

## **El Estado y el monopolio de la violencia patriarcal \***

Marco Ceballos  
Diciembre de 2002

En este documento hacemos un análisis de la evolución, en el ordenamiento civil chileno, de la facultad paterna de castigar y corregir a los hijos. En concreto, analizamos tres versiones históricas del artículo 233/234<sup>1</sup> del Código Civil: la versión primitiva, de Andrés Bello, válida desde la promulgación del Código en 1857 y vigente hasta el primer cuarto del siglo XX; la versión tutelar, predominante durante el siglo pasado, vigente desde el surgimiento de una legislación especial de menores en 1928 hasta la víspera del siglo XXI; y la versión actual, que exhibe recientes modificaciones en materia de regulación familiar (1998).

Otros análisis sobre la evolución de la ley, y que nos han servido de base, parten de la idea de que el derecho y su evolución deben ser *leídos* en sus particulares contextos doctrinarios, culturales y sociales<sup>2</sup>. Subyace la idea de que las leyes son texto histórico donde se plasman determinadas características culturales, donde se regulan determinados procesos sociales, y donde se da coherencia discursiva a ciertas doctrinas sobre el conjunto social. En esa dirección veremos que los artículos sobre el derecho de castigo y corrección de los padres sobre sus hijos, vigentes en distintos momentos de la historia, permiten leer más ampliamente determinadas creencias del *legislador* de cada época.

### **El derecho en la sociedad**

Sin que profundicemos en torno a la posición que el derecho ocupa en nuestra sociedad y en su proceso de re-producción, hay que recordar que la modernidad y las ciencias sociales invaden la esfera jurídica, secularizándola. Se impone la idea de que el Derecho constituye un elemento del complejo social, en rechazo a una epistemología premoderna que entendía que el derecho burocrático del príncipe obtenía validez del derecho sacro administrado por los teólogos; el "doble reino de la dominación tradicional"

---

\* Este artículo, publicado el año 2003 en el número 8 de la Revista de la Academia, representa una versión mejorada del trabajo realizado durante el taller sobre familia patriarcal dirigido por Jaime Couso y Soledad Falabella en el contexto del Diplomado sobre Derecho de Familia, Infancia y Derechos Fundamentales impartido por la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado durante el primer semestre del 2002.

<sup>1</sup> El contenido del artículo 233 del primer Código Civil chileno de 1857 queda rotulado con el número 234 desde el año 1998.

<sup>2</sup> Cfr. Cillero, Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, en: Pilotti, Francisco (coord.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, IIN, Montevideo, 1994.

para Weber<sup>3</sup>. Este significado moderno del derecho ha estado presente desde Montesquieu<sup>4</sup> en adelante.

Sobre esta definición de base, durante el siglo XIX adquieren predominancia las teorías evolucionistas del fenómeno jurídico que sostienen que el orden normativo de una sociedad es la manifestación de su estadio evolutivo, siendo la matriz jurídica europea la manifestación normativa que reflejaría un mayor desarrollo civilizatorio<sup>5</sup>. Este enfoque, muy expandido entre científicos sociales y teóricos del derecho, afirma que en una sociedad serían los elementos extralegales los que presionan sobre los preceptos e instituciones del derecho provocando su progresiva transformación; el desarrollo legal descansaría no en la legislación o en la ciencia jurídica o en las decisiones judiciales, sino que en la sociedad misma.

Adelantándonos en el tiempo, señalemos que durante la segunda mitad del siglo XX predomina -desde perspectivas como la sistémica o la comunicativa por ejemplo- una relectura de la interpretación evolucionista de la sociedad y el derecho. Ésta incorpora la idea de la existencia de una relativa separación social del sistema jurídico. Autores tan desacordes como Luhmann y Habermas plantean ideas análogas sobre autorreferencia y autonomía de las estructuras legales y su propensión al cambio internamente motivado, es decir limitado. Aquí aparece la noción de *equilibrio* del sistema legal, que implica que de ocurrir un cambio éste ocurre dentro del sistema, el cual mantiene sus propias delimitaciones. Esto significa que los cambios externos, en el conjunto social, no serían ni ignorados ni directamente incorporados por las estructuras legales, sino que sucederían en una dinámica de "covariación evolutiva sociolegal"<sup>6</sup>. Desde Habermas "derecho y moral"<sup>7</sup> se complementan a la vez que se entrelazan<sup>8</sup>; la *dinámica evolutiva* autónoma de las *estructuras normativas* se explicaría en función de los "principios organizativos" de la sociedad<sup>9</sup>. Desde Luhmann, "el impulso y la regulación de la evolución es la diferencia de complejidad entre el sistema y el entorno"<sup>10</sup>; la diferencia de complejidad entre el sistema legal y el entorno social produce la evolución endógena y exógena.

Sin embargo, otras corrientes contemporáneas han ido más lejos en un intento por desnaturalizar la interpretación sobre la evolución del derecho propuesta por evolucionistas, estructuralistas, sistémicos y otros. Bourdieu, por ejemplo, resignifica la autonomía jurídica y la interacción entre cambio

---

<sup>3</sup> Cfr. Habermas, Jürgen, *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?*, en: Escritos sobre moralidad y eticidad, pág. 134, Ed. Paidós Ibérica/Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona 1991.

<sup>4</sup> En su obra *Les Lettres Persanes et L'Esprit des Lois*, Montesquieu desarrolla el argumento de que las leyes humanas y la justicia resultan de numerosos factores tales como los modos de ser, las costumbres locales, y el medio físico.

