización conjunta de la mayor cantidad de actores comunitarios en la organización y realización de eventos masivos (culturales, informativos, de acercamiento de servicios a barrios y poblaciones), que permite relevar el tema de la infancia y generar procesos de apropiación de acciones y espacios que permiten compartir, dialogar y participar de la vida comunitaria.

## **5. MODELOS INSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN SUDAMÉRICA**

### **5.1. Argentina: Oficina de Defensa de Derechos del Niño y el Adolescente de Guaymallén - Mendoza**

La constatación por parte de diferentes actores sociales y políticos, trabajadores de organismos gubernamentales y no gubernamentales, de las dificultades que genera la falta de coordinación y articulación de las políticas sociales en el logro de resultados efectivos de los programas destinados a la infancia y adolescencia, sumado a la movilización generada por la discusión de la Ley del Niño y el

Adolescentes de la Provincia de Mendoza, hacen posible la creación en 1994, por medio de una ordenanza municipal, del Consejo Comunal de la Niñez y Adolescencia.

Dicho Consejo está compuesto por representantes de las Organizaciones No Gubernamentales, del Consejo Interreligioso de Iglesias, de Organizaciones Empresariales, del Consejo de Uniones Vecinales, de cada una de las áreas del Gobierno Municipal con ingerencia en el tema, de los Colegios Primarios y Secundarios, de las Universidades y de cada bloque político de la Cámara de Diputados de la Provincia.

Se define como un organismo multisectorial de carácter local y como una instancia institucional de toma de decisiones para la elaboración y coordinación de propuestas integrales de políticas para la niñez y adolescencia.

Una de las primeras tareas del Consejo, fue la elaboración de un diagnóstico comunal sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes, que fuera la base para el diseño de planes y programas destinados efectivamente a modificar y mejorar la realidad de la niñez y adolescencia de esa comuna. Asimismo, realizaron una serie de jornadas y talleres de capacitación en derechos del niño y la niña, planificación estratégica, planificación y evaluación de proyectos, etc. Este proceso de capacitación permitió poner en común recursos y enfoques, así como articular y fortalecer los a distintos actores del proceso.

A partir de la experiencia interinstitucional desarrollada por el Consejo, y de los antecedentes arrojados por el Diagnóstico comunal, se crea en 1996 la Oficina de Defensa de los Derechos del Niño y el Adolescente, la que articula e integra recursos y ejecuta acciones frente a situaciones de amenaza o vulneración de derechos.

La Oficina de Defensa de Derechos del Niño y el Adolescente tiene como misión “la protección integral de los derechos de la población de 0 a 18 años a través de la promoción y difusión de los derechos y la atención a los niños y adolescentes en situación de amenaza o vulneración de derechos”.<sup>28</sup>

Los principios que orientan la acción y definen el enfoque técnico-político, apuntan al reconocimiento de las fortalezas y potencialidades de las familias, a la existencia de servicios y acciones que cuenten con una perspectiva integral de la familia, a integrar la opinión del niño, niña o adolescente y promover la responsabilidad de las instituciones desde una perspectiva de derechos, a fin de generar nuevas formas de acción social.

<sup>28</sup> Konterltnik Irene, Muñoz Teresa, Pelliza Cecilia, *Gestión de Políticas para la Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Un Modelo en Construcción*, UNICEF, Buenos Aires, 1999, pg. 42

La Oficina de Defensa de Derechos del Niño y el Adolescente tiene las siguientes funciones<sup>29</sup>:

- Promover la creación y fortalecimiento de espacios donde los niños y adolescentes participen en la planificación de las diferentes acciones.
- Problematicar las instituciones estimulando la alteración de sus prácticas para así fortalecer y crear estrategias de inclusión que incorporen a los niños y adolescentes a la oferta de servicios implementados desde las políticas sociales básicas.
- Investigar, desarrollar e implementar modalidades de apoyo a la familia que permitan fortalecer su protagonismo en la crianza y desarrollo de los niños y adolescentes.
- Garantizar asistencia legal y social a los niños y adolescentes víctimas de delitos (artículo 8 de la ley provincial) y aquellos imputados de delitos (artículos 131, 132 y 133 de la ley provincial, 40 de la CDN) e implementar algunas de las medidas de protección del artículo 180 de la ley provincial en situaciones de amenaza y/o violación de derechos.
- Planificar, articular y coordinar las acciones de las distintas áreas del Municipio dirigidas al sector.

A partir de la definición de estas funciones, se estructuran y organizan las áreas programáticas de la oficina:

### *Servicio de Protección de Derechos*

Constituye el núcleo central del trabajo de la Oficina, es el receptor directo de la demanda institucional o espontánea y cumple funciones en los ámbitos de asesoría, patrocinio legal y diseño e implementación de estrategias sociales, para lo cual, cuenta con un equipo profesional multidisciplinario (abogado/a, psicólogo/a y trabajador/a social) y un equipo de promotores comunitarios.

Para la atención directa de niños, niñas, adolescentes y familias, el Servicio de Protección ha diseñado circuitos de abordaje. Estos circuitos son un conjunto de procedimientos, métodos y técnicas no rígidos y en los que participan todos los actores involucrados en la situación (niño, niña, adolescente, familia, organizaciones o instituciones). En este proceso un elemento central es la identificación de los responsables que dan origen a la situación de amenaza o violación de derechos, así como los responsables de activar las medidas de restitución y de protección de los derechos. Asimismo, estos circuitos de abordaje han sido definidos en tres áreas, en función del diagnóstico que se actualiza permanentemente y están referidos

<sup>29</sup> Ibid., pg. 43

a hacer efectivos tres grupos de derechos: educación y salud, integridad física, psicológica y social; y garantías en el procedimiento penal.

Las estrategias de intervención se refuerzan a través de las acciones desarrolladas por los promotores comunitarios que trabajan un territorio delimitado con las familias y comunidades.

### *Programas*

Los programas se diseñan a partir del diagnóstico realizado por la oficina y constituyen un sistema de apoyo para su acción. A partir de la atención de problemas específicos, generan condiciones para establecer o mejorar los vínculos entre las instituciones y los niños, niñas y adolescentes, a fin de que éstos últimos puedan acceder a los programas de las políticas universales y que las instituciones vayan modificando sus pautas discriminatorias.

En el año 2000, la Oficina de Guaymallén contaba con los siguientes programas: Fortalecimiento de Vínculos Familiares, Trabajo Infantil, Taller de Construcción de y Ejercicio de Ciudadanía Adolescentes, Talleres de Producciones Radiales, Programa para Infractores de Ley, Capacitación para la Adecuación de la Convención Sobre Derechos del Niño.

### *Coordinaciones y Articulaciones*

Esta área programática busca superar la fragmentación y las acciones sectoriales desarticuladas, a fin de generar un sistema intersectorial e integral. Para ello establece coordinaciones en base a convenios con universidades, organizaciones vecinales, cooperativas y organizaciones no gubernamentales. Asimismo, se articula con otros organismos gubernamentales y poderes del estado (legislativo y judicial).

## **5.2. Brasil: Los Consejos Tutelares**

El caso de Brasil ha sido emblemático en la Región Latinoamericana; su sello fue básicamente, el unir la protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al proceso de recuperación y reconstrucción democrática del país. El movimiento social de Brasil entendió, desde un comienzo, la lucha por los derechos humanos de la niñez como una lucha política.

La presión ejercida por las organizaciones no gubernamentales, por intelectuales y parlamentarios, abre un espacio de negociación en la Asamblea Nacional Constituyente (formada en 1987) que culmina con un acuerdo político nacional a favor de la niñez y adolescencia y se expresa en el artículo 227 de la Constitución del Brasil: “Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado garantizar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la

libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, así como, ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”.

El Foro Nacional para la Defensa de los Derechos de los Niños y los Adolescentes (Forum-DCA), diseña una estrategia en tres etapas: (1) Cambios legislativos, (2) Reordenamiento institucional y (3) Mejoramiento de los modelos de atención directa.

En 1990 entra en vigencia el Estatuto del Niño y del Adolescente, que dentro de su articulado establece la creación de los Consejos de Derechos de los niños y los adolescentes en todos los niveles de la organización política-administrativa del país (federal, estadual y municipal) con participación paritaria de representantes del gobierno y de la sociedad civil. Asimismo, establece la creación de los Consejos Tutelares como los encargados de velar por la protección y defensa de los derechos de los niños y adolescentes de acuerdo a lo establecido en el artículo 227 de la Constitución.

### *Los Consejos Municipales de Derechos del Niño y del Adolescente*

Están conformados en partes iguales por representantes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y son los responsables de la formulación y control de políticas públicas en el nivel local y del registro y control de las organizaciones no gubernamentales en relación a estas políticas. Administra un fondo que permite contar con recursos para los programas, servicios y acciones destinados a la implementación de políticas de protección de derechos. Asimismo, es responsabilidad de los Consejos Municipales crear las condiciones para la conformación de los Consejos Tutelares.

### *Los Consejos Tutelares*

El Consejo Tutelar está compuesto por personas escogidas democráticamente por la comunidad, a partir de candidatos que residen en la localidad y que cuentan con reconocimiento social para ejercer el cargo. Por su parte, cada municipio es autónomo para establecer algunos criterios o requisitos para los candidatos, por ejemplo la profesión. Constituyen una autoridad pública en el ámbito municipal, de carácter administrativo.

El Consejo debe funcionar como una instancia de recepción de denuncias, de derivación y resolución de los casos que llegan a él, y es responsable de las medidas de protección ante situaciones de amenaza o vulneración de los derechos establecidos en el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil. Se establecen tres formas para la amenaza o violación de derechos ante las cuales el Consejo debería intervenir: (1) Acción u omisión de la sociedad o el estado; (2) Falta, omisión o acción de los padres o adultos responsables; (3) La propia conducta del niño o adolescente.

Básicamente las materias atendidas por los Consejos Tutelares están referidas a investigación de paternidad, obligaciones y deberes de los padres, maltrato,

registro de nacimiento, abandono, deserción escolar o falta de cobertura en la matrícula escolar.

En cuanto a las medidas de protección que puede canalizar el Consejo, éstas están referidas fundamentalmente a generar compromiso en los padres o responsables de cumplir con sus obligaciones de cuidado y crianza; brindar apoyo, orientación y acompañamiento al niño, adolescente y/o su familia para la superación de la situación que enfrentan, integrar al niño o adolescente a los programas de políticas universales como educación o salud; integrar al niño, adolescente y/o su familia a los programas gubernamentales o no gubernamentales de asistencia, orientación o tratamiento; derivar a refugio de instituciones o colocación en familia sustituta.

Por otra parte, el Consejo Tutelar tiene también atribuciones en la elaboración de propuestas para planes y programas del nivel local, así como solicitar la creación, aumento de cobertura y acceso a servicios públicos de salud, educación, seguridad social, trabajo y asistencia social.

Puede también representar al niño o adolescente ante la autoridad judicial o canalizar el caso al Ministerio Público ante situaciones de violación a los derechos de éstos, ya sean de carácter administrativos o penales.

Cabe señalar que el consejo Tutelar como órgano no jurisdiccional no puede actuar en los casos de infracciones a la ley cometidas por adolescente de entre 12 y 18 años de edad, a los que deberá derivar a la autoridad judicial competente, garantizando el respeto de sus derechos y garantías. Sin embargo en los casos de infracciones realizados por niños(s) de hasta doce años de edad, el Consejo está facultado para derivarlo a la medida que considere más adecuada, tales como un programa socioeducativo o de acompañamiento familiar.

Los Consejos Tutelares se han diseñado como respuestas comunitarias de resolución de los conflictos que se producen en la propia comunidad. Sin embargo, han encontrado grandes obstáculos en su funcionamiento, lo cual es parte del necesario debate que debe darse en la región después de una década de búsqueda de formas de implementación de la Convención Sobre Derechos del Niño.

### **5.3. Perú: Defensorías del Niño y del Adolescente**

El Código del Niño y del Adolescente del Perú en su artículo 45 establece que “La Defensoría del Niño y del Adolescente es un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales y en las instituciones públicas y privadas cuya finalidad es resguardar los derechos que la legislación les reconoce”.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Artículo 45, Código de los Niños y Adolescentes. Decreto – ley 26.102, diciembre de 1993, Perú.

Las funciones definidas para las Defensorías son<sup>31</sup> :

- Conocer la situación de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones públicas o privadas.
- Intervenir cuando se encuentren en conflicto sus derechos para hacer prevalecer su interés superior.
- Promover el fortalecimiento de los lazos familiares, para lo cual podrá efectuar conciliaciones entre cónyuges, padres y familiares, fijando normas de comportamiento, alimentos y colocación familiar provisional siempre que no existan procesos judiciales en esta materia.
- Promover el reconocimiento voluntario de filiaciones.
- Orientar programas de atención en beneficio de los niños y adolescentes que trabajan.
- Brindar orientación multidisciplinaria a la familia para prevenir situaciones críticas.
- Impulsar las acciones administrativas de los niños y adolescentes institucionalizados.
- Presentar denuncias ante autoridades competentes por faltas y delitos en agravio de los niños y adolescentes e intervenir en su defensa.

Por otra parte, el Código establece que las Defensorías estarán conformadas por profesionales de diversas disciplinas y contarán con el apoyo de profesionales y egresados de las universidades y colegios profesionales.

El Código del Perú hace una definición amplia y flexible que ha generado diversas formas y modelos de defensorías. Sin embargo el más extendido es el de Defensorías Municipales (DEMUNA), aún cuando es posible encontrar valiosas experiencias de Defensorías Sociales de carácter comunitario.

Desde sus inicios estas defensorías han contado con el apoyo de la cooperación internacional en el proceso de diseño e implementación de diseño, como en la capacitación y apoyo a los equipos que trabajan en ellas. En la capacitación y apoyo han jugado un rol fundamental las organizaciones no gubernamentales de protección y defensa de los derechos del niño.

Las DEMUNA dependen administrativamente de los municipios y progresivamente se han ido instalando dentro de la institucionalidad del gobierno local.

<sup>31</sup> Ibid., Artículo 48.



El acceso al servicio proviene fundamentalmente de demanda espontánea y el proceso se inicia con el diagnóstico del problema en función de los derechos que están siendo amenazados o vulnerados.

La resolución de los problemas presentados, por lo general, se hace a través de sistemas de resolución alternativa de conflictos, y cuando es necesario se derivan a asistencia legal o psicosocial, ya sea en la propia defensoría o se recurre a organismos externos que conforman parte de la red comunitaria.

Algunas defensorías han centrado su acción en la atención del maltrato infantil, desarrollando interesantes modelos de abordaje de carácter psico-socio-jurídico con base comunitaria.

También, se han desarrollado defensorías sociales de carácter más comunitario. Estas son apoyadas por organizaciones no gubernamentales y quienes ejercen las funciones de promotores defensores son representantes de las organizaciones sociales de base, designados por su organización para esta tarea. La demanda que reciben es espontánea y básicamente se relacionan con conflictos intra familiares, pensiones de alimento, vistas, reinserción en el sistema escolar, registro de nacimiento y básicamente las acciones del defensor están centradas en el apoyo a la resolución alternativa de conflictos y a informar y apoyar el acceso a los servicios de políticas generales.

## 6. CONCLUSIONES Y DESAFÍOS

Durante la década de los '90, muchos países de la región han avanzado tanto en materia de cambios legislativos como de reformas institucionales. En todos ellos se reconoce la importancia de crear una entidad administrativa de protección de derechos de carácter local, a partir de ello es posible señalar algunos elementos que pueden aportar a la efectividad del funcionamiento de estas entidades:

1. La existencia de Consejos Municipales de Niñez y Adolescencia, presidido por el Alcalde y conformado por autoridades municipales y sectoriales del espacio local, que tengan como función principal articular el conjunto de servicios, programas y recursos existentes en la comuna, así como en la Región en la que se ubican. Asimismo que sean los responsables de la elaboración y actualización del diagnóstico sobre la situación de la infancia, como parte del diagnóstico comunal general y de dar cuenta una vez al año de los avances en materia de infancia y adolescencia a la comunidad.

La existencia y funcionamiento de estos consejos deberían ser condición para la implementación y puesta en marcha de la OPD en la comuna.

2. El contar con un diagnóstico comunal, actualizado, sobre la situación de la niñez y adolescencia, es fundamental para direccionar acciones y decidir

respecto de la utilización y destino de los recursos. Asimismo es el instrumento que permite medir el impacto de los planes, programas y servicios. El proceso de reforma institucional debe generar cambios concretos y reales en la situación social, económica, jurídica, cultural y políticas de los niños, niñas y adolescentes y por lo tanto es necesario contar con los instrumentos adecuados que permitan medir el grado y magnitud de los cambios producidos.

3. El definir el territorio local como el espacio estratégico para la protección de derechos, implica reconocer y considerar la diversidad social, cultural y geográfica como un elemento que permite potenciar el cumplimiento de los objetivos. Ello implica que el diseño del modelo OPD debe ser flexible, de forma tal que pueda aprovechar la totalidad de la diversidad local, así como dar respuesta efectiva a las situaciones particulares y distintas de cada territorio.
4. Profundizar el proceso de descentralización, de forma tal de los Municipios de administraciones locales, pasen a ser realmente gobiernos locales y puedan definir políticas locales integrales y pertinentes. Ello permitiría que las acciones se sustentaran en el tiempo y no dependieran de la voluntad particular e individual de la autoridad municipal, y estarían sometidas al control ciudadano.
5. Para que las OPD puedan cumplir efectivamente con su labor administrativa y avanzar en el proceso de desjudicialización, es necesario analizar y debatir en profundidad respecto al poder que debe tener la OPD a fin de cumplir efectivamente con sus objetivos. Este poder se refiere fundamentalmente a disponer de medidas de restitución y reparación de derechos y por lo tanto que las decisiones que tome la OPD en relación al comportamiento de los programas y servicios se cumplan de manera expedita y oportuna.
6. Por otra parte, el proceso de desinstitucionalización, requiere de una amplia y flexible gama de alternativas programáticas para brindar atención a los niños, niñas, adolescentes y sus familias, que den respuesta efectiva a las situaciones que éstas presentan y no que los niños(as) y las familias deban adecuarse a la oferta programática. Por otra parte, una vez que se inicia el proceso de instalar en la opinión pública el tema de la niñez y sus derechos y se comienzan a implementar acciones de sensibilización, naturalmente aumentarán las denuncias y se reclamará el acceso a servicios, por lo tanto la oferta programática debe dar respuesta a los problemas “emergentes” (que no son nuevos problemas, sino antiguos problemas que comienzan a develarse, abandonando el espacio de lo privado e ingresando al espacio de lo público). De acuerdo a ello es fundamental contar con una oferta programática amplia, diversa y flexible a la cual la OPD pueda derivar.

7. Aún cuando existen otros elementos a considerar, es necesario resaltar el tema de la activación y generación de mecanismos e instancias de participación comunitaria. La experiencia con grupos organizados de niños, niñas y adolescentes, así como con agentes comunitarios promotores de derechos, permiten avanzar sustantivamente en los procesos de cambio cultural. Proceso que puede agilizarse y profundizarse si se le asigna a la comunidad una función de control de las acciones realizadas por la autoridad pública, y ello implica dar cuenta de los avances realizados a todos los ciudadanos que viven en la comuna, a fin de que éstos puedan demandar de quienes ejercen el poder público por la vía de la representación, el cumplimiento de sus promesas y compromisos.

# EL DIFÍCIL CAMINO HACIA LA CONSTRUCCIÓN DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS<sup>1</sup>

Ana María Farías<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

En un contexto marcado por el retorno a la democracia, la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1990 se convirtió en un poderoso incentivo para el despliegue de justificadas expectativas hacia lo que se entendía como una urgente y necesaria reforma del sistema de atención a la infancia. Estimuló dicho proceso, la negativa evaluación del modelo de atención imperante y los deficientes resultados obtenidos hasta dicho momento. Cuestionado desde un plano teórico y práctico, las críticas a la institucionalidad vigente se volvieron todavía más notorias en vista a la situación de vulnerabilidad que afectaba a la infancia en Chile y en especial a la infancia pobre.

Mientras buena parte de los diagnósticos de la época coincidían en justificar la necesidad de emprender un proceso de reformulación de las instituciones e intervenciones hacia los niños, niñas y adolescentes, las ideas promovidas por un grupo de profesionales que he dado en llamar *reformistas pro-derechos*, comenzaron a gozar de amplia difusión. Partidarios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la denominada *Doctrina de la Protección Integral a la Infancia*, la propagación de sus planteamientos tensionó el marco político, institucional y legal hasta ese momento dominado por la así llamada *Doctrina de la Situación Irregular*. Desde un plano conceptual, la introducción de una concepción del niño como sujeto de derechos, implicaba un virtual cambio paradigmático que de aplicarse significaría una profunda renovación de la relación entre Estado, familia e infancia.

<sup>1</sup> El presente texto es una versión resumida de la investigación que constituyó mi tesis para la obtención de grado de magíster en sociología de la Universidad Católica en agosto de 2002. Véase: *El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos: Resistencias en los discursos y prácticas de los sistemas de atención a la infancia en Chile*, Tesis para optar al grado de Magíster en Sociología, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, agosto de 2002.

<sup>2</sup> Licenciada en historia y Magíster en sociología, se desempeña actualmente en la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros para la Infancia y Adolescencia, Ministerio de Planificación y Cooperación.

Pese al impulso inicial, el paso del tiempo ha permitido advertir las complejidades y dificultades asociadas a la aplicación de un nuevo modelo de atención a la infancia. Si bien, desde el punto de vista de los discursos en circulación es posible afirmar que las posiciones pro-derechos han influido en el conjunto de la retórica pública, su preponderancia es marginal si nos concentramos en las prácticas de muchas instituciones estatales y privadas dedicadas al cuidado de los niños, niñas y adolescentes. La resistencia al nuevo modelo es particularmente notoria si nos detenemos en el sistema de justicia de menores, constituido por la Ley de Menores, los Tribunales de Menores, el Servicio Nacional de Menores y las diversas instituciones privadas ejecutoras de los programas de atención.

En medio de un panorama marcado por una notoria discrepancia entre prácticas institucionales y mensajes públicos, he querido indagar respecto de las razones que explican la brecha entre el discurso y la práctica. En este sentido, entre las principales preguntas que la investigación se propuso explorar, se destacan: ¿Por qué ha sido tan difícil implementar un sistema pro-derechos si el consenso discursivo pareciera ser amplio? ¿Son las inercias propias de la *Doctrina de la Situación Irregular*, las responsables de impedir la implantación plena de un *Sistema de Protección Integral a la Infancia*?

La resolución de la segunda pregunta implicó necesariamente una revisión de los sistemas de atención en el tiempo y de los paradigmas que organizaron dichos sistemas. Aunque hasta el momento no ha sido mencionada, la lectura de la obra de Michel Foucault reforzó la pertinencia de mi elección por un enfoque retrospectivo, al tiempo que devino en marco teórico idóneo para el análisis.

Envuelto en una reflexión más amplia, Foucault nos sugiere que ciertas instituciones de tipo disciplinaria, surgen con la función de integrar al sujeto a la sociedad, adaptarlo y contenerlo dentro del orden social vigente. Los sistemas de atención a la infancia, especialmente aquellos de tipo internado, que podemos entender como lugares donde se escenifica un disciplinamiento continuo hacia niños cuya conducta se ha hecho merecedora de una pena o castigo, es parte específica de un arreglo mayor: el castigo, que en la sociedad moderna suele incluir un propósito normalizador y punitivo.

Además del impacto inicial de la lectura del filósofo francés como marco explicativo de la relación entre sistemas jurídicos y dispositivos disciplinarios, la revisión del discurso y de la praxis normalizadora hacia la infancia en Chile durante el siglo XX, reveló un proceso capaz de explicar las resistencias a los actuales postulados pro-derechos. Siguiendo las propuestas formuladas por Foucault, se evidenció en las prácticas disciplinarias, un complejo proceso de acumulación de información y conocimiento acerca del niño atendido. Las técnicas de observación, clasificación y evaluación individual condujeron a la creación de una categoría al interior del concepto de infancia, que determinó la construcción de un sujeto

específico de normalización. Es decir, en los procesos normalizadores de la infancia se ha venido evidenciando dos tipos de niños, aquellos que no requieren corrección y aquellos que sí la ameritan por su situación de irregularidad.

La diferenciación de la infancia en dos categorías, se contrapone a los planteamientos reformistas pro-derechos que proponen un único concepto: el niño como sujeto de derechos. Precisamente bajo este enfoque la totalidad de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, sin distinción alguna de carácter social, económico, racial, religioso, de género, o de cualquier otro tipo, son considerados como sujetos plenos de derechos.

Cabe preguntarse, entonces, si a pesar de la fuerza discursiva del proyecto pro-derechos, se acompaña éste de una coherente y efectiva conceptualización del niño como sujeto de derechos, o bien: ¿cuán vigente se encuentra al interior de las prácticas del sistema de justicia de menores la concepción del niño como sujeto de normalización?; y finalmente, ¿es posible pensar que la sobrevivencia de la categoría del niño como sujeto de normalización se ha transformado en un obstáculo para la aplicación del discurso pro-derechos?.

He buscado las respuestas a estas interrogantes en el análisis de los complejos discursivos y en su relación con las prácticas presentes en el sistema de justicia de menores durante el siglo XX. Algunas de las hipótesis que he considerado para explicar las dudas planteadas, dicen relación con la existencia de mecanismos a través de los cuales las prácticas de atención condicionan el éxito o fracaso de una reforma pro-derechos del sistema de atención a la infancia.

El método utilizado, cuya elección se deriva de mi condición de historiadora, considera la revisión de fuentes oficiales del sistema institucional y administrativo de la atención a la infancia del siglo XX. La extensa, valiosa y poco explorada documentación de los archivos ministeriales de Justicia, Salud e Interior, entrega elementos constitutivos de los discursos propuestos en las diferentes etapas de la construcción y consolidación de un sistema de justicia de menores, así como de los programas y proyectos de intervención que de este proceso se derivan.<sup>3</sup>

## **1. "LA CONSTRUCCIÓN DEL ENEMIGO": LOS ORÍGENES DE LOS SISTEMAS DE NORMALIZACIÓN HACIA LA INFANCIA**

“Piensen los Poderes Públicos y la Sociedad que cada niño desvalido será el hombre de mañana que junto con otros parias formarán un elemento pensante y de

<sup>3</sup> Es necesario agradecer la labor desarrollada por Ángela Vergara, quien recopiló parte importante del material documental utilizado, en el marco del curso *Seminario de Historia a la Infancia* que desarrollé el año 1997 en el Instituto de Historia de la Universidad Católica, Santiago.

acción que ayudará a socavar los cimientos en que descansa la paz y tranquilidad del país. Que levantará sus puños amenazantes, contra esta sociedad, que no hizo otra cosa que vendar sus heridas momentáneamente, para que ese cuerpo resistiera más tarde todas las miserias y las injusticias”.<sup>4</sup>

Abordaré el momento fundacional de un discurso, una práctica e inclusive de un sujeto, estructurados para el entendimiento y la atención del mundo infantil. Marco que ha determinado hasta nuestros días algunas de las características del funcionamiento y desarrollo de la justicia de menores y de los sistemas de atención a la infancia que le corresponden.

Se trata de un proceso complejo, iniciado por un grupo de reformadores ilustrados de finales del siglo XIX y principios del XX, a quienes he denominado como *los científicos de la infancia*, que emprendieron la tarea de reestructurar las prácticas tradicionales de atención a la infancia. Transcurso caracterizado por la fuerza de un discurso rupturista de carácter cientificista, moderno y disciplinador, en convivencia con la persistencia de prácticas punitivas y asistencialistas tradicionales.

### 1.1. En un principio el castigo y la compasión

Las primeras acciones de atención a la infancia en el país, se vincularon a las labores sociales realizadas por la Iglesia y las agrupaciones de carácter privado, quienes realizaron obras de caridad y beneficencia hacia los niños desde tiempos coloniales. Durante siglos el tipo de atención estuvo caracterizado por la presencia de instituciones que sostenían establecimientos con características de asilos, casas de depósitos, ollas infantiles, gotas de leche, entre otras formas de asistencialidad.

Estas instituciones limitaron su accionar a responder a las necesidades insatisfechas de los cuerpos carenciados de los niños a quienes asistían. La entrega de alimentación, techo y abrigo eran los objetivos que predominaban en el discurso piadoso, y la forma de llevarlos a cabo fue prioritariamente el asilo, la internación y el aislamiento. Lograron mantener por largo tiempo el liderazgo en cuanto a la atención prestada a la infancia y sus experiencias consolidaron un tipo de atención caracterizada por un fuerte tono paternalista y moralista.<sup>5</sup>

Por su parte, las autoridades estatales durante el siglo XIX, se limitaron a apoyar las labores desarrolladas por las instituciones privadas, asegurando la mantención de sus funciones a través de la entrega de subvenciones desde el

<sup>4</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1923, Vol. 3230, *Informe de Froilán González acerca de los reformatorios de menores de Brasil, Argentina y Chile*.

<sup>5</sup> Acerca del desarrollo de la asistencialidad pública y privada, véase Pilotti Francisco, *Crisis y perspectivas del sistema de bienestar infantil en América Latina en Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Polotti Francisco (coordinador), Instituto Interamericano del Niño (IIN), Montevideo, 1994.

Ministerio de Interior. La entrega de recursos no estuvo condicionada al acatamiento de directrices que significaran algún tipo de regulación u orientación hacia las acciones desarrolladas. El Estado aún no adquiría un interés o preocupación política específica hacia este sector de la población. La relación con las instituciones se restringía a resolver las continuas peticiones de aumento de las subvenciones o solicitudes de recursos para la constitución de nuevas sociedades benefactoras.

Sin embargo, frente a aquellos niños y adolescentes, que junto a la compasión de las almas benefactoras, requerían de un castigo por sus delitos, faltas o mala conducta, el Estado tempranamente construyó una respuesta a través de la fundación de casas correccionales a fines del siglo XIX y principios del XX.<sup>6</sup> En la creación de este tipo de instituciones penales se visualiza el incipiente interés público por construir una respuesta de mayor complejidad que el mero castigo y la compasión a la infancia.

No obstante, los proyectos correccionales tuvieron escasa cobertura e impacto, a pesar de la importancia que estos tuvieron en tanto constituían una estrategia conceptual y metodológica innovadora y diferente en la atención a la infancia. Las respuestas tradicionales de castigo y privación de libertad en las cárceles fueron las que predominaron en el escenario nacional hasta que se constituyó una política integral hacia la infancia a fines de los veinte.

Paralelo a los primeros pasos de la construcción de una incipiente política, se encuentra activado el proceso de construcción de un nuevo “sujeto de atención”. Este se constituyó a través de la agrupación de una serie de identidades infantiles en el concepto de “infancia desvalida”, sujeto que se identificó con aquellos niños que la sociedad visualizaba como “el peligro en ciernes”, estos eran: los expósitos, los vagos, los hijos de la miseria y los internos en las cárceles y en las escuelas correccionales.

### 1.1.1. La internación de los niños en las cárceles

Con anterioridad a la promulgación de una legislación especial de menores (1928) el Estado se reservó la organización y supervisión de una justicia penal hacia los niños, con una acción que se limitó a la aplicación de penas que aseguraran el orden social y familiar, favoreciendo en exceso la autoridad paterna.

Los niños que cometían delito o falta eran juzgados de acuerdo a las normas del Código Penal y Civil. En materia de responsabilidad se establecía la exención de responsabilidad de los menores de diez años, y la del mayor de diez y menor de dieciséis, a no ser que constara que había actuado con discernimiento. Además se

<sup>6</sup> La primera escuela correccional del país fue la Escuela Correccional de Niños de Santiago de 1896; luego se construyeron la escuela Correccional de Niños de Valparaíso en 1902 y otra de similar nombre en Concepción en 1906. La Escuela Correccional de Niñas de Santiago a cargo de las monjas del Buen Pastor data de 1899.



otorgaba una pena atenuada con relación a los adultos, tanto para el niño que había sido declarado con discernimiento, como para el mayor de dieciséis y menor de dieciocho.<sup>7</sup>

Junto a ello, la legislación civil entregaba a los padres la facultad para corregir y castigar moderadamente a sus hijos, e incluso imponerles la pena de arresto hasta por un mes. Bastaba la demanda del padre para que el juez dictara orden de arresto, pena que se cumplía en algún recinto penal, cárcel o correccional.<sup>8</sup>

Las cárceles eran el lugar donde se mantenía a la gran mayoría de los niños sentenciados por los juzgados civiles y del crimen. Estos recintos no permitían la separación de los menores de edad de la población penal adulta y se caracterizaron por su precaria infraestructura y malas condiciones higiénicas, de seguridad y aislamiento.<sup>9</sup>

Hasta la Ley de Menores de 1928, la pena de privación de libertad de los niños, no se ejerció como aplicación de un sistema corrector o disciplinador, el objetivo del encierro fue privar al individuo de una libertad considerada como un derecho y un bien. Siguiendo a Foucault, el cuerpo del niño según esta penalidad, quedaba “prendido en un sistema de coacción y de privación, de obligaciones y de prohibiciones”.<sup>10</sup> El objetivo no era su reforma o rehabilitación sino que el simple castigo a través de la suspensión de los escasos derechos que poseía.

La permanencia de los niños en las cárceles se mantuvo de manera simultánea a la creación de las escuelas correccionales, constituyendo una característica estructural del sistema penal chileno de difícil erradicación. Los permanentes llamados a la prohibición del ingreso a las cárceles de los menores de dieciocho años y la solicitud de internamiento en correccionales, producto de la influencia de los revolucionarios sistemas de atención y las legislaciones cada vez más “proteccionistas” provenientes del extranjero, no coincidieron con la realidad de violencia y abuso que experimentaban los niños en las cárceles del país.<sup>11</sup>

El encierro carcelario de los niños supuso, de acuerdo a los permanentes informes registrados en las visitas de cárceles, un suplemento punitivo de

<sup>7</sup> Cillero Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile en Infancia en riesgo*, ob. cit., pg. 88.

<sup>8</sup> Código Civil Artículo N° 233.

<sup>9</sup> Acerca del las condiciones de las cárceles en Chile, véase León Marco Antonio, *Sistema carcelario en Chile. Visiones, realidades y proyectos (1816-1916)*, Ediciones Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, serie Fuentes para la historia de la República, Volumen VIII, Santiago, 1996.

<sup>10</sup> Foucault Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Editorial Siglo XXI, 1996, pg. 18.

<sup>11</sup> Entre cientos, un ejemplo de esta situación es el reclamo del director de la cárcel de Valparaíso al Ministro de Justicia en 1901, aludiendo a que en el establecimiento “debido a la mala distribución que se hace de los reos, pues, en un mismo patio se encierran junto con criminales avezados, reos menores de dieciocho años, con los cuales aquellos cometen inmoralidades sin nombre”. Archivo Ministerio de Justicia 1901, Vol. 1476, 14/11/1901.

sufrimiento corporal, expresado no solamente en el encierro sino que en las condiciones de vida de los niños. Las permanentes quejas de abuso sexual por parte de gendarmes y reos adultos, los padecimientos de enfermedades producto de las malas condiciones materiales de los recintos, el hacinamiento, el hambre y el frío materializaron el concepto de castigo detrás de estas acciones.

## 1.2. Los fundamentos del disciplinamiento a los niños abandonados, vagos y delincuentes: del castigo a la protección

El sistema tradicional de atención a la infancia basado en la asistencialidad y en el castigo a cargo de manos piadosas y de la fuerza de los gendarmes, fue fuertemente criticado por un nuevo tipo de filántropos modernos y profesionales, admiradores del desarrollo científico de los países “avanzados” e influenciados por las reformas europeas y norteamericanas registradas en el área de la infancia a finales del siglo XIX.

La beneficencia, reclamaban los nuevos “científicos de la infancia”, recogía en su seno no sólo a aquellos niños huérfanos y vagabundos sino que también a aquellos “viciosos y delincuentes avezados”, sin contar para ello con modelos de tratamiento, orientación ni objetivos concretos de corrección de las personalidades. A su vez, acusaban al sistema de justicia, por no contar con los medios suficientes para atender a los niños confiándolos muchas veces a casas correccionales particulares, “no siempre interesadas en la corrección de estos”.<sup>12</sup>

La crítica se encaminaba a sustraer a los niños y adolescentes de los clásicos procesos judiciales dispuestos por el derecho civil y penal y emprender la creación de un sistema jurídico especial para aquella infancia desvalida y delincuente. De acuerdo al análisis de Anthony Platt sobre el movimiento de “Los Salvadores del Niño” de Estados Unidos, estos crearon un tribunal especial para imponer sanciones a la independencia prematura y al comportamiento impropio de los menores de edad. Si bien sus posturas fueron paternalistas y románticas, se sustentaron en el uso de la fuerza, promovieron programas correccionales que requerían de largos períodos de encierro, jornadas de trabajo intensas y una disciplina militar, así como la inculcación de valores de clase media y destrezas de clase baja.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> Espejo Chacón Toribio, *Reformatorios de niños*, Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en la facultad de leyes y ciencias políticas, Universidad de Chile, 1918, pg. 6.

<sup>2</sup> La ideología de los reformadores norteamericanos denominados “Los salvadores del niño”, era de acuerdo al estudio de Platt una amalgama de convicciones y aspiraciones: de la profesión médica tomaban la imagería de patología, infección, inmunización y tratamiento; de los principios del darwinismo social hacían derivar sus pesimistas opiniones sobre la pertinencia de la humana condición y los defectos morales innatos de la clase baja; finalmente pueden atribuírseles la tradición positivista de la criminología europea y los sentimientos antiurbanos asociados con la ética rural protestante. Platt Anthony, *Los “Salvadores del Niño” o la Invención de la Delincuencia*, Editorial Siglo XXI, 1997, pgs. 44 y 187.

Las principales idea-fuerza que se importaron e incorporaron al discurso reformador nacional eran la corrección y reforma del niño. Esta se realizaría a través de la aceptación del modelo médico, el ideal de la rehabilitación y el consecuente desarrollo del profesionalismo para el éxito de esta labor.

El movimiento incorporó de la influencia europea, el modelo de reformatorio como sistema especial de disciplina bajo reclusión para niños y adolescentes, caracterizado por la sentencia indeterminada en el tiempo, el sistema de calificaciones y la persuasión organizada en lugar de la restricción coercitiva tan conocida de las prisiones chilenas.

Junto a ello, los coordinadores de las incipientes políticas hacia la infancia, incluyeron como objetivo a lograr, el ideal de la protección a la infancia y el disciplinamiento como metodología para su logro. Los científicos de la infancia fueron agentes de cambio, que construyeron las bases teóricas de las posteriores reformas. Se trató de una generación de abogados, médicos y psicólogos que desarrolló y divulgó las nuevas teorías sobre los niños abandonados y delinquentes, formada fundamentalmente en el exterior y en los congresos internacionales acerca de la materia. Sus ideas eran producto de la observación y de las visitas a establecimientos similares en otros países; manteniéndose al corriente de las principales reformas introducidas en el ámbito.

Para cumplir con los principios de la “ciencia del niño” proponían una transformación profunda del sistema judicial, y la fundación de un novedoso sistema jurídico para menores, basado en establecimientos destinados a “la reforma y corrección de esos niños moralmente abandonados, en los cuales se corrijan, más que con los castigos corporales, con buenas lecciones y con una vida higiénica y saludable, esos defectos de herencia”.<sup>14</sup> La implantación implicaba el cambio de los ideales del castigo por los de la protección.

