

La “reforma de menores” y la retórica de los derechos

Marco CEBALLOS*

Résumé : Le Chili met en place une réforme de sa “politique des mineurs” qui se présente comme une adéquation substantive aux préceptes de la Convention Internationale des Droits de l’Enfant. L’auteur expose les contenus de cette réforme et s’interroge sur son orientation dans le sens des droits de l’homme, tout en soulignant la continuité existante entre les encadrements institutionnels actuels et les orientations sociales et sociétales instaurés par la dictature militaire. Un « regard en termes de droits des enfants » semble faire allusion à une rhétorique politique et bureaucratique plutôt qu’à une transformation réelle du statut socio-juridique de l’enfance et, plus largement, des notions de citoyenneté et de rôle social de l’État. Malgré ceci, les sociologismes officiels réussissent à s’imposer avec efficacité dans ce domaine de réflexion.

Resumen: Chile acaba de culminar una reforma a su “política de menores” que se presenta como una adecuación sustantiva a los preceptos de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. El autor expone los contenidos de esta reforma y cuestiona en ella la orientación de derechos humanos, subrayando la continuidad existente entre los marcos institucionales actuales y las orientaciones sociales y societales instauradas durante la dictadura militar. Un “enfoque de derechos de los niños” parece referirse más a una retórica política y burocrática que a una transformación real del estatuto socio-jurídico de la infancia y, más extensivamente, de las nociones de ciudadanía y de rol social del Estado. Sin embargo, en esta materia de reflexión, los sociologismos oficiales logran imponerse eficazmente.

Chile acaba de concluir una reforma a su “política de menores” que se venía arrastrando desde hace más de una década, prácticamente desde el retorno a la democracia, si consideramos los primeros anuncios realizados bajo la administración Aylwin (1990-1994)¹. A mediados del 2005 conocimos un cierto triunfalismo gubernamental con ocasión de la promulgación de un sistema de Responsabilidad

* Doctorando en Sociología de la Universidad de París-1 Panthéon-Sorbonne, Master en Sociología de las Políticas Sociales de la Universidad de París-8 Seine Saint-Denis, y sociólogo de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

¹ Zanzi, Oriana, 1992. La autora se desempeña como Directora del Servicio Nacional de Menores durante el Gobierno de Aylwin.

Penal de Adolescentes que procedimenta, con criterios garantistas y especiales, el ejercicio coercitivo sobre los menores de entre 14 y 17 años, otrora excluidos del *procedimiento* penal pero no del *ejercicio* penal. El nuevo sistema procesal penal de adolescentes representa la tercera cara de un paquete de reformas compuesto por una reforma financiera y programática al régimen de subvenciones hacia entidades privadas ejecutoras de la política de menores, aprobada hace dos años (más del 90% del total de las intervenciones hacia menores son ejecutadas por entes privados subvencionados); y por la creación de una jurisdicción de familia, aprobada hace alrededor de un año, que sustituye progresivamente a la vieja jurisdicción de menores.

Sistema procesal penal de adolescentes, nuevo régimen de subvenciones y justicia de familia (todos actualmente en vía de implementación) son la concreción de un largo proceso tendiente a destronar al añejo Sistema de Justicia de Menores, aquella rara institucionalidad socio-penal implantada en América Latina durante las primeras décadas del siglo XX, y que concentraba funciones 1) de intervención asistencial-proteccional hacia la infancia “desvalida” o “irregular” 2) de ejercicio penal discrecional vía la reclusión carcelaria y semi-carcelaria de los menores, y 3) de moralización y suplantación familiar vía la tutela de las atribuciones paternas².