<sup>5</sup> Cfr. Stone, Julius, El derecho y las ciencias sociales, Ed. FCE, México D.F. 1978.

<sup>6</sup> Fórmula propuesta por el teórico sistémico del derecho Gunther Teubner. Cfr Teubner, Gunther, *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, en: Morales de Setién Rabian, Carlos (Ed.), La fuerza del Derecho, pág. 93, Ediciones UNIANDES/Pensar/Siglo del Hombre Editores, Colombia 2000.

<sup>7</sup> Para Habermas, desde sus orígenes el derecho positivo descansa en una validez interna o legalidad, que es la administración burocrática, y una validez externa o legitimidad que es su fundamento sacro o moral. Al decir "derecho y moral" el autor articula las esferas de lo particular y lo universal, lo legal y lo social, del fenómeno jurídico.

<sup>8</sup> Habermas, Jürgen, op. cit. pág. 131.

<sup>9</sup> Cfr. Teubner, Gunther, op. cit. pág. 113-116.

<sup>10</sup> Cfr. Teubner, Gunther, op. cit. pág. 117.

social y cambio legal desde el punto de vista de las prácticas sociales. Se apoya en la idea de *campo jurídico* como aquella parte del espacio social donde concurren los agentes detentadores del capital jurídico<sup>11</sup> (abogados, jueces, profesores) para participar en una disputa por determinar qué es el derecho. Y al decir espacio o campo social, en la perspectiva bourdiana, entendemos que se trata de una realidad estratificada (extremadamente, en el caso de las sociedades latinoamericanas) donde el goce del capital jurídico y por ende la probabilidad de definir exitosamente qué es el derecho va asociado a la tenencia de otros capitales de tipo social, económico, simbólico y cultural<sup>12</sup>. De esta forma se pone el énfasis en *el interés y la capacidad* de las élites *-hábitus*<sup>13</sup> o disposiciones de clase- de definir qué actos y conductas sociales son legales y cuáles otros no lo son.

Entonces se invierte el sentido de las determinaciones respecto de cómo las representaban los pensadores clásicos: el orden legal, estructurado por y estructurante de las prácticas de ciertos agentes especializados (poseedores de determinados capitales), actúa sobre el orden social en su conjunto. Lo particular actúa sobre lo general, más que a la inversa; los agentes jurídicos norman a la sociedad más de lo que la sociedad influye sobre las prácticas del campo.

El análisis sociolegal, entonces, ha ido incorporando progresivamente una crítica a la idea de que la evolución del derecho está determinada por una teleología del conjunto social. Primero pierde validez la fundamentación sagrada de la norma. Luego se critica la reflexión darwinista de la sociedad y la supuesta direccionalidad en la evolución social (crítica que también afecta los postulados del marxismo hegeliano). Después pierde fuerza la creencia en las sociedades como entidades plenamente coherentes, subrayándose la existencia de elevados niveles internos de complejidad social, y por ende de *partes* altamente diferenciadas y autonomizadas del conjunto, entre ellas la estructura legal. Y en cuarto lugar señalamos que *-contrariamente a las perspectivas evolucionista del siglo XIX y estructural-funcionalista y sistémica del siglo XX-* la perspectiva del campo jurídico incorpora la presencia de *agentes* al sistema de reproducción normativa, y con ello introduce el concepto de *interés* como uno de los factores determinantes de las transformaciones legales y sociales.

Es sobre esta base teórica que nos permitimos plantear que las sucesivas versiones del Código Civil y del artículo que aquí nos interesa reflejan, más que la evolución de la sociedad en su conjunto, la historia del pensamiento del *legislador*, o sea las creencias de su élite letrada.

---

<sup>11</sup> El capital jurídico es la forma específica de capital simbólico del campo jurídico. Esto es, el poder de hablar con propiedad sobre las leyes. Lo anterior es fácil de comprender cuando reparamos en el hecho de que el título de abogado es el único título profesional que entrega un poder del Estado, el Poder Judicial.

<sup>12</sup> Cfr. Bourdieu, Pierre, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en: Morales de Setién, Carlos (comp.), *La fuerza del derecho*, Ed. UNIANDES/Instituto Pensar/Siglo del Hombre, Santafé 2000.

<sup>13</sup> Hábitus: sistema de disposiciones durables y transmisibles predispuestas a funcionar como principios organizadores y generadores de las prácticas.

## **Etapas del pensamiento jurídico sobre infancia**

De acuerdo a lo que sostienen algunos autores<sup>14</sup>, en cuanto al tratamiento jurídico de la infancia reconocemos en el Chile republicano tres grandes períodos que se ordenan entre un antes, un durante y un después del surgimiento de las leyes de menores<sup>15</sup>. Sin embargo, se afirma que no es sino hasta la proclamación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños que cambia la consideración socio-jurídica de la infancia, esto es, su valor dentro de la sociedad y las leyes. Más adelante nos permitiremos discutir estas ideas en torno a un doble cuestionamiento: primero respecto de que las leyes de menores no significaron una reconsideración socio-jurídica de la infancia; segundo, respecto de que el presente puede ser considerado como un “después” de las leyes de menores. Sobre éste último punto introduciremos una crítica a los alcances que en nuestra legalidad doméstica se le pretende reconocer a la CIDN y diremos que ésta representa un conjunto de ideas, un cuerpo coherente de planes de acción, y no un espejo de la realidad.

Antes de una legislación específica de menores el sujeto social menor de edad es irrelevante para las leyes salvo en cuanto a consideraciones de excepción en el Código Civil (explicitar su incapacidad jurídica o explicitar ciertas facultades paternas en el ejercicio de su autoridad<sup>16</sup>).