De la misma forma como los reformadores penales en Francia e Italia y posteriormente “los salvadores de los niños” de Estados Unidos, subrayaron la eficacia de formas nuevas e indirectas de control social como medida de defensa de la sociedad frente a una posible revolución social o contra actos individuales, nuestros reformadores locales identificaron al niño con la figura del delincuente en ciernes, futura fuente de peligrosidad e inestabilidad del orden establecido y por tanto sujeto de acciones disciplinarias de corrección y normalización.

El sujeto que se constituye en beneficiario de la nueva ciencia del niño, - aquel niño observado, medido, diagnosticado y expuesto en los discursos sobre la infancia desvalida- se le identificó con el hijo de aquella masa humana que vivía en la barbarie y en la pobreza, amenaza histórica y permanente de la sociedad ilustrada.

<sup>14</sup> Espejo Chacón Toribio, ob. cit., pg. 3.

Durante las primeras décadas del siglo XX, los estudios acerca de la infancia, centraron su atención en las clases populares. El diagnóstico establecía que estos sectores se constituían de hogares irregulares donde se incubaban los futuros delincuentes. La concepción negativa acerca de aquella población justificó la demanda de una acción “protectora” hacia los niños que tenían el infortunio de nacer en su seno. La “tara hereditaria” que constituía la miseria, el alcoholismo y la debilidad física constitutiva, era considerada el terreno propicio donde se cultivaban las enfermedades sociales de la época, entre ellas la delincuencia infantil.

El determinismo social se transforma en un continuo fatal. La familia pobre considerada inhabilitada para el cuidado de sus hijos, es el inicio de una cadena que comienza en la vagancia y termina en la delincuencia. En palabras de los profesionales de la época, el futuro de la infancia desvalida podía definirse de acuerdo a las condiciones de pobreza, en un devenir desgraciado “... hasta que el frío, la miseria, el alcoholismo y la tuberculosis, concluyen con ellos en las salas tristes de un hospital o en el lóbrego calabozo de una cárcel”.<sup>15</sup>

La preocupación se centró en los sectores populares urbanos, donde la precariedad de las viviendas expulsaba a los niños a las calles, -espacio privilegiado donde situar el peligro y la amenaza- lugar en que “se desarrollan sin vigilancia ni control familiar”. Estos espacios eran considerados focos de ilegalidad, guaridas de delincuentes y sinónimo de peligrosidad, siendo necesario sacar a los niños de ese entorno para lograr transformar sus comportamientos y disciplinar a las nuevas generaciones.

La modernidad ya no culpará al niño de sus defectos, faltas o delitos. La mirada reprobatoria se centrará en la “falta absoluta de instrucción y educación moral de las clases inferiores que pierden al niño y lo lanzan al camino del extravío del mal”.<sup>16</sup> Se proclamó la necesidad de cambiar el castigo por el ejercicio de funciones tutelares paternas, las que se ejercerán a través de la internación en las correccionales, o aun mejor, en los nuevos reformatorios modernos, construyéndose una razón y justificación para la separación del niño de su familia y su internación en instituciones disciplinadoras.<sup>17</sup>

El proceso de constitución de un sujeto que se transforma en enemigo y amenaza, fue ampliando sus categorías hacia aquellos niños denominados vagos,

<sup>15</sup> De Arenaza Carlos, *Menores Delincuentes. Clasificación y estudio médico-psicológico*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1923, pg. 6.

<sup>16</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1910, Vol. 2159, *Oficio de Joaquín Lavín Urrutia, Director de la Escuela Correccional de Santiago al Ministro de Justicia*.

<sup>17</sup> Un ejemplo de lo anterior es que la mayoría de la población de niños y adolescentes internos en la Escuela Correccional de Santiago no presentaba ocupación u oficio, y sólo un pequeño número se encontraba estudiando; el resto lo constituían obreros a jornal, vendedores ambulantes, gañanes, vagos, domésticos, entre otros. Archivo Ministerio de Justicia, 1911, Vol. 2266, *Memoria de la Escuela Correccional de Niños de Santiago 1910*.

viciosos y abandonados. Los que de acuerdo a los conocimientos de los profesionales de la infancia eran “menores que en Inglaterra se denominan los árabes de las calles y que constituyen para la sociedad un elemento por demás peligroso”.<sup>18</sup> Se inició, en nuestro país, una campaña de mayor represión y disciplinamiento, que incluyó junto a los delincuentes infantiles, a aquellos niños que no habían cometido delito o falta y cuyos padres no habían solicitado su castigo.

### 1.2.1. La propuesta: protección, educación, y trabajo

Los ideales de moralización, como forma de control sobre los sectores bárbaros, formaron parte del nuevo conocimiento y de las metodologías a incorporar en el tratamiento correctivo de los niños. Se requería enseñar las reglas de lo legal e ilegal, el respeto a las jerarquías sociales y a las autoridades. El nuevo saber permitiría transformar al pobre, al anormal, al delincuente y al indeseable, en padres y madres de familia, trabajadores honrados y ciudadanos cristianos que se sumarían a la tarea del progreso y la modernización del país.

El discurso establecía que a los hijos de los sectores populares se les debía entregar los conocimientos básicos para transformarse en trabajadores calificados. Por ello, no es de extrañar que las propuestas reformadoras en materia de protección a la infancia marcharan paralelas y coherentes con los postulados de la instrucción primaria obligatoria en el país.<sup>19</sup>

Las proyecciones laborales para los niños estuvieron presentes tempranamente en los precarios y escasos sistemas de atención a la infancia delincuente que funcionaban a principios de siglo. Respecto de la instrucción de los internos en la Escuela Correccional de Santiago, se declaraba que “la enseñanza de oficios es completamente manual y práctica. Como el objeto principal de este establecimiento, en lo que se relaciona con la instrucción de los menores corrijendos(sic), es formar obreros que puedan ganarse honradamente su vida, sustrayéndolos de la vagancia y ociosidad en que han vivido, he sido decidido partidario de que la enseñanza de oficios sea absolutamente manual”.<sup>20</sup>

Independiente de las características de la institución -fuera esta pública o privada, de beneficencia, correccional o penal- el objetivo que comienza a guiar la internación y las acciones de enseñanza e instrucción de los niños en los primeros

<sup>18</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1910, Vol. 2159, *Oficio de Joaquín Lavín Urrutia, Director de la Escuela Correccional de Santiago al Ministro de Justicia.*

<sup>19</sup> Sobre el proceso y discusiones que dieron pie a la Ley de Instrucción primaria, véase, Illanes Angélica, *Ausente, señorita. El niño chileno, la escuela para pobres y el auxilio, Chile 1890-1990*, Ediciones JUNAEB, 1991.

<sup>20</sup> Archivo Ministerio de Justicia, *Memoria de la Escuela Correccional de Niños de Santiago de 1910*, ob. cit.

años del siglo XX, es la normalización de la futura clase trabajadora a través de los objetivos de la regeneración y protección a la infancia desvalida. Junto a ellos los infractores de ley pasaron a constituirse en sujeto de las incipientes políticas de disciplinamiento a través de la Ley de Protección a la Infancia de 1912, primer instrumento jurídico hacia la infancia, que estipuló, entre otras disposiciones, la internación de los niños en las cárceles y escuelas correccionales como castigo a la vagancia y la ociosidad.

Los principios de protección expresados en la Ley de 1912, no lograron asentarse en la práctica. Los continuos reclamos de las autoridades policiales, judiciales y de los encargados de establecimientos correccionales, dieron cuenta de la falta de recursos y disposiciones que permitieran su real aplicación. No se construyeron nuevos establecimientos donde implementar los ideales planteados, y en la práctica, la reciente bautizada Escuela de la Reforma, fue el único establecimiento que incorporó parcialmente las nuevas ideas y metodologías, mientras que las instituciones de beneficencia tradicionales no variaron mayormente su funcionamiento.<sup>21</sup>

### **1.3. Las bases de un discurso normalizador de la infancia**

El anhelo de los científicos de la infancia era la concreción del proyecto normalizador a través de su transformación en una política de Estado hacia la infancia. La creación de Tribunales de Menores, de instituciones reformadoras, y la dictación de leyes de menores en diferentes países de América Latina en la década de los veinte les alentaba. Un nuevo sistema permitiría normar el tratamiento de los niños que se habían constituido en una amenaza al orden social y que incluso podrían poner en riesgo la modernización del país.

La Escuela de la Reforma, era la única institución donde se había logrado llevar a la práctica algunas de las ideas propuestas, y a pesar de los avances que había logrado en la materia, se trataba solo de un establecimiento de precaria infraestructura, escasos recursos e insuficiente cobertura para enfrentar al nuevo enemigo en ciernes. Por otra parte, las tradicionales instituciones de beneficencia, no constituían una respuesta adecuada de acuerdo a los nuevos códigos del discurso moderno y científico.

La crítica de los reformadores, finalmente incluyó a todo el sistema de atención a la infancia, reprochaban tanto la escasa participación pública así como también la gran cantidad de establecimientos de internación en manos de la filantropía

<sup>21</sup> La Escuela Correccional de Niños pasó a llamarse Escuela de la Reforma en 1913 en concordancia con los nuevos planteamientos plasmados en la Ley de Protección a la infancia de 1912.

privada o eclesiástica. Estas últimas eran concebidas en esta nueva visión como “el gran depósito que provee de carne humana a las prisiones y los prostíbulos de nuestro país”.<sup>22</sup>

El enemigo, acusaban, no sólo lo constituía aquel niño que demostraba una actitud de enfrentamiento a las normas de la sociedad a través de la vagancia, o la delincuencia, sino que también aquél que había crecido al amparo de las instituciones de beneficencia y que luego debía incorporarse a la sociedad sin las herramientas necesarias para integrarse al trabajo y constituirse en un ciudadano útil. Las nuevas posiciones habían llegado a romper con la filantropía tradicional. Muestra del conflicto entre las posiciones, es la siguiente opinión: “la Casa de Huérfanos, es hoy la incubadora de aquellos elementos que vemos en todas partes gritando contra la sociedad, contra las leyes y contra todo orden establecido. Porque estos seres se dan cuenta de su situación, saben que son hijos de nadie, y que ese nadie es la sociedad que los arrojó al rincón donde se botan los desperdicios. De ahí nace en ellos ese espíritu de odio y de venganza sin importarles la vida ni la muerte, pues ellos saben que están muertos dentro del mundo de los vivos”.<sup>23</sup>

Uno de los primeros logros en el proceso de difundir los ideales de un sistema de normalización de la infancia hacia aquellos sectores más conservadores fue la creación del Consejo Superior de la Infancia. Su objetivo fue la coordinación de las instituciones de beneficencia privadas y eclesiásticas, a través de la vigilancia y fiscalización de los establecimientos de protección a la infancia que estas mantenían gracias a la subvención fiscal.

Paralelo a los procesos de coordinación de las acciones, se hizo sentir la necesidad de contar con una legislación especial para la infancia, que plasmara los principios y orientaciones para enfrentar la nueva problemática infantil. Entre otros aspectos, debía incorporar la abolición del sistema de responsabilidad y de castigo a plazo fijo para los niños, y su reemplazo por medidas de verdadera corrección de plazo indeterminado, que posibilitara el cambio moral del niño, adaptándolo como un ser útil a la sociedad, mediante una buena educación y una instrucción correccional conveniente.<sup>24</sup>

La legislación que se impulsó no debía procurar el castigo del niño sino su enmienda, apreciando ya no el delito cometido, ni la responsabilidad que tuviera en su ejecución, sino su carácter, su peligrosidad, su “temibilidad”, o siguiendo a Foucault, el “alma” de los acusados.<sup>25</sup> Los nuevos fundamentos implicaron una

<sup>22</sup> Archivo Ministerio de Justicia, *Informe de Froilán González*, ob. cit., pg. 94.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1921 Vol. 3047. *Memoria del Director de la Escuela de la Reforma de Santiago 1920*.

<sup>25</sup> Foucault Michel, *Vigilar y Castigar*, ob. cit., pg. 26.

transformación del sistema punitivo, se desacreditó el sistema represivo de los tribunales de justicia que castigaba con resultados contraproducentes, y se impulsó un sistema preventivo de protección al niño, con tribunales de justicia especiales para menores de edad.

El sistema proteccional propuesto, impulsaría el tratamiento de los niños en establecimientos de tipo reformativo bajo los siguientes principios: separación de los niños y adolescentes de la población penal adulta evitando malas influencias; el encierro de los menores de edad por su propio bien y protección; la anulación de los procesos legales en vista a que el reformativo tenía como misión reformar y no castigar; sentencias indeterminadas; combate al ocio a través de gimnasia y ejercicios militares; vigilancia constante; y un programa de reforma de la conducta basado en el trabajo y la educación.

La operacionalización de estos principios, requería la decisión pública de aumentar las plazas de internación a través de la creación de nuevos establecimientos. Se planificaba que el nuevo sistema debía crear colonias agrícolas en provincia para los penados; escuelas de preservación para los menores abandonados en peligro moral y los huérfanos; escuelas de reforma para los castigados por padres, tutores o guardadores; escuelas asilo de menores para los epilépticos, sordos-mudos, con signos de “alienados e idiotas”, e institutos de regeneración de menores para los que sufran alguna condena por el Código Penal.<sup>26</sup> Lo que implicaba eliminar la estadía de los niños en las cárceles de adultos, y obtener la indeterminación de las penas para los menores de 18 años, con el objetivo de mantenerlos en los reformatorios el tiempo necesario para su reeducación.

La receta proclamada desde algunas posturas más drásticas, era la internación permanente de los niños, en lo posible hasta los 16 años. Estas posturas se mostraban favorables a construir un camino continuo que se iniciaría en los orfanatos, pasando por establecimientos del Estado que aseguraran educación y normalización, finalizando en escuelas técnicas profesionales.

La internación propuesta en el siglo XX, no se asemejaba al asilo conocido en las décadas anteriores en el funcionamiento de las instituciones de beneficencia.<sup>27</sup> Se trataba de reemplazar este sistema por un tipo de internación de fundamento científico, basado en proyectos y programas de acción coherente con las finalidades

<sup>26</sup> Archivo Ministerio de Justicia, *Informe de Froilán González*, ob. cit., pg. 97.

<sup>27</sup> La crítica a la internación en las instituciones tradicionales se fundamentaba en el fracaso de los ideales de reeducación de los niños. El siguiente testimonio es representativo de esta opinión: “Hágase una estadística de la procedencia de los menores delincuentes y se verá que la mayor parte de estos han pasado su primera edad, hasta los doce años, en el Asilo de la Protectora de la Infancia y otros en la Casa de Huérfanos.” Archivo Ministerio de Justicia, *Informe de Froilán González*, ob. cit., pg. 6.



de corrección y normalización. Además debía ampliarse el tramo de edad para permitir la internación de los adolescentes mayores de 12 años.<sup>28</sup>

Se trataba de instaurar un proceso de internación de niños y adolescentes, concebido como un derecho para la defensa de la sociedad. En palabras de los reformadores, se trataba de sistemas para “defenderse de los probables ataques de todos aquellos que por su constitución física o psíquica irregular impliquen un peligro, más o menos cercano, (...) hayan o no cometido delitos de poca o mucha monta”.<sup>29</sup>

### 1.3.1. La introducción de métodos de observación, clasificación y estudios psicológicos-antropométricos

Al llamado de los científicos de la infancia de los años veinte a favor de una legislación de menores, le acompañó un discurso de carácter científicista. La creación de tribunales de menores debía estar acompañada de la asesoría de especialistas en psiquiatría, psicología e higiene ambiental, los cuales trabajarían conjuntamente con los gabinetes experimentales de los recintos reformatorios.

La nueva ciencia penal infantil estipulaba la observación y el diagnóstico como elementos indispensables para el estudio integral del sujeto a normalizar. El examen, tanto de los aspectos físicos y psíquicos del sujeto, como de las relaciones con el ambiente externo y familiar, sería indispensable para individualizar el tratamiento, y particularizar la intervención.

Las nuevas metodologías designadas como pedagógicas -en contraposición a las carcelarias- requerían la transformación de los recintos de internación en centros de estudios científicos con trascendencia social. La creación de la sección especial de observación y clasificación en conjunto con el “gabinete psicológico y antropométrico” de la Escuela de la Reforma, fue fruto de estos postulados. Su objetivo fue la observación de los niños detenidos, a partir del mismo momento de su detención. Interventían en este proceso un médico, un psicólogo y la visitadora social.<sup>30</sup> Una vez obtenido un mayor conocimiento sobre el niño se le derivaba a alguna sección del establecimiento, donde recibía cursos de instrucción y participaba de talleres técnicos manuales.

<sup>28</sup> La inclusión de los adolescentes que no habían cometido delito en las nuevas medidas protectoras se fundamentaba en la creencia de que la adolescencia es “la época en que es más necesaria su atención, época que en la vida y la personalidad moral del futuro ciudadano, y con él toda una generación que tiende a ser funesta si continúa en la forma imperfecta como hasta hoy se ha llevado.” *Ibid.*, pg. 7.

<sup>29</sup> De Arenaza Carlos, *ob. cit.*, pg. 6.

<sup>30</sup> El objetivo era conocer el estado “psicológico, taras hereditarias i ambiente en que se ha desarrollado” el niño y para ello se contrató personal dotado de cualidades de investigación, como el caso del doctor Muroa debido a la experiencia de su “labor investigativa y bacteriológica, a propósito de las influencias que ciertas infecciones focales dentarias tienen sobre la fisiología general de un individuo y que pueden determinar trastornos de índole psicológica.” Archivo Ministerio de Justicia, 1927, Vol. 3596, *Oficio 500*.

La propuesta de reestructuración y transformación del recinto correccional implicaba la adopción de una nueva identidad institucional, quedando en el pasado la similitud e identificación con los establecimientos penales de adultos. Los reformatorios de menores no debían mantener ni siquiera el aspecto de prisión o establecimiento penal, puesto que en ellos se realizaría una misión de corrección y de protección. Tales aspiraciones eran las reivindicaciones de las autoridades de la Escuela de la Reforma, su director planteaba: “y es de desear que el Supremo Gobierno auspicie una reforma radical de estos institutos, dándoles orientaciones científicas (...) ésta es Escuela para curar enfermos y no es prisión”.<sup>31</sup>

El nuevo poder de castigar que se estructuraba en el país, implicaba la incorporación de un nuevo saber y de técnicas experimentales de conocimiento bajo el reciente paradigma de la protección a la infancia. Paralelamente a este proceso, se daba forma al sujeto de estudio sobre el cual se aplicaría el saber, se asiste en este proceso a la fijación de una nueva categoría socio-penal, la del “menor en situación irregular”.<sup>32</sup>

## 2. LA CONFIGURACIÓN DEL NIÑO COMO SUJETO DE NORMALIZACIÓN

### 2.1. La institucionalización del poder normalizador

“En el orden penal, nuestra legislación es todavía más deficiente. Inspirada por un criterio netamente defensista alejado de todo principio de economía social y sin base verdaderamente científica, aplica al menor el mismo tratamiento que al adulto y se preocupa sólo de reprimir, de defenderse de ciertos elementos que en determinadas circunstancias podrían transformarse en factores de gran utilidad, mediante un tratamiento científico adecuado”.<sup>33</sup>

La crítica de los científicos de la infancia a las prácticas de castigo, caridad y asistencialismo que operaban en el país, fueron finalmente atendidas por las autoridades públicas. A finales de los años veinte, el proyecto de constitución de un sistema moderno de atención a la infancia, basado en los preceptos de la protección al “menor” a través de metodologías racionales y científicas, se estructuró en torno a una legislación y a una institucionalidad específica.

<sup>31</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1925 Vol. 3424. *Memoria de la Escuela de Reforma para Niños de 1924*, a cargo de su director Francisco Rodríguez.

<sup>32</sup> De acuerdo al estudio de la categoría del “menor” de Emilio García Méndez, el concepto tiene como puntos de referencia la ciencia psicológica y una estructura diferenciada de control penal. García Méndez Emilio, *Derecho de la infancia - adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Editorial Forum Pacis, Colombia, 1994, pg. 48.

<sup>33</sup> *Mensaje al Parlamento del Presidente Carlos Ibáñez del Campo*, en el acto de presentación del Proyecto de Ley de Protección de Menores, 1927, Archivo Ministerio de Justicia, 1928-1929, Vol. 3706, junio de 1927.

Desde las nuevas posiciones, vinculadas al Derecho penal moderno, se criticó a las antiguas prácticas sustentadas en la *Escuela Clásica*, por cuanto atendían esencialmente al delito como entidad abstracta, no diferenciando al niño como autor, salvo por la cantidad de la pena a cumplir. Se acusaba que la consecuencia de la implementación del proceso penal clásico, durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX, fue la constante permanencia de niños y adolescentes en establecimientos carcelarios en contacto permanente con los delincuentes adultos y la imposición de penas de corta duración.

En contraposición, el Derecho penal moderno viró su atención hacia la persona, dando cuenta de las diferencias entre los adultos y los niños. Según el jurista Samuel Gajardo -uno de los principales expositores de las nuevas ideas-, la “ideología moderna”, en una aplicación práctica de los postulados de la *Escuela Positiva*, considera al niño “de acuerdo con sus características psicológicas, y en consecuencia, lo sustrae del Derecho penal, sometiéndolo a medidas protectoras que tienen por objeto alejarlo del medio pernicioso que lo hizo delincuente y someterlo a procedimientos reeducativos en establecimientos adecuados o reformatorios, no de tipo carcelario, sino de educación, de trabajo y disciplina”.<sup>34</sup>

La transformación que se produjo en los procedimientos jurídicos referidos a la infancia, incorporó los planteamientos de las nuevas escuelas, lo que significó el traspaso de un funcionamiento del poder penal repartido por todo el espacio social (incluyendo en él a adultos, adolescentes y niños) hacia un funcionamiento especializado del “poder de castigar” hacia un sujeto específico e identificable, en este caso el menor de edad.

Las leyes de menores, promulgadas en 1928 y en 1968, han sido los instrumentos legales que han guiado, hasta ahora, las acciones destinadas a consolidar el nuevo sistema jurídico hacia la infancia.<sup>35</sup> Su aplicación ha requerido de la instalación de una compleja red de instrumentos e instituciones públicas para el cumplimiento de sus objetivos. En el tiempo que ha transcurrido desde su formulación, se han creado los Tribunales de Menores para la aplicación de un sistema de justicia especializado y diferenciado; las Casas de Menores para la observación, clasificación y derivación sobre la base de métodos científicos de experimentación; recintos penitenciarios para la rehabilitación de niños y adolescentes delincuentes, mecanismos de subvención estatal para las acciones de

<sup>34</sup> Gajardo Samuel, *Delincuencia infantil*, Dirección General de Prisiones, 1940, Santiago, pg.81.

<sup>35</sup> La Ley de Protección de Menores (Ley N°4.447) de 1928 entró en vigencia en 1929, fue reemplazada por la actual Ley de Menores de 1967 (Ley 16.618), sufriendo leves modificaciones, manteniendo el espíritu de la original bajo la continuación de su corriente doctrinaria de la denominada “doctrina de la protección de menores en situación irregular”.

los privados y la institucionalidad pública a cargo de la coordinación de las acciones.<sup>36</sup>

El nuevo dispositivo jurídico no continuó aplicando los mecanismos punitivos en función de un único efecto represivo, sino que incorporó una serie de efectos positivos tales como la rehabilitación, reeducación y el encauzamiento de las conductas de los niños que presenten alguna característica de irregularidad. De esta manera el castigo destinado a la infancia se constituye en una función social de mayor complejidad, la de normalización, bajo la responsabilidad y supervisión del Estado chileno.

Los objetivos planteados corresponden plenamente al anhelo de ampliar las funciones del castigo, estableciendo misiones maximalistas al complejo sistema de atención a la infancia. El primer reglamento para la aplicación de la Ley de Protección de Menores establecía claramente los propósitos de: “atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores abandonados, delincuentes, o en peligro moral o material (...) a fin de protegerlos eficazmente mediante medidas de previsión, reeducación o asistencia”.<sup>37</sup>

### 2.1.1. La unión del discurso médico y el judicial: las instancias de normalización del “niño en situación irregular”

El carácter protector-tutelar, al mismo tiempo que científicista y rehabilitador de los procedimientos destinados a los menores en situación irregular, determinaron una doble calificación del sistema judicial de infancia. El sistema implementado provocó el encuentro y la armonización del poder judicial y del saber médico-psicológico, dejando atrás las visiones parciales para el tratamiento del sujeto de atención. Se proclamó que se encontraba “superada la etapa parcial que reclamaba para el médico el problema del lactante, para el jurista los del orden judicial o jurídico; para el pedagogo los reeducacionales o educacionales sin ligazón y en trabajo disociado”.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> La primera institucionalidad de menores fue la Dirección General de Menores, organismo que tenía como misión coordinar la acción dispuesta en la Ley. Posteriormente, la institucionalidad ha tenido fuertes variaciones en cuanto a dependencia administrativa. Sin embargo los marcos conceptuales y metodológicos no se han modificado significativamente, debido a la mantención de la Ley de Menores como cuerpo legislativo que los rige. Los principales hitos han sido la creación de la Dirección de Protección a la Infancia y Adolescencia PROTINFA en 1952 del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social; el CONAME creado a partir de la Ley de Menores de 1968 y su seguidor a partir de 1981 el Servicio Nacional de Menores SENAME dependiente del Ministerio de Justicia.

<sup>37</sup> Artículo N°1, *Reglamento para la aplicación de la Ley de Protección de Menores*, Decreto N° 2.531, 24 de diciembre de 1928.

<sup>38</sup> Archivo Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, Oficios y Antecedentes, 1947, anexo a Oficio 281, 13 de febrero de 1947 de director subrogante de PROTINFA al Ministro.

El trabajo interdisciplinario se ejecuta preferentemente en lo relacionado a la resolución del discernimiento y la determinación de la aplicación de las “medidas de protección” para los niños y adolescentes. El juez de menores deberá tomar su decisión sobre la base de las observaciones realizadas en las Casas de Menores. Desde la promulgación del primer reglamento de la Ley de Menores se señaló que las resoluciones judiciales se realizarían fundándose en los “informes médicos” acerca de la salud y estado fisiológico del menor; el “informe psicológico” acerca del estado de su desarrollo intelectual y de sus condiciones psicológicas; el “informe de la visitadora social” acerca de “las condiciones de vida, económicas, higiénicas y sociales y las de sus padres o guardadores y sobre los antecedentes personales del menor y de su familia, de orden patológico o de delincuencia”.<sup>39</sup>

Una de las principales características del poder médico-judicial, será la obligación de que los niños o adolescentes, independiente de los motivos que determinen su comparecencia ante los tribunales de menores (de tipo proteccional, conductual o delictual), sean examinados por agentes científicos, como médicos, psicólogos o indagadores sociales, de tal modo que nunca lleguen frente al juez simplemente con su crimen o falta, sino que se haga una exposición completa y exhaustiva acerca de las características de su personalidad, familia e historia vital.

El juez de menores, que de acuerdo a la Ley de Menores debe acreditar conocimientos de psicología, se transformará en un médico-terapeuta, el cual sancionará, más que las infracciones, “la situación irregular” del menor, imponiendo una serie de medidas correctivas, rehabilitadoras, de readaptación y de reinserción social. Las funciones de la magistratura se habrán modificado y siguiendo a Foucault “el bajo oficio de castigar se convierte así en el hermoso oficio de curar”.<sup>40</sup>

Asimismo, a través de las observaciones y los diagnósticos médicos y psicológicos, opera la transformación de un médico-psicólogo que devendrá al mismo tiempo en juez. El examen bajo su responsabilidad profesional y criterio científico tiene el valor de demostración del discernimiento o de la carencia de este, al mismo tiempo que describe el carácter del niño o adolescente, identificando al sujeto con tendencias delictivas. Determina, a través de la supuesta neutralidad de sus observaciones médicas-psicológicas, el traspaso o no a la justicia penal de adultos del menor de edad. Así como también sugiere el tipo de intervención o sanción necesaria de aplicar, incidiendo con ello en el futuro legal del niño.

<sup>39</sup> *Reglamento para la aplicación*, ob. cit., art. 23.

<sup>40</sup> Foucault Michael, *Los anormales*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2001, pg. 35.

## 2.2. La transformación de un sujeto jurídico a objeto de una tecnología específica de corrección

Tras las aspiraciones de protección de un dispositivo público destinado a la sanción y readaptación de los niños y adolescentes, se puede descubrir un nuevo campo de interés y conocimiento en el ejercicio de la justicia de menores. Durante décadas se ha desarrollado un nuevo ejercicio de creación de conocimiento acerca del “*menor en situación irregular*” y la constitución de múltiples funciones y especialidades involucradas en el tratamiento de su normalización.

La implementación de metodologías y tecnologías de observación, clasificación y corrección, dispuestas en un sistema singular de justicia para el menor de edad transformó al niño de un sujeto jurídico poseedor de derechos incorporados a un sistema judicial penal amplio, a objeto de un saber y una tecnología específica de rehabilitación, reeducación, corrección y reinserción. Es decir, transmutó al niño en un sujeto de atención de los poderes de normalización.

Las tecnologías correctivas desarrollaron una función de mutación en el ejercicio del castigo a los menores de edad cuyo propósito no será la exclusión de la sociedad del individuo que cometió delito sino la aplicación de metodologías y técnicas positivas de intervención y transformación cuya misión final es la inclusión social del niño. Las grandes aspiraciones de los aparatos legales e institucionales que rigen el sistema de atención a la infancia se expresan hasta el día de hoy en términos de inclusión. Las misiones de inserción e integración social, guían las propuestas de intervenciones técnicas, el desarrollo de las investigaciones y las políticas sectoriales de infancia.<sup>41</sup>

La operacionalización de los objetivos descritos, se ha venido realizando a través de una red de programas de intervención adscritos a instituciones privadas y estatales, regidas y coordinadas por la institucionalidad pública en materia de infancia. Las instituciones a cargo, a través de sus prácticas programáticas han elaborado un sistema de asistencia y control basado en el registro, la observación y las técnicas disciplinarias, cuyo objetivo será la configuración de un individuo inserto e integrado socialmente. De esta manera la utilización de un dispositivo examinador y disciplinario buscará la transformación de la irregularidad en regularidad, y la configuración de “cuerpos dóciles”, adiestrados y obedientes.

<sup>41</sup> Un ejemplo de lo anterior es la declaración de la misión institucional del Servicio Nacional de Menores que plantea la inserción social de los niños y adolescentes. Véase información institucional en el sitio [www.sename.cl](http://www.sename.cl), 2002.

### 2.2.1. Los procedimientos: el registro y el examen

Las técnicas disciplinarias presentes en los sistemas de normalización a la infancia, utilizan instrumentos simples y comunes a las diversas modalidades de intervención proteccional y rehabilitadora de niños y adolescentes. La observación, la clasificación, la sanción correctiva y la inspección jerárquica, presentes en las diversas metodologías utilizadas en los programas públicos y privados, requieren de un procedimiento propio del poder normalizador: el examen.<sup>42</sup>

Con la incorporación del examen es posible trabajar a nivel de la individualidad de cada niño, y cada individuo se convierte en un “caso” particular a describir, explorar y estudiar. El examen -con su permanente aspiración de científicidad- sea este socioeconómico, médico, psicológico, psiquiátrico o de discernimiento, cumple la función de un instrumento de control del cuerpo y de la personalidad del niño o adolescente.

Desde la instauración del sistema de justicia de menores, se estipuló la necesidad imprescindible de observar y estudiar la situación biosocial de cada menor, como requisito previo a la decisión del tratamiento que habrá de preconizarse en cada caso. Habiéndose desplazado el interés desde el delito cometido por el niño hacia su personalidad, se estableció que “sólo los caracteres psicológicos, caracterológicos, médicos y sociales deben servir de base a una clasificación y separación de los menores en grupos diversos, y por ningún motivo el hecho, casi siempre circunstancial, de que el menor haya o no cometido algún delito”.<sup>43</sup>

El procedimiento del examen, que de acuerdo a la Ley de Menores debe realizarse en las Casas de Menores,<sup>44</sup> se incorporó tempranamente como práctica en todas las instituciones de atención de niños y adolescentes. Los informes, resultado técnico del examen realizado por los profesionales de las distintas disciplinas convocadas, coloca a la individualidad del niño en una vitrina de vigilancia, observación y evaluación permanente. La información de los

<sup>42</sup> Foucault plantea que en el siglo XIX se inventaron a partir de problemas jurídicos, judiciales y penales, nuevas formas de análisis que denomina *examen*. Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, México, 1986, pg. 18.

<sup>43</sup> Archivo Ministerio de Justicia, Oficios, 1935, Vol.12, *Oficio del Director General de Protección de Menores Hugo Lea Plaza al Ministro de Justicia*.

<sup>44</sup> En Santiago hubo en un inicio dos casas de menores: una de hombres y una de niñas. El primer año de existencia de la casa de menores de niños en 1929, ingresaron 4001 niños: 3552 ingresados por Carabineros por delitos, faltas o infracciones y 449 por abandono, peligro moral o a petición de sus padres o guardadores. La sección femenina de la Casa de Menores se instaló en 1930 en la Casa del Buen pastor y en su primer año ingresaron 573 niñas; 400 por delitos, infracciones o faltas y 173 por abandono, peligro moral o a petición de padres o guardadores. Véase *Organización y marcha de los servicios de la ley 4.447*, Archivo Ministerio de Justicia, 1930, Oficios, Vol.3907. Las Casas de Menores dispuestas en la legislación de menores tanto de 1928 como 1968, son los actualmente denominados Centros de Observación y Diagnósticos COD y los CTD Centros de Tránsito y Diagnósticos.

procedimientos realizados por los examinadores, se acompañan y plasman en un complejo sistema de registro que guiará las acciones hacia el sujeto de atención. Expedientes judiciales, informes técnicos, tests de inteligencia, diagnósticos de discernimiento, resultados de visitas domiciliarias, informes de escolaridad, extensas fichas de ingreso y egreso a los programas que se ordenan en un inconmensurable archivo, reflejan la vida del niño.

El extenso conocimiento adquirido acerca del sujeto permitirá clasificar, consolidar estándares estadísticos, establecer categorías, fijar normas y realizar los análisis propios de la consolidación de una nueva disciplina del saber. Durante el siglo XX, y a consecuencia de las prácticas jurídicas o judiciales para los menores de edad, se han estructurado nuevos modelos interpretación y con ello se han fijado peculiares estándares de verdad para la atención de la infancia.<sup>45</sup>

### 2.2.2 Los servicios anexos en la estructura jurídica de menores y la determinación de los niveles de irregularidad

En el mecanismo de constitución de un nuevo conocimiento, se fija la norma, estableciendo la diferencia entre lo normal y lo anormal, lo regular y lo irregular, lo permitido y lo que no lo es. Para la determinación y la aplicación de la norma, el sistema de justicia de menores, captará y requerirá de equipos profesionales provenientes de otras disciplinas involucradas en el conocimiento de la infancia.<sup>46</sup>

Las instancias auxiliares a los Tribunales de Menores se han multiplicado y especializado: psiquiatras, psicólogos, pedagogos, psicopedagogos, sociólogos, asistentes sociales, educadores, monitores y gendarmes, entre otros, acompañan a los jueces en el establecimiento del discernimiento y en la aplicación y ejecución de las penas y sanciones.

Los equipos interdisciplinarios anexos, constituyen una red compleja de vigilancia y corrección al interior del sistema judicial de menores, conformando una serie de poderes laterales al poder judicial. Las diferentes funciones a cumplir determinarán para algunos los deberes de vigilancia y para otros los de corrección, en lo que se define como el trabajo de “la ortopedia social”,<sup>47</sup> cuya misión final será la normalización de las conductas de los niños y adolescentes.

Lo primordial de las funciones desarrolladas por los equipos auxiliares, será la legitimación, -en la forma de conocimiento científico- de la ampliación del

<sup>45</sup> Sobre la creación de saber a partir de prácticas jurídicas véase Foucault Michel, *La verdad*, ob. cit.

<sup>46</sup> Sobre las vinculaciones entre el saber y la norma, véase Foucault Michel, *Los anormales*, ob. cit., pg. 100.

<sup>47</sup> Foucault Michel, *La Verdad*, ob. cit., pg. 98.



“poder de castigar” a otros aspectos ajenos a la infracción o falta cometida por el menor de edad. En síntesis, la función del tribunal y de los equipos que le acompañan será la transformación del menor de edad infractor de ley -responsable o no del delito imputado- en un sujeto que identificaremos como sujeto de normalización, que será el objeto de una tecnología específica de corrección.<sup>48</sup>

### 2.3. De infractor a sujeto de normalización

Las prácticas y los procedimientos del sistema de justicia de menores, han constituido a través de su ejercicio un sujeto de conocimiento específico, diferenciado del resto de la población infantil. El cual se identifica con el sujeto de una atención especializada por parte de los organismos adscritos a este poder jurídico.<sup>49</sup>

Los Tribunales de Menores, los equipos profesionales de apoyo y las instituciones disciplinarias involucradas, con todo el repertorio programático e instrumental que las acompañan, efectuaron una sustitución del sujeto a castigar. La justicia ordinaria que regía anteriormente a la creación del sistema de justicia de menores, se aplicaba sobre el niño o adolescente en relación directa a su infracción o delito. Los científicos de la infancia sustituyen al infractor por el sujeto de normalización, el cual según Foucault podemos identificar como el “delincuente”, que “se distingue del infractor por el hecho de que es menos su acto que su vida lo pertinente para caracterizarlo”.<sup>50</sup>

En la construcción del concepto del “*menor en Situación Irregular*” se ejecuta la transformación y se realiza la distinción al interior de la infancia, modificando el foco de atención de la justicia. Los primeros administradores del sistema señalaron claramente el proceso de sustitución, afirmando que: “en realidad el delito ocasional no representa sino un accidente, a veces banal, dentro del estado irregular del menor y en consecuencia lo que interesa estudiar son los caracteres de dicho estado irregular. Es pues el estudio bio-social del menor el que sólo debe determinar su clasificación”.<sup>51</sup>

Consecuentemente la definición de los menores en situación irregular, amplió la acción del sistema judicial a una extensa gama de individualidades que engloba en un solo sujeto a “aquellos que se encuentran moral o materialmente abandonados

<sup>48</sup> Foucault Michel, *Los anormales*, ob. cit., pg. 47.

<sup>49</sup> En cuanto a la constitución histórica de un sujeto de conocimiento a través de las prácticas sociales, especialmente de las prácticas jurídicas o judiciales, véase, Foucault Michel, *La verdad*, ob. cit., pg. 17.

<sup>50</sup> Foucault Michel, *Vigilar y Castigar*, ob. cit., pg. 255.