Nadie lo discute actualmente: el viejo sistema de menores representa material y formalmente una forma de transgresión estatal y de violencia hacia los niños atrapados en sus redes de intervención³, dadas 1) la concentración heteróclita de funciones (asistenciales, penales, tutelares); 2) el poder arbitrario y desmedido (*discrecional*) concedido al tribunal (“decidir sobre la vida futura del menor”; 3) la ausencia global de legalidad en el proceso judicial (procedimiento “oral y sin forma de juicio”, ausencia de garantías procedimentales como el derecho a la defensa, los recursos de apelación, etc., aspectos particularmente graves respecto de los transgresores penales). Esto, en el plano normativo. En el plano operativo: 4) la precariedad de la oferta asistencial-proteccional a menores (alimentación, recintos, materiales de trabajo o educativos, calidad profesional, especialidades profesionales);

² Para una profundización sobre el Sistema de Justicia de Menores en América Latina, ver : García Méndez, Emilio, 1994; García Méndez, Emilio y Mary Beloff, 1998; Pilotti, Francisco, 1994. Cillero, Miguel, 2000.

³ Además de numerosos autores que han cuestionado la legalidad de este sistema, en 2002 el Ministro de Justicia, José Antonio Gómez, manifestó “los riesgos de inconstitucionalidad de la actual Ley de Menores” (Ver: Gómez, José Antonio, 2002).

5) la desregulación de las intervenciones y la ineficacia de la fiscalización hacia las instituciones asistenciales; 6) el sistema clientelizado de oferta de prestaciones subvencionadas ante los tribunales.

Con las reformas actuales, entonces, se inicia lo que algunos autores han denominado “el tiempo de los derechos de los niños”, o “la Revolución Francesa de la infancia”⁴.

Este enfoque corresponde al ABC de la actual interpretación dominante (a saber, una interpretación socio-jurídica y política) sobre este proceso que llamaremos de *reforma de menores*, es decir el proceso actual de transformación del sistema de gestión público-privada de cierta categoría social que denominamos los *menores* y que definiremos más adelante.

En este documento intentaremos proponer otra lectura sobre este proceso de reforma, una lectura anclada en una sociología de las políticas públicas y no en el derecho, en el trabajo social o en la retórica política. Esto es, una interpretación que intente zafarse de los enunciados que los propios procesos de transformación del Estado vehiculan sobre sí mismos, dando importancia a las materias de reforma en relación con sus contextos estructurantes (históricos, económicos, políticos), y a la luz de las negociaciones de intereses y de saberes que les dan forma. Las ciencias sociales deben ser cautelosas de los sociologismos oficiales que, en el caso chileno, logran imponerse muy eficazmente. Una reforma al Estado, o a determinados componentes del Estado, no puede explicarse meramente como consecuencia de una voluntad programática de sus agentes políticos ni su comprensión limitarse a los elementos explicativos que hacen circular los grupos de interés involucrados. Una reforma al Estado tiene lugar en la sociedad, y por ende su comprensión debe necesariamente inscribirse en una lectura histórica y sociológica de ésta.

Nos permitiremos cuestionar la naturaleza “revolucionaria” de esta reforma de menores, evidenciando el foso existente entre las declaraciones oficiales, políticas y jurídicas que acompañan a este proceso, y sus implicancias societales. Concretamente, pondremos en duda la orientación de derechos humanos con que se pretende explicar hegemoníicamente esta reforma.

⁴ Couso, Jaime, 2001.

Para llevar a cabo esta tarea, partiremos de una breve y esquemática revisión socio-histórica de la gestión público-privada de los menores en Chile (en cierta medida extensiva al resto del sub-continente latinoamericano), desde fines del siglo XIX hasta el presente, revisión que nos permitirá entender en qué contexto estructural se inscribe la reforma que hoy llega a destino. En segundo lugar, realizaremos un análisis crítico tanto de la doctrina jurídica en que afirma apoyarse esta reforma (los derechos humanos de la infancia), como de la retórica con que se la invoca. Esto, en torno a tres ejes reflexivos: la contradicción interna de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños (CIDN) respecto de la noción de *sujetos de derechos*; la eliminación, dentro del paquete de la reforma, del Proyecto de Ley de “Protección de derechos de la infancia y la adolescencia” que representaba en sí misma la iniciativa de mayor relevancia en términos de transformar sustantivamente el estatuto socio-jurídico de la infancia; y la inconsistencia de la noción de *derechos* que vehicula la retórica política y burocrática (apoyándonos en extractos de análisis a entrevistas propias realizadas en anteriores investigaciones). Intentaremos tender un puente entre este recurso retórico y la redefinición minimalista del rol social del Estado que emana de las transformaciones institucionalizadas por la dictadura de Pinochet. El análisis que proponemos, creemos, permitirá en parte explicar la brecha entre discurso y práctica que acompaña a esta reforma.