Con el surgimiento, en América Latina y el mundo, de legislaciones especiales, ciertas problemáticas que afectan a la infancia o bien que afectan a la sociedad respecto de la infancia, problemáticas que anteriormente no estaban explicitadas en la ley, se regulan legalmente dentro de un corpus específico, lo que implica transformaciones en la letra del Código Civil, por ejemplo en lo referente a la autoridad paterna.

Afirma Couso que “su alcance (de la Ley de Menores) no es el de una transformación al estatus jurídico de los niños en general”, y que “la Ley de Menores no altera en nada esencial el modelo de familia patriarcal”<sup>17</sup>, en tanto si bien introduce un dispositivo sustitutivo de la autoridad paterna inhábil que afecta principalmente a las familias marginales (patronato estatal), la estructura elemental de la familia tradicional (desigual distribución del poder entre los miembros del grupo familiar, con preeminencia de la figura del *pater familia*) permanece inalterada.

No es sino en *el tiempo de los derechos*, afirma Couso parafraseando a Bobbio, que se altera significativamente el sentido de la categoría de infancia: “La tercera fase de esta periodificación sobre las representaciones de la infancia en las leyes chilenas se inaugura con un hito en el proceso de

---

<sup>14</sup> Para profundizar en una “teoría de la periodización” de la consideración jurídica de la infancia en Chile recomendamos Cillero, Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, en: Pilotti, Francisco (coord.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, IIN, Montevideo, 1994. Y también Couso, Jaime, *Los niños en los tiempos de los derechos*, en: Dooner, Patricio y Hernán Medina (Ed.), *Por los caminos de la esperanza*, SENAME, Santiago, 2001.

<sup>15</sup> La primera legislación de menores en Chile data de 1928, y actualmente su matriz se mantiene vigente en la Ley de Menores 16.618 de 1967.

<sup>16</sup> Cfr. Couso, Jaime, op. cit.

<sup>17</sup> Couso, Jaime, op. cit., pág. 52.

reconocimiento de los derechos humanos con perspectivas cada vez más generales: la aprobación en la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la posterior ratificación por el Estado de Chile (junto a la casi totalidad de los Estados miembros de la ONU<sup>18</sup>), de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>19</sup>.

Esta alteración del estatus socio-jurídico de niños y adolescentes que caracterizaría un tercer período en la representación de la infancia, tiene lugar en un contexto social y político de mayor envergadura, cuál es el de una progresiva individuación de niños y mujeres que se da con el quiebre de la familia patriarcal "cuya base material de subsistencia dejó de ser la propiedad de la tierra, transmitida hereditariamente de padres a hijos, y se convirtió en la venta de fuerza de trabajo en el mercado, para lo cual la unidad relevante es el individuo y no la familia"<sup>20</sup>.

Sin embargo, como desarrollaremos luego, creemos que el presente análisis del ordenamiento civil chileno y del estado de las leyes también arroja señales que deben ser interpretadas de un modo más bien incrédulo respecto del sentido emancipatorio de ciertos procesos de transformación social y legal que tienen lugar actualmente. En concreto, como señalaremos al final de este documento, si bien podemos constatar una considerable atenuación de las facultades correctivas y castigadoras de padres hacia hijos en la evolución del Código Civil chileno, nos parece que estamos lejos aún de poder afirmar que en Chile la ley protege el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes. En este sentido, como dijimos, habremos de cuestionar la idea de que social y legalmente la infancia vive un nuevo tiempo. Lo anterior también nos llevará a cuestionarnos respecto de la real voluntad política que mueve a los agentes del Estado chileno y a subrayar el remanente propagandístico presente en los discursos oficiales sobre el tema.

### **El art. 233 del Código Civil en su versión primitiva**

El artículo 233 del Código Civil de 1857 expresa que:

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

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

*Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino despues de calificar los motivos, i podrá estenderlo hasta por seis meses a lo mas.*

*El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto".*

---

<sup>18</sup> El único país miembro que actualmente no ha ratificado este instrumento legal internacional es Estados Unidos de Norteamérica.

<sup>19</sup> Couso, Jaime, op. cit., pág. 57.

<sup>20</sup> Jelin, Elizabeth, Pan y afectos: la transformación de la familia, pág. 29, Ed. FCE., Buenos Aires, 1999.

El derecho de castigo y corrección está depositado en la figura del padre y no de la madre o de ambos padres. En tanto el derecho representa un mecanismo apremiante -actúa por el monopolio de la fuerza- de reproducción de un modelo determinado de sociedad coherente con las creencias (*illusio*<sup>21</sup>) de los agentes del campo jurídico, el artículo 233 del Código Civil en su versión primitiva (y en aquella vigente durante el siglo XX) constituye un mecanismo de reproducción de la estructura familiar patriarcal, cosa igualmente observable en otros títulos como aquel que regula la sociedad conyugal. No será sino en la versión pos 1998, cuando el Código Civil acusará recibo de las reformas legales al sistema filiativo, que se reconocerá a padre y madre igualdad de derechos en la crianza de sus hijos, no desapareciendo sin embargo otros elementos patriarcales como la mencionada institución de la sociedad conyugal.