<sup>51</sup> Archivo Ministerio de Justicia, Providencias, 1935, Vol. 3, *Providencia del Director de la Dirección General de Menores Hugo Lea plaza al Ministro de Justicia*, mayo de 1935.

o en peligro de estarlo, aquellos cuya adaptación social sufiere alteraciones o aquellos que hubieren delinquido”.<sup>52</sup>

El interés por la persona del menor en *Situación Irregular*, se expresó en el desarrollo de estudios científicos de las conductas, anormalidades e irregularidades presentes en cada caso. Con los resultados de las investigaciones se esperaba encontrar las causas de la delincuencia infantil. Para ello, se indagó en los factores personales o “endógenos”, especialmente en la psicología infantil y en la personalidad biológica y social del niño. La constitución psíquica y las anomalías patológicas tales como la enfermedad de Little; formas de idiocia, epilepsia, hipotiroidismo; encefalitis; meningitis y sordomudez, se transformaron en características sospechosas de un sujeto delincuente o con personalidad predispuesta a constituirse como tal.<sup>53</sup> Así también, los factores “exógenos” o sociales no estuvieron exentos de sospecha.

En la práctica, décadas de aplicación de instrumentos y técnicas de normalización, a través de esquemas disciplinarios repetidos una y otra vez han elaborado un modelo, estereotipo e imagen del niño. La situación de irregularidad que se les asigna se ha identificado con aspectos de la peligrosidad social: la indigencia, la familia disgregada, el abandono, la vagancia, la falta de educación y más recientemente el consumo de alcohol y drogas son elementos constitutivos de un individuo peligroso, y por tanto “sujeto de normalización.”

### 2.3.1. La centralidad del individuo

En virtud de las situaciones de irregularidad que le caracterizan, los niños serán objetos de prácticas disciplinarias que lo identificarán con un sujeto estereotipado de acuerdo a las características del mundo del delito.

Los numerosos estudios y diagnósticos de la figura del delincuente infantil realizados durante los últimos años, hacen referencia a sus características psicosociales, estableciendo que éstas “los diferencia claramente del resto de los jóvenes (...) su historia vital está jalonada de episodios de socialización interrumpida, y se desarrolla en un contexto familiar carencial, deficitario e incluso patogénico, la explicación del comportamiento desadaptativo, por lo tanto, se descubre en gran medida en su propia biografía”.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> *Informe Bienal sobre bienestar de la comunidad, la familia y la infancia correspondiente a los años 1949-1950*, Archivo Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia social, 1952, Oficio, Vol.5 anexo al Of. 998.

<sup>53</sup> Gajardo Samuel, ob. cit., pgs. 87-104.

<sup>54</sup> Ministerio de Justicia, Servicio Nacional de Menores, *Estudio descriptivo de jóvenes encarcelados en Chile*, SENAME, s/fecha, pg. 74.

Los aspectos individuales que caracterizan al niño como sujeto de normalización son: el consumo habitual de alcohol y droga; el retraso y la deserción escolar; el trabajo en el sector informal en particular en el comercio ambulante; y la presencia de conductas disruptivas, tales como “faltar a clases, ingreso anterior a centros de la red de Sename (hogares, COD, entre otros), proyectos de vida poco claros e indefinidos o toma de decisiones impulsivas”.<sup>55</sup>

La insistente búsqueda de las causas de la delincuencia infantil, ha vinculado permanentemente las condiciones de pobreza y marginalidad social a su aparición, incluso de una forma aun más directa que en el caso de los delincuentes adultos.

La evidencia de que a las cárceles llegan casi exclusivamente jóvenes de sectores pobres, afirma la creencia de que las situaciones de pobreza favorecen “ciertas pautas culturales que se deben considerar en el análisis de las conductas desviadas”. Estas conductas que condicionan al delincuente infantil, son entre otras, “el autoritarismo en las relaciones intrafamiliares, los niveles de frustración frente al consumo de bienes, la búsqueda de estrategias de sobrevivencia distintas al trabajo formal etc”.<sup>56</sup>

Ante la pregunta de ¿quiénes son los infractores de ley?. Un documento del SENAME señala claramente: “Son adolescentes y jóvenes cuyas características sico-sociales son normalmente comunes: viven en barrios o sectores pobres (Conchalí, La Cisterna, La Granja, La Pintana). La deserción escolar es temprana. Los jóvenes infractores en un 82% desertan en 6° básico y a veces en cursos inferiores. Esto los lleva a iniciarse precozmente en la vida laboral, con el propósito de satisfacer necesidades básicas del hogar. En cuanto a la composición familiar ésta muchas veces es inestable, se carece de modelo “paterno”, la madre del adolescente infractor es soltera, o bien una convivencia pasajera. El ambiente que vive en el hogar es castigador, con carencia de estimulación o refuerzos positivos, situación que los hace abandonar la vida familiar a temprana edad”.<sup>57</sup>

## 2.4. La puesta en práctica del discurso normalizador: los proyectos disciplinarios

A partir de la instalación del sistema de justicia de menores, en 1928, las instituciones disciplinarias han intentado la aplicación de “lo penitenciario” definido por Foucault como: “el suplemento disciplinario en relación con lo jurídico”.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Al respecto ver estudio del SENAME, *Perfil del joven infractor de ley*, SENAME, Santiago de Chile, pgs .44-46.

<sup>56</sup> Ministerio de Justicia, Servicio Nacional de Menores, *Estudio descriptivo*, ob. cit., pg. 9.

<sup>57</sup> Ministerio de Justicia, SENAME, *Minuta informativa: Comunidad Tiempo Joven*, 28/05/1996

<sup>58</sup> Foucault Michel, *Vigilar y Castigar*, ob. cit., pg. 251.

Los proyectos que se han desarrollado hasta ahora, han pretendido establecer una práctica que va más allá del castigo penal tradicional, incorporando métodos y técnicas correctivas de la conducta de los niños y adolescentes, coherentes con el discurso normalizador y de inserción social de la legislación de menores.

La aplicación de las técnicas disciplinarias a los *menores en Situación Irregular*, han tenido como objetivo final, lo que Foucault denominó: “las máximas universales de la buena condición penitenciaria”.<sup>59</sup> Las cuales se expresan en los principios de: corrección; clasificación; de la modulación de penas<sup>60</sup>; del trabajo; de la educación; y el principio del control técnico y especializado.

Constituido el sistema de justicia de menores, la institución pública de mayor importancia para el tratamiento de los niños y adolescentes, fue el Politécnico Elemental Alcibíades Vicencio. Ubicado en San Bernardo, reemplazó a la antigua Escuela de la Reforma en 1929. Fue un establecimiento destinado a la “educación o reeducación de los menores varones” y sus actividades tuvieron como objetivo “formar o corregir, convenientemente, la personalidad moral de los menores”.<sup>61</sup> Se trató de un reformatorio de carácter industrial y agrícola, con un rígido sistema disciplinario.

El establecimiento contaba con casas-hogares las que se dividían por edades y “tendencias de los alumnos”, de acuerdo al principio de clasificación y con un sistema de control a través del pleno empleo del tiempo, utilizado en actividades deportivas, educacionales y talleres laborales, estableciéndose un incentivo especial para el trabajo a través de la retribución monetaria de acuerdo a la producción personal lograda. Asimismo, el reglamento disciplinario estableció un pequeño sistema penal interno, caracterizado por la regulación de visitas y correspondencia, y la implementación de un método complejo de asignación de premios y castigos.

La transformación que debía operarse al interior del establecimiento tendría como resultado la inserción social de los niños y adolescentes. Los informes de la época señalaban que: “los obreros que prepararía el politécnico serían verdaderamente obreros agrícolas, por su resistencia física, por su falta de pretensiones, por el ambiente en que se forman y por la preparación eminentemente práctica y manual que adquirirían”.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Ibid., pgs. 274 - 275.

<sup>60</sup> Consiste en que las penas pueden modificarse de acuerdo a la individualidad de cada caso y a los resultados que se obtienen. En estricto rigor para el caso de los niños y adolescentes no existe aplicación de pena por su calidad de inimputabilidad penal, sin embargo el principio es aplicable a las medidas y tratamiento de intervención a las que los jueces los condenan.

<sup>61</sup> *Reglamento para la aplicación de la Ley de Protección de Menores*, ob. cit., art.73.

<sup>62</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1934, Vol. 4, acerca de la compra de un fundo para el Politécnico Alcibíades Vicencio.

A pesar del discurso y de los objetivos maximalistas de la normalización, así como de la exhaustiva reglamentación disciplinaria que abarcaba todos los aspectos de la vida institucional, en la práctica el Politécnico significó una frustración para las motivaciones iniciales. Junto a las continuas denuncias de irregularidades administrativas y funcionarias, se reprochaba a las autoridades del establecimiento, la incapacidad de avanzar hacia objetivos trascendentes: “Dicho establecimiento, no sólo no ha llenado su función reeducadora durante la administración de varios directores sucesivos, que sistemáticamente han sido exonerados de sus cargos, sino que ha constituido un foco de irregularidades e inmoralidades”.<sup>63</sup>

Los instrumentos disciplinarios no fueron lo suficientemente efectivos para eliminar prácticas propias de la cultura carcelaria que manejaban los niños y adolescentes internos. La violación y el acoso sexual de los que llegaban por primera vez al politécnico por parte de los más antiguos; las insurrecciones y motines que pusieron en peligro la integridad física de niños, guardias, profesores y directivos; las continuas fugas; y la incapacidad de mantener una segregación efectiva entre los internos, mellaron la capacidad de corrección y transformación de la población infantil.

La práctica cedió en muchas ocasiones a la perseverancia de las antiguas costumbres y ejercicios carcelarios. Los observadores de la época manifestaban claramente la preocupación por la confusión verificada al interior del establecimiento. Según ellos, este se asemejaba más bien a un sistema carcelario que a un centro de educación, “vidrios rotos por centenares, servicios higiénicos destruidos completamente por los niños, daban una idea exacta del grado de violencia y descontrol moral que vivieron los alumnos, profesores e inspectores en la pasada revuelta de enero”.<sup>64</sup>

A lo anterior, se agregaban las crisis institucionales derivadas de los escasos recursos disponibles y de la sobrepoblación de internos, las que se agravaban con acusaciones de prácticas de homosexualidad por parte de los profesores y del director hacia los propios internos, quejas de malos tratos elevadas por los familiares, junto a mala administración de recursos, entre otras situaciones conflictivas.<sup>65</sup>

Paralelamente a la puesta en marcha del Politécnico, se instalaron otros establecimientos disciplinarios, y se propusieron cada cierto tiempo, novedosos

<sup>63</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1939, Vol. 7, Oficios, anexo al Of. 1217, 17 de mayo de 1939 de Ricardo Dávila Budge, Tte Coronel en retiro al Presidente de la República.

<sup>64</sup> Ministerio de Justicia, Prov s/vol, 1940, *Providencia del Director del Politécnico Alcibíades Vicencio al Director General de Protección de Menores*.

<sup>65</sup> Información acerca de los problemas al interior del Politécnico Alcibíades Vicencio en Archivo Ministerio de Justicia, 1937, Providencias, Vol. 6, 25 mayo 1937, también en 1932, Providencias, Vol. 4135, 27 de octubre de 1932.

proyectos para la atención y corrección de los menores, los cuales en la mayoría de los casos no llegaron a concretarse. Estos se dirigían específicamente hacia aquel niño que requería de normalización, “ni exactamente enfermo ni, propiamente hablando criminal”.<sup>66</sup>

Se sucedieron una serie de proyectos relacionados con la fundación de colonias infantiles cuyas propuestas eran destinadas a un sujeto único, el que aglutinaba diversas problemáticas y situaciones de irregularidad. El temprano proyecto presentado por el prefecto general de Carabineros de Aconcagua en 1919, establecía que “el análisis psicológico y antropológico del vago, del huérfano, del abandonado, del delincuente infantil” determinaba como mejor método para su tratamiento, a la colonia hogar que persigue la formación de obreros competentes.<sup>67</sup>

Los proyectos de colonias disciplinarias de tipo agrícola, industrial y marítimo, se repitieron durante décadas sin lograr su consolidación. Algunas de las propuestas más paradigmáticas, son las denominadas de tipo marítimo. Proponían la reclusión y aislamiento de los niños, en diferentes modalidades, las que podían ser: “a bordo de algún pontón de la armada nacional, en la cual estos menores sean sometidos a un régimen estricto de disciplina, tendiente a modificar hasta donde sea posible, sus hábitos inalterados al delito”,<sup>68</sup> o en variantes del mismo tipo, que pretendían la instalación de colonias pesqueras en lugares apartados del país tales como la costa de Calbuco o en islas de Chiloé.<sup>69</sup>

Los planteamientos de disciplina, vigilancia, control interno y externo, llevados al extremo, se expresaron en la singular propuesta de fundar un “pueblo nuevo” para delincuentes infantiles y sus familiares. Se solicitó a las autoridades, la adquisición de un valle fértil y productivo a orillas del mar, “a fin de levantar una población de tipo agrícola, pesquera, forestal, ganadera o industrial, para vida y trabajo exclusivo de todos los elementos desplazados de la sociedad y la emigración de Santiago y traslado voluntario de todos los niños y jóvenes, clasificados por la policía como vagos o delincuentes habituales, y que puedan llegar a convertirse en una nueva fuerza viva de la nación”.<sup>70</sup>

Múltiples iniciativas de este tipo se han repetido durante las últimas décadas. Fuerzas policiales, agrupaciones privadas y públicas, políticas institucionales, entre

<sup>66</sup> Foucault Michel, *Los anormales*, ob. cit., pg. 41.

<sup>67</sup> Archivo Ministerio de Justicia 1929, *Oficio Coronel Luis Jiménez Torrejón*.

<sup>68</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1929, Oficios, Vol.3789, Of. 1552, 8 de agosto de 1929 de Dirección General de Protección de Menores al Ministro de Justicia.

<sup>69</sup> Archivo Ministerio de Justicia, 1934 Oficios, Vol. 6, Of.707, 28 de febrero de 1934 de Ministro de Justicia al Ministro de Tierras y Colonización.

<sup>70</sup> Archivo Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, 1948, Oficios y Antecedentes, anexo a oficio 979, 2 agosto de 1948, de Polidoro Yáñez director de la Colonia Mapocho en Santiago al Presidente de la República.

otros, han emprendido la tarea de la normalización e inserción social insertos en el sistema de la protección del menor en *Situación Irregular*. Sin embargo, el desarrollo de las acciones ha demostrado un continuo de avances y retrocesos, donde la consolidación del discurso y de las técnicas de normalización se entrelazan con las prácticas tradicionales de asistencia y caridad, generando un sistema complejo y paradójico.

#### 2.4.1. En la práctica, la frustración

La Ley de Protección de Menores de 1928, propiciaba la creación de establecimientos adecuados para la internación y tratamiento de la población en situación irregular. Sin embargo en las décadas siguientes se constató la escasez de instituciones de corrección; los pocos establecimientos que se fundaron se situaron en las inmediaciones de las ciudades más importantes, y para el resto del país no existieron más que las cárceles.<sup>71</sup>

Dificultaba también la acción normalizadora la insuficiente cobertura de las Casas de Menores. Por ende, la aplicación de los métodos científicos de observación no se aplicaron a la totalidad de la población para la cual estaban destinados. Permanentemente los encargados de aplicar las políticas del tratamiento a la irregularidad, solicitaron al Gobierno asignar los recursos necesarios para la aplicación de procedimientos científicos adecuados. La demanda de creación de clínicas de conducta “para descubrir oportunamente la desadaptación social y establecer el tratamiento adecuado”<sup>72</sup> se ha repetido incesantemente hasta el presente.

Los establecimientos públicos mantuvieron un número insuficiente de plazas de atención. Por su parte, aquellas iniciativas privadas subvencionadas, también conservaron sus cupos ocupados y estuvieron destinadas principalmente a la asistencialidad de una población infantil de corta edad y baja peligrosidad, bajo un tipo de organización que de acuerdo a las autoridades “no permite recibir ni educar a menores vagos ni delincuentes”.<sup>73</sup>

Bajo este diagnóstico, la prohibición de recluir a los niños en las cárceles públicas y la disposición de que estos debían internarse sólo en reformatorios o

<sup>71</sup> En 1952, se habían creado los siguientes establecimientos dependientes del Estado. Para la población masculina: La Casa de Menores de Santiago y Casa de Menores de Valparaíso para acciones de observación; Politécnico Alcibádes Vicencio para menores delincuentes en San Bernardo; Colonia Hogar Carlos Van Buren en Villa Alemana y Colonia Hogar “Camilo Henríquez” en Santiago para menores en edad escolar. Para mujeres solamente la Escuela Hogar Gabriela Mistral en Limache. Archivo Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social: Oficios y Antecedentes, 1952, Vol. 5, Informe de la Dirección General de Menores, 15 julio de 1952.

<sup>72</sup> Archivo Ministerio de Salud Pública, 1962, Oficios, Vol. 1, Of. 28.

<sup>73</sup> Archivo Ministerio de Salubridad, Previsión y asistencia social, Antecedentes de Oficio Vol. 4, 20 abril de 1950 del Director de Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia al Ministro de Salubridad.

establecimientos debidamente autorizados por el Estado, se tradujo en la mantención y creación de secciones especiales de menores al interior de las cárceles. Sin embargo, el deficiente sistema carcelario, no permitió un tratamiento adecuado debido principalmente al reducido número de establecimientos penales y la deficiente infraestructura de los edificios, que determinó la imposibilidad de la separación entre los adultos y los niños.

Los objetivos maximalistas de normalización e inserción social, consolidados en la legislación de menores y en la institucionalidad pública establecida, se confundieron en un entramado que unió al discurso y herramientas de tipo correccional, la inercia de prácticas carcelarias y de asistencialidad. Asimismo, la exigua respuesta estatal para su real implementación atentó contra el cumplimiento de sus propósitos discursivos.

### **3. LA CONSTRUCCIÓN DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO**

“Queremos que en nuestro bicentenario como país, el año 2010, los niños y adolescentes: sean sujetos plenos de derechos, conscientes y activos también en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones; tengan sus derechos fundamentales garantizados por el Estado y por toda la sociedad, independientemente de su condición física, mental, económica, social o cultural”.<sup>74</sup>

#### **3.1. Los años ochenta: el auge de la privatización de la “protección de la infancia”**

A principios de la década de los ochenta, el sistema de protección a la infancia experimentó una importante reestructuración que se enmarcó en el proceso de privatización de las prestaciones sociales, realizadas por el gobierno militar. El Servicio Nacional de Menores fue el responsable de encabezar dicho proceso, a través de la ampliación y fortalecimiento de los sistemas de atención de carácter privado y la aplicación de un modelo de intervención que privilegió la institucionalización de los “niños y adolescentes en situación irregular”, en internados cuya función se definía como de protección y rehabilitación.

El aumento de la cobertura a través del fomento a la atención privada, desató un proceso que implicó un fuerte desarrollo de los centros de internación. La ampliación del sistema de subvenciones propició la creación de establecimientos cerrados, en desmedro de los sistemas de atención en medio abierto que mantenían subvenciones

<sup>74</sup> Gobierno de Chile, *Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la infancia y la adolescencia, 2001-2010*, Authievre impresores, Santiago de Chile, 2001, pg. 45.



de menor valor. A finales de la década de los 80', el 63 por ciento de los niños atendidos por el Servicio Nacional de Menores se encontraba en sistemas de atención de tipo internado. Asimismo, los tiempos de permanencia de los niños en los recintos cerrados se prolongaron: un 23 por ciento de los niños internos permanecieron en los establecimientos por 5 o más años y un 15 por ciento entre 2 y 5 años.<sup>75</sup>

Si bien, desde su creación, el sistema de protección de menores había recurrido sistemáticamente a la privación de libertad, el proceso privatizador profundizó las características de desprotección, como causales determinantes para que un importante número de niños y adolescentes fuese privado de libertad. La creación de una relación entre vulnerabilidad social y delincuencia, fue razón suficiente para justificar las largas permanencias de los niños en instituciones normalizadoras cerradas de tipo proteccional y rehabilitadoras. De esta manera el sistema de justicia de menores, ahondó en los procesos de estigmatización y judicialización de los sectores más vulnerables de la población.<sup>76</sup>

Las evaluaciones del sistema proteccional, realizadas por el SENAME a principios de los noventa, acerca del proceso privatizador establecía que: "Los objetivos propuestos no se cumplieron a cabalidad, ya que si bien se dio un considerable aumento en la cobertura y en los recursos económicos iniciales entregados al sector por parte del Estado, ello derivó en un crecimiento inorgánico del sistema, que privilegió los internados por sobre la atención diurna de carácter comunitario, contribuyendo al desarraigo de los niños de su entorno familiar y social y dificultando las soluciones de las causas del problema".<sup>77</sup>

Las Casas de Menores, denominadas como Centros de Observación y Diagnósticos (CODs) o Centros de Tránsito y Diagnósticos (CTDs), durante los años estudiados, fueron incluidas en el proceso de privatización. Estas junto a la labor de diagnóstico, cumplieron la función de recibir a los niños detenidos o que debían comparecer ante el juez. Este programa se modificó, convirtiéndose en un sistema privativo de libertad, caracterizado por prolongadas permanencia de los niños, presentando agudas crisis, las que se materializaron en fugas masivas, motines, incendios e incluso en la muerte de niños.<sup>78</sup> Con ello, se olvidaron los

<sup>75</sup> Entre 1980 y 1989 el Servicio Nacional de Menores estableció convenios con 129 instituciones colaboradoras aumentando, las plazas subvencionadas en un 55% llegando a 48.003 en diciembre de 1989. A las instituciones del sector privado le correspondía el 97,8% de la atención, mientras que el sector público mantuvo el 2,2 % de la atención. Illanes Martha, *Análisis de la situación de los niños y jóvenes en circunstancias especialmente difíciles en Chile: menores institucionalizados*, Ministerio de Justicia, SENAME, febrero 1991, pg. 5.

<sup>76</sup> Cillero Miguel y Egenau Pablo, *Administración de justicia juvenil y daño psicosocial*, ponencia presentada al II Seminario Latinoamericano, *Los derechos del niño en una sociedad democrática*, SENAME, pg. 3.

<sup>77</sup> Illanes, ob. cit., pg. 28.

<sup>78</sup> Ministerio de Justicia, SENAME, *Resumen ejecutivo: Antecedentes técnicos sobre las administraciones privadas de los CODs*, Dcto. interno, pg. 1.

objetivos cientificistas y positivistas iniciales, que los definían como un lugar de tránsito para la realización de observación y diagnóstico a través del examen.

Asimismo en aquellos programas específicos dedicados a la “rehabilitación conductual”, se establecía a finales de los 80, que la focalización del sujeto de atención había sido errónea. Más del 50 por ciento presentaba efectivamente problemas conductuales, tales como, abandono de hogar o drogadicción. Sin embargo, un 44 por ciento presentaba como “primera causal de ingreso un problema de desprotección antes que mala conducta”, se trataba de problemas de tuición, abandono, incapacidad y alcoholismo de los padres, vagancia, mendicidad, peligro físico y moral, entre otras categorías.<sup>79</sup>

### 3.1.1. En la práctica: la precariedad de las intervenciones normalizadoras

El traspaso de las instituciones de rehabilitación conductual al sector privado, no significó una solución al persistente problema de escasez de alternativas de atención para aquellos niños y adolescentes considerados de alta peligrosidad. Las instituciones privadas condicionaron las características del sujeto a atender, estableciendo rangos en cuanto a los niveles de coeficiente intelectual (igual o superior a límite); grado de compromiso delictual (mediano y bajo); región de procedencia (regiones cercanas) y que no tuvieran “compromisos profundos” con problemáticas como la droga y alteraciones neurosiquiátricas.

La selectividad y limitaciones profundizaron aún más la carencia de una oferta programática destinada a los niños con problemas conductuales o que cometieron delitos. Un estudio realizado en 1993, establecía enfáticamente que las instituciones de rehabilitación conductual existentes no tenían las condiciones de infraestructura ni los recursos para atender a menores con alto grado de compromiso delictual. Estos debieron mantenerse en los Centros de Observación y Diagnósticos (COD) o bien fueron enviados a los recintos carcelarios de la infraestructura penal de adultos.<sup>80</sup>

Las propias autoridades públicas declaraban que “la evaluación de los sistemas de internación de niños en situación irregular en los últimos diez años de funcionamiento, ha demostrado en general y más enfáticamente en lo que respecta a aquellos destinados al tratamiento de problemas conductuales y jóvenes infractores, índices elocuentes de fracaso”.<sup>81</sup> El fracaso de los sistemas de

<sup>79</sup> Ibid., pg. 68.

<sup>80</sup> El ingreso de los niños y adolescentes infractores de ley o con problemas graves de conducta a los recintos penitenciarios se vinculó a la posición de desconfianza de los jueces de menores frente a las instituciones privadas, manteniendo una posición estatista respecto a la responsabilidad de la atención hacia estos sujetos.

<sup>81</sup> Ministerio de Justicia, SENAME, *Proyecto Nacional de Rehabilitación Conductual para jóvenes de extrema pobreza en conflicto con la justicia*, 1990, pg. 2.

normalización, se asoció al incremento de niños y adolescentes encarcelados por orden judicial al agotarse las opciones de tratamiento alternativo. Este fracaso derivó en un incremento progresivo del ingreso de los menores de edad a unidades penales del país, proceso que demostró su nivel más crítico a finales de la década del ochenta.<sup>82</sup>

Así en los Tribunales de Menores, donde el lenguaje de la punición prácticamente ha desaparecido-, las técnicas normalizantes han coexistido, en tensión con cierto grado de punición que ha limitado y mellado los efectos de la rehabilitación. El discurso proclive a las sanciones normalizadoras y disciplinarias no ha logrado eliminar el carácter punitivo del proceso judicial hacia los menores de edad.<sup>83</sup>

### 3.1.2. La construcción de un sistema penal alternativo para la infancia

Si bien, el sistema de justicia de menores no logró consolidar en la práctica un sistema de normalización basado en las técnicas disciplinarias, sí demostró cierto grado de éxito en la construcción de un discurso normalizador que permitió que se constituyera un complejo y singular sistema de justicia para los niños y adolescentes. Un sistema encubiertamente penal, que sin contar con las características de un juicio, las decisiones se encuentran en manos de un juez con amplias facultades, el cual no tiene plazos ni otros límites para adoptar sus resoluciones, y donde el niño no puede contar con un abogado defensor. Sistema penal en que las penas no existen sino que se les denomina medidas de protección, las que, por lo general, son indeterminadas en el tiempo y pueden implicar privación de libertad o una fuerte irrupción en la vida del niño, niña o adolescente.

En esta creación el proceso de castigar o sancionar se confunde con los objetivos de educar o curar, y se les relaciona con procesos menos coercitivos, de lo cual se deriva que los castigos impuestos por la justicia de menores se consideran más legítimos y menos requeridos de justificación. Andamiaje judicial donde las restricciones y las limitaciones legales que alguna vez se circunscribieron al sistema penal de adultos tienden a desaparecer.

El sistema de justicia de menores se constituyó en un sistema híbrido que combina los principios de la legalidad con los de la normalización, y que no sólo

<sup>82</sup> El número de menores ingresados a unidades penales en el país aumentó de 5.532 en 1985 a 8.704 en 1988. Cortés Juan Eduardo, *La delincuencia juvenil en Chile hoy: análisis y proposiciones desde la perspectiva de SENAME*, Ministerio de Justicia, SENAME, 1991, pg. 3.

<sup>83</sup> Véase a David Garland, acerca de la persistencia a lo largo del siglo XX, de los rituales condenatorios de los tribunales y las humillantes rutinas de las instituciones penales que expresan las pasiones punitivas y la censura moral. Garland David, *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Editorial Siglo XXI, México, 1999, pg. 193.

sanciona las violaciones a la ley penal, sino que también las desviaciones a la norma. Mantiene las características de un sistema penal punitivo, sin embargo las protecciones de los principios de derecho y el debido proceso no operan. En suma, se articula un sistema legal, jurídico e institucional para enfrentar lo que Donzelot denomina “la patología de la infancia bajo su doble aspecto: la infancia en peligro, la que no se ha beneficiado de todos los cuidados de crianza y de educación deseables, y la infancia peligrosa, la de la delincuencia”.<sup>84</sup>

### 3.2. Del sujeto de normalización al sujeto de derecho: un nuevo discurso para viejas prácticas

Los sistemas jurídicos de protección de menores basados en la irregularidad, comenzaron a ser objeto de un sistemático cuestionamiento. Las evaluaciones acerca de las consecuencias que ha tenido su ejecución, han dado lugar a enfoques críticos, tanto de sus fundamentos como de sus prácticas. La crítica propone una transformación profunda de la concepción de la infancia y de su relación con la sociedad y el Estado. Un nuevo equipo de reformadores ha elaborado la construcción de un original paradigma jurídico-cultural al que se le conoce con la expresión de *Doctrina de la Protección Integral*.<sup>85</sup>

Las ideas sustentadas por los reformistas pro-derechos, plantean una transformación global de los patrones culturales utilizados en el abordaje de los temas de infancia. La propuesta se sitúa en un proceso de reconocimiento de derechos y recuperación de formas democráticas de convivencia social. La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el sustento doctrinario de mayor envergadura del nuevo paradigma.

De la concepción del niño y adolescente como “sujeto de normalización” a la concepción de este como “sujeto de derechos”, es la expresión que mejor sintetiza la profundidad del cambio. Esta postura se instala en el discurso público en contraposición a la construcción social y jurídica que había predominado durante la mayor parte del siglo XX. La nueva reforma reconoce a los niños entre 0 y 18 años, como poseedores de derechos económicos, sociales, políticos y culturales, igualando su condición a la del resto de la población. Los reformadores pro-

<sup>84</sup> Donzelot Jacques, *La Policía de las Familias*, Valencia, Pre-Textos, 1979, pg. 99, citado en Pilotti Francisco, *Globalización y Convención de los Derechos del Niño: el contexto del texto*, Unidad de Desarrollo Social y Educación, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., septiembre 2000.

<sup>85</sup> Ligados a un conjunto de instrumentos jurídicos, de carácter internacional, que expresan un cambio fundamental en la consideración de la infancia: Declaración Universal de los Derechos del Niño, y cuatro instrumentos jurídicos que la complementan: a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño; b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); c) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad; y c) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

derechos, plantean una verdadera “reconstrucción social y jurídica” de la concepción de los niños y adolescentes.

Establecen responsabilidades para el Estado, en cuanto a la obligación de revisar y modificar los mecanismos tradicionalmente utilizados para resolver las necesidades de los niños y adolescentes, evitando políticas sociales, que bajo una supuesta protección, alejen a los niños y adolescentes de sus familias. La internación es concebida como una medida de último recurso, teniendo siempre como primera alternativa la convivencia con otros miembros de la familia o en una familia sustituta. Asimismo, se propone la eliminación de las internaciones privativas de libertad, que no se relacionen a la comisión de delitos graves.

### 3.2.1. La paradoja

Luego de más de una década desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño y de la instauración del paradigma de la *Protección Integral*, el balance muestra una fuerte brecha entre el discurso reformador pro-derechos y las prácticas asistencialistas y normalizadoras aún vigentes en el país.

Efectivamente, la evaluación realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el seguimiento de los compromisos adquiridos en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, establece una importante distancia entre teoría y práctica, la que se expresa en el tiempo que ha llevado y sigue llevando la transformación del proceso político propiciado por la Convención, en medidas efectivas de defensa y promoción de los derechos de los niños.<sup>86</sup>

Para el caso chileno, la firma de los acuerdos internacionales no se ha materializado en un cuerpo legal acorde con los principios del paradigma de la *Protección Integral*, y por tanto coherente con la Convención. El impacto del discurso pro-derecho se ha traducido en acciones y programas aislados de instituciones tanto públicas como privadas, cuyos resultados dependen de la siempre escasa disponibilidad de recursos, de las resistencias corporativas al cambio y del apoyo político de las autoridades públicas para enfrentar temáticas complejas de tipo moral o relacionadas con la amenaza a la seguridad ciudadana.

La situación actual de los planteamientos de los reformadores en el país, se puede caracterizar como un proceso de avances y retrocesos, donde coexisten acuerdos y acciones políticas inspiradas en los principios más avanzados de los derechos humanos para la infancia, junto a la continuidad y perseverancia de las

<sup>86</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Nosotros, los niños: examen de final de decenio de los resultados de la Cumbre Mundial en favor de la Infancia. Informe del Secretario General*, 24/05/2001, pg. 149.

prácticas de un sistema de justicia caracterizado por la crítica como obsoleto, regresivo, antijurídico e inconstitucional.<sup>87</sup>

La resistencia al cambio del sistema de justicia minorista y la permanencia de los postulados de la *Doctrina de la Situación Irregular*, han avalado la persistencia de ciertas prácticas, que constituyen una paradoja frente a los principios de los Derechos del Niño. La ley de menores mantiene en vigencia el proceso de construcción del sujeto de normalización, al mantener operativa la distinción, al interior de la categoría infancia, entre los niños y adolescentes y los denominados menores en *Situación Irregular*.

Asimismo, la centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda y discrecional; la conformación de un sistema de judicialización de los problemas sociales de la infancia; la falta de reconocimiento de la responsabilidad de los adolescentes bajo la categorización de la incapacidad jurídica o inimputabilidad; el castigo a las situaciones de pobreza a través de las internaciones privativas de libertad, son prácticas que vulneran explícita y sistemáticamente los derechos de los niños, los principios básicos y elementales del derecho, e incluso garantías contempladas en la Constitución Política del Estado para toda la población.

### 3.3. Las propuestas para reformar la estructura normalizadora

Al proclamar, en el año 2001, la “Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001-2010”, el Presidente Lagos, enmarcó explícitamente la iniciativa en el proceso de transformación de la concepción de la infancia y de la relación de esta con el resto de los actores de la sociedad. Definió el cambio como un avance desde “las políticas asistenciales y compensatorias (basadas en las necesidades extremas de los niños y niñas) hacia una política que reconozca los derechos de los niños como obligaciones para el Estado, las familias y la sociedad”.<sup>88</sup>

Tras las continuas y consensuadas críticas a los proyectos políticos y legislativos anteriores, que concebían a los niños como “individuos problemáticos”, los planteamientos formulados en la Política Nacional recogen las propuestas reformistas y hacen un reconocimiento explícito a la concepción de los niños y adolescentes como sujetos de derecho. Se afirma que está orientada “por un marco ético y valórico que proviene del reconocimiento de los niños como sujetos plenos

<sup>87</sup> García Méndez Emilio, *Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencias*, en <http://www.unicef.cl>, 2002.

<sup>88</sup> Gobierno de Chile, *Política Nacional y Plan de Acción*, ob. cit., pg. 7.

de derechos, organizando las acciones a desarrollar a partir de los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño”.<sup>89</sup>

La *Doctrina de la Protección Integral* propone un modelo jurídico de responsabilidad, que incorpora una importante distinción entre las intervenciones cuyo objetivo es sancionar que, aunque garantiza los derechos implica una cierta limitación de la libertad del niño, y aquellas de resguardo o restitución de los derechos amenazados o vulnerados que no debe implicar restricción de derechos sino, todo lo contrario, garantía y restitución de ellos.

La Política Nacional para la Infancia y Adolescencia, siguiendo esta tendencia, establece para aquella población infantil y adolescente que ha infringido la ley penal, la creación a futuro de un sistema penal juvenil especializado. El cual debe procurar que las medidas privativas de libertad sean reducidas dentro del catálogo de penas y medidas, y en las condiciones y lugares que aseguren un tratamiento digno y rehabilitador del adolescente y que promueva el privilegio de medidas abiertas con componentes socioeducativos y de integración social. Para ello cuenta con un anteproyecto de ley de responsabilidad de adolescentes por infracciones a la ley penal.

Para establecer una coherencia entre el discurso público pro-derechos y el conjunto de las acciones desarrolladas hacia la infancia, al mismo tiempo que consolidar los discursos de innovación ya existentes, se requiere de una profundización del proceso de reforma iniciado. Tanto en el ámbito de las políticas públicas, como en las intervenciones programáticas de las instituciones que trabajan en el área, la reforma pro-derechos será posible cuando se eliminen las barreras de resistencia ancladas en el marco jurídico legislativo de la irregularidad y la normalización, aún operativos y vigentes.

Mientras se continúe validando la coexistencia de visiones y paradigmas antagónicos en la concepción de la infancia, es prácticamente imposible que las instituciones y las intervenciones apoyen, a través de sus prácticas, un proceso de construcción de un sujeto niño diferente al anclado en las consideraciones de la irregularidad y la normalización. La concepción del niño como sujeto de derecho asumida, apoyada y consensuada por gran parte de la sociedad, - visible y palpable sólo en algunas prácticas innovadoras - debe salvar una serie de obstáculos y resistencias para dejar de ser un proyecto al interior de un discurso reformador.

#### **4. CONCLUSIONES**

Las diversas prácticas sociales hacia la infancia que se han desarrollado en el transcurso del último siglo, se han plasmado en discursos y proyectos específicos

<sup>89</sup> Ibid., pg. 9.

de acercamiento a los niños y adolescentes. Cada una de estas elaboraciones ha determinado una singular conceptualización de la infancia y la distinción del niño como un sujeto específico, cuya identidad se relaciona con aquellos aspectos sustantivos del discurso que le configuró.

Desde las posturas iniciales del asistencialismo-punitivo, basadas en la concepción de la infancia como un sujeto no diferenciado del resto de la población, surgieron las prácticas más antiguas y tradicionales de la asistencia paternalista caritativa para la protección de los niños y la internación en las cárceles de adultos para los infractores de ley. Prácticas que han perdurado más allá de la caducidad de sus elementos discursivos y doctrinarios.

El surgimiento de un movimiento crítico a las conceptualizaciones y prácticas tradicionales de atención a la infancia, desarrollado a fines del siglo XIX y principios del XX, significó la emergencia de un nuevo discurso. Promovido por un grupo de reformadores ilustrados -a los cuales he denominado como “los científicos de la infancia”-, sus propuestas rupturistas de carácter modernista, científicista y normalizadoras, instauraron una verdadera ideología, reconocida actualmente como *Doctrina de la Situación Irregular*.

El proyecto de los científicos de la infancia se sustentó en la extensión progresiva de los dispositivos de disciplina, los que ha diferencia de las prácticas disciplinarias de exclusión de las instituciones cerradas tradicionales formaron parte de un mecanismo complejo de transformación de las conductas irregulares. En el discurso el niño abandonó su condición de receptor de beneficencia y castigo, y se transformó en un “sujeto de normalización.”

El sincretismo expuesto, conformado por un discurso científicista de la irregularidad y por prácticas tradicionales y normalizadoras yuxtapuestas, permite explicar lo paradójico del sistema de justicia de menores desde su fundación. Durante décadas de operación no logró imponer en la práctica la concreción de un dispositivo disciplinario normalizador, de acuerdo a los propósitos iniciales. Los principales obstáculos al modelo, fueron la resistencia de las prácticas asistencialistas, la carencia de un apoyo estatal al proyecto normalizador manteniendo y profundizando la atención privada y la persistencia de las características punitivas de los sistemas judiciales.

Sin embargo en el plano teórico, la fuerza del discurso normalizador, impactó profundamente al conjunto de políticas, instituciones y programas que conforman el sistema de justicia de menores, consolidando la creación de un verdadero sistema penal alternativo, basado en la denominada *Doctrina de la Situación Irregular*, aún vigente y en ejecución en nuestro país.

El advenimiento de una nueva oleada de reformistas y críticos durante los últimos años complejiza aún más el paisaje de la discusión acerca de la infancia.