Revisión histórica de la gestión público-privada de los menores

Sabemos, por la literatura existente, que la infancia es una construcción social que surge a partir de los siglos XVII y XVIII en Europa, y que se instala fuertemente - que se “acuña” como categoría- a partir de los inicios del siglo XIX asociada, entre otras cosas, a la universalización de la escolaridad y a la postergación masiva en la incorporación de los sujetos al mercado del trabajo⁵. A partir de ello es que emergen determinados saberes sobre un *ethos infantil* distinto de un *ethos adulto* y, en concordancia, cierto estatuto político de la infancia cuál es el de su incapacidad e irresponsabilidad legal. Este estatuto servirá de matriz, durante los siglos posteriores, para el desarrollo de una amplia tutela pública sobre las familias y la crianza de los

⁵ Ariès, Philippe, 1973.

niños⁶. Precisemos: sobre determinadas familias y determinados niños, a saber, aquellos que encarnan una dimensión problemática desde una lectura sobre el orden público. Así, entonces, tenemos al menos dos categorías de niños: los niños propiamente tal, es decir aquellos cuyas condiciones de integración social se ven satisfechas en el seno de sus hogares naturales e instituciones universales (escuela, salud, etc.) y que por ende no son objetos necesarios de ser tutelados por otras instituciones especiales; y los que denominamos *los menores*, a saber aquellos niños cuya integración social se presenta –desde determinados enfoques– como problemática para el conjunto de la sociedad y por ende como objetos susceptibles de ser intervenidos por el Estado a través de sus redes asistenciales y penales. Esta *clase* de niños, o mejor dicho, la relación del Estado con esta categoría, es lo que nos interesa revisar aquí.

Haciendo un esfuerzo de periodización, para el caso chileno proponemos reconocer tres tipos de acción estatal sobre “los menores” correspondiente a tres momentos históricos y a tres definiciones distintas sobre el rol del Estado⁷. Los dos primeros tipos propuestos tienen cierta validez universal, pues se aplican al resto del sub-continente latinoamericano así como a Estados Unidos y a Europa central, principalmente a Francia, de dónde se transfiere un modelo *tutelar* con alrededor de medio siglo de desfase. El tercer tipo pone en relieve la singularidad del proceso modernizador llevado a cabo por la dictadura de Pinochet y representa la matriz actual de la política de menores en Chile.

1) Denominamos *caritativo* un primer tipo o modelo de acción sobre los menores existente desde tiempos de la Colonia hasta fines del siglo XIX, es decir hasta el término de lo que se conoció como el Estado liberal. Bajo dicho modelo primó una no-gestión estatal de la cuestión de la minoridad, salvo en cuanto al encierro indiscriminado de niños varones marginales en las cárceles por cuestiones de vagabundeo y pequeños delitos; encarcelamientos que no estaban sujetos a ningún procedimiento penal, bastando la acción discrecional de las autoridades del orden

⁶ Donzelot, Jacques, 1977.

⁷ En este aspecto, discutimos con la periodización normativa que construyen algunos autores, según la cual las leyes de menores de los años 20' en América Latina y la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños en 1989-90, son los dos hitos que marcan las sucesivas transformaciones en el estatuto socio-jurídico de la infancia o en la consideración socio-jurídica de la infancia durante la historia. Ver: Cillero, Miguel, 1994; Couso, Jaime, 2001.

público y carcelarias (recordemos que en Chile el primer Código de procedimiento penal data de 1894). La única acción social hacia la infancia conocida por entonces descansaba en la caridad religiosa (hogares de sustitución, alimentación, higiene, formación laboral y moral, etc.).