Lo que establece el artículo 233 del Código Civil chileno, tanto en su versión primitiva como en aquella vigente durante la casi totalidad del siglo XX, resulta válido tanto respecto de los hijos legítimos como naturales, lo que se consigna en el inciso final del artículo 279: "*Son igualmente aplicables a los padres e hijos naturales las disposiciones de los art. 229, 230 i 232 hasta el 239 inclusive*". Al respecto, aclaremos que hasta la reforma al estatuto filiativo que declara la igualdad de todos los hijos ante la ley<sup>22</sup> y que tiene lugar el año 1998, existían en Chile tres categorías de hijos: los hijos legítimos (nacidos dentro del matrimonio), los ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio y no reconocidos legalmente) y los naturales (nacidos fuera del matrimonio pero reconocidos legalmente).

Si bien la ley no define qué debe entenderse por *corregir* y *castigar*, sin lugar a dudas aquello hace alusión a acciones sobre el cuerpo de los hijos, ambigüamente limitadas por el concepto de *moderadamente*. La dupla corrección-castigo adquiere sentido en la siguiente frase de Foucault sobre los sistemas punitivos: "incluso si no apelan a castigos violentos o sangrientos, incluso cuando utilizan los métodos 'suaves' que encierran o corrigen, siempre es del cuerpo del que se trata -del cuerpo y de sus fuerzas, de su utilidad y de su docilidad, de su distribución y de su sumisión"<sup>23</sup>.

Como el objetivo de tales castigos y correcciones es el de alcanzar algo (la voluntad paterna), se entiende también que la condición de moderación puede frustrar la consecución de este objetivo. Ante tales casos se consigna el derecho paterno de imponer el encarcelamiento a sus hijos de hasta 16 años, lo que equivale a reconocerle al padre de familia un derecho penal sobre sus hijos.

Frente al derecho penal paterno, el juez carece de deliberación, quedando relegado a la calidad de simple ejecutor de la decisión penal. Salvo

---

<sup>21</sup> La *illusio* es para Bourdieu la creencia dominante en un campo.

<sup>22</sup> O casi iguales pues elementos "reales" de diferencia imponen distinciones legales; por ejemplo, respecto de un niño que nace dentro del matrimonio se "presume" la paternidad en el cónyuge de la madre, no así respecto un hijo que nace fuera de matrimonio, cuya paternidad está sujeta al reconocimiento legal; la presunción de paternidad es una falacia legal que favorece a los hijos nacidos dentro del matrimonio.

<sup>23</sup> Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Ed. FCE., México D.F., 1991, pág. 32.

si el hijo tenía más de 16 años, en cuyo caso el juez debía evaluar la pertinencia de la voluntad paterna pero quedando facultado incluso para aumentar hasta 6 meses el tiempo de encierro. Sin embargo, persistirá en el padre el derecho de poner término a esa pena.

El artículo 233 del Código Civil primitivo, entonces, consagraba una plena facultad penal paterna sobre los hijos de hasta 16 años, y una facultad penal compartida entre padre y juez por sobre esa edad y por debajo de la mayoría de edad (25 años). Esto es importante desde el punto de vista del traspaso de facultades pedagógico-punitivas sobre los hijos, desde el padre hacia el juez (desde lo privado hacia lo público), que se observará progresivamente.

### **El art. 233 del Código Civil en su versión tutelar.**

El mismo artículo en la versión vigente durante la mayor parte del siglo XX, dice que:

*"El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos.*

*Cuando lo estimare necesario, podrá recurrir al tribunal de menores, a fin de que éste determine sobre la vida futura del menor por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir veinte años de edad.*

*Las resoluciones del juez de menores no podrán ser modificadas por la sola voluntad del padre".*

La facultad correctiva del padre de –hemos dicho- actuar sobre el cuerpo de los hijos persiste durante el siglo XX. Permanece también la ambigua limitación de la moderación, no obstante desde sus orígenes la *codificación* dedica un volumen aparte a la limitación de las acciones sobre el cuerpo de los otros. Nos referimos al Derecho Penal, que pareciera no bastar para regular la violencia en la esfera privada.

En esta versión del Código Civil chileno desaparece la *facultad* penal paterna, aquella forma de derecho penal privado vigente en el espacio de las relaciones familiares decimonónicas ("podrá imponerles la pena de detención"), siendo reemplazada por una mera *voluntad* paterna que dependerá de una decisión judicial ("podrá recurrir al tribunal"). Del predominio del interés privado sobre la infancia se pasa al predominio del interés público sobre ella.

En su versión primitiva el Código Civil aludía simplemente al juez; en las versiones posteriores se especifica que se trata del juez de menores, figura de la nueva jurisdicción para menores de edad, jurisdicción no criminal. En efecto, al origen de un ley de menores –que ya hemos dicho es el hito específico que explica una diferencia entre una versión primitiva del Código Civil y la versión predominante en el siglo XX- se encuentra el interés por sacar a los menores de edad del campo del derecho penal donde tenían cabida regularmente. Pero

eso no significa sacar a los menores de edad del campo de las acciones punitivas del Estado.

Así, desaparecen las alusiones a la naturaleza penal-punitiva de las acciones correctivas del tribunal: ya no se habla de "pena de detención hasta por un mes" sino que de que el juez "determine sobre la vida futura del menor por el tiempo que estime más conveniente" lo que regularmente significa la reclusión de niños y adolescentes en centros privativos de libertad (Hogares de Menores) por una extensión de tiempo que corresponderá decidir al juez de menores en el uso de sus facultades discrecionales. Aquello se observa aun hoy en día en las estadísticas de intervención del sistema de menores bajo los rótulos *demanda espontánea* o *problemas con adulto a cargo*, y que correspondería a cerca de un 20% del total de las intervenciones<sup>24</sup>.