Un innovador proyecto sustentado en tratados internacionales, particularmente en la Convención sobre los Derechos de los Niños aprobada por Chile en 1990, se incorpora al debate, incluyendo nuevas consideraciones en la conceptualización de la infancia y sobre las relaciones de los niños y adolescentes con el Estado, la familia y la sociedad. Los reformadores pro-derechos, han designado al nuevo marco conceptual que les guía, como *paradigma de la protección integral*, en oposición al de la *Doctrina de la Situación Irregular*. Junto a ello han proclamado la emergencia de una nueva distinción en la concepción de la infancia, intencionando la visión del niño como “sujeto de derechos.”

Nuevo modelo y sujeto, que domina en la actualidad el discurso público de la atención a la infancia, y que busca la adhesión de la sociedad entera, sin embargo ha demostrado gran debilidad al momento de impactar y condicionar la práctica del sistema jurídico de los menores de edad y los programas de intervención en él dispuestos. Brecha entre teoría y práctica, que explica la presencia de dos modelos conceptuales antagónicos al mismo tiempo que coexistentes, en un sistema de justicia paradójal hacia los niños y adolescentes.

# PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE FILIACIÓN ILEGÍTIMA E HIJOS ILEGÍTIMOS EN AMÉRICA LATINA<sup>1</sup>

*Nara Milanich*<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

En 1783, Rodolfo, un hombre joven, presentó una demanda ante el Tribunal de San Felipe, una ciudad provincial de Chile. Su presentación tenía dos objetivos: demostrar su ascendencia y, al hacerlo, poder participar de la sucesión. Rodolfo alegaba ser el hijo ilegítimo de la recientemente fallecida Doña María Alzamora, mujer perteneciente a una familia de cierta posición social, quien lo había entregado a terceros al poco tiempo de haber nacido. Los testigos de su caso nos dan una visión del itinerante rumbo de la vida de Rodolfo en sus primeros años de vida. Alejo, un mulato, esclavo de los padres de Doña María, declaró que había visto a María dar a luz a Rodolfo y podía asegurar que era su hijo. Alejo declaró que Doña María le entregó el niño recién nacido, “ordenándole que lo sacase de la casa y buscase alguna mujer que lo criase.” Siguiendo tal orden, Alejo le entregó el niño a una india llamada Isabel Herrera, pero no sabía qué había sucedido con él después de eso.

Otro testigo, un miembro de la familia, recoge la historia desde ahí, señalando que el recién nacido sólo había permanecido en este primer hogar adoptivo por unos cuantos días. Rodolfo pasaría los próximos años de su vida circulando por diversas casas, de distintos segmentos sociales y raciales, algunas de familiares y otras no: desde la casa de Isabel, su padre lo entregó a su cuñada, quien a su vez lo dejó en la casa de Pablo Jiménez (“cuya mujer lo crió tres meses”); luego fue entregado a Doña Rosa Orellana, señora del testigo, por ocho meses; luego fue aceptado por “unos mulatos Escobares”, donde se quedó por unos cuantos días; y finalmente se fue a vivir “a casa de María Regalato, en el valle de Putaendo, donde se acabó de criar y mantuvo hasta poco antes de la muerte de la dicha su madre...”<sup>1</sup>

Sería una exageración sugerir que la extraordinaria saga de los primeros años de Rodolfo era la típica infancia de fines del siglo dieciocho en Chile o en cualquier otra sociedad latinoamericana del pasado. Sin embargo al menos un aspecto de la

<sup>1</sup> Texto traducido por Ema Infante Bradley, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

<sup>2</sup> Historiadora, Profesora asistente de la Universidad de California, Doctora en historia de la Universidad de Yale.

<sup>1</sup> Cavieres Eduardo, *Consensualidad, familia e hijos naturales. Aconcagua en la segunda mitad del siglo XVIII en Cuadernos de Historia*, N° 15, diciembre, 1995, pgs. 233 y sgtes.

identidad de este joven -su nacimiento fuera del matrimonio- no era en absoluto inusual. Por razones que casi nunca son simples y claras y cuyas consecuencias están recién comenzando a ser estudiadas por los historiadores, la tasa de hijos ilegítimos en América Latina ha sido históricamente muy alta. Una forma de apreciar la magnitud de las estadísticas es comparándolas con las de las sociedades europeas de la misma época. En Europa la proporción de ilegitimidad iba de un 1 a 2 por ciento, en la Inglaterra del siglo diecisiete a un 5 a 9 por ciento. Compare estas cifras con aquellas de las sociedades latinoamericanas, donde los nacimientos fuera del matrimonio correspondían al 30, 40 e incluso 50 por ciento de todos los nacimientos. Las tasas podían ser incluso más altas dentro de determinados subgrupos, como los esclavos.

No es sorprendente que las tasas de ilegitimidad fluctuaran significativamente en el tiempo y en el espacio. Algunos historiadores han postulado que existe una relación positiva entre filiación ilegítima y urbanización.<sup>2</sup> Otros sugieren que el fenómeno está inextricablemente ligado a la mezcla de razas,<sup>3</sup> hipótesis que será explorada en este artículo. Una tercera explicación atribuye el alto nivel de hijos ilegítimos a una debilidad histórica de la estructura social que involucra el matrimonio y la moralidad impuesta por la iglesia y el Estado.

Otra característica significativa de la filiación ilegítima es que distintos grupos sociales, raciales y étnicos frecuentemente mostraban impresionantes diferencias en sus tasas de nacimientos fuera del matrimonio. Un estudio de los registros de iglesias a principios del siglo diecisiete en Guadalajara, Méjico, por ejemplo, mostró un porcentaje de ilegitimidad del 40 por ciento. Pero mirada más detenidamente la información muestra contrastes significativos entre los diferentes grupos étnicos de la ciudad; mientras alrededor de un cuarto de los españoles nacían fuera del matrimonio, dos tercios de las castas o personas de descendencia racial mixta, eran ilegítimos y cuatro quintos de los esclavos africanos lo eran también.<sup>4</sup> Aún más, las comunidades indígenas, desde Méjico a Chile, históricamente han tenido un porcentaje menor de ilegitimidad en comparación a los blancos y a las castas.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Ibid., pg. 226; Kusnesof Elizabeth, *Household economy and urban development in SaoPaulo, 1765-1836*, Westview Press, London, 1986.

<sup>3</sup> Pérez Brignoli H., *Deux siècles au Costa Rica, 1770-1974* en *Mariage et remariage dans le populations de passé*, editado por E. H. J. Dupâquier, P. Laslett, M. Livi-Bacci, S. Sogner, Academic Press, London, 1981; Sanchez Albornoz Nicolás, *The population of Latin America: A History*, University of California Press, Berkeley, 1974.

<sup>4</sup> Calvo Thomas, *Familia y registro parroquial: el caso tapatío en el siglo XVIII*, *Relaciones en Estudios de historia y sociedad*, N° 3, 1982, pg. 60.

<sup>5</sup> Borah, Sherburne Cook y Woodrow, *Marriage and legitimacy in Mexican culture: Mexico and California*, *California Law Review*, n° 54, 1966, pgs. 946 y sgtes.; Morin Claude, *Démographie et différences ethniques en Amérique Latine coloniale* en *Annales de Démographie Historique*, 1977, pgs. 301 y sgtes.; Salinas Rolando Mellafe y René, *Sociedad y población rural en la formación de Chile actual*, La Ligua, 177-1850, Ediciones Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1988.

Finalmente, la filiación ilegítima también se relacionaba a las clases sociales. Mientras los historiadores han estudiado la existencia generalizada de hijos ilegítimos entre las elites<sup>6</sup>, es probable que las tasas de ilegitimidad fueran más altas entre los pobres. A fines del siglo diecinueve, además, la relación entre pobreza e ilegitimidad parece haberse fortalecido.<sup>7</sup>

Pero dentro de un cuadro de variación social y geográfica y de cambio a lo largo del tiempo, al menos una tendencia es clara. En comparación con Europa y Norte América, los estándares contra los cuales los comentaristas latinoamericanos -desde curas del siglo dieciséis y oficiales reales a pediatras y trabajadores sociales del siglo veinte- juzgaban a sus propias sociedades, las tasas de nacimiento de hijos ilegítimos en América Latina han sido muy altas. Un autor sugiere que no hay un solo factor -urbanización, mezcla racial o la naturaleza del control social- que explique la ilegitimidad a través de la región, porque el fenómeno no fue en todo los lugares y en todo momento el producto de una misma lógica. Más bien, es necesario examinar “la fina y densa malla social que involucra las relaciones entre los hombres y las mujeres...en cada momento histórico para poder interpretar [sic] qué significados tienen...los nacimientos y en particular los ilegítimos...”<sup>8</sup>

Este artículo va a revisar las *macro causas* de la ilegitimidad, enfocándose más en la importancia cultural y la posición social de hijos ilegítimos que en la frecuencia estadística de los nacimientos fuera del matrimonio. En otras palabras, este texto quiere responder qué significaba ser ilegítimo. ¿Cómo miraban las sociedades a estos niños? ¿Experimentaban los niños como Rodolfo una vida distinta por tener el estatus de haber nacido fuera de un matrimonio?. Para hacer el análisis, se le dará especial importancia a la circulación de niños ilegítimos. Por circulación se entiende el hecho que muchos niños en las sociedades latinoamericanas eran, como Rodolfo, criados fuera del hogar de nacimiento por personas que no eran sus padres biológicos y que podían moverse frecuentemente de un hogar a otro. El fenómeno de la circulación es un aspecto crucial de la niñez en América Latina.

<sup>6</sup> Nazzari Muriel, *An urgent need to conceal in The faces of honor: Sex, shame and violence in colonial Latin America*, editado por Lyman L. Johnson y Sonya Lipsett-Rivera, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1998; O'Phelan Godoy Scarlett, *Hijos naturales “sin impedimento alguno.” La ilegitimidad en el mineral de Hualgayoc, Cajamarca. (1780-1845)* en *El norte en la historia regional: siglos XVIII-XIX*, editado por Yves Saint-Geours y Scarlett O'Phelan, Lima, 1998; Twinam Ann, *Public lives, private secrets: Gender, honor, sexuality, and illegitimacy in colonial Spanish America*, Stanford University Press, Palo Alto, 1999.

<sup>7</sup> Milanich Nara, *The Children of Fate: Families, class, and the state in Chile, 1857-1957*, disertación para optar al grado de Doctora en Historia, Yale University, New Haven, 2002.

<sup>8</sup> Moreno José Luis, *Sexo, matrimonio y familia: La ilegitimidad en la frontera pampeana del Río de la Plata, 1780-1850* en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani”*, tercera serie (16/17), 1997-1998, pg. 65.

Ahora bien, tal como es difícil generalizar respecto de las tasas y causas de la filiación ilegítima dentro de las distintas sociedades y grupos sociales, también es riesgoso generalizar respecto al significado de la ilegitimidad y el estatus de los ilegítimos. No existía una sola experiencia compartida por todos estos niños; más bien, la filiación ilegítima estaba intermediada tanto por el estatus social y la identidad étnica y racial, como por factores más fortuitos como la relación entre los progenitores del niño y la actitud y circunstancia de los padres.<sup>9</sup> Lo que se hace evidente al examinar estas diversas experiencias, sin embargo, es que en las sociedades coloniales y republicanas de América Latina, el estatus de legítimo o ilegítimo funcionaba junto con otros factores como un determinante de jerarquía social. Como resultado, tenía importantes consecuencias para la experiencia individual y la estructura de la sociedad en general.

## 2. LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA EN EL DISCURSO OFICIAL Y EN EL DERECHO

En el período colonial, se hacía frecuentemente, referencia a la ilegitimidad como una “infamia”, una “mancha” o un “defecto”.<sup>10</sup> Estas creencias eran, por supuesto, moldeadas por las enseñanzas católicas que condenaban el sexo fuera del matrimonio. También estaban atadas a nociones de honor, en sociedades donde una “cultura del honor proveía una sólida base de valores que organizaban...la sociedad y... las vidas individuales”.<sup>11</sup> Como el honor de una mujer -y también el de sus parientes hombres- dependía de su continencia sexual, un nacimiento ilegítimo implicaba un deshonor no sólo para la mujer, sino que para toda su familia.

Actitudes hacia la ilegitimidad estaban asimismo relacionadas con creencias sobre raza y etnia. Un componente importante de la visión del temprano mundo ibérico moderno era la noción de la limpieza de sangre. Tener sangre “pura” implicaba que el propio linaje estaba libre de “contaminación” por judíos, moros, gente de filiación ilegítima y en el contexto del Nuevo Mundo, africanos e indígenas. Por lo tanto, limpieza de sangre implicaba que los miembros de un linaje poseían ciertas cualidades étnicas y raciales, una determinada herencia religiosa y un estatus de nacimiento distinguido. Y como el honor del propio linaje, en gran medida determinaba el honor propio, la limpieza de sangre era un componente crucial del

<sup>9</sup> Mannarelli María Emma, *Pecados públicos. La ilegitimidad en Lima, siglo XVII*, Ediciones Flora Tristán, Lima, 1993. Sugiere de Lima colonial “un hombre ilegítimo era diferente a una mujer de la misma condición; simultáneamente un español ilegítimo no ofrecía comparación frente a un esclavo nacido fuera de matrimonio.”

<sup>10</sup> Konetzke Richard ed., *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica, 1493-1810*, Vol. III, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1958-1962, pgs. 473 y sgtes.

<sup>11</sup> Johnson Lyman L y Sonya Lipsett-Rivera, *Introduction en The Faces of honor: sex, shame, and violence in colonial Latin America*, editado por Lyman L. Johnson y Sonya Lipsett-Rivera, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1998, pg. 3.

estatus individual. El conocimiento y habilidad para probar los antecedentes propios, eran, por lo tanto, fundamentales. En suma, al menos en el discurso oficial, la ilegitimidad estaba relacionada con licencia sexual, mezcla racial, orígenes inciertos y por extensión, una falta de honor personal.

El derecho reflejaba tales actitudes sociales y tanto el Derecho Canónico como el Civil discriminaban en el período colonial a los niños nacidos fuera del matrimonio. Los ilegítimos no podían ser ordenados curas o asumir cargos en la burocracia real o en el gobierno municipal. Tenían derechos limitados a la herencia de sus progenitores.<sup>12</sup> Sin el permiso expreso de sus padres no podían llevar el apellido de la familia ni su escudo, ni recibir herencias o legados familiares. Las normas también restringían el acceso que tenían personas de filiación ilegítima a trabajadores indígenas en un período en que el trabajo indígena era un prerrequisito crucial para el éxito económico.<sup>13</sup>

A las personas de filiación ilegítima también se les prohibía ejercer las profesiones liberales (por ejemplo, no podían ser médicos o abogados) y hasta 1784, les estaba prohibido ser comerciantes o artesanos.<sup>14</sup>

Muchas de estas regulaciones fueron eliminadas o se tornaron obsoletas a fines del período colonial, pero las leyes civiles promulgadas en las nuevas naciones independientes del siglo diecinueve tendieron a reafirmar la discriminación en contra de las personas de filiación ilegítima. Algunos códigos, como el promulgado en Chile en 1857, y subsecuentemente adoptado por otros países de América Latina, hizo más difícil legitimar a los hijos a través del matrimonio posterior de los padres. Quizás más importante es que estos códigos prohibieron las investigaciones de paternidad, de manera tal que los hijos ilegítimos y sus madres no tenían recurso legal para que el padre los reconociera y mantuviera.<sup>15</sup> Adicionalmente, la definición de matrimonio, y por lo tanto de ilegitimidad, cambió en este período. Mientras el matrimonio había sido administrado por la Iglesia Católica, con el

<sup>12</sup> Al respecto de las complejas regulaciones sobre herencia entre los ilegítimos en la ley Luso-Brasileña, véase Lewin Linda, *Natural and spurious children in Brazilian inheritance law from colony to empire: A methodological essay*, The Americas XLVIII, 1992, pgs. 351 a 396. Mucho de lo que ella discute es también relevante para las colonias españolas.

<sup>13</sup> La Corona Española intentó controlar la distribución de trabajadores indígenas por medio de una variedad de mecanismos. Las personas ilegítimas no podían heredar encomiendas de indígenas que eran rutinariamente entregadas a los conquistadores como una compensación por los servicios prestados a la corona. Mannarelli Maria Emma, ob. cit., pgs. 164-165. Tampoco podían beneficiarse del trabajo indígena otorgado por repartimientos, un sistema de reclutamiento de trabajo indígena.

<sup>14</sup> Burkholder Mark, *Honor and honors in colonial Spanish America in The Faces of Honor: Sex, Shame, and Violence in Colonial America*, editado por S. L.-R. a. L. L. Jonson, University of New México Press, Albuquerque, 1998, entrega un resumen de muchas de las restricciones que afectaban a los ilegítimos en el período colonial.

<sup>15</sup> Exploro el efecto del Código Civil sobre la ilegitimidad y los hijos ilegítimos en Chile en Milanich Nara, ob. cit., capítulo 1.

establecimiento de registros civiles a fines del siglo diecinueve son los estados latinoamericanos los que empezaron a regular la estructura familiar. Por lo tanto ahora era el Estado quien regulaba y supervisaba la filiación. Pero el poder en expansión de la autoridad secular enfrentado a la moralidad sexual y familiar no implicaron un ambiente legal más tolerante para los hijos de filiación ilegítima; al contrario, de algunas maneras su estatus legal empeoró.

Sin embargo si el discriminatorio espíritu de la ley colonial y republicana estaba absolutamente claro, la filiación era un concepto flexible, ya que admitía mecanismos a través de los cuales, en determinadas circunstancias, una persona de filiación ilegítima podía convertirse en legítima. Los hijos podían, en efecto, ser legitimados por el subsecuente matrimonio de sus padres.<sup>16</sup> Y en el período colonial, las personas de posición social lo suficientemente alta, con el adecuado estatus racial y con suficiente dinero como para pagar el extenso procedimiento burocrático podían pedir la legitimación al Consejo de Indias por una *gracias a sacar*, o una dispensa real que efectivamente cambiaba su estatus a legítimo.<sup>17</sup> Similarmente, a pesar que la ilegitimidad era considerada un impedimento para cargos eclesiales, los aspirantes al sacerdocio podían recibir una dispensa especial por su mancillado estatus de nacimiento.<sup>18</sup>

En definitiva, la ilegitimidad no era definida en blanco y negro en primer término. La ley distinguía entre distintos tipos de ilegitimidad, sugiriendo que la filiación podía ser vista como una continuidad de posibles estatus de nacimiento más que como una dicotomía clara entre legítimos e ilegítimos. Los hijos de padres solteros que técnicamente tenían la posibilidad de casarse -los llamados *hijos naturales*-, disfrutaban de una posición social más alta que los *adulterinos*, hijos de uniones adúlteras en que uno de los padres estaba casado con otra persona o que los *espurios*, hijos de curas.<sup>19</sup> Las categorías cambiaron un poco a través del

<sup>16</sup> De acuerdo a la ley ibérica medieval, la legitimación por medio del matrimonio posterior de los padres era automático en el caso de los hijos naturales. Algunos códigos del siglo diecinueve, como el chileno, establecían requisitos burocráticos adicionales que tenían como consecuencia hacer más difícil la legitimación de los hijos por medio del matrimonio posterior.

<sup>17</sup> Twinam Ann, *Honor, sexuality and illegitimacy in colonial Spanish America en Sexuality and marriage in colonial Latin America*, editado por A. Lavrin, University of Nebraska Press, Lincoln, 1998; Twinam Ann, ob. cit., 1999.

<sup>18</sup> Castañeda Paulino, *Facultades de los obispos indianos para dispensar de ilegitimidad*, *Missionalia Hispánica* 38, 1981, pgs. 227 a 247.

<sup>19</sup> Lewin Linda, ob. cit., entrega una prolija descripción general sobre la importancia de la distinción de estatus entre hijos naturales y otros tipos de ilegítimos en la ley y práctica Luso-Brasileira. Como ella argumenta, hablar de “niños ilegítimos” como término único causa una impresión errada puesto que era más probable que los contemporáneos hablaran sobre “hijos naturales”, “hijos espurios”, etc., tratándolos como categorías diferentes (de hecho el término “ilegítimo” generalmente se refería a hijos no naturales). La distinción legal entre estos grupos son claramente cruciales, al menos en materias de herencia. Sin embargo, este capítulo trata menos con definiciones legales que con práctica sociales, y en este contexto hay, de hecho, importantes paralelos entre estas distintas categorías. Por lo tanto, he escogido referirme a los “ilegítimos” como un grupo, especificando a qué tipo de ilegítimo me estoy refiriendo cuando sea relevante.

tiempo (un código medieval español, la Ley de Toro, que se aplicaba durante la colonia española en América, reconocía al menos siete tipos de ilegitimidad, incluyendo hijos naturales, los nacidos de curas, prostitutas, concubinas, uniones adúlteras y dos tipos de uniones incestuosas)<sup>20</sup>, pero, como regla general, los hijos naturales tenían significativamente más derechos que todos los otros ilegítimos, que se sostenía, eran productos de “punible y dañado ayuntamiento”. Quizás la evidencia más significativa sobre la distinción entre estas categorías es la diferencia en el precio para su dispensación por parte de la Corona Española: mientras la legitimación de un hijo natural costaba 5.500 reales de vellón, el *adulterino* de un padre casado pagaba 25.000 reales, y el *espurino* de un cura, 33.000 reales.<sup>21</sup> Otra fuente de diferenciación entre niños nacidos fuera del matrimonio era proporcionado por el reconocimiento, un procedimiento en que el padre o madre reconocían la paternidad o maternidad en el acta de bautismo del niño, en una declaración notarial, o en su testamento. El reconocimiento creaba determinados derechos y responsabilidades entre padres e hijos, y mejoraba el estatus social y civil de los ilegítimos, permitiéndoles recibir el apoyo y reconocimiento de sus padres y lo que sólo era técnicamente posible para los hijos naturales. En los códigos civiles del siglo diecinueve la distinción entre niños reconocidos y no reconocidos tendió a reemplazar distinciones más antiguas (*adulterinos* versus *espurios*, etc.), que estaban basadas en la identidad del progenitor y la naturaleza de la relación.<sup>22</sup>

Las disposiciones y posibilidades de la ley canónica y civil ofrecen un punto de partida para entender la ilegitimidad. Sin embargo las normas legales pueden indicarnos sólo de manera limitada las reales prácticas y actitudes populares respecto a la filiación. En las sociedades socialmente desiguales de la América Latina colonial y republicana, la gran mayoría de las personas nunca podrían haber aspirado a cargos de prestigio en el prelado y la burocracia civil en primer término. Incluso la discriminación en materia de herencias habría sido discutible para la mayoría que no tenía propiedad. Así, muchos aspectos de discriminación legal contra la ilegitimidad tenían poca importancia para la mayoría de las familias.<sup>23</sup> Más importante, la ley, que es por definición prescriptiva, refleja más bien lo que sus autores pretendían que lo que realmente era. Si queremos entender la importancia de la ilegitimidad en el día a día, debemos movernos más allá de la simple lectura de códigos legales y preguntar cómo eran éstos aplicados y qué prácticas informales existían a pesar de la ley.

<sup>20</sup> Mannarelli María Emma, ob. cit., pgs. 163-164.

<sup>21</sup> Martínez-Alier Verena citando a Konetzke en *Marriage, class and colour in nineteenth-century Cuba*, segunda edición, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1989, pg. 167.

<sup>22</sup> Por ejemplo el Código Civil chileno definía a un hijo natural no como a uno cuyos padres podían casarse sino como uno que había sido reconocido por un progenitor o progenitores.

<sup>23</sup> Una excepción a esta aseveración es el hecho que los hijos no reconocidos no tenían derecho a sustento económico de sus padres; tal discriminación habría afectado a los hijos dependientes de familias ricas y pobres por igual.



Por lo tanto, volvemos a nuestra pregunta original: ¿de qué forma determinaba la filiación a la experiencia?, ¿Eran las actitudes y prácticas populares siempre tan discriminatorias como el discurso oficial y la ley?. Tales preguntas no son fáciles de responder. Las actitudes del día a día, las prácticas y experiencias, especialmente aquellas que se refieren a la vida privada de la familia, están entre las dimensiones del pasado más difíciles de descubrir. La vida familiar raramente interceptaba con las funciones de registro de la iglesia y el estado. Para responder a estas preguntas es necesario revisar una gran variedad de fuentes documentarias. Por ejemplo, las actas de bautismo y posteriormente los registros civiles de nacimiento -que recogían la filiación del niño- dan alguna noción de los contornos de la filiación. Otra fuente de importancia son los testamentos, que contienen las disposiciones que los padres hacían para descendientes legítimos e ilegítimos. Adicionalmente, algunos casos judiciales, como los iniciados por hijos ilegítimos como Rodolfo, que buscaban probar sus orígenes, registran detalles de las vidas de estos individuos. Finalmente, instituciones sociales orientadas a los niños -especialmente hogares de expósitos, que existían a lo largo de América Latina, desde el período colonial hasta el siglo veinte- generaban registros que ofrecen un seguimiento de las trayectorias de las vidas de los hijos ilegítimos. En conclusión, estos documentos nos entregan una ventana para conocer las vidas de los hijos ilegítimos y sus familias.

### 3. HIJOS ILEGÍTIMOS Y SUS FAMILIAS

La experiencia de ilegitimidad estaba fuertemente influenciada por la naturaleza de la familia en la cual un niño nacía. Pero, ¿qué tipo de familias daban pie para nacimientos fuera del matrimonio? ¿Qué tipo de relaciones entre hombres y mujeres producían hijos ilegítimos?. Una categoría de relaciones sociales que estaba asociada con la filiación ilegítima tenía sus raíces en la doctrina de la limpieza de sangre y la cultura del honor referida previamente: la filiación ilegítima es el resultado de las uniones entre hombres y mujeres consideradas social o racialmente desiguales. Desde el comienzo de la conquista colonial los hombres ibéricos formaban relaciones con mujeres indígenas o africanas, pero debido a los prejuicios sociales y raciales, al auto interés económico e incluso a las prohibiciones legales, jamás las desposaban.<sup>24</sup> Los niños nacidos de estas uniones eran ilegítimos y de identidad racial mixta. Por lo tanto, en el imaginario colonial, la ilegitimidad era inseparablemente identificada con la mezcla racial de manera tal que los ilegítimos y las personas de raza mixta eran consideradas de categorías virtualmente intercambiables. Tal como un obispo de Huamanga, Perú, declaró, que “lo más

<sup>24</sup> Al final del período de la colonia española, la desaprobación cultural de matrimonios desiguales fue incorporada a la ley. La Royal Pragmatic on Marriage, que entró en vigencia en las colonias españolas en 1778, daba a los padres un poder sin precedentes para controlar el matrimonio de sus hijos.

común es que tales mestizos sean ilegítimos”.<sup>25</sup> El antiguo cabildo de Caracas, Venezuela, definió la categoría racial de *pardos* de la siguiente manera: “son descendientes de esclavos, su filiación es ilegítima, y tienen sus orígenes en la unión de hombres blancos con negras”.<sup>26</sup> En otras palabras, la identidad racial y el estatus de nacimiento eran entendidas como inextricablemente relacionadas.

El concubinato racialmente mixto era, quizás, especialmente común en las sociedades de esclavos. Estudios del Brasil colonial y la Cuba del siglo diecinueve, por ejemplo, revelan que los hombres blancos establecían, sin mayores problemas, relaciones con mujeres de color, libres o esclavas, y tenían hijos con ellas. Sin embargo rara vez se casaban con ellas y es más, era probable que se casaran y engendraran hijos con una pareja blanca, al mismo tiempo o después.<sup>27</sup> ¿Qué pasaba con la prole de estas uniones desiguales?. Podemos imaginar que dichos niños marcados por el estigma de pertenecer a una raza mixta y tener un estatus social inferior desde el nacimiento, habrían tenido un menor derecho a exigir bienes materiales y afecto de sus padres. Se sigue, por lo tanto, que los niños producto de uniones racial o socialmente desiguales estaban entre los más vulnerables de los ilegítimos. El testamento -del siglo diecisiete-, de Francisco Arce de la Parra, un comerciante soltero originario de Madrid y que residía en Lima, revela cómo la raza influenciaba en su actitud como padre. Arce de la Parra reconoció a cuatro hijos ilegítimos en su testamento, claramente mantenía relaciones cercanas con todos ellos, nombrando a uno como albacea del testamento, dejándole una dote a cada una de sus dos hijas y especificando cuidadosamente que además de la herencia en dinero, su hijo menor, que tenía catorce años y vivía con él debía recibir “un pabellón de la cama en que duermo y toda su ropa y una [sic]cuatro camisas mías y quatro calzones blanco [sic]”, objetos de valor simbólico que expresaban afecto paternal hacia el joven. Arce de la Parra identificó a las tres madres de estos cuatro hijos por nombre y especificó que eran todas solteras. Sin embargo luego repudió expresamente la paternidad de otros dos hijos. A pesar de que una mulata llamada Felipa de Montoya le atribuía la paternidad de su hijo Josephe, el testador declaró: “ni lo es ni lo reconozco por tal”. También negó la paternidad de un mestizo de seis o siete años de edad, Ugenio, que había vivido brevemente en su casa.<sup>28</sup>

Sea que Arce de la Parra haya estado diciendo la verdad o no, el hecho que precisara la raza inferior de las madres e hijos a los que se negó a reconocer, en

<sup>25</sup> Castañeda Paulino, ob. cit., pg. 235.

<sup>26</sup> Martínez-Alier Verena, ob. cit., pg. 167. Aunque la cita original es en español, aparece traducida al inglés en el libro.

<sup>27</sup> Martínez-Alier Verena, ibid., 1989; Nazzari Muriel, *Concubinage in colonial Brazil: The inequalities of race, class, and gender in Journal of Family History*, N° 21, 1998, pgs., 107 y sgtes.

<sup>28</sup> Mannarelli María Emma, ob. cit., pgs. 177-178.

contraste con su silencio acerca del status racial (presumiblemente blancos) de los hijos que sí reconoció, sugiere la importancia de la identidad racial en la relación de un padre con un descendiente ilegítimo.<sup>29</sup> Ciertamente, las autoridades encargadas de monitorear la moralidad fomentaban ese tipo de comportamiento. Mientras la Iglesia colonial brasileña aconsejaba el matrimonio como una manera de resolver el estado pecaminoso de concubinato, cuando se enfrentaba a la realidad de uniones interraciales ignoraba sus propias enseñanzas y exhortaba a los pecadores a separarse inmediatamente, una política que de manera casi segura traía consecuencias negativas para los niños que la pareja podría tener. En 1779, una Corte Eclesiástica acusó a Miguel Raposo, un teniente de Guarulhos, un pueblo en Sao Paulo, Brasil, de vivir en concubinato con su esclava Quitéria. La pareja había estado junta por más de quince años y tenía cinco hijos, a los cuales Raposo había reconocido. Sin embargo, el tribunal le ordenó vender a Quitéria; lo que sucedió con ella y los hijos de la pareja se desconoce, pero para el tribunal la necesidad de terminar esta relación pecaminosa predominó por sobre los dictados de la responsabilidad paterna o el bienestar de los hijos.<sup>30</sup> Los hombres blancos en el Brasil colonial rara vez reconocían a sus hijos ilegítimos de color, e incluso cuando lo hacían los tribunales eran renuentes a entregarles a estos descendientes la herencia que les correspondía.<sup>31</sup>

Tales patrones selectivos de reconocimiento y la aceptación de niños ilegítimos por parte de los padres, basado en el status (inferior) de las madres perduraron hasta el siglo veinte, e involucraban no sólo la raza sino que también la posición social. Un doctor chileno muy conocido, que dirigía el orfanato de Santiago, en 1920, deploraba a las mujeres ricas que forzaban a sus empleadas a abandonar a los bebés que tenían con los hijos de la casa. Describía como, tejiendo una sarta de mentiras sobre la identidad del bebé, la típica dueña de casa recurriría a un orfanato para deshacerse de “un nieto que la avergüenza y que en su interior ella maldice”.<sup>32</sup> Incluso cuando las relaciones sexuales y afectivas entre hombres y mujeres rutinariamente cruzaban los distintos segmentos raciales, étnicos, de estatus y clase que dividían a las sociedades latinoamericanas, las reglas sociales y legales de endogamia (el principio de casarse con un igual) perduraban, aumentando la cantidad de niños ilegítimos y contribuyendo a la marginación social de estos individuos.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Mannarelli, María Emma, *ibid.*, pg. 178.

<sup>30</sup> Nazzari, Muriel, *Concubinage*, ob. cit., pg. 6.

<sup>31</sup> Silva María Beatriz Nizza da, *Vida privada e cotidiano no Brasil: na época de D. Maria I e D. João VI*, Editorial Estampa, Lisboa, 1993, pgs. 194-195.

<sup>32</sup> Calvo Mackenna Luis, *La profilaxia del abandono del niño y el Servicio Social en Servicio Social*, Año II, tomo I, 1928, pgs. 200 y sgtes.

<sup>33</sup> Nazzari Muriel, *Concubinage*, ob. cit., discute la idea de que las normas endogámicas contribuyeran a las ilegitimidad.

#### 4. LOS HIJOS DE UNIONES CONSENSUALES

Pero de ninguna manera se puede decir que el concubinato siempre involucrara uniones social o racialmente desiguales. La unión consensual de parejas que vivían juntas “como casados”, como lo expresaban usualmente los documentos de la época, era una institución muy común y duradera, que tenía sus raíces en la tradición ibérica medieval.<sup>34</sup> Por ejemplo, los primeros códigos legales ibéricos reconocían y permitían las uniones consensuales, definiéndolas como inferiores al matrimonio pero concediendo determinados derechos y obligaciones a los concubinos y sus hijos, lo que las diferenciaba de la práctica de uniones más casuales.<sup>35</sup> Los códigos latinoamericanos nunca llegaron tan lejos, pero de todas formas estas uniones existieron en todos los niveles de la jerarquía social, a pesar que eran más comunes entre las no élites. En América Latina, muchas parejas no podían o no querían, por un gran número de razones económicas, sociales o personales, formalizar la unión. Crisis periódicas, que constituían un aspecto estructural de la economía en muchos lugares, hacían difícil asegurar los prerrequisitos económicos del matrimonio, como la dote. Incluso las ceremonias de matrimonio (ya fueran eclesiásticas o, después del siglo diecinueve, civiles) implicaban gastos significativos y a veces prohibitivos. Los habitantes de fines de siglo en Bogotá podían tener que pagar por sobre los 14 pesos para casarse, cuando tres cuartos de los hogares de la ciudad tenían ingresos de 4 a 15 pesos anuales.<sup>36</sup> En todo caso, las personas que no tenían propiedad habrían tenido pocos incentivos para legitimar sus uniones por razones testamentarias. Aún más, el hecho que los hijos naturales poseyeran determinados derechos de herencia, y que los hijos legitimados disfrutaran de iguales derechos de herencia que sus hermanos legítimos, implicaba que en algunos casos esto fuera un incentivo débil para casarse, incluso para aquellos que tenían bienes materiales.<sup>37</sup>

Adicionalmente, la relativa debilidad de la Iglesia Católica, tanto en la época colonial como en los estados republicanos, especialmente en áreas rurales remotas, impedía los intentos de imponer la moralidad dominante a un pueblo travieso.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Observe que la noción de “unión consensual” pone al concubinato entre personas pertenecientes a un mismo grupo social en un grupo distinto al de las uniones desiguales sobre las que se discute más arriba; las últimas no necesariamente, o en lo absoluto, son “consensuales”.

<sup>35</sup> Elizarrás Rendon Delfino, *El problema jurídico del concubinato*, Tesis de la carrera de derecho, Universidad Autónoma de Méjico, Ciudad de Méjico, 1951, capítulo N° 2.

<sup>36</sup> Dueñas Vargas Guiomar, *Los hijos del pecado: ilegitimidad y vida familiares la Santafé de Bogotá colonial*, Editorial Universidad Nacional, Bogotá, 1997, pgs. 165-167.

<sup>37</sup> En otras palabras, como señala Lewin (ob. cit.), desde el punto de vista del derecho sucesorio, el matrimonio no era técnicamente obligatorio dado que a lo menos bajo algunas circunstancias, las uniones ilegítimas podían producir herederos.

<sup>38</sup> Potthast-Jutkeit Barbara, *The ass of a mare and other scandals: Marriage and extramarital relations in nineteenth-century Paraguay* en *Journal of Family History*, N° 16, 1991, pgs. 215 y sgtes.

La evidencia indica que existían códigos morales populares frente a las uniones consensuales y nacimientos fuera del matrimonio, que eran distintos de aquellos defendidos por la Iglesia y el Estado. En el período colonial, las personas eran procesadas por la Inquisición por hacer declaraciones blasfemas, como las de Gaspar Fernández y Belchior Preto, quienes fueron llevados ante la Inquisición de Pernambuco, Brasil, en 1590 por señalar que “dormir con una mujer negra o soltera no era un pecado mortal”.<sup>39</sup> Asimismo, un historiador<sup>40</sup> ha encontrado que mientras la ilegitimidad se volvió progresivamente común en las pampas de la Provincia de Buenos Aires, a inicios de 1800, la gente dejó de usar términos condenatorios como “relaciones ilícitas” o “amistad ilícita” para describir las relaciones extramaritales, y comenzó a usar términos como “vivir juntos” o “nos juntamos”. Un lenguaje neutral, sin implicancias valóricas, sugiere que las personas habían empezado a atribuirle una legitimidad moral a dichas uniones. De nuevo las reglas populares en dichas ocasiones parecen ser impresionantemente independientes de las creencias oficiales y de la elite respecto al honor, sexualidad y filiación legítima.

Si sus padres los reconocían, permanecían juntos y posteriormente no engendraban hijos legítimos, los hijos nacidos de uniones estables y consensuales, a pesar de ser técnicamente ilegítimos, probablemente permanecían mayormente sin sentir los efectos de haber nacido fuera del matrimonio. Crecerían con padres, hermanos y otros miembros de la familia y probablemente usaban tanto el apellido del padre como de la madre. Finalmente, si los padres tenían algo que dejarles, ellos no competirían con los derechos superiores de hermanos o medios hermanos legítimos. Mientras su filiación puede haberlos expuesto a algún grado de estigmatización social, los ejemplos de la Inquisición brasileña y de las pampas del siglo diecinueve sugieren que dichos prejuicios no existían en todas partes y entre todos los grupos sociales.

Tenemos un retrato de dicha familia en Santiago de Chile en 1902. La familia de Tránsito X y Rafael X y sus siete hijos fueron objeto de la “Monografía de una Familia Obrera”, un estudio sociológico llevado a cabo por dos estudiantes universitarios<sup>41</sup> interesados en la naturaleza de la pobreza urbana. Al momento del estudio, Tránsito y Rafael habían estado juntos por más de veinte años y habían tenido más de doce hijos, cinco de los cuales habían muerto. Cuando se les preguntó

<sup>39</sup> Schwartz Stuart, *Pecar en las colonias. Mentalidades populares, Inquisición y actitudes hacia la fornicación simple en España, Portugal y las colonias americanas en Cuadernos de Historia Moderna*, 1997, pg. 65. Obviamente el hecho que ambos pusieran a mujeres negras y solteras en la misma categoría ilustra totalmente el rol de la raza en el delineamiento de los parámetros de éstas prácticas. Asimismo, la referencia a mujeres solteras sugiere que engendrar hijos naturales con una mujer no casada es aceptable, mientras que engendrar adulterinos con una casada no lo es.