2) Un segundo modelo, que denominamos *tutelar* o *interventor*, aparece hacia fines del siglo XIX y principios del XX cuando tiene lugar una redefinición del tipo de Estado hacia una función intervencionista en los planos económico y social. El Estado intervencionista surge en los países industriales durante el siglo XIX, conociéndose posteriormente su implantación en América Latina. En virtud de esta nueva concepción sobre el rol del Estado es que surgen las políticas sociales en la Región, y que se construye una lectura sobre la *cuestión social* local. Allí aparecen los primeros “hogares” públicos de menores. El Estado pasa a ser *el* actor protagónico de la intervención hacia los menores y sus familias, no necesariamente a través de una expropiación de la acción que realizan las instituciones religiosas y filantrópicas sino que a través de su financiamiento y, mediante éste, de su control más o menos logrado, control tanto ideológico como administrativo. Esta tutela toma por cabeza la institución del Juez de Menores al estilo de los tribunales de Illinois, que a su vez resultan de la institucionalidad que se había venido desarrollando en Francia durante el siglo XIX. A grandes rasgos, la justicia de menores proyecta una imagen del Estado como un gran padre, que auxilia y castiga las desviaciones. Esto coincide con el ascenso de la criminología positivista como ciencia del orden público, y con la fuerte penetración de la filantropía. En Chile, el espacio de las intervenciones sociales a menores seguirá siendo mayoritariamente el espacio privado o no gubernamental (nunca la red asistencial pública, en Chile y en general en el sub-continente, logra –o pretende- relevar realmente a los privados de la intervención social), pero la construcción simbólica sobre la protección de menores se transforma crecientemente en una función exclusiva del Estado, o mejor dicho, en una función que se desarrolla necesariamente en referencia al Estado.

3) Un tercer modelo de intervención sobre los menores, que denominamos tentativamente *neoliberal*, es el que se instaura con la reforma al Estado y societal llevada a cabo por la dictadura de Pinochet. En términos generales, la pretensión universalista que había caracterizado el desarrollo de la función social bajo el Estado tutelar o intervencionista cede su lugar a una orientación denominada

subsidiaria. Si en un contexto europeo (Suiza, Alemania, Comunidad Europea), y conforme con los principios de libertad de acción y de no ingerencia pública, el concepto de subsidiariedad se entiende como el cumplimiento, por parte de las estructuras estatales, de las tareas de interés general que no logran ser realizadas por la sociedad civil, en Chile este principio es invocado como justificación para la retirada del Estado de la arena social a través de un desmantelamiento, mediante su privatización, del grueso de los servicios públicos existentes. Esta puesta en práctica de una representación ideológica sobre la ineficacia innata del Estado en el cumplimiento de las tareas sociales -y productivas- se realiza mediante una recuperación del principio de subsidiariedad más cercana del sentido dado por el liberalismo en el siglo XIX (“...reteniendo sólo la versión negativa de la no-ingerencia y proclamando un individualismo filosófico”⁸) que de la noción desarrollada en Europa durante la segunda mitad del siglo XX. En este sentido, bajo Pinochet se privatizan las instituciones de menores que el Estado tenía bajo su administración directa y se convoca a las instituciones privadas y otros capitales interesados a un proceso de libre concurrencia en un mercado subvencionado de prestaciones sociales a menores donde circula una cantidad limitada de recursos (a saber, una pequeña parte del gasto social focalizado). Es esta la lógica de funcionamiento que, renovada, estructurará en lo sucesivo la oferta de prestaciones asistenciales a menores.