Lo anterior es una excelente comprobación de lo que el autor argentino Emilio García Méndez denomina "festival de eufemismos" de los sistemas especiales de menores: lo que antes se denominaba detención en un establecimiento correccional ahora pasa a denominarse determinación sobre la vida futura del menor. *Festival* vigente hoy en día cuando, en el contexto de las intervenciones socio-judiciales hacia la infancia marginal, en lugar de cárceles decimos centros, en lugar de gendarmes decimos tíos, en lugar de pabellones decimos casas, en lugar de penas decimos medidas, en lugar de detenciones decimos retenciones, en lugar de prisión preventiva decimos observación y diagnóstico<sup>25</sup>.

Otro elemento que nos permite constatar un predominio del interés público por sobre el interés privado en materia de acciones sobre los cuerpos de los hijos de familia, es el término de la facultad paterna de interrumpir la ejecución de las decisiones judiciales. El padre de familia pierde el poder de decidir sobre la acción penal que ha iniciado. El Estado le quita poder penal y lo traspasa a la jurisdicción especial de menores (aquella que niega su naturaleza punitiva). En el ámbito del derecho al castigo y la corrección se instala una subordinación de la estructura familiar patriarcal respecto al Estado.

En sí, las legislaciones especiales de menores introducen una forma de sanción del Estado en contra de los padres de familia considerados incapaces de controlar a sus hijos mediante las facultades que el Código Civil les asigna. Cuando los padres legítimos no fueren capaces de lograr el disciplinamiento de sus hijos, el Estado los reemplazará en sus funciones. En palabras de Cillero: "Si el padre o madre no cumple con sus deberes, el Estado tiene mecanismos para intervenir, porque la relación personal entre padres e hijos no es un asunto privado, sino que existe un interés público involucrado; en síntesis, el Estado reconoce el carácter de 'natural' de estos derechos y deberes, pero también asume un papel de promotor y garante de su cumplimiento"<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. cuadro 15 *Principales causales de ingreso de los niños ingresados a la Red SENAME, 1994-1998* en: Mideplan, *Información estadística para el seguimiento del plan nacional de la infancia 1990-1998*, pág. 295, Mideplan, Santiago, 1999.

<sup>25</sup> Este paralelismo fue propuesto por Julio Cortés, abogado de la Fundación Opción, en su ponencia en el seminario "Aspectos psicosociales relacionados con las reformas legales en infancia y adolescencia", Escuela de Psicología de Valparaíso, julio de 2002.

<sup>26</sup> Cillero, Miguel, op. cit., pág. 84.



Claramente, algo ha cambiado. Surge una nueva valoración jurídica de los hijos que se expresa en el surgimiento de esta legislación especial de menores –fenómeno de carácter prácticamente global- y que hace adecuar algunos artículos del Código Civil. Tres rasgos centrales de estas legislaciones minoristas –aún vigente en Chile- nos interesa relevar: que la infancia pasa a ser considerada como un objeto legítimo de intervención del Estado, incluso en detrimento de la voluntad de los padres; que el poder de decisión estatal se centraliza en la figura omnipotente del juez de menores, quien encarna a nivel macro al padre de familia<sup>27</sup>; y que la intervención socio-judicial se construye semánticamente como un conjunto de eufemismos proteccionales que ocultan sus prácticas punitivas<sup>28</sup>. En términos de García Méndez<sup>29</sup>, la conservación actual de estas legislaciones representa un escenario “obsoleto, regresivo, antijurídico e inconstitucional”<sup>30</sup>.

Esta nueva consideración jurídica de la infancia que toca también al Código Civil, nos obliga a discutir con la idea que mencionábamos en un principio respecto de que las legislaciones de menores no significaron transformaciones en el estatuto jurídico y social de la infancia. Creemos más bien que lo que se demuestra es que una transformación al estatuto de la infancia, que pasa de ser un objeto de la administración paterna a ser un objeto de la administración del Estado, no implicó contradicciones muy profundas con el modelo patriarcal de organización familiar. Sería el proceso de individuación de las mujeres aquel que pone realmente en cuestionamiento las bases de la familia patriarcal, proceso que es muy posterior al de individuación de los hijos<sup>31</sup>.

### **El art. 234 del Código Civil en su versión actual**

La tendencia, que hemos venido esbozando, en la evolución del rol que el Estado asigna a la crianza y a la familia, se hace patente en la versión del artículo 234 del Código Civil vigente desde 1998:

*“Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.*

*Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas de*

---

<sup>27</sup> Interesante sería –en otra ocasión- revisar el proceso de incorporación de mujeres en el papel de jueces de menores.

<sup>28</sup> Para una caracterización de las Legislaciones de Menores: García Méndez, Emilio, Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la Protección Integral, pág. 21-22, Ed. Forum Pacis, Bogotá 1994.

<sup>29</sup> García Méndez, Emilio, op. cit., pág. 24.

<sup>30</sup> Por ejemplo, en el artículo 19, inciso 3º, de la Constitución Política de Chile, está escrito que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica”. Sin embargo esto no resulta válido para los menores de edad por cuanto la Ley de Menores consigna un “procedimiento verbal y sin forma de juicio”. Curiosamente, en Chile se ha evitado sistemáticamente abordar la crítica al sistema de justicia de menores en términos de inconstitucionalidad, a diferencia de lo sucedido en España y Estados Unidos hace un par de décadas y que implicó el cese de funciones de los sistemas de justicia tutelar. Recientemente el Ministro de Justicia José Antonio Gómez escribió con timidez acerca de “los riesgos de inconstitucionalidad de la actual Ley de Menores” sin tomar partido en el debate (cfr. “Un espacio para dialogar” en Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, año 1, número 1, septiembre 2002).