<sup>40</sup> Moreno José Luis, ob. cit., pgs. 73-74.

<sup>41</sup> Errázuriz Tagle Jorge y Guillermo Eyzaguirre Rouse, *Estudio Social. Monografía de una familia obrera en Santiago*, Imprenta Barcelona, Santiago, 1903.

por qué nunca habían formalizado su unión, la pareja explicaba que tales medidas sólo eran necesarias para “las personas con bienes de fortuna para poder testar.” Al no tener bienes, Tránsito y Rafael tenían pocos incentivos para casarse y sus hijos consecuentemente eran ilegítimos. Sin embargo, en este caso, es claramente la pobreza extrema en que nacieron y fueron criados los hijos de la pareja y no su filiación, lo que determinaba la base de sus posibilidades de supervivencia, el curso de sus vidas y sus expectativas futuras.

Es imposible determinar cuán comunes eran históricamente dichas uniones ni qué proporción de niños ilegítimos crecían en dichas familias. Lo que sí es claro es que no todas las uniones consensuales y quizás relativamente pocas, eran tan duraderas como la de Tránsito y Rafael. Por razones que varían de lugar en lugar, las relaciones entre hombres y mujeres en muchas sociedades latinoamericanas, en particular entre los que no son de elite, se caracterizaban por su inestabilidad. Sucintamente, era difícil establecer y mantener una unión doméstica perdurable. Mientras es imposible hablar de casos “típicos” cuando se está lidiando con un grupo tan diverso de sociedades a lo largo de siglos, la experiencia de Narcisca Checa y Juan López, que vivían en las pampas de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, a comienzos del siglo diecinueve, puede al menos ser mirada como ilustrativa de los patrones de flujo que caracterizaban las relaciones de género y formación familiar en muchas sociedades latinoamericanas. Siendo joven, Checa había enviudado y quedado con niños a los cuales mantener con sus pobres ganancias como costurera. Tuvo relaciones con varios hombres, pero finalmente conoció a Juan López, que, en sus palabras: “resultó a pasar a vivir yo con ella y entablar amistad”. La pareja acordó que mientras López permaneciera con Checa, él contribuiría al arriendo de la granja y proveería para “la subsistencia suya, de un hijo espurio, dos naturales que tiene a su lado o tenía en aquella época”.<sup>42</sup> La pareja vivió junta por un período no determinado de tiempo, pero en algún momento López se fue, dejando a Checa y sus hijos detrás. Parece razonable pensar que él no sería su última pareja.<sup>43</sup> Como muestra la historia de la pareja, las familias que no pertenecían a la elite era instituciones intensamente mutables, dejando y ganando miembros permanentemente. Los hombres hacían fugaces apariciones en las familias, sólo para volver a desaparecer, como en este caso; en otras instancias, las mujeres disolvían sus hogares para volverse empleadas puertas adentro, con la expectativa de reestablecerlo cuando pudieran y en una práctica que será discutida

<sup>42</sup> Que López distinga entre los hijos naturales y espurios de Checa sugiere que en este contexto particular la distinción era importante no sólo para la ley sino que también para las actitudes populares. El hijo espurio a quien se refiere podría ser el hijo de un cura o, lo más probable, de una relación adúltera (el término “espurio” en este caso seguramente incluye todas las uniones en que los padres eran solteros y podían casarse). Los hijos naturales presumiblemente nacieron una vez que Checa ya había enviudado.

<sup>43</sup> Moreno José Luis, ob. cit., pg. 76. La historia de la pareja fue registrada en los archivos judiciales cuando Checa presentó una demanda contra López para recibir sustento económico de él.

más adelante, los hijos nacidos, eran enviados a otros hogares para ser criados, o eran abandonados en orfanatos, para reclamarlos subsecuentemente si las circunstancias lo permitían.

Tal inestabilidad era en muchos lugares el resultado de la permanente migración. En el Brasil colonial, por ejemplo, la migración masculina a las áreas mineras, las excursiones de *bandeirantes* (grupos cuasi militares que penetraban las tierras no pobladas en busca de indios y oro) y el temido servicio militar contribuían a la movilidad de la población y la dificultad de establecer uniones familiares.<sup>44</sup> La migración podía provocar notables desbalances sexuales en la población. En muchos casos, las mujeres migraban a la ciudad para encontrar trabajo como empleadas domésticas, produciendo un “excedente demográfico” de mujeres en los centros urbanos, como en Guadalajara, Méjico, durante el siglo diecisiete, a fines de la época colonial en Bogotá (Colombia) y Sao Paulo (Brasil) o Santiago (Chile) y Asunción (Paraguay) en el siglo diecinueve. Al mismo tiempo, las áreas agrícolas y mineras atraían la labor masculina, de manera tal que los mercados laborales mantenían a hombres y mujeres en órbitas separadas. Adicionalmente, en algunos momentos, altos porcentajes de mortalidad entre los hombres, generalmente producto de las guerras, habrían contribuido a estas tendencias.

## 5. LOS HIJOS DE FILIACIÓN ILEGÍTIMA Y LAS FAMILIAS MATRIFOCALES

El resultado de estas realidades era que muchos niños crecían en hogares centrados en las madres, en que las mujeres eran autoridades permanentes y quienes traían los ingresos para alimentar a la familia. Una indicación de la importancia secundaria de los padres, es el bajo porcentaje de reconocimiento por su parte de hijos ilegítimos. Como se dijo previamente, el reconocimiento de los hijos ilegítimos era un acto que les daba más derechos legales y civiles. Pero también era un acto con mucha importancia cultural, porque al reconocer a los hijos los padres aceptaban obligaciones materiales, sociales y afectivas para con ellos. El estudio de María Mannarelli<sup>45</sup> de los registros de bautismo en Lima, Perú, durante el siglo diecisiete, muestra que casi un tercio de los niños ilegítimos eran reconocidos por ambos padres al momento de nacer, pero el cuarenta por ciento adicional era reconocido sólo por sus madres; en el dieciséis por ciento de los casos ninguno de los padres reconocía al niño, y en el tres por ciento de los casos únicamente el padre reconocía al hijo. Al mismo tiempo, miles de registros de bautismo de fines de siglo diecinueve en Chile muestran sólo a un padre que reconocía a su hijo al momento del nacimiento; claro que los niños pueden haber

<sup>44</sup> Silva María Beatriz Nizza da, ob. cit.

<sup>45</sup> Mannarelli María Emma, ob. cit.

sido reconocidos más adelante, e incluso padres que nunca los reconocían pueden aun así haberlos querido y cuidado.

Tales patrones tenían importantes consecuencias en la identidad étnica y social de los niños ilegítimos. En Bogotá, Colombia, en la época colonial, donde la mayoría de los niños nunca fueron reconocidos por sus padres, se les asimilaba más con la comunidad, familia, grupo étnico y raza de la madre. En Colombia, como en otras partes, los ilegítimos adquirían la clase social de la madre, sin importar la posición socioeconómica del padre.<sup>46</sup> Las familias encabezadas por mujeres eran casi igual de similares en Sao Paulo, Brasil, durante el siglo diecinueve. Ahí, a pesar que las relaciones entre hombres y mujeres eran por definición pasajeras, las familias extendidas, compuestas por mujeres viejas, sus hijas y nietos, entregaban alguna medida de continuidad y estabilidad a la organización doméstica. Era en este ambiente familiar centrado en las mujeres que muchos niños ilegítimos eran criados.<sup>47</sup> Los comentaristas de la elite social tendían a asociar las familias encabezadas por mujeres -y los hijos criados en estos hogares- con desorden, flojera y delincuencia. Así opinaba Don Manuel Samper Sanzo, un abogado de la Real Audiencia de Santafé de Bogotá en 1791: “con el motivo de ser los hijos legítimos criados con padre y madre, serán más bien educados, subordinados y aplicados al trabajo”.<sup>48</sup> Tales ideas eran impresionantemente persistentes. En 1929, en un artículo sobre “las deficiencias del hogar, como factor de delincuencia de menores”, un jurista chileno y Juez de Menores declaró que “la autoridad, el padre suele ser indispensable para dirigir la conducta de los hijos y con frecuencia la debilidad de la madre es impotente para suplirla”.<sup>49</sup> Tales dudas sobre las madres también estaban en la ley. A través de la doctrina de la patria potestad, los padres ejercían control exclusivo sobre los hijos legítimos, controlando su propiedad, educación y transacciones legales. Sin embargo no tenían patria potestad sobre los hijos ilegítimos. Pero la ley tampoco le otorgaba patria potestad a las madres de los niños ilegítimos. Entonces, de acuerdo a la ley, las madres que criaban a niños ilegítimos eran esencialmente guardadoras, no progenitoras, de sus hijos.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Dueñas Vargas Guiomar, ob. cit.

<sup>47</sup> Dias María Odila Silva, *Power and everyday life: The lives of working women in nineteenth-century Brazil*, New Brunswick: Rutgers University Press, 1995, capítulo 6°.

<sup>48</sup> Dueñas Vargas Guiomar, ob. cit., pg. 155.

<sup>49</sup> Gajardo Samuel, *Las deficiencias del hogar como factor de delincuencia de menores en Servicio Social II*, 1929.

<sup>50</sup> La situación perduró en muchos países hasta el siglo veinte, cuando a las mujeres solo gradualmente se les fue dando igual autoridad sobre sus hijos. Aún cuando a las mujeres se les otorgaba igual autoridad sobre los hijos legítimos, a ninguno de los padres, necesariamente, se les otorgaba patria potestad respecto de los ilegítimos. Una importante, pero parcial, excepción a esta tendencia es Méjico, donde los Códigos Civiles de 1870 y 1880 otorgaron patria potestad a las mujeres respecto de hijos naturales (aunque ningún otro tipo de ilegítimos), dependiendo de su buen comportamiento. Arrom Silvia, *Changes in Mexican family law in the nineteenth century: The Civil Codes of 1870 and 1884* en *Journal of Family History* 10, 1985, pgs., 305 y sgtes. No es claro, sin embargo, cómo estos cambios afectaron a tales familias y sus prácticas. Sobre patria potestad en Argentina en el siglo diecinueve ver Guy Donna, *Low-class families, women and the law in nineteenth-century Argentina* en *Journal of Family History* 10, 1985, pgs. 305-317.



La falta de reconocimiento legal de la autoridad materna traía importantes consecuencias para los hijos ilegítimos sobre los cuales las madres ejercían una custodia de facto. En sociedades que valoraban el trabajo infantil, tales disposiciones hacían posible remover a los ilegítimos del control de sus madres y por lo tanto eran más fáciles de explotar. El informe de un oficial del siglo diecinueve refleja las demandas que las autoridades públicas podían hacer sobre niños ilegítimos de madres solteras "...se me ha ordenado a mí y los demás de mi clase procedamos a hacer indagaciones sobre todas aquellas mujeres vagas que viven en nuestro distrito sin tener de qué subsistir; principalmente aquellas que se encuentran públicamente en ilícita amistad y cargadas de hijos ilegítimos...el subdelegado...ordena que los hijos de aquellas mujeres...se pongan en depósito en casas de personas de consecuencia..."<sup>51</sup> Mientras tanto, los archivos judiciales dan evidencia de que la custodia de las madres solteras era pugnada no solo por la autoridad pública sino que también por particulares. En el pueblo provincial de San Felipe, Chile en 1898, Secundina Brito puso a su hija ilegítima de quince años de edad, María del Rosario, como sirvienta en la casa de Paulina Carrasco para que aprendiera algunas habilidades domésticas. Carrasco debía pagarle a su hija cuatro pesos mensuales, darle aumentos periódicos, permitirle visitas a la madre cuando quisiera y "cuidarla i atenderla como corresponde a la niña de quince años que por primera vez deja su hogar para desempeñar un destino."

La práctica de poner a niños como sirvientes en las casas de otras personas era común, especialmente entre familias cuya situación económica hacía difícil mantener a sus hijos. Pero en este caso, el acuerdo rápidamente fracasó: Brito declaró que Carrasco no le había pagado a la niña el estipendio acordado, había fallado en atenderla y mantenerla fuera de problemas y lo peor de todo, "me ha privado del prestigio i de autoridad de madre", al incitarla a la desobediencia. Brito buscó volver a ganar custodia sobre su hija, pero Carrasco la rechazó (AJSF).<sup>52</sup> Tales disputas eran frecuentes a fines del siglo diecinueve y principios del siglo veinte en Chile y es muy decidor que la mayoría de las veces involucraran a niños ilegítimos. Aún más explícitamente, acusado que se oponía al intento de una mujer de recuperar a su hijo de cinco años de edad de su cuidado concedió que "el niño es hijo de la demandante", pero después desafió su demanda agregando "pero que no es legítimo" (AJL).<sup>53</sup>

El patrón se repite en otras partes. En una municipalidad en el noroeste de Brasil durante el siglo diecinueve, la abolición gradual de la esclavitud hizo que el trabajo

<sup>51</sup> Salazar Gabriel, *Labradores, peones y proletarios*, Ediciones Sur, Santiago, Chile, 1985, pgs. 289-290.

<sup>52</sup> Archivo Judicial de San Felipe, Chile. El expediente judicial está incompleto, y no sabemos si Brito pudo recuperar o no a su hija. *Secundina Brito contra Paulina Carrasco*, 1899, caja 115.

<sup>53</sup> Archivo del Juzgado de Letras de Menor Cuantía de Linares, Chile, *Melinda Vásquez con Ropajito Astudillo por entrega de un niño*, 1925, legajo 301, expediente 41.

de los “huérfanos”, esto es, niños sin padre, se volviera cada vez más importante. A tales niños se les asignaban guardadores que estaban encargados de cuidar su bienestar y a cambio podían beneficiarse del trabajo del menor; de acuerdo a la ley, solo las viudas que vivían vidas moralmente correctas tenían la custodia de sus hijos a los que les faltaba un padre. A las madres solteras, cuya moralidad era por definición sospechosa, se les podía negar automáticamente la guarda de sus hijos. En un período de mucha demanda laboral, los potenciales guardadores-empleadores tenían altos incentivos para impugnar la moralidad de las mujeres solteras y de esa manera lograr tener acceso a sus hijos.<sup>54</sup> De esa manera, los hijos ilegítimos eran un objetivo fácil para aquellos que buscaban explotar su trabajo dada la falta de reconocimiento legal y social de la autoridad de las madres sobre ellos.

Finalmente, si las madres eran consideradas una influencia inmoral para sus hijos, existía también una creencia paralela de que los hijos ilegítimos eran también, de alguna manera, una mala influencia para sus madres. Algunas organizaciones de caridad que trabajaban en la moralización de los pobres, por ejemplo, creían que era necesario remover los frutos de una relación pecaminosa para poder rehabilitar a las madres. Esta podía ser una razón para mandar a los niños ilegítimos a orfanatos, algunas veces en contra de la voluntad de las madres. “La salvación de la madre depende de la colocación de estos niños”, escribió el miembro de una de las organizaciones a las monjas de la casa de expósitos en Santiago, Chile.<sup>55</sup> En términos aun más severos, otro declaró, “le mando la niña Rejina del Carmen... Hija de Rosalía muchacha mui joven que ha sido necesario quitársela a su madre, por ser la causa de su perdición”.<sup>56</sup> En este discurso, los hijos ilegítimos no sólo eran producto del pecado, sino que también su existencia lo fomentaba

## 6. “MANDAR A CRIAR”: LA CIRCULACIÓN DE HIJOS ILEGÍTIMOS

Pero la separación de hijos ilegítimos y sus madres no era siempre tan evidentemente coercitivo. A muchas madres solteras les era imposible o no estaban dispuestas a cuidar a sus hijos debido al estigma, la pobreza o sus necesidades de ganar dinero. En este caso, podían participar de una práctica cultural cuyas raíces se encuentran muy atrás en la cultura occidental, dejando de manera temporal o permanente a sus hijos para que fueran criados por otra persona. La madre dejaba al hijo con un vecino, amigo, pariente e incluso un perfecto extraño, por un tiempo determinado (por ejemplo, hasta el destete) o indefinidamente y generalmente por

<sup>54</sup> Mezner Joan, *Orphans and the transition to free labor in northeast Brazil: The case of Campina Grande, 1850-1888* en *Journal of Social History* 52, 1994, pgs. 499 y sgtes.

<sup>55</sup> Libros de Entradas, Card, M.M. Larraín, 1896, número 11987.

<sup>56</sup> Libros de Entradas, Letter, Magdalena Márquez, 1909, número 6734.

un precio. Mientras presumiblemente cualquier niño puede haber sido criado bajo esas circunstancias, la evidencia sugiere que la práctica era especialmente común con niños ilegítimos, que vivían en hogares desproporcionadamente pobres, encabezados por mujeres sin posibilidades de mantenerlos y que en algunos círculos sociales eran objeto de estigmatización. Cuando Luis Alberto Acevedo murió a la edad de cinco años en una comunidad rural de Chile en 1885, estaba siendo criado por Paulina Liberona, la mujer de un agricultor inquilino que tenía cuatro hijos grandes y varios nietos propios. Ella identificó al niño como el “hijo ilegítimo de Rozenda Acevedo, que lo envié para ser criado hace cinco años, dejando un año de pago anticipado y después nunca más la vi”.<sup>57</sup> Mientras Luis Alberto nunca conoció a su madre, otros padres mantenían conexiones con sus hijos y eventualmente los reclamaban.

Los niños chicos como Luis Alberto primero eran enviados a ser amamantados. Los que eran un poco más grandes eran colocados en hogares con el propósito de ser “educados” o para trabajar como sirvientes (actividades que eran generalmente sinónimos). El estatus de los niños criados en tales familias era ambiguo. En el mejor de los escenarios, eran adoptados en las familias como hijos e hijas. Tal fue el caso de Ignacia Naranjo, a quien Tránsito Figueroa recordó en su testamento de 1851: “Declaro que en atención al amor i cariño que le he tenido i tengo a la joven Ignacia Naranjo, muchacha que he criado desde su tierna infancia... ordeno a mi albacea que después de mi fallecimiento le dé a la citada Naranjo la cantidad de treinta pesos de plata, una batea, tres o cuatro planchas i una imagen del Tránsito”.<sup>58</sup> Pero también pueden haber sido incorporados a estas familias “adoptivas” como sirvientes, a veces para toda la vida. Abundan documentos de archivo en los cuales gente joven se refiere a las personas que los criaron desde la infancia no como “mamá” y “papá” sino que como “patrón” y “patrona”.<sup>59</sup> Al otro lado de la jerarquía social, algunos padres de elite, como los de Lima en el siglo diecisiete y Brasil en el siglo dieciocho, anónimamente “abandonaban” a sus propios hijos ilegítimos dejándolos con parientes para poder esconder nacimientos fuera del matrimonio y poder salvar su honor. Si mantenían compostura en su comportamiento, incluso podían lograr mantener contacto con los niños, los que eventualmente crecían sin saber su verdadero origen. Los padres de tales niños podían subrepticamente ser sus padrinos y “recibir” a sus hijos ilegítimos ocultando su identidad de padre

<sup>57</sup> Archivo Judicial de Rancagua, Chile. *Indagación sobre la muerte de un niño encontrado en el canal Rafaelino [?] en Codigua*, 1885, legajo 911, expediente 490.

Cita original en inglés. N. de la T.

<sup>58</sup> Archivo Notarial de Santiago, Chile, 1851, vol. 51, foja 53.

<sup>59</sup> Szuchman Mark D., *Order, family, and community in Buenos Aires, 1810-1860*, Stanford University Press, Stanford, 1988. De acuerdo a este autor el trabajo infantil de este tipo también era general a principios del siglo diecinueve en Buenos Aires.

biológico y llamándolos niños expósitos.<sup>60</sup> Tales subterfugios eran plausibles precisamente porque era tan común para los hogares criar a niños abandonados o sin ningún parentesco. La circulación de niños ilegítimos, entonces, era una práctica generalizada, tanto en las casas más pobres y la más ricas participaban. Generalmente los niños “mandados criar” cruzaban fronteras de clase y étnicas; tal fue el caso de Rodolfo (cuya historia se cuenta al principio de este artículo), que nació en una familia acomodada pero pasó por casas de variados estratos sociales e identidades étnicas a lo largo de su niñez. Los niños también podían circular hacia arriba, como cuando niños pobres eran recibidos en casas ricas como un acto de caridad. Los hogares extendidos y patriarcales de la tradición ibérica, “entidades inclusivas” que asimilaban una gran variedad de individuos, estaban singularmente apropiadas para dichas eventualidades.<sup>61</sup> Quizás la más típica casa patronal eran las plantaciones de azúcar del noreste de Brasil, descritas por Gilberto Freyre, que absorbían a grandes números de dependientes, incluyendo niños ilegítimos, abandonados y adoptados (categorías que generalmente se topaban), parientes pobres, sirvientes y esclavos. En dichas plantaciones, los niños abandonados o ilegítimos podían crecer y convertirse en *agregados*, residentes permanentes que eran integrados a la fuerza paramilitar del dueño de la plantación, o se les daba un trabajo que no podía ser confiado a los esclavos.<sup>62</sup>

Finalmente, sin embargo, la circulación de niños ilegítimos no era simplemente una costumbre informal, privada entre hogares. También estaba institucionalizada una práctica pública fomentada por la iglesia y el estado a través de las casas de expósitos en funcionamiento. Vastas cantidades de niños eran internados en asilos para huérfanos (por ejemplo, uno de cada diez niños nacidos a fines de siglo en Santiago eran enviados al orfanato más grande de la ciudad).

Y mientras los niños legítimos también podían ser abandonados, la mayoría -algunas veces la vasta mayoría- de niños dejados en estas instituciones nacían fuera del matrimonio, por la misma razón que los niños ilegítimos formaban una desproporcionada parte de los “mandados criar” (en la casa de expósitos de Santiago, más del 80 por ciento de los niños eran ilegítimos).<sup>63</sup> Pero quizás la

<sup>60</sup> Ver los fascinantes casos de fines de la época colonial discutidos en Nazzari Muriel, ob. cit. Este patrón también es discutido para Brasil por Silva María Beatriz Nizza da, ob. cit. y para Lima colonial por Mannarelli María Emma, ob. cit. Twinam Ann, ob. cit., da muchos ejemplos de subterfugios creativos utilizados por la elite colonial.

<sup>61</sup> Schwartz James Lockhart y Stuart B., *Early Latin America. A History of colonial Spanish America and Brazil*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pg. 7.

<sup>62</sup> Freyre Gilberto, *The masters and the slaves. A study in the development of Brazilian civilization*, Alfred A. Knopf, New York, 1956 [1933]; Mesgravis Laima, *A assistência à infância desamparada e a Santa Casa de São Paulo: A roda das expostos no século XIX* en *Revista de Historia*, Nº 52, 1975, pg. 405.

<sup>63</sup> Delgado Valderrama Manuel, *Marginación e integración social en Chile. Los expósitos, 1750-1930*, Tesis de Magíster, Instituto de Historia, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1986; Salinas Meza René, *Orphans and family disintegration in Chile: The morality of abandoned children, 1750-1930* en *Journal of Family History*, Nº 16, 1991, pgs. 315-329. La proporción de niños ilegítimos en instituciones brasileñas era considerablemente más bajo, Marcílio María Luisa, *Historia social da criança abandonada*, Editora HUCITEC, São Paulo, 1998.

estadística más impresionante de todo es la tasa de mortalidad de tales instituciones. Para citar datos de fines del siglo diecinueve en Santiago nuevamente, la tasa de mortalidad de niños pequeños dejados en la institución habitualmente superaban el 80 por ciento y en un año particularmente malo, 1892, alcanzaron un impresionante 97 por ciento.<sup>64</sup> Por lo tanto, el abandono en un asilo y la muerte prematura que tenía como consecuencia en muchas de estas instituciones, se tornó un destino común para muchos niños ilegítimos en muchas ciudades de América Latina después del siglo dieciocho.

## 7. ILEGITIMIDAD Y JERARQUÍA SOCIAL

Todos estos mecanismos -sea crianza remunerada por mujeres pobres, crianza en la casa de vecinos o parientes como “huérfanos anónimos”, incorporación a hogares grandes y extendidos como *agregados*, o abandono a una casa de expósitos- permitía la asimilación de niños ilegítimos a una red de relaciones sociales y jerarquías de patrón-cliente. Pero mientras proveían un nicho social para la extendida población de niños ilegítimos, con lo cual se evitaban los posibles peligros que un grupo de individuos sin raíces y alienado pudiera presentar al orden social, estos mecanismos eran frecuentemente relacionados a la marginación social. Ciertamente, aparte de la discriminación burocrática y ocupacional en contra de las personas de filiación ilegítima en la sociedad colonial o la permanente discriminación legal en su contra en el período republicano, las prácticas culturales cotidianas por medio de las cuales las sociedades proveían para los niños ilegítimos eran en sí mismas frecuentemente asociadas con la subordinación social de los niños ilegítimos.

Incluso un hijo ilegítimo ostensiblemente incorporado como un miembro más de su familia biológica no necesariamente disfrutaba del mismo estatus que los hijos legítimos de la casa. Los padres que legaban posesiones a sus hijos naturales en sus testamentos algunas veces no enmarcaban la transacción en términos de amor y afecto, sino que en términos de preocupación por el bienestar del hijo, pero más bien como reconocimiento por los servicios que él o ella habían prestado. Cuando Doña Gerardo Berríos dictó su testamento en 1775, ella describió cómo por más de veinte años había criado a su hijo ilegítimo, Antonio Muñoz “el cual... se recogió a mi casa y me ha acompañado y servido personalmente con toda obediencia y sujeción a mí y al dicho de mi marido...”. Después declaró, “mando se dé por su servicio personal la mitad del sitio que dejo por mis bienes con el correspondiente edificado y plantado... encargándole no desampare al dicho Cayetano Zamora, mi hijo legítimo y lo acompañe y asista como lo ha hecho conmigo respecto de hallarse el susodicho baldado e imposible de trabajar personalmente para mantenerse, a

<sup>64</sup> Casa de Huérfanos, Varios, *Memorias de la Casa de Huérfanos*, Santiago, Chile, 1892.

cuyo encargo fío atenderá como buen hijo obediente que hasta lo presente ha sido”.<sup>65</sup> El testamento deja perfectamente claro el estatus inferior que Antonio tenía *vis-à-vis* Cayetano, su medio hermano legítimo y el principal beneficiario de Doña Gerardo. Es difícil de determinar si Antonio es más bien un sirviente o un hijo. Ciertamente, la ilegitimidad puede ser asociada no sólo con subordinación en el contexto de la familia, sino también con la posibilidad de movilidad social descendiente, un hecho asombrosamente claro en los casos de hijos ilegítimos nacidos de padres de alto nivel social como Don Pedro Antonio Ramires. Don Pedro era un rico y políticamente poderoso terrateniente de mediados del siglo diecinueve en Chile central. Era un oficial del departamento rural donde vivía, dueño de un número de haciendas en las cuales trabajaban numerosos peones, y tenía propiedades adicionales en Santiago y La Serena. Ramires estaba casado con Doña Juana Josefa Madariaga, pero durante su matrimonio tuvo cuatro hijos ilegítimos con la sobrina de su mujer, dos de los cuales sobrevivieron. Inmediatamente después de su nacimiento clandestino, la primera hija ilegítima de Don Pedro, Lucinda, fue anónimamente abandonada en medio de la noche cerca de la casa de dos empleados de bajo nivel en una de sus haciendas. El hijo de la pareja descubrió a la guagua y su hija adulta acordó cuidarla. Lucinda vivió con su madre adoptiva por unos nueve años. Durante varios años Don Pedro pagó por la crianza de Lucinda, pero explicó que era “por caridad” a una huérfana “anónima” y nunca admitió la paternidad de la niña. Seguramente la familia adoptiva no era embaucada tan fácilmente. Mientras tanto, el segundo hijo ilegítimo de Don Pedro, Wenceslao, nació varios años más tarde. Don Pedro aseguraba que el niño le había sido entregado por un extraño en Santiago. Él a su turno ofreció el joven Wenceslao al cuidador de una de sus haciendas, sugiriendo que el niño “podría servir”.

El destino de los dos hijos ilegítimos de Don Pedro es asombroso: rechazados por su padre de alta alcurnia, fueron incorporados a las familias de sus humildes y analfabetos empleados. Sus destinos son explicados por el hecho que ellos no sólo eran ilegítimos, sino que también adulterinos (nacidos de un padre casado) e incestuosos (hijos de una relación entre un hombre y la sobrina de su mujer, lo cual la Iglesia habría definido como incestuoso). Nacidos de padres pertenecientes a la elite que habían tenido una relación considerada no sólo ilícita sino que también execrable, Lucinda y Wenceslao fueron despojados de su rango social natal e insertados en los humildes rangos de la jerarquía social de la hacienda. Los dos estaban encaminados a ser incorporados a la fuerza laboral de su padre.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Cavieres Eduardo, ob. cit., pgs. 238-239. Silva María Beatriz Nizza da, ob. cit., pg. 197, reproduce una afirmación similar de un testamento brasileño de fines del siglo dieciocho.

<sup>66</sup> Archivo del Provisor, Asuntos Matrimoniales, Arzobispado de Santiago, Chile. El estado de las cosas puede haber cambiado cuando la existencia de los niños fue revelada durante una larga y finalmente exitosa demanda de divorcio que Doña Juana presentó contra Don Pedro. *Doña Juana Josefa Madariaga con Don Pedro Antonio Ramires por divorcio perpetuo*, 1867/8, rollo 1855307, legajo 813-814.

La asociación de ilegitimidad y clase social subordinada es recurrente. Un testigo en un caso concerniente a la herencia de los descendientes ilegítimos de un rico capitán-mayor Ballano, señala que éstos defendieron sus derechos estableciendo que “el capitán-mayor nunca mandó ni consintió en mandar a sus hijos o nietos a ningún oficio mecánico una vez que los había legitimado, tratándolos siempre de acuerdo a la ley de la nobleza”.<sup>67</sup> El comentario es una articulación particularmente clara de la relación entre ilegitimidad y estatus social inferior: aquí el acto de legitimar a un hijo natural es equivalente a conferirle un estatus social más alto. Un hijo ilegítimo, incluso uno cuyo padre es un rico capitán-mayor, es considerado apto para el humilde oficio mecánico.

Pero los más vulnerables de todos eran los niños de color en sociedades basadas en la esclavitud. Mientras en Brasil las disposiciones de fines de la época colonial declaraban a todos los niños expósitos, sin importar su color, automáticamente libres, estos mandatos eran frecuentemente ignorados.<sup>68</sup> Niños enviados a nodrizas por las casas de expósitos podían desaparecer para siempre, siendo integrados al grupo de los esclavizados. En algunos lugares aparentemente se desarrolló un comercio de niños expósitos de color. Los legisladores en Río de Janeiro consideraron la esclavitud de niños de color un problema lo suficientemente importante como para hacer un decreto en 1830 declarando que “quienquiera que venda o esclavice niños expósitos sufrirá una pena de 30.000 reales y ocho días de cárcel, que también serán aplicables a aquellos que compren de mala fe, si es probado que estaban en conocimiento del fraude”.<sup>69</sup> Una vez más, los patrones de circulación se interceptaban con las estructuras jerárquicas existentes para producir la subordinación de los niños ilegítimos.

## 8. PRINCIPIOS DEL SIGLO VEINTE: COMPASIÓN CIENTÍFICA Y EL ESTADO

Si la filiación ilegítima había sido siempre un problema legal, al comenzar el siglo veinte se convirtió además en un problema de salud pública. Los empleados públicos y un naciente cuerpo de médicos comenzaron a tomar interés en la ilegitimidad porque se creía que los niños nacidos fuera del matrimonio sufrían inusuales tasas de mortalidad. Las conclusiones del doctor ecuatoriano Antonio J. Bastidas<sup>70</sup> en su estudio “La ilegitimidad, factor de letalidad infantil” eran típicas:

<sup>67</sup> Pinho Wenderley, *História de um engenho do Recôncavo*, 2ª edición, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1982, pgs. 179-180.

Cita original en inglés. N. de la T.

<sup>68</sup> El Alvará de 1775, confirmado en 1823, declaró a todos los expósitos brasileños libres.

<sup>69</sup> Marclio María Luisa, ob. cit., pg. 275; Venancio Renato Pinto, *Famílias abandonadas: Assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador, séculos XVIII e XIX*, *Papirus*, Rio de Janeiro, 1999, pgs. 131-136. Adicionalmente Mezner [Joan, ob. cit., pgs. 504-505] discute el temor de los padres a que niños de color fueran esclavizados al comenzar la abolición del comercio de esclavos en Brasil.

<sup>70</sup> Bastidas Antonio J., *La ilegitimidad, factor de letalidad infantil en BIPI VI*, 1933, pgs. 357 y sgtes.

los niños ilegítimos tenían una tasa que era el doble de la que sufrían sus contemporáneos legítimos. Y un abogado argentino declaró que “todos los problemas de la infancia se agudizan en el caso del hijo ilegítimo; él es el que abulta las cifras de la mortalidad infantil;...él es el que, aglomerándose en los asilos, recoge y transmite las infecciones que diezman sus poblaciones”.<sup>71</sup> Por lo tanto, una preocupación moral tradicional hacia los nacimientos fuera del matrimonio fue asimilada hacia una nueva visión global positivista y la ilegitimidad comenzó a ser vista como un problema de salud pública y una crisis social.

Muchos comentaristas cuestionaban el estigma comúnmente asociado a la ilegitimidad. Donde una vez el nacimiento fuera del matrimonio había sido considerado una “mancha” o una “infamia”, ahora los niños ilegítimos eran crecientemente vistos como víctimas inocentes de las circunstancias. Por lo tanto el niño ilegítimo podía ser caracterizado como “la víctima expiatoria de los vicios ajenos, de la seducción, de la inexperiencia, de la ignorancia, de la superstición, del egoísmo individual y social...” e incluso como una “tierna víctima...un silencioso reformador social”.<sup>72</sup> Pero la ilegitimidad continuó siendo fuertemente cargada con asociaciones negativas. En los discursos positivistas de la época, se asociaba con delincuencia, crimen, enfermedades y sobre todo mortalidad infantil. Los porcentajes de ilegitimidad eran incluso vistos como indicadores del ranking de un país en una escala imaginaria de civilización. “Los países más civilizados de la Europa cuentan con más del 90 por ciento de su legitimidad natal y muestran a la humanidad que la familia legalmente constituida es la base de la moral y del progreso de los pueblos” declaró un congresista chileno.<sup>73</sup> “Por el contrario, donde reina la ilegitimidad, los pueblos se encuentran por su organización y por sus costumbres más cercanos al estado primitivo...y el atraso en todo orden [reinan] en ellos”.

Pero es más útil para explicar las tendencias de filiación poner la atención la evolución del estado en América Latina, que en el dudoso concepto de “civilización” del congresista. Los estados en expansión del siglo empezaron a proveer nuevos beneficios a sus ciudadanos, incluyendo pensiones de guerra, trabajos en el estado y programas de seguridad social, pero hicieron que estos beneficios dependieran del matrimonio formal y la filiación legítima. A medida que el alcance de su acción se expandía, los estados eran probablemente árbitros más poderosos de la formación familiar que nunca antes. Sin embargo, la historia de la filiación ilegítima no es de ninguna manera lineal. Mientras las tasas de ilegitimidad registradas parecen haber declinado en muchos lugares a mediados

<sup>71</sup> Nelson Ernesto, *El problema de la ilegitimidad* en *Boletín del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia I*, 1927, pg. 221.

<sup>72</sup> Nelson Ernesto, *ibid.*, pg. 221.

<sup>73</sup> Rubio Santiago, Cámara de Diputados de Chile, 2ª Sesión Ordinaria 28 de Mayo de 1928.



del siglo veinte, aumentaron después y son hoy en día tan altas como lo fueron en el pasado.

## 9. CONCLUSIONES

Es, por supuesto, difícil generalizar respecto de las actitudes sociales y legales hacia la filiación ilegítima o la experiencia de las personas de filiación ilegítima a lo largo de cinco siglos y a través las diversas sociedades del hemisferio. Sin embargo es posible sacar varias conclusiones generales sobre la importancia de la ilegitimidad en la historia latinoamericana. Como las categorías de raza, etnia y género, la filiación es una designación socialmente construida que ha sido fundamental en la producción de la jerarquía social en América Latina desde el comienzo de la colonia. La ilegitimidad ha perdurado como una categoría culturalmente significativa porque, históricamente, el orden familiar ha sido percibido como fundamental para el orden social y la filiación ha sido percibida como integral para la existencia misma de la familia. Como dijo un abogado argentino en la década de 1920, “es indudable que la completa equiparación del hijo natural al legítimo...acarrearía un principio de disolución de la familia, tal como hoy la concebimos”.<sup>74</sup> Su comentario engloba una convicción que ha perdurado entre muchas autoridades políticas, religiosas y sociales desde el período colonial hasta el presente.

En segundo lugar, es claro que mientras el estatus que se adquiría por el nacimiento traía importantes consecuencias a lo largo de la vida de un individuo, los más directamente afectados por las prácticas y prejuicios asociados a la filiación ilegítima eran los niños. Las personas de filiación ilegítima se enfrentaban con la posibilidad muy probable de subordinación, movilidad social hacia abajo y, en el contexto de la casa de expósitos, muerte prematura. Por otro lado, la extensa circulación de niños y las prácticas culturales informales en todos los niveles sociales de aceptar niños sin parentesco también significaba que los niños ilegítimos separados de su familia podían convertirse en hijos o hijas o al menos sirvientes o dependientes, en otros hogares. Subordinados dentro del orden social, no eran necesariamente marginados de él.

Hoy en día muchas de las realidades sociales relacionadas con la filiación ilegítima perduran. Los hogares matrifocales en los cuales muchas niños ilegítimos crecieron continúan siendo un tipo de familia que prevalece en muchas sociedades latinoamericanas. Mientras tanto, las prácticas históricas de transferencia de niños, especialmente de los ilegítimos, a la casa de parientes, vecinos y extraños, siguen

<sup>74</sup> Nelson Ernesto, ob. cit., pg. 227.

siendo muy comunes en comunidades pobres de Brasil<sup>75</sup> y en algunas sociedades Caribeñas.<sup>76</sup> Un autor brasileño ha sugerido que la adopción internacional es una manifestación contemporánea transnacional del mismo patrón histórico.<sup>77</sup>

Aun más, comentaristas continúan debatiendo las causas, significados y consecuencias de la ilegitimidad. Quizás el debate más visible se presentó en Chile en 1998, en el contexto de la propuesta de la Nueva Ley de Filiación. La ley, una de las reformas más significativas del Código Civil Chileno desde su promulgación en 1855, eliminó la discriminación legal en contra de los niños ilegítimos e instituyó nuevas normas para la investigación de la paternidad. La propuesta ocasionó acalorados debates con aquellos contrarios a la reforma presentando argumentos tradicionales respecto a la amenaza a la integridad de la familia y aquellos a favor invocando ideas más nuevas respecto a los derechos inalienables de un niño a tener una madre y un padre.