Comprender la reforma actual

La reciente reforma al sistema de subsidios de las denominadas “instituciones colaboradoras del Servicio Nacional de Menores” (SENAME) lo que hace es incorporar una mejora en los mecanismos de regulación de este mercado creado bajo la dictadura, mejora tendiente a lograr una mayor y más efectiva influencia del Estado sobre la orientación y la calidad programática de las prestaciones asistenciales privadas. Pero no introduce un cambio de paradigma en el sistema, sino cambios operativos. A grandes razgos: se clarifican los períodos y mecanismos de licitación para la ejecución de programas sociales y su duración; se incrementan los montos fijos de subsidio; se crean montos variables (“bonos de producción”) sujetos a una

⁸ Million-Delsol, Chantal, 1993.

evaluación sobre la eficacia social en la implementación de los programas; se conduce a las instituciones “colaboradoras” a incorporar modelos flexibles de gestión; y se aumentan y diversifican las áreas de intervención a menores (apoyo psicosocial, embarazo adolescente, abusos y explotación sexual, chicos de la calle, explotación laboral, etc.).

Por su parte, el sistema de Responsabilidad Penal Adolescente transfiere al dominio del Derecho Penal, o a un sub-dominio especializado, la acción punitiva del Estado hacia los menores de edad transgresores de la ley. Dicho en otras palabras, incorpora a los menores como sujetos penales, arrebatándolos de la acción punitiva discrecional de los jueces de menores y otorgándoles una serie de garantías procesales, algunas de las cuáles rigen para los adultos desde hace más de un siglo. En otros términos, se legaliza, conforme al derecho penal moderno, la práctica punitiva histórica hacia los menores.

Finalmente, los Tribunales de Familia hacen suyas las atribuciones restantes de la Justicia de Menores despojada de su autoridad penal de facto (materias proteccionales, de filiación, etc.), vaciándola de contenido y por ende procurando su pronta extinción. Al respecto, la novedad no es tanto la creación de una nueva jurisdicción puesto que se da prioridad a los jueces de menores en ejercicio para ocupar los puestos de jueces de familia (reciclaje que habla por sí solo). Del mismo modo, este traspaso de funciones no se acompaña de una compilación en un mismo cuerpo legal de las dispersas disposiciones sobre la familia como se ha hecho en otros países mediante un Código de Familia; en Chile las normas se encuentran repartidas entre el Código Civil, la Ley de Menores, el Código Penal y otros textos. La novedad se encuentra en las reformas substantivas que se han llevado a cabo paralelamente durante los últimos diez años en temas como la violencia intrafamiliar, la igualdad de los hijos ante la ley, la adopción, el divorcio, todas inspiradas eminentemente de la CEDAW⁹ y de la denominada Cumbre de Beijing¹⁰, más que de la CIDN como se suele afirmar. Es, principalmente, la lucha internacionalista por los derechos de las mujeres lo que permite explicar el capítulo “familiar” de estas transformaciones.

⁹ “Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer”, Naciones Unidas, 1979.

¹⁰ « Declaración de Beijing » y « Plataforma de Acción », IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995.

Imposible negar el progreso que representa este escenario de reformas. Lo que nos interesa subrayar aquí es la incoherencia entre dichas transformaciones y el marco teórico (si puede denominarse así) que pretende explicarlas. En efecto, desde su germen hacia principios de la década pasada, hasta el presente, la justificación política y jurídica de estas reformas, incluso las lecturas no-gubernamental y de oposición, se han apoyado invariablemente en una evocación de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños¹¹. Hoy, nadie puede sustraerse públicamente al lenguaje de la CIDN. Distinto es que los enunciados se inspiren efectivamente en su doctrina.

La Convención Internacional de Derechos de los Niños

La CIDN es una carta de Derechos Humanos, de validez internacional, vinculante para los Estados suscriptores (todos los países de la ONU salvo los EE.UU), que proclama la vigencia de los derechos de tercera generación (derechos políticos, económicos y sociales) en beneficio de las personas menores de edad. De hecho, es la primera carta vinculante de derechos humanos que establece el principio de *indivisibilidad* de los derechos humanos, esto es el principio según el cuál no existe una escala de prioridades en el cumplimiento de los derechos: la condición humana es una sóla, el respeto y la realización de sus derechos es un todo, y la afirmación sobre grados, áreas o prioridades en el cumplimiento de los derechos humanos es un sinsentido jurídico.