<sup>31</sup> Cfr. Jelin, Elizabeth, op. cit., pág. 29.

*resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.*

*Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cuál no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho año de edad.*

*Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres."*

La facultad de corrección hacia los hijos persiste, extendiéndose su titularidad hacia ambos padres. En esta versión pos 1998 la facultad de *corrección* aparece divorciada de la facultad de *castigo*, la cual desaparece de la letra de la ley en lo que mal podría entenderse como un intento por extinguir la violencia pedagógica sobre los cuerpos filiales. Corregir es actuar sobre el cuerpo y alma de los desviados para devolverles su rectitud; un ortopedia<sup>32</sup> que resulta del descubrimiento del cuerpo como objeto del poder: "el cuerpo que se manipula, al que se da forma, que se educa, que obedece, que responde, que se vuelve hábil"<sup>33</sup>.

En este proceso de racionalización de la agresión pedagógica de los padres hacia los hijos y de expansión de las atribuciones de intervención del Estado sobre la familia, de lo que se trata -diría Foucault- es de generar una nueva economía política de los cuerpos donde el castigo deja de necesitar del suplicio: "cambiar su escala. [...] Encontrar nuevas técnicas para adecuar los castigos y adaptar los efectos. Fijar nuevos principios para regularizar, afinar, universalizar el arte de castigar. Homogeneizar su ejercicio. Disminuir su costo económico y político aumentando su eficacia y multiplicando sus circuitos. En suma, constituir una nueva economía y una nueva tecnología del poder de castigar"<sup>34</sup>.

Si el recurso judicial con fines correctivos en un primer momento era manifestación del derecho penal del padre, durante el siglo pasado se transforma en manifestación del interés público por suplir a la autoridad paterna inhábil en el disciplinamiento de sus hijos, e iniciándose el nuevo milenio adquiere además la finalidad de controlar públicamente los límites en el ejercicio del poder en la familia: se introduce la posibilidad de que el juez decreta medidas de resguardo de los hijos respecto de sus padres. El carácter de interés público en la crianza de los hijos se hace patente en el derecho que ahora se reconoce a cualquier persona de solicitar al tribunal el resguardo de un niño o adolescente respecto de sus padres.

Entonces se pasa de una consideración legal del padre como autoridad pública, a una limitación de su autoridad al ámbito privado, y luego a un condicionamiento, vigilancia y sanción de esta autoridad que ahora queda depositada en ambos padres. El legislador, no queriendo proscribir el derecho de los padres de corregir a sus hijos, sin embargo, introduce límites más claros a los métodos utilizados que el otrora criterio de la moderación: que ello no

---

<sup>32</sup> "La ortopedia o el arte de prevenir y de corregir en los niños las deformidades corporales" reza la leyenda de un grabado de 1749 de N. Andry inserto por Foucault en su obra Vigilar y Castigar, lámina 1.

<sup>33</sup> Foucault, Michel, op. cit., pág. 140.

<sup>34</sup> Foucault, Michel, op. cit., pág. 93-94.

menoscabe su salud ni su desarrollo personal, tanto real como potencialmente ("Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra...").

Este tercer período en el desplazamiento de los límites entre lo público y lo privado en lo que respecta al derecho de corrección de los padres hacia sus hijos, se entiende conjuntamente con el surgimiento de otros mecanismos de regulación de la acción sobre los cuerpos al interior de la familia, a saber la Ley de Violencia Intrafamiliar del año 1994. A esto alude aquello de "las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción".

En esta dinámica se puede reconocer un proceso progresivo de concentración de la violencia privada en la estructura estatal. Pero además observamos la progresiva introducción del Estado en esferas de la sociedad donde antes no tenía cabida, movimiento que Habermas denomina "la juridización del mundo de la vida"<sup>35</sup>.

Walter Benjamín nos propone una desmitificación de la progresiva regulación y limitación del derecho de corrección de los padres sobre sus hijos. No se trata de un progreso histórico de inspiración humanista sino que de una necesidad del propio orden legal: "incluso en los ámbitos donde por principio se deja a los fines naturales un mayor espacio, como es el caso de la educación, el orden jurídico tiende a limitarlos mediante la institución de fines legales desde el momento mismo en que aquellos fines naturales son percibidos de modo demasiado violento. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se legisla sobre los límites del derecho pedagógico de castigar. [...] el derecho considera que la violencia entre las manos de las personas es un peligro que amenaza con socavar el orden jurídico. [...] habría entonces que tomar en cuenta la sorprendente posibilidad de que el interés del derecho en monopolizar la violencia, prohibiéndola al individuo, se explique por el interés de proteger al derecho mismo más que por la intención de proteger fines legales"<sup>36</sup>.

La familia se organiza como un fractal del Estado de Derecho y debe someterse a los imperativos del orden político del Estado. Como ha dicho Olga Grau, la familia particular opera como metáfora de la familia social<sup>37</sup>. El Estado, al *resguardar*<sup>38</sup> a los hijos del ejercicio imprudente de la crianza está asegurando también su propia existencia en la medida en que logra reorientar los fines familiares hacia sus fines legales e imponer la violencia pública por sobre la violencia privada.

---

<sup>35</sup> Cfr. Habermas, Jürgen, "Tendencias a la juridización", en: Teoría de la Acción Comunicativa II, Cap. VIII, *Consideraciones Finales: De Parsons a Marx a través de Weber*, pág. 502-510, Ed. Taurus, Madrid 1992.