Finalmente, la Nueva Ley de Filiación fue aprobada y desde 1999, los recién nacidos chilenos ya no tienen certificados de nacimiento rutinariamente timbrados con “legítimo” o “ilegítimo”, estableciendo su incorporación a categorías que han moldeado la experiencia de niños latinoamericanos durante siglos. A pesar que el debate en Chile aún no ha terminado -los críticos han alegado que los jueces se han demorado en aplicar la ley y han desestimado injustamente muchas peticiones de paternidad-<sup>78</sup> es sin embargo seguro afirmar que hoy en día los hijos ilegítimos a lo largo del continente disfrutan de más derechos legales que nunca antes. Sin embargo los debates sirven como un recordatorio de que en la Latinoamérica contemporánea la eliminación de la ilegitimidad como una categoría legal no significa que ha cesado ya de ser profundamente significativa culturalmente.

<sup>75</sup> Cardoso Ruth C. L., *Creating kinship: The fostering of children in favela families in Brazil en Kinship Ideology and Practice in Latin America*, editado por R. T. Smith, University of North Carolina, Chapel Hill, 1984; Fonseca Claudia, *Caminos de adopción*, traducido por Juan Carlos Radovich, Eudeba, Buenos Aires, 1998.

<sup>76</sup> En Haití, niños ilegítimos, usualmente de raza mixta abandonados por sus padres pueden ser criados en tros hogares como “restavecs”, o niños esclavos. Ver Cadet Jean-Robert, *Restavec. From Haitian slave child to middle-class American*, University of Texas Press, Austin, 1998.

<sup>77</sup> Fonseca Claudia, ob. cit.

<sup>78</sup> *Solicitan cambios a ley de filiación en El Mercurio*, Santiago, 23 de junio de 2000.



---

ESTUDIOS

ENSAYOS

**SEMINARIO**

LIBROS

JURISPRUDENCIA

---



## SEMINARIO

# “JUSTICIA RESTAURATIVA CON ADOLESCENTES INFRACTORES DE LEY PENAL EN EL MARCO DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO”

Los días lunes 6 y martes 7 de octubre, entre las 9:00 y las 13:30 horas, se llevó a cabo el seminario sobre “Justicia Restaurativa”, organizado por la **Universidad Diego Portales, UNICEF, SENAME y Opción**. Para la ocasión un diverso grupo de personas se reunió en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, con el objeto de discutir, precisamente, sobre la justicia restaurativa o reparadora y su posible incorporación en el Proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil que actualmente se encuentra en el Congreso Nacional.<sup>1</sup>

Para este efecto, se invitó a distintos actores del quehacer nacional, pertenecientes a distintos ámbitos relacionados con el tema a tocar y a su vez se invitó a participar a dos connotados profesores extranjeros para que expusieran los modelos implementados en sus respectivos países.

En la apertura del seminario, **Carlos Peña** nos remitió a la filosofía Aristotélica, al señalar que el objeto de la justicia es restaurar un orden alterado por una acción ilícita, indicando que la justicia restaurativa no se alejaría demasiado de estas antiguas reflexiones y que por ende parecería obvio que el infractor también tuviese la oportunidad de participar de esta restauración -lo que no deja de ser difícil si se considera que los jóvenes suelen ser al mismo tiempo víctima y victimarios, principalmente por la educación desesperanzadora que reciben y por los lazos débiles que poseen-. Sin embargo, al infringir la ley, estos lazos se debilitan aún más, mientras que lo que propone la justicia restaurativa evitaría ese debilitamiento, ya que el joven reestablece o comienza a constituir lazos que se han roto. La justicia restaurativa puede ayudarnos a evitar el peligro de seguir considerando a los victimarios como “otros”, como seres extraños.

Esta introducción fue cerrada por **Edigio Crotti**, quien destacó la importancia y la oportunidad de este diálogo en circunstancias que precisamente ahora el parlamento se encuentra discutiendo el Proyecto de ley de responsabilidad penal juvenil, señalando asimismo la importancia de abrirse, en este contexto, al mundo y ver qué es lo que está pasando en los otros países con respecto al tema que nos reúne. Así se dio inicio al primer panel, sobre “La justicia restaurativa en el contexto

<sup>1</sup> Sobre el tema véase en esta misma publicación, Sección Ensayos, Duce Mauricio, *El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas*.

de la política criminal para adolescentes infractores de ley penal: principios, modelos comparados, logros y desafíos”.

El expositor del primer panel fue **John Braithwaite**, profesor e investigador del Centro de Justicia Restaurativa de Canberra, Australia, y los comentaristas fueron **Cristián Riego**, **Juan Bustos**, **Marcelo Forni** y **Luis Emilio Rojas**.

Comienza el profesor **Braithwaite** remitiéndose a los dichos de Peña en cuanto a la idea de que la justicia restaurativa es una antigua filosofía sobre la justicia; continúa exponiendo sobre el significado de la justicia reparativa. Para ello, se refiere al proceso mediante el cual se pone en práctica la justicia restaurativa, señalando que consiste en un proceso en el que todos los afectados por la injusticia tienen la oportunidad de juntarse a analizar dicha injusticia y ver qué se puede hacer al respecto para sanearla. El objetivo es restaurar tanto a la víctima como a la comunidad e incluso al ofensor; se pretende obtener el equilibrio entre todos los involucrados y así asegurar los derechos de todos los afectados, especialmente de los niños. Es entonces a través de esta conversación sobre las necesidades que se ayuda a los tres estamentos, a saber, la víctima, el infractor y la comunidad. Luego, Braithwaite comenta los distintos modelos a través de los cuales se efectúa esta conversación en los países que contemplan dicho proceso; éstos son, entre otros, los círculos de diálogo en California, los que se basan en las fortalezas de los jóvenes y el empoderamiento de los mismos. También se refirió al caso de Canberra, en donde se le pregunta al joven quién sería la mejor persona que lo podría apoyar en este proceso y luego las personas indicadas se invitan a participar en él; lo mismo se hace con la víctima y así todos los afectados se sientan a resolver el problema. Está también la mediación -que es la forma más manifiesta de desarrollar el proceso de justicia restaurativa-, en la cual la víctima y el infractor hablan sobre lo que ha sufrido la primera. Esta conversación se efectúa frente al mediador y se intenta llegar a una solución por esta vía. Luego hizo mención a la *conferencia*, proceso similar a los ya descritos, pero en el que se le solicita a las partes que concurren a éste con *apoyadores*, es decir, personas de su confianza que les sirvan de apoyo durante el proceso. De la misma manera, se refirió al caso de la comunidad afro americana residente en Estados Unidos, que mantienen un continuo de distintos tipos de intervención mediante programas de seguimiento y finalmente se lleva a cabo un círculo de celebración, lo que en opinión del profesor es un extremo.

En definitiva -señala Braithwaite-, la justicia restaurativa es un modo de vida y se debe llevar a cabo mediante ciertas preguntas que se le formulan al niño. Para Braithwaite, la manera más restaurativa y más rápida de llevar a cabo estos procesos es a través de la *conferencia*, mediante la formulación de preguntas dirigidas al niño, como qué cree él que debería hacer para sanear el problema que ha causado. Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que la justicia restaurativa es un continuo y es importante saber que hay distintas maneras de materializarlo; así

desde un lado se puede encontrar una solución en el sistema de la conferencia a través de preguntas a las partes y del otro se puede encontrar incluso que para resarcir el daño, la víctima le pague al infractor, lo que claramente no sería positivo.

Luego el profesor comienza a exponer sobre la idea misma de justicia restaurativa realizando para ello un paralelo entre la responsabilidad pasiva y la activa, señalando que en la primera lo que se hace es determinar quién es el responsable de algún hecho cometido en el pasado, mientras que en la responsabilidad activa lo que se pretende es tomar responsabilidad respecto de algo que se pretende corregir en el futuro.

Para terminar su exposición, alude a ciertos estudios realizados en Canberra que favorecen claramente el sistema de justicia restaurativa en comparación con el sistema ordinario de justicia y que demuestran, por ejemplo, que el 72% de la población considera más justo el sistema de justicia restaurativa o que después de dos años de aplicarse el sistema de conferencia hay un 40% menos de reincidencia. Se considera que la justicia reparatoria es más justa que el sistema ordinario.

A continuación, toman la palabra los comentaristas. Carmen Andrade del SENAME, actúa como moderadora.

Comienza sus comentarios **Cristián Riego**, abogado, profesor e investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Diego Portales, quien destaca el cambio que ha experimentado Chile desde la vuelta a la democracia, ya que al inicio de la transición, el sistema de respuesta al crimen se basaba en una fuerza policial con poco control y mucha capacidad de ejercer contención y autoridad, especialmente frente a la juventud y en lugares más marginales, además con una idea de la privación de libertad más o menos generalizada, sobre fundamentos vagos y sin mayor justificación. La reforma procesal penal y justicia juvenil ha significado un cambio del sistema: hoy la policía está menos autoritaria y en cuanto a la privación de libertad se exigen explicaciones más estrictas, lo que se expresa en el programa y práctica del proceso penal. Esta es la tendencia.

Pasa a hacer sus comentarios el diputado **Juan Bustos**, señalando que lo planteado en la ley de responsabilidad juvenil es importante en cuanto a las garantías pero no lo comparte porque en su opinión ni el niño ni la víctima serían escuchados. Para él, el sistema acusatorio y el inquisitivo son lo mismo salvo que en el primero se respetan mayormente las garantías, pero no atiende a las partes.

Por su parte, el diputado **Marcelo Forni** señala que pese a ser un tema interesante y novedoso, resulta a su vez complejo por que presenta un drama, cual es la menor prevención del delito. Considera que no es un buen momento para que se desarrolle esta discusión.

**Luis Emilio Rojas**, representante de la Fiscalía Nacional, acota su presentación a tres breves comentarios. En primer lugar, destaca las ventajas del sistema de



justicia restaurativa en especial para las víctimas. La justicia restaurativa sería consistente para el Ministerio Público. En segundo lugar, retoma el tema de la eficacia de la justicia restaurativa en la criminalidad grave y violenta. Y en tercer y último lugar, señala que no basta con contemplar nuevos mecanismos alternativos, sino que es necesario que éstos sean acompañados de una reestructuración que permita la ejecución de los mismos.

A Continuación, se da un tiempo para realizar preguntas al panel.

Comienza posteriormente el Segundo Panel, denominado “La dinámica de la mediación penal juvenil desde adentro. La experiencia de Cataluña”. La exposición fue de **José Dapena**, coordinador del Programa de Justicia Restaurativa de Cataluña. Los comentarios, a cargo de **María Pía Guzmán, Rodrigo Quintana y Jorge Burgos**.

Abre **Dapena** haciendo referencia al tema de la opinión pública y la seguridad ciudadana. Para él es un tema que está presente, pero no todo es como se ve en los medios de comunicación, ya que el hecho de que hayan más detenidos no implica que haya más delincuencia. Sin embargo, esto se traduce en que hay menos seguridad.

Relata brevemente cómo ingresó en Cataluña y en España la idea de la justicia restaurativa, señalando que lo hizo “por debajo de la mesa”, es decir, nunca se debatió acerca de su conveniencia o no. Lo primero fue orientar los esfuerzos y promover un sistema de garantías. Este esfuerzo duró hasta 1992, año en que se declaró que la ley no respetaba las garantías de los ciudadanos, producto de lo cual la ley 492, de 5 de junio, incorporó este proceso de mediación. Luego -señala Dapena- “hay que tener en cuenta que nosotros teníamos un conocimiento de los menores pero no se conocía a la víctima, ni como ella reaccionaría”.

Lo que se implantó finalmente en España es un sistema en que, previo al proceso mismo de mediación, se lleva a cabo un proceso individual con el infractor y con la víctima en forma separada. Ambos pueden señalar si es que necesitan compañía para la mediación, en cuyo caso no habría problema; en definitiva lo que se pretende es facilitar el encuentro. Luego se realiza el encuentro fundamental, en el cual las dos partes plantean sus posturas y se entienden mutuamente, valorando así el conflicto y lo que significa éste.

Al iniciarse el proceso de mediación se requiere la voluntad de las partes. Como el proceso de mediación implica garantías para las partes, es imprescindible que ellas conozcan el procedimiento, las reglas que lo regulan y el papel que juega el mediador. Este último simplemente es quien crea las condiciones para que se pueda desarrollar este proceso, ya que serán las partes las protagonistas activos del mismo. El poder del mediador viene determinado por el consentimiento de las partes. En este sentido, el mediador es el catalizador de un proceso que conduce, pero no decide.

Luego, el profesor catalán pasa a exponer datos acerca de lo que ha ocurrido en España, sacando conclusiones acerca de los beneficios de implementar estos sistemas.

Ahora, en cuanto al tipo de delitos en que se ha realizado mediación, sostiene Dapena que hay dos en que la mediación es mucho más positiva que la justicia ordinaria: estos son los delitos contra el patrimonio -que se han mediado en un 63% de ellos- y los delitos de robo con intimidación, alcanzando un porcentaje del 4%. También se puede observar un 2% en los robos con violencia y un 24% en las lesiones. Esto nos demuestra que no habría relación entre la tipificación del delito y la posibilidad de mediar.

Se da por terminada la exposición del profesor José Dapena y al igual que en el primer panel, se pasa a escuchar a los panelistas que comentan lo expuesto. En primer lugar, toma la palabra la diputada por Renovación Nacional, **María Pía Guzmán**, quien considera que este seminario es muy preciso tomando en cuenta el incremento de jóvenes en la delincuencia, el que ha aumentado en un 58% entre 1998 y el año 2000. Por esta razón, ha aumentado el temor ciudadano y se ve como única solución la cárcel, lo que -en su opinión- claramente no es lo óptimo.

A continuación, hace su intervención **Gonzalo García**, jefe de la División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior. Hace referencia principalmente a un temor que existe en torno a este tema, el cual es la realidad de nuestro país. Luego hace referencia a los resultados de la mediación. Habla de una mayor reducción del temor, de una baja del deseo de venganza de la víctima y de una disminución de la victimización. Además, se obtendría una política más rápida y tendríamos menos jóvenes en la carrera criminal.

Una vez concluida la intervención de García, hace uso de su tiempo el diputado de la Democracia Cristiana, **Jorge Burgos**. Se remite al discurso de Dapena y al documento que éste preparó sobre el debate español de 1980 respecto de este tema y expresa su deseo de que en Chile la mediación no entre de la misma manera que en España, es decir, que no entre a tapadillas sino que de frente. El Proyecto, a su entender, es un buen comienzo, pese que no está tocado el tema a fondo, pero se puede modificar y agregar la justicia restaurativa, lo que obviamente -señala Burgos- no será fácil, “ya que rol tiene una baja credibilidad en las personas; les resulta más fácil decir *no estoy ni ahí*.”

Para terminar con el segundo panel, toma la palabra **Rodrigo Quintana**, defensor público. Comienza su exposición haciendo alusión al choque dramático con la realidad; se pregunta cuál será la mejor manera de enfrentar estos problemas. Hay un deseo de sanción generalizada y fácil a las conductas delictivas. Reconoce que le cuesta aceptar que esa es una realidad que no se pueda intervenir y ser cuestionada, cuando en verdad sabemos muy poco sobre ella. Por último, señala que tiene ciertos temores en torno a este tema, dice ser un convencido de que el

sistema juvenil que se está promoviendo es lejos mejor que el actual y da a conocer su parecer sobre la justicia restaurativa en cuanto a que es un mecanismo alternativo que debiera ser ampliamente utilizado, sobre todo en los jóvenes, pero siempre con respeto a las garantías de las partes, en especial del infractor, considerando que lo dicho en una mediación podría llegar a usarse en su contra en un procedimiento ordinario en caso de que la mediación no llegara a un buen término.

Siendo las 13:30 horas, se cierra la primera parte del seminario.

El martes 7 de octubre a las 9:00 horas, se reunieron parte de los asistentes de la primera parte de este seminario, a conversar sobre justicia restaurativa, para realizar un diseño que permita avanzar en los mecanismos restaurativos de la justicia de adolescentes.

El primer panel estuvo a cargo de los profesores **John Braithwaite**, **José Dapena** y **Alejandra Díaz** de la Universidad Católica de Temuco, que fue la moderadora. El tema fue el contenido de la justicia restaurativa y las instituciones. Analizar los objetivos del programa, los resultados, el perfil del delito y de los sujetos y finalmente las distintas formas de organización del encuentro.

Toma la palabra el señor **Braithwaite** y comienza señalando que una cosa distinta de la justicia restaurativa a la tradición convencional de mediación, es que la justicia restaurativa tiene como inicio la ocurrencia de una injusticia y no simplemente un conflicto; es un tipo de conflicto especial, en el cual se ha hecho una injusticia y por lo tanto se le da la oportunidad a la víctima que exprese su sentimiento. Como punto inicial, hay aceptación de que se ha provocado una injusticia y por lo tanto, filosóficamente, la situación es distinta a la tradición convencional: el mediador se comporta distinto a como se comportaría en una mediación standard. Braithwaite dice estar de acuerdo con los objetivos señalados por Díaz, todos los considera importantes, pero como dicen los críticos, son demasiado y por ello se preguntan cuál es la coherencia de la justicia restaurativa y la respuesta es que la justicia restaurativa se trata del pluralismo y se trata de empoderar a los interesados para lograr reparar el daño producto de la injusticia. Serán los participantes los que finalmente escogerán los objetivos. Por ejemplo, podría surgir un objetivo medioambiental si el injusto fuera con respecto a un bosque.

Por su parte, **José Dapena**, señala que es difícil, en su opinión, responder a todos porque hay diferentes ideas y posicionamientos. Son muchos objetivos y los técnicos se preguntan cómo se podrá manejar tantos objetivos, pero al estar en una mediación se debe preguntar qué se debe restaurar aquí en particular. Para Dapena resulta difícil diferenciar entre una mediación que tiene por ejemplo 3 objetivos distintos o que en el marco de una mediación están todos los objetivos interrelacionados. Muchas veces, es más reparador lo que se habla en la mediación que la reparación concreta. Hay una estrecha interrelación entre los objetivos en un proceso de mediación.

Después de escuchar a los profesores Braithwaite y Dapena, se abre el debate al público asistente, en su mayoría gente relacionada con los programas pilotos que se han implementado en las distintas regiones en las que ya rige la reforma procesal penal. En términos generales, se señaló que la experiencia que a ellos les ha tocado vivir es similar a lo narrado por los invitados.

Luego hace uso de la palabra **Jaime Couso**, profesor e investigador de la Universidad Diego Portales, quien distingue entre los objetivos concretos de una mediación y los objetivos políticos-criminales de una mediación en el marco de una ley que está en el congreso. Esto último es menos auto dimensional. Su pregunta es cuál es la apuesta político criminal de la ley que está en el congreso y dice que le parece que el lugar político-criminal que ocupa este debate es el de una alternativa a la despenalización; desde su perspectiva ese es el lugar más interesante, el resolver un conflicto sin librar mano al encierro en una cárcel por años. Señala que le llama la atención la justicia restaurativa cuando ve que hay una alternativa a la delincuencia juvenil sin tener que echar mano a la herramienta de la cárcel, “soy conciente -dice- de que si la reparación aparece como algo públicamente visible, es porque tiene muchas ventajas. Por estas razones, me parece una alternativa viable en nuestro país”.

Para **Carmen Andrade**, de SENAME, hay una preocupación. Junto con el entusiasmo de impulsar esto, surge su preocupación en torno a la idea de despenalizar ya que en el ambiente relacionado, por ejemplo jueces, se ha podido percatar de que no ven esto de la mediación como una medida penal. Y más allá de las ventajas de un encuentro, no se nos puede olvidar que esto sería la respuesta del Estado frente a un hecho sancionable. Es un programa que sin dudas tiene ventajas pero no podemos perder de vista que esto es parte de la política criminal del país.

En las intervenciones que hizo Dapena, éste señaló que en Europa, efectivamente se ha perdido esta visión despenalizadora de la mediación. Entre un 25% a 50% de las personas cree que no debiera haber entrado a la justicia y que su problema se podría haber resuelto antes, pero sin embargo, cada vez más este tipo de conflicto llega a la justicia. Aquí hay un choque con el límite de los tipos delictivos que se llevan a mediación; por ejemplo los belgas dejaron solo los delitos de media y alta gravedad y se inició otro programa en los delitos de menor gravedad y faltas. Con respecto a la responsabilidad civil, Dapena señala que en principio este tema es parte del proceso mismo de mediación, es decir, es un elemento más que se pone sobre la mesa, se habla de él y se llega a un acuerdo quizá no definido como responsabilidad civil pero es una preocupación de la víctima y se compensa, forma parte de lo que se conversa.

Luego José Dapena se refiere al perfil de los jóvenes, señalando que el peligro de determinarlo es real, sobretudoo en un modelo protector como el nuestro, en que el perfil venía determinado por la clase media sin mayor problemática. Esto

comenzó a cambiar desde el año 1994, en que por una mayor consideración de la mediación se decidió que el equipo técnico no fuera un filtro y actualmente el Ministerio, basándose en el tipo de delito -y no en virtud del joven infractor-, dirá si el caso va o no a mediación.

Al ser preguntado por el tipo de delito que se sometería a mediación, el profesor Braithwaite responde que en cuanto a la violencia intrafamiliar, le parece que la mediación es un alternativa porque hay un delito que se está cometiendo. La violencia intrafamiliar es un delito serio, grave y ahí debe estar disponible la justicia restauradora. Su opinión es que un marco legislativo no debe excluir delitos, debe señalar una serie de principios como la prevención penal, la comunidad, entre otros. Y las autoridades tienen que esgrimir estos factores para ver si se va a justicia restaurativa o no. Pero va a estar claro que estos principios son los que siempre van a prevalecer. Lo que sí, hay delitos que generalmente se descartan, como por ejemplo el homicidio -aunque se ha utilizado en casos específicos- y la violación, aunque también hay casos excepcionales como el australiano que no lo excluyó y ahora tiene diversos casos.

En cuanto a la reincidencia, considera que es tal cuando un infractor ha tomado la delincuencia como un modo de vida, como un trabajo. Pero José Dapena insiste en que igualmente es la mejor manera y muestra que en su programa se hizo un estudio de ello y que la reincidencia en mediación es mucho más baja que en ningún otro programa.

Posteriormente se planteó el tema de si la mediación familiar era o no conceptualmente similar a la mediación penal, ante lo cual no hubo acuerdo ya que para Carmen Andrade, del SENAME, son absolutamente distintas pero hubo quienes consideraron que en el fondo tenían una lógica similar.

Se dio por terminado el primer panel, y luego se inició el segundo, el cual tuvo como objetivo central focalizar la conversación en la inserción del programa en el país. Se incluye **Mauricio Duce**, abogado y profesor de derecho procesal penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

En este sentido, dice Duce, no se estaría partiendo de cero por los programas pilotos y en el contexto o expectativa del arco legal, ya que podrían dar pie a la idea de justicia restaurativa. En la reforma procesal penal de adultos, una de las novedades más interesantes fue la introducción de acuerdos reparatorios que permiten el acuerdo entre la víctima y el infractor, que se presenta al juez y si es aprobado, el caso queda fuera del sistema aún contra el acuerdo del Ministerio Público. La legislación, limita esto a ciertas categorías de delitos donde prevalece el interés de la víctima: estos son los delitos patrimoniales, las lesiones menos graves y los casos de negligencia. En general, la función del juez queda limitada a controlar la legalidad del acuerdo y no puede hacer un control de mérito sobre el mismo. Esta institución ha tenido problemas importantes en la utilización: ha sido

realmente menor la utilización que se le ha dado en relación con la que se esperaba. Se esperaba que alrededor de un 2% de los casos terminaran por esta vía y en la práctica lo han hecho entre un 0,7% y un 0,8%.

En cuanto a la suspensión condicional del procedimiento, también se podría decir que tiene algo, pero menos que los acuerdos reparatorios, de justicia restaurativa. No toma los intereses de la víctima, permite eventualmente acuerdos de reparación y solamente se utiliza en un porcentaje minoritario con interés de la víctima. En el Proyecto de Responsabilidad Juvenil, se han reproducido algunas figuras. Así, los acuerdos reparatorios se introducen sin límite del tipo de delito y elimina la eventual posibilidad de oposición por parte del fiscal. En cuanto al principio de oportunidad, es bastante amplio, por lo que surge la siguiente pregunta: ¿esto significaría botar el caso y que por ello el sistema de justicia restaurativa finalmente es peor?. Esto, para Duce, merece discusión. En el Proyecto también se menciona la reparación del daño y el servicio a la comunidad pero sólo en cuanto a las sanciones.

En la opinión de Duce, la pregunta base es si es que es posible instalar un proyecto de justicia restaurativa en un marco penal formal. A partir de esto enuncia otras preguntas, por ejemplo, cómo operaría esto, cuál sería el rol de los fiscales, de los jueces, de la policía, cómo intervienen entonces los abogados, cuáles son los límites, qué pasa frente a un fracaso, etc.

Para Dapena el mejor sistema es labor de los mismos actores de este país, ya que depende de cada país, pero señala que desde su experiencia, es necesario que la ley contemple un sistema de garantías claras, límites muy claros, que eviten así que la sanción esté sometida al vaivén de la política criminal. El sistema ha de ser al mismo tiempo flexible para buscar alternativas fuera de sistema y dar dentro del sistema las respuestas. Intentar solucionar sin internar, es decir, que la cárcel sea realmente de ultima ratio. ¿Hasta dónde?, se pregunta Dapena, respondiendo él mismo que ojalá lo más abierto posible, intentar la mayor apertura que se pueda en el sistema.

Según el profesor Braithwaite, el Proyecto que se encuentra en el congreso abre y crea espacios para la justicia restaurativa, lo que considera estimulante y plantea que se puede hacer mediante la conversación democrática y la incorporación de las policías a esta conversación, para que aprendan a no reaccionar con gritos o golpes y que se sientan atraídos a conversar con los jueces, con los padres de los menores, etc.

Finalmente, se abrió el panel y los asistentes interesados hicieron distintas preguntas o comentarios sobre lo expuesto durante la mañana y así se le pone término a este seminario sobre justicia restaurativa.

*María de los Ángeles Solar*  
*Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.*



---

ESTUDIOS

ENSAYOS

SEMINARIO

**LIBROS**

JURISPRUDENCIA

---





# EL ÍNDICE DE INFANCIA: ¿UN INDICADOR PARA LA PLANIFICACIÓN, EVALUACIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS?

UNICEF

*Iris Delgado, Fernanda Melis, Pablo González, Verónica Silva, Miguel Cillero*  
*Santiago de Chile*

2003

191 pgs.

En el año 2000, el gobierno chileno elaboró la Política Nacional a Favor de la Infancia y la Adolescencia y su respectivo Plan de Acción 2001-2010, que reconocen como marco ético y valórico la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Si bien, aún no es posible medir en forma directa el cumplimiento de los derechos de la infancia, es indispensable contar con información que vincule los derechos fundamentales de los niños con sus condiciones de desarrollo para, de esta forma, aportar al cumplimiento efectivo de sus derechos.

El desarrollo de la infancia y la adolescencia es un proceso continuo que depende de múltiples condiciones en distintos ámbitos de la vida. Entre otras, estas condiciones incluyen disfrutar del nivel más alto posible de salud y tener acceso a servicios médicos; acceder a la educación y a una de calidad; vivir en un hogar en que los ingresos económicos permitan proporcionar un nivel de vida adecuado; tener posibilidades de participar en actividades apropiadas a la edad; estar protegido de toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; tener acceso a servicios básicos; residir en una vivienda y en un barrio con condiciones de habitabilidad adecuadas; y, contar con oportunidades y motivaciones en el medio familiar y social.

El objetivo del *Índice de infancia* recientemente publicado por MIDEPLAN y UNICEF es entregar un panorama sintético a partir de la información disponible sobre las condiciones en que se desarrollan los niños en las distintas comunas de Chile hoy. Si bien el documento revisa toda la información disponible sobre estas condiciones en el país, la mayor parte sólo tiene representatividad nacional. Las variables incluidas debían estar disponibles para la mayoría de las comunas. Estas fueron estandarizadas en la escala 0-1 y agrupadas en las cuatro dimensiones listadas en la Figura 1.

El primer resultado destacable es una gran heterogeneidad entre regiones. Para un valor promedio nacional de 0,62, la región con el valor más alto es la de Magallanes, con 0,736 y la con el valor más bajo es de la Araucanía, con 0,491. Aparte de la duodécima, cuatro regiones obtienen valores sobre el promedio nacional: Antofagasta; Metropolitana y Quinta. Estas regiones se sitúan en los

primeros lugares en todas las dimensiones, excepto en el caso de la segunda región en la dimensión salud. Los resultados más bajos, aparte de la novena, lo alcanzan la región de Los Lagos y del Maule, que tienden a ubicarse también bajo en todas las dimensiones.

Al nivel comunal también se observa una gran heterogeneidad. Para una exposición más clara se ordenaron las comunas de acuerdo al valor que alcanzaban en el Índice y en cada una de las dimensiones y se agruparon en quintiles: el 20% de comunas con valor más bajo se ubica en el primer quintil y así sucesivamente hasta el 20% más alto, que se ubica en el quinto quintil. Las 65 comunas ubicadas en el quintil más alto agrupan al 51,2% de la población infantil. Esto se debe a que comprenden la mayor parte de los grandes centros poblados y capitales regionales. Aparte del tamaño de la población, el valor del índice que alcanza una comuna parece relacionarse con su porcentaje de la población rural, su aislamiento, su dependencia del Fondo Común Municipal y su porcentaje de población indígena.

Las seis comunas del llamado “barrio alto” tienen valores del índice superiores a 0,9, mientras ninguna otra comuna supera el nivel 0,8, mostrando la distancia de estas comunas respecto al resto del país. El 77,4% de las comunas se ubica entre 0,2 y 0,6.

Llama la atención que las comunas que se ubican en los quintiles II, III y IV tienen cierta heterogeneidad en los quintiles en que se ubican en sus distintas dimensiones, mientras las comunas que se ubican en el quintil I o en el quintil V tienden a estar relativamente mal o bien (respectivamente) en todas las dimensiones. Esta heterogeneidad es ilustrada a través de mapas en la publicación. Cada región es analizada en detalle en las distintas dimensiones.

El Índice muestra la diversidad de condiciones de vida e ilustra como las posibilidades de un niño dependen de la comuna en que vive. Las grandes diferencias de niveles de ingreso y porcentajes de pobreza muestran la segmentación de los territorios. Los resultados en salud, educación y vivienda parecen mejor distribuidos entre comunas, lo que releva el rol compensador de las políticas sociales.

Los resultados del Índice dependen de una multiplicidad de políticas de distintos niveles del estado así como de factores individuales y colectivos propios de la esfera privada. En ese sentido, el Índice no permite ni pretende evaluar la política social ni la gestión de los alcaldes. Su utilidad principal a este nivel es identificar las áreas comunales y regionales donde hay mayores déficits.

El instrumento pretende también ser útil para la toma de decisiones al nivel regional y local, colocando un conjunto de información relevante a disposición de los actores e integrándolo, para ilustrar los territorios y las áreas de mayor déficit. Puede ser utilizado para el diseño de programas y decidir sobre la asignación de recursos. Tanto fuera como dentro del ámbito público puede servir para la defensa y la promoción de los derechos del niño, al mostrar las áreas donde los resultados son más débiles.

El documento traza una primera línea base, anclada en torno al año 2000. La encuesta CASEN 2003 y la actualización de otras fuentes permitirán un nuevo cálculo, el que podrá repetirse cada tres años. Tanto el Gobierno como la sociedad civil podrán ir siguiendo como evoluciona en el tiempo la situación de los niños en el país y en las distintas regiones y comunas. A medida que nueva información pueda añadirse, el Índice podrá perfeccionarse y su utilidad será mayor, aunque siempre será conveniente seguir la evolución del Índice original.

La mayor debilidad de resultados de una comuna no necesariamente se resuelve con mayores recursos. Detrás de los malos resultados pueden haber problemas de gestión, dificultades de acceso a los servicios, patrones culturales, condiciones climáticas o medio ambientales desfavorables. Cuando no hay claridad respecto a las causas puede ser conveniente investigarlas. Uno de los beneficios de la disponibilidad de información es señalar áreas en donde se requiera mayor información y análisis.

**FIGURA 1**

**Estructura del Índice y sus dimensiones**

Dimensión	Salud	Educación	Habitabilidad	Ingresos
Indicadores	Tasa de mortalidad infantil. Tasa de mortalidad en la población de 1 a 4 años. Tasa de mortalidad por causas reducibles en la población de 5 a 19 años.	Cobertura, Parvularia, básica y media. Simce 4º, 8º y 2º Medio. Promedio de escolaridad de los mayores de 24 años en el hogar.	Sistema de distribución de agua. Sistema de eliminación de excretas. Disponibilidad de energía eléctrica. Materialidad de la vivienda.	Ingreso promedio per capita autónomo del hogar. Incidencia de la pobreza en los hogares con niños.
Sub-índices y ponderaciones	5/10 Mortalidad infantil. 2/10 Mortalidad 1 a 4 años. 3/10 Mortalidad 5 a 9 años.	<b>1/3 Acceso</b> 3/10 Cobertura peescolar. 2/10 Cobertura Básica. 5/10 Cobertura Media. <b>1/3 Calidad</b> 1/3 SIMCE 4º Básico. 1/3 SIMCE 8º Básico. 1/3 SIMCE 2º Medio. <b>1/3 Promedio escolaridad en los hogares con niños</b>	1/4 Sistema de distribución de agua deficitario. 1/4 Sistema de eliminación de excretas deficitario. 1/4 dsiponibilidad de energía eléctrica deficitario. 1/4 Materialidad de la Vivienda deficitario.	1/2 Ingreso autónomo per capita de los hogares con niños 1/2 Incidencia de la pobreza en los hogares con niños.

Índice CBD=0,3 Salud + 0,3 Educación + 0,1 Habitabilidad + 0,3 Ingresos

*Pablo González*

*Centro de Economía Aplicada, Dpto. Ingeniería Industrial, U. de Chile y consultor de UNICEF*



# INTERNACIÓN DE NIÑOS: ¿EL COMIENZO DEL FIN?. CRISIS DE LOS INTERNADOS Y TRANSFORMACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE INFANCIA EN ESPAÑA, ITALIA Y EL CONO SUR

UNICEF

*Mario Ferrari, Jaime Couso, Miguel Cillero y Nigel Cantwell, coordinadores.*

*Publicaciones Innocenti*

*Santiago de Chile*

*2002*

*133 pgs.*

Este libro revisa la situación actual de la internación de niños, institución respecto de la cual se ha desarrollado una reflexión crítica, especialmente a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, la ratificación casi universal de la Convención implica un cambio de paradigma en la forma de ver la infancia y sus derechos, lo que a su vez implica una mayor relevancia de la familia en algunas materias relacionadas con los niños. De hecho, la familia es considerada en la Convención como el espacio ideal para el desarrollo del niño, donde éste es considerado un sujeto de derechos y ya no una mera propiedad de los padres o del Estado.

Este cambio trascendental -que se traduce en un tránsito desde la *Doctrina de la Situación Irregular* hacia la *Doctrina de la Protección Integral*- ha transformado la relación de los niños con sus padres, con su comunidad y con el Estado. Bajo el nuevo paradigma los niños son considerados sujetos de derechos que deben ser tratados con políticas integradoras y respetuosas. En este contexto, la herramienta de la internación se vuelve contraria a la Protección Integral de los niños establecida en la Convención, ya que es marginadora y no logra efectivamente *proteger* a la infancia.

Por esta razón es que se ha iniciado un importante proceso de desinternación de los niños, esfuerzo que busca la construcción de una sociedad más democrática, más integradora, más participativa y más respetuosa de los derechos de las personas, en especial de los grupos vulnerables como es el caso de los niños.

Este libro toma nota de ese proceso de desinternación en Italia y España, en los que ha tenido bastante éxito. La revisión de los resultados de la desinternación en esos dos países europeos, sirve a su vez como directriz para los países que se están encaminando en esa dirección como es el caso de Argentina, Chile y Uruguay, cuyos esfuerzos y resultados también son analizadas en el libro.

El primer capítulo, desarrollado por Valerio Ducci, se refiere al proceso de desinternación en Italia. Señala Ducci que tal proceso se inicia recién en la segunda posguerra, pasando posteriormente por distintas etapas que son analizadas en detalle por el autor.

El segundo capítulo, cuya autoría corresponde a M. Ángeles García Llorente y Laura Martínez Mora Charlebois, hace referencia al proceso de desinternación en España. En ese capítulo se hace una revisión de la protección jurídica del menor en la legislación española y en las políticas públicas; de la construcción de un dispositivo tutelar y de la situación y las tendencias de la protección a la infancia en ese país.

Los últimos tres capítulos se refieren al proceso de desinternación en tres países de Cono Sur. El capítulo tercero hace un análisis -basado en un trabajo anterior de UNICEF- del tránsito que se ha verificado en Argentina desde la experiencia del internado masivo hacia “nuevas formas de internación más humanitarias hacia la integración familiar y comunitaria del niño”. La incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución argentina, en 1994, obligó a desarrollar políticas hacia los menores fundadas en el nuevo paradigma de la *Protección Integral* de los derechos, dejando atrás la doctrina de la situación irregular en que se fundaba la ley de Patronato de Menores aún vigente. En ese contexto, se analiza la experiencia de desinternación en el Municipio de Guayaquén (provincia de Mendoza) durante el período 1995-1999.

El capítulo cuarto se refiere al caso chileno. En éste -desarrollado por Ana María Farías- se señala que en Chile la legislación de menores aún intenta dar protección a la infancia que se encuentra en situación irregular, pero como además se ha aprobado en este país la Convención sobre los Derechos del Niño, coexisten dos modelos contradictorios. Partiendo de esa realidad, la autora analiza las líneas de acción del SENAME, la política de desinternación y de prevención de la internación del Hogar de Cristo y la labor llevada a cabo por la Fundación Rodelillo, proyecto piloto de apoyo a familias en proceso de desinternación.

El quinto y último capítulo revisa la situación de Uruguay. Señala este capítulo que desde 1990 la ciudad de Montevideo ha iniciado un proceso de descentralización municipal que busca crear escenarios sociales más participativos en el marco del respeto a los derechos ciudadanos; este capítulo se refiere a las propuestas que la Intendencia de Montevideo ha puesto en marcha en ese sentido. Específicamente se analiza el programa *Nuestros Niños*, el espacio adolescente *Ser Mujer Ser Varón*, la *Casa Valle* como una oportunidad para los más pobres y por último el *Plan CAIF* que persigue el desarrollo integral de los niños y niñas mediante el desarrollo integral de sus respectivas familias.

# "RESTORATIVE JUSTICE AND RESPONSIVE REGULATION"

*John Braithwaite*  
*Oxford University Press*  
*New York*  
*2002*  
*314 pgs.*

En este libro, inicialmente pensado como un ensayo, el autor integra su vasto trabajo acerca de la justicia restaurativa con aquél relacionado con la regulación en el comercio y los negocios, mostrando una mirada global a la forma en que la sociedad se regula a sí misma.

Tal como lo señala su propio autor, este libro debe ser entendido como un intento por posicionar la *responsive regulation*<sup>1</sup> como un marco que permita chequear los abusos y limitaciones de la justicia restaurativa.