Los Estados suscriptores de la CIDN son tenidos por responsables del cumplimiento de los preceptos de la Convención en su territorio ; se exige de ellos, en este sentido, una política activa, global y protagónica. La CIDN, se suele afirmar, proclama para niños y niñas un estatuto socio-jurídico que difiere sustancialmente, que se opone incluso, al estatuto de objetos de la tutela público-privada. Es lo que se suele subrayar cuando se afirma que la Convención hace de niños y niñas “*sujetos de derecho*” y no más “*objetos de intervención o de asistencia*” como sucede bajo el marco del Derecho de Menores. Los niños, titulares de derechos de tercera generación, gozarían hoy de derechos *ejercitables*.

¹¹ Por ejemplo, en 2002 la derecha parlamentaria presenta un proyecto de *tolerancia cero* hacia la delincuencia adolescente e infantil, bajo el título “Moción parlamentaria que inicia un proyecto de ley que adecua normas de responsabilidad penal para la adolescencia a la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños”.

Hay tres razones que nos permiten, sin embargo, relativizar dichas afirmaciones respecto de que el imperio de la CIDN hace de niños y niñas *sujetos de derecho* y, por otro lado, de que el Estado chileno es un agente protagónico en la implementación de la Convención.

Sujetos u objetos: una paradoja de la propia Convención

En primer lugar, la retórica en que se apoya esta reforma omite los matices que contiene la noción de *sujeto de derechos* dentro de la propia Convención, vehiculando mecánicamente en su lugar una idea magnánime y simplificada a la vez, ver simplista, que consiste en afirmar que “hemos logrado ajustar, cambiar, modificar e introducir en el sistema SENAME un enfoque de derechos casi en su totalidad” puesto que “la Convención te cambia el enfoque, te dice: el niño es sujeto de derecho por lo tanto cuando usted piense en protección entienda que esto es comprendiendo a un sujeto de derecho”¹². Pues en rigor, la CIDN crea una contradicción entre los denominados *derechos de autodeterminación* o *de autonomía* (aquellos que hacen de las personas sujetos políticos) y los *derechos de bienestar* (aquellos que establecen un imperativo de protección ecológica, del entorno, hacia los niños). También denominados, respectivamente, *derechos de interés* y *derechos de necesidad*.¹³

Las declaraciones internacionales de derechos de los menores de 1948 y 1959 no contenían esta contradicción pues no dejaban lugar a las nociones de interés y autonomía de los niños; se trataba de proclamar un deber público de protección *hacia* los menores, lo que implicaba que la titularidad de derechos de bienestar no radicaba en los menores mismos sino que en la comunidad de agentes e instituciones sociales. En otras palabras, la escuela tiene el *derecho* de obligar al niño a asistir a clases por su propio *bienestar*. La Convención de 1989 incorpora aquella otra dimensión sobre los derechos, la que los hace *ejercitables*, transfiriendo titularidad a los niños mismos. Pero no extingue evidentemente, es más, renueva, la validez de los *derechos de protección* entendidos como obligaciones del entorno hacia el sujeto menor de edad, incompleto jurídicamente. Ambos tipos de derechos coexisten bajo la enigmática

¹² Directora del SENAME, organismo rector de la reforma de menores, en entrevista con el autor. Santiago, 2005.

¹³ Wyness, Michael, Lisa Harrisson and Ian Buchanan, 2004.

noción de “protección *integral* de derechos”, dónde tienden a imponerse los derechos de bienestar por sobre los de autodeterminación.