<sup>36</sup> Benjamín, Walter, *Critique de la violence*, en: Œuvres, Tome I, Éditions Gallimard, Frankfurt 2000, pag. 214-215 (traducción del autor).

<sup>37</sup> Grau, Olga, *Familia: un grito a fin de siglo*, en Grau, Olga et alt., Discurso, género y poder, La Morada/Arcis/LOM, Santiago, pág. 135.

<sup>38</sup> Resguardar proviene del vocablo del castellano antiguo *guarir* que tenía tres significados: 'proteger', 'apartar, prohibir' y 'curar, sanar' (Corominas, J. y J. A. Pascual, Diccionario Crítico Etimológico Castellano Hispánico, Volumen III, pág. 248-249, Ed. Gredos, Madrid 1997). Así se entiende que el conjunto de intervenciones socio-jurídicas que el Estado dispone para resguardar a la infancia de padres inhábiles actúe bajo las máximas de protección, internación y rehabilitación.

## ¿El tiempo de los derechos?

Al seguir nuestro plan de análisis hemos observado el movimiento de las fronteras que separan lo público de lo privado, y hemos visto el fenómeno de la circulación del derecho a la violencia desde el padre de familia hacia el Estado. Nos hemos puesto frente al proceso de desarrollo del Estado moderno durante el último siglo y medio o más, y frente a la historia política de la familia. Y ahí vemos cómo la individuación de los sujetos sociales como niños y mujeres no es un proceso categórico. El propio Código Civil perpetúa –hemos dicho, en instituciones como la sociedad conyugal o el derecho de corrección sobre los hijos- la consideración de inhabilidad de los sujetos lesionados por el orden patriarcal.

Lo anterior y otras instituciones legales como la propia Ley de Menores contrastan, sin embargo, con las orientaciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños ratificada por Chile hace más de 12 años y que en teoría es un instrumento vinculante para los Estado que la suscriben.

La CIDN crea un universo legal para la infancia completamente distinto del que permanece consagrado en el Código Civil chileno y más aún en la Ley de Menores de 1968 plenamente vigente hoy. Recordemos que los primeros avances en Derechos Humanos no fueron universales, sino que consagrados para los “hombres” y los “ciudadanos”. La positivación de los Derechos de los Niños se da con posterioridad, incluso, al reconocimiento legal de la familia y de las mujeres. En ese sentido, con la individuación de los niños en el derecho internacional se organiza y consolida una serie de textos internacionales generales y específicos de Derechos Humanos.

Siendo en extremo sintéticos, digamos que a diferencia de un modelo tutelar en que el Estado inhabilita y reemplaza la potestad paterna ineficaz, en un modelo de los derechos la función estatal debiera orientarse al aseguramiento del ejercicio de los derechos políticos, económicos y sociales de los niños y niñas, incluido el auxilio a los padres que no logran apoyar a sus hijos en el cumplimiento de estos imperativos. La obligación del Estado –contraída internacionalmente- respecto al cumplimiento de los amplios derechos humanos de la infancia es de tipo administrativa, legislativa, económica, social, etc. Es decir que no sólo debe contentarse con declarar la vigencia de derechos y prohibir determinadas prácticas, sino que le cabe un rol político público activo.

Esos preceptos que subyacen a la obligación protagónica del Estado son coherentes con la mirada sociológica sobre el derecho que propusimos como punto de partida de este documento: el derecho se presenta como una esfera estructurante de la realidad social y sus agentes jurídicos como la expresión de determinadas voluntades políticas (“Lo particular actúa sobre lo general, más que a la inversa; los agentes jurídicos norman a la sociedad más de lo que la sociedad influye sobre las prácticas del campo”).

Ahora bien, esta incompatibilidad entre un orden legal doméstico y los instrumentos de Derechos Humanos internacionalmente suscritos, por el

momento, no se ha expresado en el plano legislativo ni judicial, salvo en materia de adopción y filiación, donde claramente el legislador se ha mostrado más interesado. Pero en materia de intervenciones sobre la infancia marginal (la infancia que no es hija de nuestra élite legisladora), encontramos una triste incongruencia, que se agrava por el diferencial entre las prácticas y los discursos que han incorporado -limitada e imperfectamente- una doctrina internacionalista de los Derechos Humanos.

“Una parte de los países latinoamericanos no han realizado aún ningún tipo de movimiento en pro de la adecuación de la legislación nacional a los principios y al texto de la Convención. Esta situación se agrava llegando a los límites de la esquizofrenia jurídica, en la medida en que también prácticamente todos los países han ratificado y promulgado como ley nacional la propia Convención. En otras palabras, esto significa la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando el mismo tema, resultan de naturaleza antagónica”<sup>39</sup>

¿Se puede decir que en Chile vivimos *el tiempo de los derechos*? ¿Ha tenido un vuelco copernicano la consideración jurídica de la infancia? Después de 200 años desde la Revolución Francesa, ¿nuestros niños son finalmente humanos con derechos fundamentales?

En nuestro Código Civil no hay que confundir la atenuación progresiva en el derecho de castigo de los padres hacia sus hijos con el reconocimiento de derechos sociales, políticos y económicos para los menores de edad. Porque claramente la infancia ha transitado desde su invisibilidad hacia su consideración, pero ha quedado estancada bajo el signo de la protección tutelar: no ha perdido su carácter de incapaz, su condición de objeto de las leyes y de las políticas públicas.

En la cultura jurídica chilena el extremado legalismo hace inaplicable cualquier conjunto de principios y de normas cuyos procedimientos no hayan sido explicitados. Realidad especialmente válida para el caso de los tratados de Derechos Humanos, como si al legalismo se sumara cierto dogmatismo premoderno.