El autor propone entonces trasladar ideas de la *responsive regulation* a áreas como la criminalidad juvenil; y postulados de la justicia restaurativa a la regulación comercial y empresarial, al desarrollo sustentable, a los procesos de paz en las relaciones internacionales y a la transformación del sistema legal. En consecuencia el objetivo planteado por el autor, es proponer una teoría integrada entre ambos postulados.

En este marco, resulta pertinente entonces comprender algunos conceptos que subyacen detrás de cada teoría y que Braithwaite nos aclara. La idea básica de la *responsive regulation* es que el gobierno (y la sociedad civil) debe ser sensible a la conducta de aquellos a quien pretende regular al decidir si una mayor o menor intervención como respuesta es necesaria. En circunstancias en que el formalismo exige reglas definidas y escritas como respuesta a determinadas conductas, la *responsive regulation* enfatiza la persuasión por sobre el castigo.

Por su parte, la justicia restaurativa, es aquella que busca reparar a las víctimas, a los infractores y a las comunidades como resultado de un proceso de participación de una pluralidad de interesados. En la medida que exista un proceso que otorgue a los interesados afectados por una injusticia, la oportunidad de contar su historia

<sup>1</sup> La expresión "responsive regulation" hace alusión a un tipo de regulación jurídico-administrativa más atenta y sensible a las necesidades y puntos de vista de los entes y personas que serán afectados por las reglas regulatorias dictadas por la autoridad administrativa y, en ese sentido, más horizontal. Se opone a una forma de regulación más vertical, propia de la tradición del derecho administrativo francés, en la que el Estado administrador simplemente regula ejerciendo actos de autoridad.



acerca de las consecuencias sufridas y lo que debe hacerse para poner las cosas en orden, en un marco de valores restaurativos tendientes a curar heridas, estaremos en presencia de un proceso restaurativo.

Para aquellos que recién nos iniciamos en el entendimiento de los procesos restaurativos, en este libro encontraremos una excelente descripción de los orígenes, historia y evolución de la justicia restaurativa, como asimismo de los principios y valores que deben inspirarla. De especial interés para el lector, es la descripción que el autor hace de los distintos modelos que se han implementado en distintas culturas y sistemas legales, incluyendo las orientales. En países como el nuestro, en que la justicia restaurativa da sus primeros pasos, especialmente en el ámbito de la justicia juvenil, este libro es lectura obligada para llegar a un conocimiento comprensivo de esta teoría, en la que Braithwaite se hace cargo no sólo de sus aspectos positivos sino también de sus dilemas y críticas.

Al proponer una teoría integrada, Braithwaite no sólo pretende contribuir a lograr una sociedad más libre del crimen, sino una sociedad con mayor desarrollo sustentable y paz, lo que debe necesariamente contribuir a remirar las políticas y formas de resolver conflictos.

*Patricio Millán*

*Abogado. Pontificia Universidad Católica de Chile  
Asesor unidad de reforma legislativa del SENAME*

# "A CENTURY OF JUVENILE JUSTICE" <sup>1</sup>

*Margaret K. Rosenheim, Franklin E. Zimring,  
David S. Tanenhaus, y Bernardine Dohrn Editores.  
University of Chicago Press  
2002  
554 pgs.*

Este libro ofrece una amplia y detallada mirada a la manera en que los delincuentes menores de edad han sido tratados a través de la historia de los Estados Unidos. Comenzando con las leyes para pobres isabelinas, en las que se fundó la política social norteamericana, el texto analiza la manera en que la ideología influyó en los sistemas de intervención y viceversa. Por ejemplo, a comienzos del siglo XX los "Salvadores del Niño" crearon programas para sacar a los niños abusados de la degradación que parecía estar a su acecho dentro de la familia nuclear. Varias décadas después, la preservación de la familia se convirtió en un principio sagrado, y los tribunales de menores y los programas del bienestar se volvieron reacios a romper la unidad del hogar. Los continuos cambios ocurridos se basaron en un esfuerzo por proteger a los niños al mismo tiempo que se intentaba proteger a la sociedad de la infancia vagabunda.

A lo largo de esta historia, un lugar central, aunque actualmente polémico y cambiante, ha correspondido al tribunal de menores. De acuerdo con los editores, desde su creación en Illinois en 1899, el tribunal de menores se ha convertido en una institución legal y social clave en todo el mundo desarrollado, que llegó a desempeñar un importante papel en el Estado moderno. En su fundación, el tribunal de menores fue pensado para revertir antiguas tradiciones legales, poniendo ahora en primer lugar los intereses del niño en diversas áreas del derecho, desde el riesgo social y la negligencia parental hasta los problemas conductuales de la infancia y sus acciones delictuales. Con todo, en años recientes, la respuesta jurídica a los delitos cometidos por menores de edad ha experimentado cambios llamativos, a medida que más y más menores de edad son transferidos a los tribunales de adultos y reciben condenas de adultos.

Las cinco secciones del libro abordan la historia de las ideas en torno a las cuales se organizó el sistema de tribunales de menores y las instituciones y prácticas

<sup>1</sup> Esta reseñación se basa en buena medida en la introducción que los propios editores hacen del libro y, marginalmente, en la reseña de Eleanor J. Bader, *Library Journal*, New York.

que resultaron de él; la forma en que este sistema de instituciones y prácticas interactúa con otros ámbitos de la política pública hacia niños en los EE.UU. y en otras naciones; y también el modo en que las cambiantes representaciones sociales y legales la niñez y juventud han seguido influyendo en la justicia de menores. El libro pretende perfilar en detalle la doctrina y las instituciones de la justicia de menores en Estados Unidos, Europa, Japón, Inglaterra y Escocia, dando cuenta de la variedad de respuestas modernas a la delincuencia infanto-juvenil y a las situaciones que ponen en peligro el bienestar de los niños.

La primera parte del libro, presenta tres historias distintas, relativas a los EE.UU., pero relacionadas entre sí: un estudio de las transformaciones en las concepciones sobre el bienestar infantil entre 1820 y 1935 (Michael Grossberg); la historia del origen y el desarrollo del tribunal de menores (David Tanenhaus), y la historia de las instituciones para “adolescentes en problemas y problemáticos” existentes durante el siglo XX (Paul Lerman).

La segunda parte, orientada a cuestiones de teoría legal, miradas en perspectiva histórica, abarca tres estudios: uno sobre los criterios para, y las consecuencias de, definir a la infancia como un estatus legal especial (Elizabeth Scott); otro sobre teorías clásicas y contemporáneas acerca de la racionalidad de tratar a los adolescentes delincuentes en tribunales especiales en lugar de en tribunales para adultos (Frankling Zimring); y un tercer estudio acerca de la especial categoría de menores de edad conocidos como los “menores con problemas conductuales” (*status offenders*), en la que el contraste entre las concepciones originales sobre la política apropiada para abordarlos y las concepciones modernas es más dramático que respecto de ningún otro tópico de la justicia de menores (Lee Teitelbaum).

La tercera parte del libro se ocupa de las relaciones entre la teoría de la ciencia social y las investigaciones acerca de la política judicial para menores de edad, partiendo de la base de que el tribunal de menores se creó como una institución legal que aplicaría los conocimientos aportados por la ciencia social a favor de los niños sometidos a su jurisdicción. El primer estudio consiste en un informe sobre los resultados de un siglo de investigaciones empíricas y de teorías criminológicas sobre la delincuencia (John Laub). El segundo, se concentra en el caso más complejo de los enfrentados por el tribunal de menores moderno: los delincuentes violentos y autores de crímenes graves (David Farrington y Rolf Loeber). El último estudio de esta sección se dirige a una rama fundamental de las investigaciones sobre delincuencia: los estudios ecológicos o de área, específicamente en relación con la ecología del riesgo infantil, demostrando que las mismas condiciones comunitarias que generan altas tasas de delincuencia también generan muy altas tasas de abuso y negligencia en contra de los niños (Frank Furstenberg y Mark Testa).

La cuarta parte trata de la relación entre las instituciones de la justicia de menores y otros aspectos de la política pública que afectan las vidas de los niños. El nexo más importante entre la política pública y los niños parece ser la educación. El primer estudio de esta sección revisa la multidimensional relación entre escuelas, niños y las instituciones de la justicia de menores (Bernardine Dohrn). El segundo, analiza las políticas de infancia y adolescencia como problema político para el gobierno central (Peter Edelman).

La quinta y última parte del libro, la más extensa, ofrece una serie de estudios comparados sobre la justicia de menores en el mundo moderno, dando cuenta de la variedad de formas en que esa institución y las que funcionan auxiliariamente a ella, han sido implementadas en diversos contextos culturales-legales. Los estudios examinan comparativamente las peculiaridades de esta institución en EE.UU. (Margaret Rosenheim), en Japón (Akira Morita), en Inglaterra (John Eekelaar), Escocia (Anthony Bottoms) y en Europa continental (Jaap Doek).

“A Century of Juvenile Justice” es presentado por sus editores como la primera obra de referencia en examinar, de forma comprehensiva y en perspectiva comparada, la historia y el estado actual de la justicia de menores, reuniendo a varias de las principales autoridades académicas en el tema en los Estados Unidos, Inglaterra, Escocia, Holanda y Japón, en un texto dirigido a estudiantes, académicos, abogados y trabajadores sociales.

El intento es exitoso en lo que respecta a las instituciones de la justicia de menores en el mundo angloamericano, especialmente en relación con el tratamiento de la delincuencia de menores de edad. Más allá de ese contexto, las referencias comparadas, son ilustrativas pero no plenamente representativas de otras realidades. Por su parte, las referencias a cuestiones de teoría legal y de política pública para la infancia, más allá de las referidas a la respuesta a la delincuencia de menores de edad y, en su caso, a sus vínculos con la educación, no son en el libro sino un ilustrativo complemento a lo que constituye el principal objeto de interés de los estudios en él incluidos: la historia, teoría y práctica de las instituciones de la justicia especial para menores de edad delincuentes o víctimas de abandono y negligencia, insisto, en el mundo angloamericano. Dentro de ese contexto, el libro es del máximo interés.

*Jaime Couso*  
*Profesor investigador UDP*



---

ESTUDIOS

ENSAYOS

SEMINARIO

LIBROS

**JURISPRUDENCIA**

---



## PRESENTACIÓN

A continuación se ofrece una selección de fallos, en versión resumida, tomada de la “Base de Datos Interamericana de Jurisprudencia sobre Derechos del Niño”. La colección original de fallos, de próxima aparición en Internet, fue desarrollada en el marco de un proyecto conjunto entre el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.\*

La colección incluida en esa base de datos recopila jurisprudencia (fallos completos, comentados por especialistas) de los tribunales superiores de Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos y Uruguay, sobre cuatro aspectos relativos a la protección de los derechos de los niños y adolescentes en el sistema de justicia: la opinión del niño y el interés superior del niño en las decisiones sobre custodia; la garantía del debido proceso en los procesos por infracciones penales cometidas por adolescentes y ante la adopción de medidas privativas de libertad en otro tipo de procesos; la consideración de la gravedad de la sanción y de las condiciones personales, familiares y sociales del adolescente en la determinación de las sanciones impuestas por infracciones penales; y los derechos y libertades de los niños y adolescentes en el campo de la educación y la salud.

En esta sección de la Revista se resumen algunos de los fallos incluidos en esa colección, representativos de los cuatro aspectos mencionados, en relación con tres de los países considerados: Chile, Estados Unidos y Uruguay (los fallos de Argentina y Brasil están en edición).

El valor de la jurisprudencia reseñada deriva, en el caso de Chile y Uruguay, de los indicios que se comienzan a apreciar de una influencia más o menos directa de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus principios rectores en la decisión judicial de casos sobre niñez y adolescencia. En el caso de la jurisprudencia de Estados Unidos, es de gran interés la revisión de la forma en que ha evolucionado, en la jurisprudencia más reciente, la doctrina “clásica” establecida por la *Corte Warren* en fallos como *Gault*, *Tinker*, *Miranda* y *Roe v. Wade* (en el caso de estos dos últimos, por su influencia en fallos referidos a menores de edad, como *Fare* y *Planned Parenthood v. Danforth*), que marcó el inicio de un reconocimiento jurisprudencial explícito de los derechos constitucionales de los niños y adolescentes, como facultades que ellos pueden ejercer con diversos grados de autonomía.



Por ello, si la jurisprudencia norteamericana es, a lo menos en lo relativo a derechos individuales, paradigmática de una nueva consideración de las personas menores de edad, como verdaderos titulares de derechos constitucionales que merecen protección jurisdiccional, la de los tribunales superiores de países como Chile y Uruguay, reflejan la potencialidad y las tensiones que, en países más enraizados en una concepción paternalista y tutelar respecto de los niños y adolescentes, surgen de la ratificación de la Convención y de los primeros intentos de adecuar la práctica judicial a ella.

---

# CUSTODIA Y VISITAS

---



ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
TROXEL VERSUS GRANDVILLE, 530 U.S. 57 (2000)  
CORTE SUPREMA DE WASHINGTON - CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS  
5 DE JUNIO DE 2000

*La aplicación de la legislación sobre derechos de visitas del Estado de Washington, para conceder derechos de visitas a los abuelos paternos respecto de sus nietos, se considera violatoria del derecho de la madre a educar a sus propios hijos, derivado de la garantía del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. La madre tiene derecho, frente a un tercero que reclama visitas, a que judicialmente se le otorgue un “especial peso” a su decisión a la hora de resolver, sin quedar sometida al test del “interés superior del niño”.*

Una ley del Estado de Washington permitía a cualquier persona solicitar a un tribunal estadual derechos de visita respecto de un niño y autorizaba al tribunal a disponerlas en cualquier momento si las visitas eran beneficiosas para el interés superior del niño. Acogiéndose a dicha ley unos abuelos paternos, los Troxel, solicitaron judicialmente derechos de visita respecto de las hijas de su hijo ya fallecido. La madre de las niñas, Tommie Grandville, no se oponía a las visitas, pero sí objetaba la cantidad de visitas que solicitaban los abuelos Troxel. Una vez que el Tribunal Superior del Condado de Skagit accedió a la solicitud disponiendo más visitas de las que la madre de las niñas deseaba, ésta apeló de la decisión. Pendiente la resolución de la apelación, la madre, que nunca se había casado con el padre de las niñas, contrajo matrimonio con un hombre con seis hijos, quien además adoptó a las dos hijas de aquélla. La Corte de Apelaciones de Washington revocó la resolución que había dispuesto las visitas a favor de los abuelos Troxel. La Corte Suprema del Estado de Washington, a su vez, confirmó la resolución de la Corte de Apelaciones, expresando que la ley violaba el derecho fundamental de los padres, amparado por la Constitución Federal, de criar a sus propios hijos. Razonando en el sentido de que la Constitución Federal permite a un Estado interferir en este derecho de los padres sólo si es necesario para prevenir un daño actual o potencial para el niño, la Corte consideró que la ley estadual ignoraba este umbral y que iba demasiado lejos al permitir a cualquier persona solicitar visitas con el sólo requisito de que ellas fueran beneficiosas para el interés superior del niño.

Conociendo de un recurso de casación (*writ of certiorari*), la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó dicha resolución. Aún cuando no lograron consensuar una opinión única, seis de los nueve miembros de la Corte estuvieron de acuerdo en que la aplicación de la ley estadual para permitir las visitas de los abuelos paternos violaba el derecho de la madre, amparado por la garantía del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda Constitucional, de educar a sus propios hijos.

El Juez O'Connor expresó en la resolución de la Corte y en una opinión a la que se unieron el Presidente de la Corte, Juez Rehnquist y los jueces Ginsburg y Breyer, señaló que: 1) la garantía del debido proceso reconocida por la Decimocuarta Enmienda protegía el derecho fundamental de los padres a tomar las decisiones concernientes al cuidado, custodia y control de sus hijos; y 2) en la forma en que se aplicó a la madre y a su familia en este caso, la ley estadual afectaba en forma inconstitucional ese derecho fundamental en la medida que a) los abuelos no alegaron, ni se probó ante ningún tribunal, que la madre fuera inhábil, b) ya era tradicional la presunción de que los padres hábiles toman sus decisiones en el interés superior de sus hijos, y c) no existió ninguna alegación en el sentido de que la madre alguna vez haya buscado poner término a las visitas de los abuelos por completo. Los tribunales llamados a decidir este tipo de cuestiones no deben aplicar el test del "interés superior del niño", como correspondería hacerlo si las visitas las reclamase un padre contra la oposición de una madre, sino que deben dar a la oposición de una madre a las visitas reclamadas por los abuelos -considerados como terceros sin estatus legal de padres- un "especial peso" a la hora de resolver.

Concurren, pero expresando sus propias opiniones, los jueces Souter y Thomas. Disienten los jueces Stevenes, Scalia y Kennedy.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
V.C. v. M.J.B., 163 N.J. 200 (2000)  
CORTE SUPREMA DE NEW JERSEY  
6 DE ABRIL DEL 2000

*Atendiendo a su estatus de madre psicológica, de facto o funcional, la demandante, -ex pareja de la madre biológica de los niños- tiene derecho a solicitar judicialmente visitas o custodia compartida bajo el simple estándar del interés superior de los niños, y no está obligada a probar, como lo estaría un extraño, que sin ello se producirá un grave perjuicio para los niños o que la madre biológica es inhábil. El estándar es aplicable a toda persona que voluntariamente, y con consentimiento del padre o madre biológicos custodios, ha asumido de facto una relación parental.*

*En el caso concreto, sin embargo, si bien las visitas resultan en el interés superior de los niños, la custodia compartida no, pues tras años de no estar involucrada la demandante en la toma de decisiones sobre su crianza, volver a estarlo ahora sería innecesariamente disruptivo para todos los involucrados.*

La demandante, V.C., convivió con su pareja lesbiana, M.J.B., desde antes que ésta quedara embarazada por fertilización asistida y siguió viviendo con ella y sus hijos biológicos mellizos durante otros dos años, conformando entre todos una relación familiar, en la que V.C. fue sido reconocida y nombrada como una madre de facto, tanto por su pareja M.J.B. y los mellizos, como por otros familiares y amigos. Durante el embarazo V.C. participó con M.J.B. en cursos de preparación para el parto y al nacer participó en la elección de los nombres y luego, de las guarderías infantiles. De común acuerdo con M.J.B., tiempo después, V.C. inició trámites para adoptar a los niños.

Cuando los mellizos cumplirían dos años, su madre M.J.B. terminó la relación con V.C. Durante los primeros meses ambas se turnaron en el cuidado de los niños, en la casa donde ellos vivían. V.C. siguió manteniendo una relación como madre de facto de los niños y contribuyendo económicamente a su crianza, incluso después que, tanto M.J.B. como ella misma, iniciaran otras relaciones de pareja. Sin embargo, casi un año después de su separación, M.J.B. dejó de aceptar las visitas y la contribución económica de V.C. M.J.B. presentó una demanda de

custodia (legal) compartida y de visitas, fundada en que ella ejercía el rol de madre psicológica de los niños.

El tribunal de instancia rechazó ambas solicitudes, porque la demandante V.C. no habría logrado demostrar que la estrecha relación que formó con los niños alcanzaba el estatus de parentalidad psicológica o de facto. Al resolver, el tribunal dio especial importancia al hecho de que la decisión de embarazarse había sido tomada por M.J.B. incluso antes de conocer a V.C. Por tanto, concluyó el tribunal, que V.C. solo podría solicitar custodia si lograra probar que M.J.B. era una madre inhábil. La Corte negó lugar a las visitas, sosteniendo que ni siquiera un padrastro podría solicitarlas en tal caso, salvo demostrando la existencia de razones de equidad. Además, las visitas eran contrarias al interés superior de los mellizos, pues la animadversión de M.J.B. en contra de V.C. inevitablemente afectaría a los niños.

La División de Apelaciones revocó la decisión que negó lugar a las visitas pero confirmó la que rechazó la custodia compartida. La opinión de mayoría consideró que V.C. había establecido con los mellizos una relación de tipo parental, por lo cual se le aplicaba el estándar del interés superior del niño. Y si bien la custodia compartida no resultaba en interés superior de los niños, de los testimonios aportados por los expertos podía concluirse que sí lo hacían las visitas y un continuo contacto entre V.C. y los mellizos. M.J.B. no podía privar a V.C. ni a los propios mellizos de esas visitas por el simple hecho de que abrigara sentimientos negativos hacia aquella. Una opinión de minoría negaba a V.C. el estatus de madre psicológica y con ello, el derecho a visitas; mientras que otra afirmaba el estatus y demandaba que el interés superior de los mellizos reclamaba no sólo visitas sino también custodia compartida.

De esta resolución recurrieron ambas partes para ante la Corte Suprema de New Jersey. M.J.B. sostuvo que la Corte no tenía jurisdicción para considerar las demandas de custodia y visitas de V.C., que constituían una intromisión en su libertad fundamental para criar a sus hijos de la manera que ella considere apropiada, pues la única base para una intervención gubernamental en su vida privada o la de su familia era la protección de los niños en contra de un grave daño. A falta de ello, su derecho de madre a decidir con quien se relacionaban sus hijos era un derecho absoluto. V.C., por su parte, insistió en su carácter de madre psicológica, y que tiene derecho a la aplicación del test del interés superior del niño, y no del test del daño. Sobre esa base reclama custodia compartida, que es lo que mejor sirve al interés superior de los mellizos.

La Corte Suprema de New Jersey, razonando además sobre la opinión de los expertos consultados, dio por establecido que V.C. ha ejercido respecto de los mellizos el rol madre psicológica, de facto o funcional, por lo que tiene el estatus legal de madre y el derecho a solicitar visitas o custodia compartida bajo el simple

estándar del interés superior de los niños, sin que esté obligada, como lo estaría un extraño, a probar que sin ello se producirá un grave perjuicio para los niños ni que la madre biológica es inhábil. Sin embargo, si bien es claro que las visitas resultan en el interés superior de los niños, la custodia compartida no lo hace, pues tras cerca cuatro años de no estar V.C. involucrada en la toma de decisiones sobre su crianza, ello sería innecesariamente disruptivo para todos los involucrados.





SANTIAGO DE CHILE  
MENOR S. M.  
CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO  
3 DE JUNIO DE 1998

*En atención al interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro Internacional de Niños, se revoca la sentencia de primera instancia negando la solicitud de regreso de la menor a su país de origen, del cual ha sido sustraída de manera ilícita.*

El padre de la menor exige el retorno de su hija a su país de origen, Argentina, del cual ha sido sustraída de manera ilícita por su madre, contraviniendo la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños y el Código Civil argentino.

La madre señala haber salido de Argentina junto a su hija por situaciones de maltrato físico y emocional por parte del padre de la menor, frente a los cuales no recibió ningún tipo de ayuda pese a sus denuncias.

La menor, de 8 años de edad, reitera las referencias a las situaciones de violencia, y expresa que se siente mejor con su madre y que no quiere volver a Argentina. En el momento de la denuncia se encuentra asistiendo al colegio regularmente desde hace 4 años y ha tenido una buena integración con sus compañeras de curso.

El tribunal de primera instancia acoge la solicitud y ordena el regreso de la menor a Argentina. La madre apela y la Corte de Apelaciones revoca la sentencia apelada teniendo en consideración que las vías de hecho con que actuó la madre fueron validadas por el padre al otorgarle a ésta la tuición de la menor en un avenimiento celebrado con posterioridad a su llegada a Chile. Además, el interés superior del niño también se encuentra consagrado en la Convención sobre el Secuestro Internacional de Niños, al señalar que las respectivas autoridades deben ordenar el regreso del niño a su país de origen, aún cuando el procedimiento correspondiente se haya iniciado después de la expiración del período de un año, a menos que el menor se haya integrado a su nuevo medio, o que este regreso lo exponga a situaciones de peligro físico o psicológico. Estas dos situaciones se darían en caso de ordenar el retorno de la menor a Argentina, ya que se la sacaría

del ámbito escolar en el que ya se encuentra integrada y además, tendría que soportar la situación de visitar a su madre durante 4 años a la cárcel, ya que esa es la sanción legal en Argentina para la madre por la infracción cometida. Por otra parte la menor, que de acuerdo a las entrevistas e informes psicológicos efectuados tiene capacidad suficiente para formarse un juicio propio y expresar su opinión sobre los asuntos que le afecten, manifestó su intención de permanecer junto a su madre.

Teniendo en consideración todas estas circunstancias, se revoca la sentencia apelada negando lugar a la solicitud del padre de la menor y se dispone que ésta permanecerá al cuidado de su madre en Chile.

MONTEVIDEO, URUGUAY  
J. L. O. CONTRA C.S.V.  
TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA 2º TURNO  
30 DE ABRIL DE 2003

*El tribunal de segunda instancia revoca la sentencia que entregaba la tenencia del menor a su madre, teniendo en consideración que el norte en los institutos que giran en torno a la figura del menor es el interés del mismo, y que éste no es un objeto sino un sujeto de derechos. Por esta razón, al resolver un tema de tenencia, se debe atender a la situación de los hijos antes que el interés de los padres y en este caso particular se considera que una convivencia permanente con su madre sería perjudicial para la niña.*

A los siete meses de edad de la menor A.M. sus padres se separaron y ésta continuó viviendo con su madre la que -no obstante- la entregó temporalmente a su padre en siete oportunidades durante un período de un año y medio debido a problemas de salud, emprendimiento laboral, obligaciones familiares y mudanza. Por eso es que desde los dos años de la menor el padre -junto a su nueva pareja y los hijos de ésta- comenzó a vivir con la niña y a hacerse cargo de sus necesidades básicas.

El año 2001, sin embargo, la madre reclama ante tribunales la tenencia de la menor, la que le es concedida en abril de 2002. Las consideraciones que llevan a concederle la tenencia son la convicción del tribunal de que las actitudes llamativas de la madre [desórdenes de personalidad] tienen su origen en la angustia que le provoca el no estar con su hija y no en una inhabilidad intrínseca, de manera que la madre sería hábil para cuidar a la niña. Por otra parte, se considera que la actual imagen materna de la niña -que cumple la pareja de su padre- puede ser inestable en medida que la presencia de esta madre substituta en el hogar es -según el tribunal- eventual a pesar de la estabilidad de la pareja. Por otra parte, entre ella y la niña se han producido importantes conflictos afectivos. Por último, se toma en consideración un informe de GENOS de acuerdo al cual la niña querría vivir con su madre.

El padre de la menor se opone a la decisión de primera instancia, considerando que las probanzas referidas en dicho fallo han sido examinadas parcial y erróneamente. Para respaldar tal aseveración señala datos que a su juicio no han

sido analizados como corresponde: se refiere al hecho de que la menor le hubiera sido entregada en siete ocasiones por su madre en un período de un año y medio; agrega que él no quiere desvincular a la menor de su madre, por lo que incluso propuso aumentar las respectivas visitas; se refiere además a la conclusión del Ministerio Público sobre el caso, según la cual la menor debía *aumentar* el contacto con su madre *de forma gradual*, de donde se concluye que no son partidarios de la tenencia de la madre, sino sólo de su aumento gradual.

El tribunal de segunda instancia designa una curadora para la menor y entrevista a todos los miembros de la familia, concluyendo que para el óptimo desarrollo de la menor es mejor que ésta permanezca con su padre, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas a favor de la madre. Tal conclusión se apoya en el hecho de que tanto el Ministerio Público como las pericias realizadas proponen un sistema paulatino gradual para desarrollar la relación de la menor con su madre y ninguno propone la tenencia en manos de ésta. Por otra parte, la madre presenta una personalidad cíclica con elementos histriónicos y paranóicos que el informe de GENOS -en que se ha basado la sentencia de primera instancia- ha omitido. En base a todos estos antecedentes el tribunal concluye que se debe revocar el fallo de primera instancia, ya que en la resolución de este tipo de casos debe primar el interés del menor por sobre el interés de sus padres. Además tiene presente el tribunal que la menor no es un objeto sino más bien el sujeto de un derecho especial, que debe ser tutelado. Por esta razón el juez debe contemplar especialmente la situación de los hijos antes que el derecho, el interés o la pasión de los padres. En este caso la menor A.M. se encuentra integrada hace ya varios años a la familia de su padre y una relación permanente con su madre le sería perjudicial. En consecuencia el tribunal revoca la sentencia apelada teniendo sin embargo presente que “la relación materno-filial, como la vida, serán cambiantes, no pudiendo pretenderse que la solución a la que hoy se arriba sea la definitiva.”

---

# GARANTÍAS PROCESALES

---



ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
IN RE E. T. C., JUVENILE, 141 Vt. 375 (1982)  
CORTE SUPREMA DE VERMONT  
24 DE JUNIO DE 1982

*Bajo la Constitución del Estado de Vermont, los derechos que la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció en Miranda v. Arizona (1966) a todo detenido, a permanecer en silencio y contar con la presencia de un abogado, no se pueden renunciar por un menor de edad en forma voluntaria, inteligente y con conocimiento de causa, si éste no ha podido discutir sobre la conveniencia de esta renuncia, antes de ser interrogado, con un adulto independiente, imparcial y responsable, interesado en su bienestar, como su padre o madre, su guardador legal, o abogado defensor.*

Tres menores de edad, residentes en un hogar comunitario, bajo la custodia del Departamento de Servicios Sociales y de Rehabilitación del Estado de Vermont, eran sospechosos de haberse introducido en dos condominios ubicados al frente del hogar, cruzando la carretera. El director del hogar, que funcionaba bajo un convenio con el Departamento de Servicios Sociales y de Rehabilitación, fue consultado por la policía y convencidos todos que los tres adolescentes estaban involucrados, indicó a los funcionarios que regresaran cuando ellos hubieran vuelto de la escuela. Los adolescentes fueron separados; interrogados por la policía en la oficina del director del hogar, y en presencia de éste.

Según la policía, el apelante E.T.C., de catorce años de edad, fue previamente informado, al igual que los demás, de los derechos que *Miranda* le reconocía, declaró comprenderlos, y accedió a hablar. Un oficial declaró a continuación que debía contar con un guardador, y el director del hogar acotó que él era guardador de los jóvenes residentes en el hogar. Sin embargo, el director no conversó con E.T.C. ni averiguó si éste entendía bien sus derechos, ni declaró expresamente que el adolescente había renunciado a sus derechos. Más aún, lo alentó a cooperar y ser franco con la policía, sugiriendo que así tendría mejor suerte. A continuación, y como resultado del interrogatorio, el adolescente hizo declaraciones inculpatorias para sí mismo. En la próxima audiencia judicial, E.T.C. solicitó la eliminación de sus declaraciones ante la policía, pero el juez consideró que había renunciado



voluntariamente a sus derechos y que el director había actuado como su guardador al asistirlo. El joven fue condenado e internado bajo la custodia del Comisionado de Correccionales.

El joven apeló, reclamando la eliminación de sus declaraciones, porque: 1) se había negado su derecho a consultar a un “adulto interesado” (en su bienestar) antes de decidir si renunciar o hacer valer su derecho a un abogado defensor y a no declarar en contra de sí mismo; y 2) porque su renuncia a ambos derechos no había sido voluntaria, inteligente y con conocimiento de causa.

La Corte consideró en primer lugar que, fuera de los derechos reconocidos por *Miranda*, basados en la Constitución Federal, la Constitución del Estado de Vermont, según la interpretación de la propia Corte Suprema de Vermont, amplía estos derechos, al reconocer que, siendo un menor de edad incapaz de elegir entre cursos de acción legal alternativos, sin asistencia adecuada, tiene derecho a que se notifique a su representante y no puede renunciar a sus derechos sin recibir asistencia de su guardador o un asesor responsable. En segundo lugar, citando a la Corte Suprema de Indiana, afirmó que el establecimiento de estándares diferentes a favor de los menores de edad es un principio aceptado por la ley, que reconoce que éstos muchas veces carecen de capacidad y responsabilidad para darse cuenta plenamente de las consecuencias de sus actos, estableciendo incapacidades, por ejemplo, para casarse, adquirir alcohol, donar sangre, por lo cual sería inconsistente e injusto que se les ponga en la misma posición que a un adulto cuando se les plantea la renuncia a importantes derechos en el momento más crítico y en las condiciones que les resultan más ajenas y poco familiares. Así, concluye la Corte, para que un menor de edad renuncie voluntaria e inteligentemente a su derecho, reconocido por la Constitución de Vermont, a no autoincriminarse y contar con asesoría de un abogado, es necesario: 1) que se le dé la oportunidad de consultar con un adulto; 2) que este adulto no sólo esté genuinamente interesado en su bienestar, sino que además sea completamente independiente y desconectado de la parte acusadora, por ejemplo, uno de sus padres, un guardador legal o un abogado defensor; y 3) que este adulto independiente esté informado y consciente sobre los derechos del adolescente.

La Corte concluyó que en este caso, el director del hogar, no prestó atención ni tomó parte en la decisión del joven de renunciar a sus derechos (ni siquiera recordaba si había renunciado), y más aún, que presionó al joven al insinuarle que lo mejor era confesar a la policía, dándole a entender que el resultado sería más favorable para él si seguía ese curso de acción.

La opinión concurrente del juez J. Larrow, aclaró que, coincidiendo en el resultado, no estaba de acuerdo con la idea que la opinión de mayoría daba, en el sentido de que bajo ciertas circunstancias (por ejemplo, si hubiera conversado privadamente con el joven sobre la conveniencia de renunciar a sus derechos), el

director del hogar podría haber sido un adulto idóneo para asistir al joven. Según el juez Larrow, jamás podría serlo, pues su diferencia con el encargado de una prisión es leve a este respecto, y el encargado de una prisión no es alguien a quien los internos consulten sobre sus derechos. Los “zorros no deberían ser objeto de evaluación caso a caso; como clase deberían ser descalificados como protectores de gallinas”.



SANTIAGO DE CHILE  
J. A. P. T.  
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO  
17 DE SEPTIEMBRE DE 2002

*Se acoge recurso de amparo considerando que se está vulnerando el derecho de los menores privados de libertad a estar separados de los adultos en los recintos de reclusión y las normas internacionales relativas a las medidas disciplinarias aplicables a menores de edad privados de libertad. Se dispone que se deben extremar las medidas de seguridad para que los menores no se vinculen con los internos adultos, que es inaplicable la sanción de internación en celda solitaria, y que los menores deben ser trasladados en viajes independientes o especiales cuando deban comparecer a tribunales o concurrir a otros lugares.*

Se recurre a favor de varios menores privados de libertad, por encontrarse éstos reclusos en recintos destinados a internos adultos, por haber sido objeto de la sanción denominada “encierro en celda solitaria” y por estar siendo trasladados para concurrir a tribunales en los mismos carros que los internos adultos, todo lo cual está en pugna con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y las Recomendaciones dadas por las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

El recurrido expresa que desde la promulgación y ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, se ha llevado adelante un proceso de adecuación de la normativa legal y reglamentaria. En efecto, se ha implementado un módulo especial de menores que está totalmente separado de la población adulta. Además las medidas disciplinarias aplicadas a los menores se aplican conforme al procedimiento establecido en la respectiva reglamentación y el traslado de los menores se efectúa en el habitáculo destinado al personal de Gendarmería y no junto a los adultos.

La Corte señala que tanto la normativa nacional como la internacional dispone que los menores privados de libertad deben estar separados de los adultos y que si bien es apropiado aspirar a la implementación de establecimientos especiales de menores, la normativa que obliga al Estado de Chile, según lo dispone el artículo

27 de La Convención de Viena del derecho de los Tratados, contempla la posibilidad de disponer de ese régimen o sólo de la segregación de menores cuando éstos compartan establecimientos de reclusión con internos adultos, como es el caso. Sin perjuicio de esto, la Corte señala que es preciso extremar las medidas de seguridad que separan a menores de adultos, siendo necesario aislar y atender en forma preferente a los primeros, tanto en el hospital penitenciario como en otras dependencias penales. Por otra parte, la medida disciplinaria de “encierro en celda solitaria” contenida en el respectivo Reglamento, es contraria a los preceptos contenidos en las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad, que en sus números 63 a 67 prohíben establecer como medida disciplinaria al interior de los recintos carcelarios de menores el encierro en celda oscura, las penas de aislamiento o de celda solitaria y cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. En consecuencia, la sanción referida es contraria a la normativa internacional pertinente. Por último, y como consecuencia directa de la norma que obliga a separar la población penal adulta de la menor de edad, el traslado de los menores debe realizarse en vehículos debidamente iluminados y ventilados y sin tener contacto con los reclusos adultos, siendo insuficiente que tal traslado se haga en los habitáculos destinados a los vigilantes.

Con estas consideraciones se acoge el recurso y se declara que se deben extremar las medidas de seguridad para que los menores no se vinculen con los internos adultos, que es inaplicable la sanción de internación en celda solitaria, y que los menores deben ser trasladados en viajes independientes o especiales cuando deban comparecer a tribunales o concurrir a otros lugares.

MONTEVIDEO, URUGUAY  
C.A.T.S., H.S.B.F., W.M.S. Y G.M.S. ANTECEDENTES  
TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA 2º TURNO  
13 DE FEBRERO DE 2002

*La sentencia de segunda instancia revoca el fallo que condenaba a un menor como autor del delito de copamiento, considerando que si no existe -para condenar- una certeza fuera de toda duda razonable se debe absolver y todo supuesto de duda relacionado con el material probatorio debe definirse “favor rei”. Además, si esas dudas se suscitan por deficiencias de la instrucción sumarial, las consecuencias se reflejan sobre la causa pública impidiendo alcanzar el ideal de verdad, pero jamás sobre el procesado a quien no incumbe la carga de la prueba de su inocencia.*

La sentencia de primera instancia declaró al menor C.A.T.S. como autor inimputable de un delito de copamiento en reiteración real de dos delitos de hurto especialmente agravados, y se dispuso como medida de seguridad educativa el mantenimiento de su internación por el término de dos años con descuento de la ya sufrida, y sin perjuicio del cese de la internación según la evolución del menor, en el Centro de rehabilitación de INAME.

La Defensora interpone recurso de apelación planteando que el menor confesó el respectivo delito como resultado del mal trato y el temor que sufrió en sede policial. Luego, la posterior rectificación de la confesión no se debió a una maquinación entre el menor y su familia sino más bien en una mayor confianza que éste iba teniendo en el mundo adulto. Además plantea que, en virtud del principio de la no discriminación, no es propio considerar, para dictar el fallo, la calidad de adoptado del menor u otras características de su familia.

El Ministerio Público solicita la confirmación de la sentencia considerando que la confesión es válida en cuanto existen múltiples relatos confesorios y conformes, independiente del temor a la intervención policial que es inherente a toda persona. Por otra parte, no se lograron probar las afirmaciones sostenidas en la rectificación de la confesión. Por último, la calidad de adoptado del menor no determinó la medida de internación.

El fallo de segunda instancia revoca la resolución que ordena la internación del menor, considerando que la cuestión central pasa por determinar si existe plena prueba, identificable con la certeza fuera de toda duda razonable de la comisión del delito incriminado; se debe absolver si el sumario no aporta certeza de la culpabilidad del agente y todo supuesto de duda relacionado con el material probatorio debe definirse “favor rei”. Plantea el tribunal que si esas dudas se suscitan por deficiencias de la instrucción sumarial, las consecuencias se reflejan sobre la causa pública impidiendo alcanzar el ideal de verdad, pero jamás sobre el procesado a quien no incumbe la carga de la prueba de su inocencia y mucho menos aún colmar los vacíos de una investigación mal realizada, pesando los errores de instrucción a favor del indagado. Lo contrario –sostienen los jueces– sería contrariar el estado de inocencia reconocido por la Constitución de Uruguay y en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente el art. 40.2 b) I) de la Convención de los Derechos del Niño. De acuerdo al principio *in dubio pro reo*, existe la exigencia de certeza para la condena y la obligación de absolución en caso de duda; además se debe considerar la exigencia de que el *onus probandi* o carga de la prueba recaiga sobre el acusador y en ningún caso sobre el acusado.