Este tipo de matices, que pone en relieve los límites de la noción de *sujeto de derecho* en los niños, son obviados por la retórica simplista de la reforma en beneficio de una reflexión mecanicista que proclama el advenimiento de un nuevo estatuto socio-jurídico para la infancia. Sin por ello hacerlo operacionalizable en su complejidad pues, por ejemplo, esta reflexión no propugna transformaciones en la escuela o en las estructuras comunitarias y asociativas que son los campos institucionales más evidentes e inmediatos dónde debieran impactar las nociones de participación y de interés de los niños; de ciudadanía, en definitiva.

El proyecto “fantasma” de Protección de Derechos

En segundo lugar, y siguiendo la reflexión anterior, había un cuarto proyecto que originalmente también formaba parte de este paquete de reforma de menores, pero respecto del cuál nunca se llegó a conocer públicamente siquiera un anteproyecto de ley¹⁴. Este proyecto fantasma, que consistía en la promulgación de una suerte de código de la infancia al estilo de la *Children act* inglesa (1989), o del *Estatuto da criação et do adolescente* brasileño (1990), o de la *Kinder-und Jugendhilfegesetz* alemana (1990), incorporaba al sistema jurídico chileno el articulado de la CIDN más el establecimiento de una suerte de recurso de protección, es decir de un mecanismo de exigibilidad de estos derechos, a través de los Tribunales de Familia, invocable directamente por los niños sin necesidad de representación legal. En rigor, esta ley precisamente otorgaba a niños y niñas el derecho de auto-representación del cuál carecen actualmente. La eliminación de dicho proyecto dentro del paquete de reformas, se explica por la negativa real o implícita de varios sectores políticos y de una parte de la burocracia estatal al establecimiento de un mecanismo de reclamación de derechos económicos, sociales y políticos invocable en contra del Estado. Por ejemplo, en algunas mesas de conversación que se alcanzó a realizar hacia fines de la década pasada, el Ministerio de Educación se opuso explícitamente a

¹⁴ Salvo una versión en borrador (“Tercer borrador de la redacción tentativa del anteproyecto de ley de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia (sin catálogo de derechos). Documento Reservado”) que se filtró desde el Ministerio de Justicia hacia un par de abogados de la sociedad civil y al cuál tuvimos acceso.

que se establecieran por ley determinados estándares educativos (de acceso y de calidad de la educación), primando la noción constitucional de *libertad* de educación por sobre aquella universal de *derecho* a la educación.

Esta doctrina, según la cuál el Estado no puede ser increpado por el incumplimiento de derechos de tercera generación que sin embargo en el escenario internacional se compromete a garantizar, quedó fijada en la Constitución Política de Chile, la que promulga Pinochet el año 1980 y que está vigente actualmente. Según Jaime Guzmán Errázuriz, uno de sus principales inspiradores, “... sin lugar a dudas que [...] por la naturaleza propia de los derechos llamados “sociales”, aquellos que dependen de la capacidad del Estado o de la acción gubernativa en general [...], no pueden entenderse cubiertos por esta disposición..., [es decir, por aquella que define el recurso de protección]”¹⁵. Del mismo modo, otro integrante de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Enrique Evans de la Cuadra, se declara “absoluto enemigo de establecer un recurso de protección amplio, porque el día de mañana se puede llegar a pretender que ciertos derechos que se realizan mediante prestaciones del Estado, puedan ser exigibles por la vía de recursos de esa naturaleza”¹⁶.

De esta forma, queda fuera del paquete de reformas a menores el componente que en sí representaba una transformación substantiva de la política de infancia en Chile. Era precisamente el proyecto de protección de derechos aquel que encarnaba una transformación al estatuto legal de la infancia, es decir, que lograba constituir a niños y adolescentes como sujetos de derecho, como ciudadanos con derechos ejercitables. En su ausencia, el estatuto legal de la infancia se mantiene inmodificado: se trata de personas carentes de derechos ejercitables, por ende de objetos pasivos de la acción pública, por ejemplo de la acción educativa, de la acción sanitaria, de la acción proteccional. En rigor, los únicos derechos ejercitables que poseen hoy los niños y adolescentes chilenos son el derecho al *debido proceso* en el contexto de un juicio penal, cuando tienen entre 14 y 17 años; y el derecho limitado a trabajar y a disponer de sus ingresos a partir de los 15 años.