Coherente con lo anterior sobrevive intacto un sistema de arbitraria privación de libertad de niños y adolescentes marginales que tiene cerca de 100 años de existencia y que, además de entrar en contradicción con este instrumento internacional, no resulta coherente con postulados de la propia Constitución del '80; iguales modelos tutelares de intervención, y sólo en contraste con sus respectivas Constituciones pues la CIDN aun no había sido creada, fueron declarados inconstitucionales en España y en EE.UU. en las décadas del '70 y el '80.

Entonces lo de copernicano es una fórmula muy apropiada para referirse a un sistema de normas que se construye desde una plataforma filosófica completamente inédita en nuestro pensamiento jurídico, que de hecho es pensada por otro legislador que orbita en torno a otro paradigma (el legislador internacionalista de los Derechos Humanos). Pero es una fórmula muy inapropiada para describir la realidad chilena, y quizás regional; ese espíritu

---

<sup>39</sup> García Méndez, Emilio, op. cit. pág. 23.

triumfalista ha permitido que proyectos legislativos muy limitados o incluso abiertamente contrarios a los principios de los Derechos Humanos, que se pretende implementar *sobre* el actual sistema de menores, obtengan el calificativo de "concordante con la CIDN"<sup>40</sup>.

Las transformaciones históricas en el artículo cuyo análisis ha guiado este documento no nos permiten reconocer una influencia de la revolución copernicana en la regulación civil de la "violencia pedagógica". Pues en lugar de entender que la crianza obedece a un derecho que los padres tienen sobre sus hijos, una regulación "concordante con la CIDN" debiera instalar la idea de que la crianza es el derecho de los niños de ser dirigidos y orientados hacia el ejercicio de sus derechos económicos, políticos y sociales<sup>41</sup>. El tradicional *derecho* de los padres pasaría a transformarse en una *función* de los padres. Y la finalidad de la crianza pasaría de ser la voluntad de los padres a ser "el interés superior del niño"<sup>42</sup>.

Por lo pronto aquello sirve más que nada para la inspiración de bellos discursos. A esto nos referimos cuando mencionamos la necesidad de poner en cuestionamiento la voluntad política de nuestros provincianos y feudales hombres de Estado: en materia de derechos no parecen sentirnos parte del mundo; los consensos jurídicos cambian, refundando el derecho y la convivencia humana, pero ellos se resisten a darle concordancia a nuestras leyes.

---

<sup>40</sup> Nos referimos, respectivamente, al proyecto de ley de Responsabilidad Penal Adolescente presentado por el Ejecutivo, y que en el mejor de los casos se adecua a los artículos 37 y 40 de la Convención sobre administración de justicia criminal juvenil; y al proyecto presentado por la UDI (partido político de extrema derecha) titulado "Proyecto de Ley que adecua normas de responsabilidad penal para la adolescencia a la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños", y que vulneraría la Convención en gran cantidad de aspectos. Ambos proyectos fueron ingresados a la Cámara de Diputados en el transcurso del año 2002.

<sup>41</sup> Cfr. Art.5 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

<sup>42</sup> Cfr. Art.18 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

## Reseña bibliográfica

Benjamín, Walter, *Critique de la violence*, en: Œuvres, Tome I, Éditions Gallimard, Frankfurt 2000.

Bourdieu, Pierre, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en: Morales de Setién, Carlos (comp.), La fuerza del derecho, Ed. UNIANDES/ Instituto Pensar/Siglo del Hombre, Santafé 2000.

Cillero, Miguel, *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, en: Pilotti, Francisco (coord.), Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile, IIN, Montevideo, 1994.

Corominas, J. y J. A. Pascual, Diccionario Crítico Etimológico Castellano Hispánica, Ed. Gredos, Madrid 1997

Couso, Jaime, *Los niños en los tiempos de los derechos*, en: Dooner, Patricio y Hernán Medina (Ed.), Por los caminos de la esperanza, SENAME, Santiago, 2001.

Foucault, Michel, Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión, Ed. FCE., México D.F., 1991.

García Méndez, Emilio, Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la Protección Integral, Ed. Forum Pacis, Bogotá 1994.

Grau, Olga, *Familia: un grito a fin de siglo*, en Grau, Olga et alt., Discurso, género y poder, La Morada – Arcis – LOM, Santiago.

Habermas, Jürgen, *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?*, en: Escritos sobre moralidad y eticidad, Ed. Paidós Ibérica/Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona 1991.

Habermas, Jürgen, "Tendencias a la juridización", en: Teoría de la Acción Comunicativa II, Cap. VIII, *Consideraciones Finales: De Parsons a Marx a través de Weber*, Ed. Taurus, Madrid 1992.

Jelin, Elizabeth, Pan y afectos: la transformación de la familia, pág. 29, Ed. FCE., Buenos Aires, 1999.

MIDEPLAN, Información estadística para el seguimiento del Plan Nacional de la Infancia 1990-1998, Mideplan, Santiago, 1999.

Stone, Julius, El Derecho y las Ciencias Sociales, Ed. FCE. México D.F., 1978.

Teubner, Gunther, *Elementos materiales y reflexivos del Derecho moderno*, en: Morales de Setién Rabian, Carlos (Ed.), La fuerza del Derecho, Ediciones UNIANDES/Pensar/Siglo del Hombre Editores, Santafé 2000.

## **Textos legales de referencia**

Código Civil, versiones de 1857, 1981 y 2000.

Ley de Menores 16.618

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Convención sobre los Derechos de los Niños, 1989.

Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, 2002