Estima la sentencia de segunda instancia que la interposición de defensas exculpatorias denunciando malos tratos y violación de garantías constitucionales constituye el legítimo derecho de defensa y del derecho a no inculparse a sí mismo, también de rango constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no pudiendo extraerse la conclusión inculpatoria por el fracaso probatorio de tales defensas. Además, la sola confesión no corroborada no constituye plena prueba.

Por otra parte, se tiene presente que la persona menor de edad debe ser colocada en la misma situación que un adulto con un plus de protección (estatuto especial de protección jurídica dado su carácter de sujeto en desarrollo), debe perseguirse la mínima aflicción de los derechos de los adolescentes sometidos a proceso (arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño) y la regla de interpretación establecida en el art. 3 de la misma o sea la del interés superior del niño impone una visión protectora y garantista de los derechos. Dentro de este contexto, el Defensor cumple un rol fundamental de relacionamiento entre la actividad procesal y la familia del menor involucrado y el interés superior del niño radica en aquella solución jurídica que respete mejor sus derechos.

Por último, se considera que un informe incorporado en el proceso sobre la definición sexual de los menores es inconducente a los fines del proceso y violatorio entre otros de la privacidad de la vida privada de todo ser humano (art. 40.2 num. VII de la Convención de los Derechos del Niño).

---

# CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE SANCIONES

---





ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
IN RE MILLER, 82 OHIO APP. 3D 81 (1992)  
CORTE DE APELACIONES DE OHIO  
7 DE AGOSTO DE 1992

*Si bien respecto de un infractor menor de edad, sometido a la jurisdicción de los tribunales de menores, estos pueden imponer condiciones para la libertad vigilada que no serían válidamente aplicables a un mayor de edad, las condiciones impuestas no pueden afectar arbitrariamente los derechos constitucionales del adolescente.*

*Al examinar la validez de tres condiciones impuestas a un adolescente de 17 años, que le prohibían concurrir a un determinado local, mantener contacto con una determinada persona y vestirse como mujer; la Corte concluyó, adaptando el triple test fijado por ella en un precedente relativo a un delincuente mayor de edad, que las tres condiciones impuestas al apelante son inválidas porque: 1) no están relacionadas con el delito o la falta de menores (status offense) cometida; 2) se refieren a una conducta que en sí misma no es delito o falta de menores; y 3) no están razonablemente relacionadas con posibles delitos o faltas de menores que el condenado pueda cometer en el futuro, ni sirven a los fines legales de la libertad vigilada o a un interés público compulsivo que justifique restringir las libertades reconocidas por la Primera Enmienda (libertad de expresión) al condenado.*

El 24 de Noviembre de 1990, Scott Miller, de 17 años de edad, en una pelea con su hermano, lo empujó a través de los cristales de un ventanal. Meses más tarde su hermano lo denunció por violencia intrafamiliar ante la División de Menores del Tribunal de Demandas Comunes del Condado de Lucas, Ohio.

Scott Miller admitió su responsabilidad en los hechos y fue declarado adolescente infractor y sometido a libertad vigilada bajo una serie de condiciones. El adolescente objetó tres de ellas: la prohibición de concurrir al local Ceasar's, la prohibición de mantener contacto con Joe Wicks y la prohibición de vestirse como mujer. Otras condiciones, en cambio, como la de obedecer las reglas de la casa impuestas por su madre o no involucrarse en actos de prostitución, no fueron objetadas por Miller.

En contra de las primeras tres condiciones, Miller objetó que i) violaban sus derechos constitucionales, bajo la Constitución Federal y la Constitución del Estado de Ohio; y, ii) son nulas a causa de su discordancia con los estándares que el derecho exige para las condiciones de la libertad vigilada, particularmente con la exigencia de que estas condiciones tengan relación con el delito cometido.

El tribunal rechazó el recurso y Miller apeló ante la Corte de Apelaciones de Ohio.

La Corte comenzó su razonamiento citando el estándar establecido en *State v. Livingston* (53 Ohio App.2d 195, 1976), conforme al cual se consideró inválida la condición impuesta a una mujer condenada por maltrato infantil –y sujeta a libertad vigilada–, de que no se volviese a embarazar en un plazo de cinco años. En *Livingston* la Corte señaló que, si bien los tribunales gozan de amplia discrecionalidad para determinar las condiciones de la libertad vigilada, no son libres para imponer condiciones arbitrarias que afecten en forma significativa el ejercicio de libertades por parte del condenado, especialmente cuando se trata de condiciones que sólo remotamente se relacionan con el delito que cometió. A partir de ello, la Corte estableció un test triple, conforme al cual una determinada condición no es válida si: 1) no tiene relación con el delito por el cual el deliciente fue condenado; 2) se refiere a una conducta que en sí misma no es delictiva; y 3) exige o prohíbe conductas que no están razonablemente relacionadas con posibles delitos que el condenado pueda cometer en el futuro o no sirven objetivos legales de la libertad vigilada.

Apelando a los principios fijados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Gault* y en *Planned Parenthood v. Danforth* (1976), conforme a los cuales los menores de edad gozan de los derechos y garantías de la Decimocuarta Enmienda y del Bill of Rights y rechazando la argumentación de los apelados, la Corte de Apelaciones de Ohio consideró que el test que ella estableció en *Livingston* también es aplicable a adolescentes infractores juzgados por tribunales de menores; pero lo aplicó reconociendo una diferencia. Respecto de los menores de edad, el espectro de condiciones de libertad vigilada puede ser más amplio que respecto de los mayores de edad, pero de todos modos se aplica el test triple, con algunos matices.

Así, aplicando el test al caso de Scott Miller, la Corte resuelve que las tres condiciones objetadas son inválidas porque: 1) no están relacionadas con el delito o la falta de menores (*status offense*) cometida; 2) se refieren a una conducta que en sí misma no es delito o falta de menores; y 3) no están razonablemente relacionadas con posibles delitos o faltas de menores que el condenado pueda cometer en el futuro, ni sirven a los fines legales de la libertad vigilada o a un interés público compulsivo que justifique restringir las libertades reconocidas por la Primera Enmienda (libertad de expresión) al condenado.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
D. D. H. v. DOSTERT, 165 W. VA. 448 (1980)  
CORTE SUPREMA DE APELACIONES DE WEST VIRGINIA  
15 DE JULIO DE 1980

*Antes de recurrir a la internación, el tribunal debe asegurarse de que no hay ninguna “alternativa menos restrictiva” que satisficiera las exigencias de la rehabilitación del niño, o que el bienestar de la sociedad demanda su encarcelamiento. En particular, “...el tribunal debería activamente averiguar y consignar en el expediente evidencias de que el problema conductual del niño no es resultado de condiciones sociales que estén fuera de su control, sino más bien de una decisión voluntaria de infringir la ley, o que el niño, en su caso, representará un peligro si se recurre a cualquier otra medida distinta, o que no cooperará con ningún otro programa de rehabilitación que no cuente con restricciones físicas”.*

*Y si bien la falta sistemática de cooperación por parte del adolescente con otras medidas podría justificar recurrir a la internación “si los agentes del Estado son abiertamente incompetentes y si el tratamiento y los programas de rehabilitación no son razonables, esta Corte no permitirá encarcelamiento donde las verdaderas fallas son del Estado y no del niño”.*

La Corte Suprema de Apelaciones de West Virginia en este caso se propone “dejar en claro cuáles son los procedimientos apropiados para la etapa de determinación de la medida en un proceso de menores” examinando “la naturaleza de las medidas” aplicables, precisamente en un caso que es un “manual sobre cómo los tribunales no deben tratar a un menor” de acuerdo con la jurisprudencia anterior de la propia Corte y las disposiciones del Capítulo 49 del Código de West Virginia.

El procedimiento afecta a una niña de doce años de edad, acusada y declarada culpable por el tribunal de instancia, de haber ingresado por la fuerza a una tienda de abarrotes (con fractura de un vidrio) para sustraer alimentos y cigarrillos y de haber hurtado un camión. Sobre esa base, el tribunal ordenó su ingreso en el Hogar Industrial para Niñas en Salem, West Virginia. La niña había cumplido, para ese entonces, los trece años de edad y la medida decidida era la alternativa más restrictiva.

De la decisión recurrió la defensa ante le Corte Suprema de Apelaciones de West Virginia, la que declara la existencia de importantes errores en la fase de declaración de la culpabilidad, por los cuales revoca la sentencia y reenvía el caso para un eventual nuevo juicio sólo por el primero de los cargos mencionado (ingreso a la tienda por medio de la fuerza) y se concentra en seguida en la fase de determinación de la medida.

La decisión del tribunal de instancia se había basado, en lo que respecta a la determinación de la medida, en algunos informes de trabajadores sociales y psicólogos, en particular en el de un trabajador social del Departamento de Bienestar, el señor Corbin, que recomendó la colocación de la niña en el Hogar Industrial después de haber contactado dos alternativas menos restrictivas que rechazaron recibirla. La defensa de la niña, sin embargo, había sugerido el Hogar Adyssey, un hogar grupal de Morgantown, que el señor Corbin no contactó porque no le era familiar.

Junto a otros testimonios recibidos en la fase de determinación de la medida, la madre de la niña testificó explicando que ella había estado muy enferma durante el último año y había solicitado al Departamento de Bienestar que la niña fuese recibida en un hogar sustituto, pero no recibió respuesta.

Sobre el ambiente familiar, el señor Corbin informó que la vivienda que la niña y su madre habitaban no era apta como morada humana; que la madre había estado hospitalizada por varias semanas durante el último invierno, por un cáncer cervical; y que tanto el padre como el padrastro de la niña, en distintas épocas, habían abandonado la familia. La madre era cliente de los servicios sociales desde que la niña nació, y durante el presente año ésta había faltado a la escuela más de 100 días, no habiendo presentado, sin embargo, problemas conductuales más graves que haber hurtado en una ocasión.

Otro testimonio, del Doctor Soule, seguido en sus conclusiones por un tercer profesional, señaló que la niña tenía mucho más potencial de desarrollarse si era criada en un ambiente más estructurado, dado que tenía una vida familiar en extremo caótica y presentaba varios problemas conductuales, si bien en la entrevista se comportó correctamente y se mostró cooperadora y articulada.

Sobre la base de estos antecedentes, el tribunal de instancia decidió la internación de la niña que es la medida más restrictiva existente en el Estado. Los esfuerzos de la defensa de la niña por demostrar la disponibilidad de otras alternativas menos restrictivas no recibieron acogida por el tribunal el que, ante la insistencia del defensor, lo destituyó de sus funciones y elevó en su contra cargos por desacato.

Al revisar la decisión del tribunal de instancia en materia de determinación de la medida, la Corte Suprema de Apelaciones examinó, en primer lugar, la evolución experimentada por la legislación de menores, en relación con sus fines declarados.

Las reformas de los últimos tres años (el fallo es de 1980), parten de un reconocimiento de que los dos fines buscados históricamente por la jurisdicción de menores, a saber, proteger a la sociedad de la delincuencia de adolescentes y ayudar a éstos a modificar su conducta, se asocian a procesos bastante contradictorios entre sí. Por ello la Corte afirma que: “Buena parte de nuestra ley de menores actualmente vigente responde a un sano escepticismo acerca de la capacidad del Estado y sus agentes para ayudar a los niños cuando ellos han sido encarcelados en una de las instituciones de internación de menores. Así, controlar a los menores y dar tratamiento a los menores (si esta expresión puede ser usada sin conjurar imágenes kafkianas) son con frecuencia objetivos irreconciliables entre sí.”

La contradicción, en cualquier caso, se mantiene en las leyes vigentes, según la Corte, de modo que “la fase de determinación de la medida en un proceso de menores está diseñada para hacer algo casi imposible”, a saber, reconciliar los objetivos vinculados a la protección de los niños y la promoción de su desarrollo brindándoles un trato cariñoso y protector, con los objetivos relativos a la protección de la sociedad frente a niños peligrosos, la intimidación de otros niños y la responsabilización de los niños por afectar los derechos de terceros. Y si bien la retribución es considerada como un instinto insano, e incluso inmoral, en una sociedad ilustrada, es innegablemente una forma de afirmación del monopolio estatal del uso de la fuerza y un modo de proscribir la venganza privada; su consideración respecto de los menores es otra forma de decir “que ellos deben ser tratados como agentes morales responsables”.

La Corte argumenta que la contradicción de fines se expresa incluso en que las medidas “rehabilitadoras” son a veces más punitivas que las propias penas. Una consecuencia de este fenómeno se acusa en la tendencia evidenciada en un informe preparado por Edwin Lemert para el Grupo de Trabajo sobre Delincuencia, de la Comisión Presidencial sobre Cumplimiento de la Ley y Administración de Justicia (1967), citado por la Corte, y en el cual el autor argumenta que “si hay una filosofía defendible para el tribunal de menores es la de la no-intervención. Este es propiamente una agencia de último recurso para los niños, asociada a una doctrina similar a la de las cortes de apelaciones que exigen que todos los otros recursos hayan sido agotados antes de considerar un caso”.

En todo caso, según la Corte, si la fase de determinación de la medida se volviera demasiado exigente para los tribunales en el examen de todas las “alternativas menos restrictivas”, por hipotéticas que fueren, en la práctica se forzaría a los tribunales a abandonar toda posibilidad de internar a un niño. Y ese no es el objetivo de la ley de West Virginia.

Ahora bien, la ley tampoco escogió, pudiendo hacerlo, castigar a los niños que han cometido delitos, de la misma forma que a los adultos. La ley escogió, como primer objetivo, “ayudar al niño”, rehabilitándolo, si bien reconoce que la

rehabilitación debe ser conciliada con las necesidades sociales de protección frente al delito y de disuasión de los demás potenciales delincuentes.

El modelo rehabilitador requiere, según la Corte, que el tribunal cuente con mucha información sobre el niño y su ambiente social en la fase de determinación de la medida. Su presupuesto filosófico es que sólo es legítimo castigar si el delito puede ser visto como una decisión libre del sujeto, y precisamente respecto de los menores de edad suele haber evidencias sobre los fuertes condicionamientos familiares y sociales de su conducta, que exigen del Estado privilegiar la rehabilitación, si es posible hacerlo.

La Corte agrega que: “Es obligación del tribunal escuchar todos los testigos que pudieran arrojar luz sobre la medida más apropiada para un niño y, antes de encarcelar a un niño, averiguar y consignar en el expediente los hechos que conducirían a una corte de apelaciones razonable a concluir, en las palabras de la ley, que ‘ninguna alternativa menos restrictiva satisficaría las exigencias de la rehabilitación del niño...’ o que ‘el bienestar de la sociedad’ demanda su encarcelamiento”.

Pero para decidir el encarcelamiento: “...el tribunal debería activamente averiguar y consignar en el expediente evidencias de que el problema conductual del niño no es resultado de condiciones sociales que estén fuera de su control, sino más bien de una decisión voluntaria de infringir la ley, o que el niño, en su caso, representará un peligro si se recurre a cualquier otra medida distinta, o que no cooperará con ningún otro programa de rehabilitación que no cuente con restricciones físicas. Si el tribunal concluye que el simple castigo será un dispositivo rehabilitador más efectivo que cualquier otro, la conclusión es ciertamente legítima; sin embargo, el tribunal de instancia debe elaborar en el expediente sus razones para llegar a esta conclusión”.

En particular, tratándose de las escuelas industriales del estado de West Virginia, la Corte afirma que: “Si bien en la audiencia... se vio que han mejorado en cuanto se proporciona educación y asistencia legal... el hecho de que estas escuelas hayan mejorado no las convierte en un lugar adecuado para la “rehabilitación”, a menos que aparezca que el niño representa un peligro o debe ser mantenido en un recinto de seguridad para prevenir su fuga”.

Y si bien la falta sistemática de cooperación por parte del adolescente con otras medidas podría justificar recurrir a la internación “si los agentes del Estado son abiertamente incompetentes y si el tratamiento y los programas de rehabilitación no son razonables, esta Corte no permitirá encarcelamiento donde las verdaderas fallas son del Estado y no del niño”.

En el presente caso, la Corte reconoce importantes evidencias de que los problemas conductuales de la niña -que es además primeriza- se explican en amplia

medida por las carencias de su entorno social y familiar, y objeta además al tribunal de instancia el no haber hecho las averiguaciones necesarias para concluir que no existe una alternativa menos restrictiva. La Corte concluye precisando los roles que en el proceso de determinación de la medida corresponden a la defensa, a los delegado de libertad vigilada o el trabajador social que informa al tribunal, al propio niño y al tribunal.

En la decisión de los recursos, fuera de revocar el fallo de primera instancia por los vicios identificados en la fase de declaración de culpabilidad, la Corte deja sin efecto la destitución del defensor y sus cargos por desacato. Para el caso de celebrarse un nuevo juicio, la Corte ordena al tribunal de primera instancia aplicar en la fase de determinación de la medida los criterios definidos en este fallo.





SANTIAGO DE CHILE  
M.A., E.O. Y L.A.  
CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL  
12 DE SEPTIEMBRE DE 2000

*La Corte de Apelaciones aplica la norma contenida en el art. 37 letra b) de la Convención sobre los derechos del Niño de acuerdo a la cual la prisión de un menor se llevará a cabo de conformidad a la ley y como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. En virtud de esta disposición, la Corte regula la sanción aplicable en la menor extensión legalmente posible y confirma la sentencia recurrida. El ministro Künsemüller hace una prevención dirigida a hacer aún más efectiva la disposición del 37 b) de la CDN.*

El tribunal de primera instancia condena a diez años y un día a tres menores involucrados en cinco delitos de una misma especie, donde el primer delito, de robo de un automóvil, ha sido necesario para cometer los demás robos.

La defensa plantea que en los delitos investigados ha existido un concurso medial, ya que el robo con violencia del auto era necesario para cometer los demás robos. La Corte considera el concurso medial, pero plantea que éste debe ser desestimado de acuerdo a la forma en que deben ser sancionados los delitos. En efecto, el auto les permitió a los menores cometer los otros cuatro robos; sin embargo, ante la reiteración de cinco delitos de la misma especie resulta más beneficioso aplicar la norma del art. 509 del Código de Procedimiento Penal que regula la reiteración en forma preferente.

La Fiscal, por su parte, solicita que el delito sea calificado como robo con violencia en relación al menor M.A. y como delito de lesiones en relación con los menores E.O. y L.A. La Corte discrepa con la Fiscalía porque considera que no es procedente la doble calificación del hecho punible.

De acuerdo al art. 509 C.P.P., la reiteración debe castigarse aumentando en uno, dos o tres grados la pena del delito más grave dependiendo del número de delitos. En este caso el delito más grave es el robo con violencia y su pena es el presidio mayor en su grado medio a máximo. Sin embargo, por tratarse de menores

de 18 años declarados con discernimiento, la pena se les rebaja en un grado. Por otra parte, en cuanto al agravamiento de la pena debido a la reiteración, la Corte aplica el art. 37 letra b) de la Convención sobre los derechos del Niño de acuerdo al cual la prisión de un menor se llevará a cabo de conformidad a la ley y como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. En virtud de esta disposición, los jueces se ven obligados a regular la sanción en la menor extensión legalmente posible. Por esta razón se consideran todas las penas en su conjunto, lo que resulta más beneficioso que aplicarlas en forma separada, y el agravamiento por reiteración -que de acuerdo al art. 509 CPP podía ser en uno, dos o tres grados. sólo agrava la pena en un grado. En consecuencia se condena a los menores a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, confirmando la sentencia de primera instancia.

El ministro Künsemüller previene que para los fines más benignos de tratamiento del concurso real de delitos, se pueden considerar todos los delitos como uno solo ya que son de la misma especie, afectan a los mismos bienes jurídicos protegidos y tienen idénticas modalidades ejecutivas. Künsemüller señala que el art. 509 inciso primero del Código de Procedimiento Penal –norma aplicable, según él, a este caso- no establece qué delito debe considerarse como punto de partida para calcular la pena única. Y en virtud del art. 37 letra b) de la Convención sobre los derechos del Niño, se puede comenzar a contar a partir de la sanción menos grave y aplicar sobre ésta la rebaja que corresponde a los menores; de esta forma, la sanción se reduce a ocho años de privación de libertad para cada encausado.

**MONTEVIDEO, URUGUAY**  
**DENUNCIA DEL LICEO N° 12**  
**TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA 2° TURNO**  
**23 DE NOVIEMBRE DE 2001**

*El tribunal de segunda instancia revoca la sentencia que decidía no iniciar procedimiento en contra de un grupo de menores acusados de apedrear un Liceo. La revocación se basa en la idea de que la responsabilidad es un derecho y un deber de los adolescentes, que se fundamenta en la obligación de respetar el derecho de los demás. A juicio del tribunal estas ideas legitiman la reacción del sistema judicial frente a hechos que implican violaciones al deber de respetar el derecho ajeno y al principio de solidaridad social, que indica que los bienes relacionados con la enseñanza pública deben ser especialmente preservados para que puedan ser utilizados por las próximas generaciones.*

El Liceo N°12 denuncia a trece de sus alumnos de Enseñanza Secundaria por tirar piedras en contra de la institución y agraviar algunos símbolos patrios, dentro del desorden generado luego de una protesta del alumnado por las malas condiciones de limpieza y de infraestructura de la escuela.

En primera instancia se concluyó que no existían elementos para iniciar procedimiento de menores infractores (art. 114 del Código del Niño en la redacción dada por el art. 25 de la Ley 16.707). Se declara la inexistencia de delito por falta de acreditación del nexo causal entre el hecho de tirar piedras y el daño provocado y por carencia del elemento subjetivo. Invocando principios generales del derecho de la Infancia y la Adolescencia, se aplica la remisión prevista en la normativa internacional, instituto que supone la admisión de la autoría del delito por el menor suprimiendo los efectos del mismo, desjudicializando el conflicto y derivándolo a otras instituciones.

La Fiscal interpone recurso de reposición y apelación en subsidio, manifestando que a juicio de la Fiscalía y en ejercicio de atribuciones de Derecho Público debe iniciarse procedimiento con el objeto de determinar si se han cometido delitos o faltas, si los partícipes están individualizados y son menores de edad y si es pertinente aplicar en forma cautelar medidas de seguridad. Para la Fiscalía es grave

que la sentencia recurrida haya dispuesto no iniciar procedimiento ya que a) doce estudiantes indicados por la Fiscalía fueron individualizados por un grupo de docentes con el objeto de llamar a sus padres; b) todos los adolescentes admitieron haber participado en los hechos; c) es insostenible afirmar que no se probó el nexo causal entre la acción de tirar piedras y el resultado; y d) la prueba debe ser apreciada en su conjunto, lo que no sucede en la sentencia recurrida. Además, agrega la Fiscalía, es incongruente negar el nexo causal por una parte y aplicar la remisión -que necesariamente supone la existencia de un ilícito- por otra.

La Defensa impetra el mantenimiento de la sentencia recurrida en base a las siguientes consideraciones: es cierto que existieron daños, pero éstos fueron producto de una acción colectiva donde los autores no están individualizados. En efecto, la lista de los partícipes llevada a cabo por los docentes sólo tenía por objeto llamar a los respectivos padres y no prueba que los denunciados fueron los autores materiales de los hechos. En cuanto a la calificación jurídica, señala que en ésta deben ser imputados como autores los agentes perfectamente individualizados, lo que no es el caso; de esta forma, en este caso no puede haber un vínculo entre la acción y el resultado, ya que no se han identificado los autores de la acción. Por último, señala que la remisión es una aplicación del principio de oportunidad y en este caso es la mejor medida que se puede aplicar.

La sentencia de segunda instancia revoca la resolución recurrida, dictándose auto de disposición respecto de los menores individualizados como autores de la infracción de daño agravado y aplicando, en forma cautelar, la medida socioeducativa de realización de tareas de mantenimiento y de mejora de un centro educativo a determinar por un término de 20 días.

Para dictar la sentencia revocatoria se tiene presente que para que exista auto de disposición es necesario que hayan elementos de convicción suficientes para juzgar que el menor tuvo participación en la infracción, entendiéndose por ésta la reproducción de una conducta calificada por la ley penal como delito. Se requiere semiplena prueba al igual que en el procedimiento penal. Tal prueba deberá ser recabada con todas las garantías procesales y tener el peso suficiente para justificar el dictado del acto de disposición. En la materia adquieren plena vigencia los principios generales de presunción de inocencia, la necesidad del debido proceso legal, valoración de las probanzas conforme a los criterios de unidad y de razonabilidad, etc. A juicio del tribunal todos estos requisitos se cumplen en autos, dándose en la causa el elemento objetivo (se tiraron piedras que provocaron daños) y subjetivo (los estudiantes eran conscientes de sus actos).

Agrega el tribunal que la responsabilidad es un derecho y un deber de los adolescentes, reconocidos como sujetos de derecho por la Constitución y la normativa internacional. El fundamento de la responsabilidad se encuentra en la obligación de respetar el derecho de los demás (arts. 4, 29 y 40 de la Convención

de los Derechos del Niño). Estas circunstancias legitiman la reacción del sistema judicial frente a hechos que implican violaciones al deber de respetar el derecho ajeno y al principio de solidaridad social, que indica que los bienes afectados a la enseñanza pública deben ser especialmente preservados para que puedan ser utilizados por las próximas generaciones.

Por otra parte, el tribunal considera que existe contradicción en señalar que no existe delito y recurrir al instituto de la remisión, y por último señala que no es ajeno a la decisión de la cuestión el valor de la preservación del principio de la continuidad del proceso educativo.

En conclusión, la Sala impone una medida socioeducativa proporcional a los hechos y a la participación de los jóvenes, que debe cumplir con dos requisitos: de aptitud, para actuar como un agente de asunción de responsabilidad; y de idoneidad, para cumplir los fines educativos. La medida consiste en tareas de mantenimiento y de mejora de un centro educativo a determinar por un lapso de veinte días en la forma y horario que determinen las autoridades educativas y el tribunal de primera instancia, con el concurso de equipo técnico de asesoramiento directo.



---

# EDUCACIÓN Y SALUD

---





ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA  
CAREY V. POPULATION SERVICES INTERNATIONAL, 431 U.S. 678 (1977)  
CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS  
7 DE JUNIO DE 1977

*La protección constitucional del derecho a la privacidad, en relación con las decisiones relativas a la procreación, se extiende a los menores de edad al igual que a los adultos y dado que el estado no puede imponer una prohibición absoluta o incluso una exigencia absoluta de consentimiento parental, respecto de la decisión de una menor de edad de terminar con su embarazo, la constitucionalidad de una prohibición absoluta de la distribución de anticonceptivos a menores queda, a fortiori, excluida.*

La Section 6811 (8) de la Ley de Educación del estado de Nueva York tipifica como delito, entre otras conductas, la distribución, por parte de cualquier persona, de medios anticonceptivos de cualquier tipo, a personas menores de 16 años.

La empresa Population Planning Associates, Inc. (PPA), solicitó al tribunal del distrito Nueva York - Sur, que declarase inconstitucional esta regulación. El tribunal distrital declaró que, en lo que atañe a los anticonceptivos no-prescriptivos (los que regularmente pueden ser vendidos sin receta médica) la regulación era absolutamente inconstitucional, por oposición a la Primera y Decimocuarta Enmienda.

La apelación del Gobernador de Nueva York (Carey) para ante la Corte Suprema de los Estados Unidos fue resuelta por esta corte confirmando lo resuelto por el tribunal distrital.

La Corte argumenta reiterando la doctrina que reconoce protección constitucional a la privacidad de las personas como un aspecto de la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso -en su aspecto "sustantivo"-, consagrada por la Decimocuarta Enmienda Constitucional. La protección de la vida privada se extiende, entre otras, a las decisiones concernientes al matrimonio, la procreación, la anticoncepción, las relaciones familiares y la educación y crianza de los hijos. La decisión sobre tener o no un hijo está en el corazón de este conjunto de libertades de elección protegidas constitucionalmente: "Si el derecho a la

privacidad significa algo, consiste en el derecho del individuo, casado o soltero, de permanecer libre de injerencias estatales arbitrarias en asuntos que afectan a una persona de forma tan fundamental como la decisión de si acaso tener o no hijo” (citando *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972).

La Corte recuerda que el hecho de que la protección constitucional de la privacidad se extienda a la decisión de tener o no un bebé, no invalida automáticamente toda regulación estatal en este campo. Pero estas regulaciones sólo pueden justificarse por la existencia de intereses estatales apremiantes (*compelling state interests*), y deben ser establecidas en forma restrictiva, reflejando únicamente tales intereses.

Aplicando esa doctrina a este caso, la Corte sostiene que la disposición que prohíbe la distribución de anticonceptivos no prescriptivos a menores de 16 años, restringe claramente el derecho de estos individuos a usar anticonceptivos si lo desean y que no sirve a ningún interés estatal apremiante.

En particular, esa restricción no puede ser justificada por un interés en proteger la salud, en la medida que se refiere a anticonceptivos que no son peligrosos para la salud.

Tampoco puede justificarse como una regulación legítima de la moralidad de los menores de edad, en consonancia con la política del estado (de Nueva York) de desincentivar las relaciones sexuales promiscuas entre la juventud. Pues, según lo sostiene la Corte:

- a) El derecho a la privacidad, en relación con las decisiones relativas a la procreación, se extiende a los menores de edad al igual que a los adultos, y dado que el Estado no puede imponer una prohibición absoluta o incluso una exigencia absoluta de consentimiento parental, respecto de la decisión de una menor de edad de terminar con su embarazo (*Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 1976), la constitucionalidad de una prohibición absoluta de la distribución de anticonceptivos a menores queda, a fortiori, exculida.
- b) El argumento de que la actividad sexual podría ser disuadida incrementando los riesgos asociados a ella ha sido rechazado como una justificación para las restricciones a la libertad de elegir si tener o no un hijo. Más aún, subsisten dudas sustanciales acerca de si limitar el uso de anticonceptivos desincentivaría de hecho la actividad sexual precoz. Y cuando el Estado pretende justificar la restricción de un derecho fundamental, como un medio necesario para el cumplimiento de una cierta política pública, se necesita algo más que la mera afirmación de que aquella restricción sirve a esta política.

- c) La objeción al estatuto legal no queda salvada por el hecho de que otra disposición legal permita que un menor de 16 años acceda a anticonceptivos si cuenta con prescripción médica. Esta restricción de todos modos tendría que superar el escrutinio constitucional del “interés estatal apremiante”. Y los apelantes no han afirmado la existencia de una necesidad médica respecto de la imposición de esta limitación a la distribución de anticonceptivos. Su argumento, más bien ha sido que la exigencia de autorización médica haría presente a los menores de edad la seriedad con que el Estado mira la decisión de iniciar actividad sexual a una edad temprana. Esto es otra forma del mismo argumento que pretende desincentivar la actividad sexual de menores de edad, haciendo más difícil el acceso a anticonceptivos. Y es una medida que delega la autoridad estatal de desaprobación la conducta sexual de los menores en los médicos, quienes podrán ejercerla arbitrariamente. En efecto, no estando comprometido el juicio médico en esta decisión, el estado promueve que los médicos se involucren en orientaciones morales que pueden reflejar poco más que sus propias opiniones particulares sobre la moralidad de la sexualidad prematrimonial entre la juventud.



SANTIAGO DE CHILE  
R. D. M. A FAVOR DE SU HIJA N. S. V. D.,  
EN CONTRA DEL COLEGIO F. M. R.  
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO  
17 DE FEBRERO DE 2003  
CORTE SUPREMA DE CHILE  
8 DE ABRIL DE 2003

*En primera instancia se acoge un recurso de protección presentado en contra de un colegio que ha decidido no renovar la matrícula educacional de una alumna de seis años cuya mala conducta, sumada a la actitud negativa de su apoderada, ameritarían tal decisión. La resolución de la Corte de Apelaciones de acoger el recurso se funda en el hecho de que habría existido una conducta arbitraria e ilegal por parte del colegio, y que además el contrato de matrícula llevaría implícito su renovación. En segunda instancia se revoca el fallo de acogida considerando que la medida adoptada por el colegio no es arbitraria ni ilegal, que el contrato de matrícula dura un solo año y su renovación es sólo una mera expectativa.*

El Colegio F. M. R., tras sorprender a la alumna de seis años N. V. comiendo chicle en la escuela, envía a su apoderada una comunicación para informarla de tal hecho, frente a lo cual la niña arranca dichas páginas de la libreta de comunicaciones. Tal hecho es considerado grave por el colegio, por lo que se cita a la apoderada a una reunión con la directora y la profesora jefe, en la que se le informa que la matrícula escolar no será renovada para el año siguiente. Según las docentes, la apoderada reacciona de una manera prepotente y agresiva y se niega a firmar la no renovación de la matrícula.

Posteriormente la madre de la niña deduce recurso de protección, argumentando que la decisión del colegio ha vulnerado el derecho de la menor a la igualdad, al debido proceso, a la libertad de enseñanza que asegura el derecho de los padres a elegir el establecimiento educacional de sus hijos y el derecho de propiedad sobre la matrícula, ampliamente reconocido por la jurisprudencia, todos estos derechos

establecidos expresamente en la Constitución. Agrega que la medida es arbitraria e ilegal, ya que no respeta las normas establecidas en el mismo reglamento educacional.

El recurrido plantea que su medida no ha sido arbitraria y que se ha ajustado plenamente a lo establecido en el respectivo Reglamento. Señala que la menor había acumulado gran cantidad de anotaciones negativas, informadas oportunamente a la apoderada sin recibir respuesta alguna. En efecto –señala - la apoderada no había cumplido sus compromisos con el colegio, caracterizándose por ser altamente conflictiva. Además no demostraba interés en la educación de la menor sino hasta que se le informa la medida recurrida. Por lo demás, la medida no es de expulsión sino de no renovación, por lo que no se viola ningún contrato ya que la renovación del contrato de matrícula es sólo una mera expectativa.

La sentencia de primera instancia (Corte de Apelaciones de Santiago) considera que en el presente caso no se ha respetado el procedimiento señalado en el Reglamento Educacional ni se han configurado las causales señaladas en éste para tomar una medida de tal gravedad como es la no renovación de matrícula. De hecho, según el Reglamento, frente a un apoderado conflictivo se debe solicitar, como primer recurso, el cambio de apoderado, solicitud que no fue efectuada en ningún momento. Además, señala la Corte, la educación es un proceso complejo que debe ser integral y continuo, abarcando todas las primeras etapas de la vida del niño, sin perjuicio de su educación posterior. En ese sentido, impedir dicha continuidad atenta gravemente en contra del niño y su educación, razón por la cual los padres tienen el derecho de exigir la renovación de la matrícula y los establecimientos educacionales tienen el deber de asegurarla (a menos que se configure una causal para ponerle término, que no es el caso). Los contratos de matrícula llevan implícita su renovación y este derecho ingresa en el patrimonio del alumno y sus apoderados. En consecuencia, se ha violado el derecho de propiedad sobre la matrícula y el derecho a la libertad de enseñanza en virtud del cual los padres pueden escoger libremente la institución donde se educarán sus hijos. Por ende, se acoge el recurso y se dispone la renovación de la matrícula respectiva.

En segunda instancia, la Corte Suprema señala que no existe en el ordenamiento jurídico chileno, ninguna norma que obligue a mantener y recibir alumnos en sus aulas, por lo que el acto recurrido no sería ilegal. Señala además que en todos los ámbitos de la vida existe una selección cuya arbitrariedad no se ha probado en el presente caso. Además la libertad de los padres de elegir un establecimiento de educación para sus hijos no implica la obligación de tales establecimientos de recibir a todos los niños que postulan a él. Por otra parte, el contrato de matrícula está regulado por la autonomía de la voluntad en virtud de la cual cualquier parte le puede poner término el convenio suscrito. Por último, el derecho a la renovación

de matrícula es una mera expectativa y no un derecho adquirido. En consecuencia, se considera que el acto impugnado no es ilegal ni arbitrario, por lo que se procede a revocar el fallo de primera instancia con el voto en contra de dos ministros, quienes consideran que la medida es ilegal y arbitraria y vulnera el derecho constitucional de igualdad ante la ley.





MONTEVIDEO, URUGUAY  
TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 2º TURNO  
S.G.  
23 DE ABRIL DE 2003

*El tribunal de segunda instancia revoca la decisión de mantener, en una causa destinada a dilucidar un delito de homicidio, un informe ginecológico de la menor involucrada. La revocación se basa en que tal agregación no se justifica para el objetivo de la causa, y se considera, en todo caso, que no se está violando el secreto profesional ya que el informe no es traído ni por los médicos ni por la Administración.*

En una causa dirigida a dilucidar un homicidio especialmente agravado y que involucra a una menor privada de libertad, el tribunal de primera instancia trae a la vista un informe ginecológico de la menor por solicitud de la defensa. Sin embargo, posteriormente la misma defensa solicita el desglose de dicho informe. Al ser negada la nueva solicitud de la defensa, ésta recurre.

El tribunal de segunda instancia revoca la decisión del a quo de mantener el informe ginecológico por fundamentos diversos a los manejados por las partes y por el juez de primera instancia. Los principales criterios que se tienen en cuenta para la revocación son, en primer lugar, que no se comparten los argumentos manejados por la Defensa ya que han sido desvirtuados por su accionar de agregar el informe de referencia. De hecho, el tribunal tiene presente que es ésta la que se encarga de difundirlo con la publicidad de su inclusión en la causa. Sin embargo considera el tribunal que en este caso no se genera -como lo ha argumentado la defensa- violación del secreto profesional ya que el informe no es traído ni por los médicos ni por la Administración.

Sin embargo, se considera que los antecedentes sobre períodos mensuales y el eventual mantenimiento de relaciones sexuales son inconducentes en cuanto a la dilucidación de la causa consistente en un homicidio especialmente agravado, razón por la cual debe desglosarse de autos. Por otra parte, no resulta del mismo ningún elemento que justifique su agregación por razones médicas (enfermedad grave, necesidad de tratamiento externo, etc.).

Por último el tribunal señala que no se advierte la existencia de una injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada de la adolescente de autos, pues la Administración está actuando en su obligación de protección de la salud de la menor privada de libertad (art. 16, 24, 37 y 40.2 num. VII de la Convención sobre Derechos del Niño, y especialmente Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113 num. II art. 12, 13 num. IV C art. 28 y especialmente Atención Médica art. 51).



La Revista de Derechos del Niño es editada por Unicef y el Programa de Derechos del Niño de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, como una publicación anual dirigida a promover una reflexión académica sistemática acerca de la situación jurídica de los niños, y sobre las complejas cuestiones teóricas y prácticas implicadas en la modificación de los puntos de vista tradicionales que el Derecho ha sostenido sobre esta materia.

En este primer número se concentra fundamentalmente en la situación chilena, pero aspira a convertirse cada vez más en un referente iberoamericano, y está abierta a recibir colaboraciones de autores de otros países.

unicef 