Los Tribunales de Familia recientemente creados no representan un cambio sustantivo en el estatuto de la infancia en la medida en que -aún incorporando

¹⁵ “Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Actas Constitucionales”. Ver: Agacino, Rafael, 2005.

¹⁶ *Ibid.*

elementos de la CIDN, aunque principalmente de la CEDAW y de la Cumbre de Beijing- no son una instancia dónde un niño pueda ir a exigir su reintegración en un establecimiento escolar del cuál ha sido expulsado, o a reclamar el no disponer de recursos para adquirir sus materiales escolares o la incapacidad económica de su familia para asegurarle su asistencia a la escuela, o la falta de acceso al aprendizaje de su lengua indígena materna, etc. Una cosa es la creación de una jurisdicción que resuelve los conflictos legales originados en la familia o relacionados con la función familiar, en torno a un marco legal “progresista”, y otra muy diferente es la vigencia de mecanismos de reclamación de derechos, es decir una instancia que sea capaz de resolver ante su demanda, y en forma amplia, situaciones de incumplimiento de derechos.

A lo anterior se suma la vigencia relativa del articulado de la Convención en Chile. Como la gran mayoría de los países latinoamericanos, no todos, Chile es un país de tradición jurídica dualista, esto es dónde el derecho internacional está subordinado al derecho doméstico. Por cierto, permanece abierto en Chile el debate acerca del rango constitucional de los tratado internacionales ratificados por el Parlamento. Esto, a diferencia de los países de tradición monista (los países nórdicos y algunos de tradición anglosajona) que entienden que el Derecho es uno solo y dinámico, por ende cuya evolución tiene lugar gracias a la jurisprudencia internacionalista que es considerada como una expresión normativa de vanguardia y cuya vigencia se da automáticamente en el plano interno.

El dualismo chileno es claramente observable, por ejemplo, en los juicios por graves violaciones a los derechos humanos cometidos por la dictadura de Pinochet dónde tienen validez relativa, a veces nula, los tratados internacionales como la Convención de Ginebra, logrando imponerse –cada vez menos- la Ley de Amnistía de 1978. O en la contienda constitucional que bloqueó hace dos años atrás la ratificación chilena del Tribunal Penal Internacional. En la cultura jurídica dominante, si una disposición legal nacional es contradictoria con otra disposición internacional validada por la suscripción de tratados, se impone la primera (salvo, nos atrevemos a decir, en materia comercial y financiera). La ausencia de una “Ley de protección de derechos” como la que acabamos de mencionar, deshinibe a la jurisprudencia nacional, salvo excepciones puntuales, de los supuestos de la Convención.

La inconsistencia de la noción de *derechos*

En tercer lugar, y en relación con la improcedencia constitucional de exigir del Estado el cumplimiento de derechos sociales, creemos necesario ahondar en la paradoja que representa el hecho de que las reformas a menores -no estando efectivamente guiadas por el internacionalismo de los derechos humanos de la infancia como hemos venido demostrando- sean presentadas invariablemente -no existen discursos divergentes al respecto- como la expresión del cumplimiento del Estado chileno respecto de las obligaciones internacionalmente contraídas a través de la suscripción y la ratificación de la Convención.

Es cierto que las reformas citadas implican mejoras concretas en la “situación” de la infancia, es decir que tienen un impacto material que es real, que no se puede negar. El Derecho de Familia que se ha implementado representa cambios a los regímenes de filiación, de herencia, de tuición, que impactan positivamente en la calidad de vida de los niños. Es cierto, también, que hay un abismo cualitativo entre el ejercicio discrecional de que disponen los jueces de menores de determinar “verbalmente y sin forma de juicio” el encierro indefinido en instituciones de corrección por causas no sólo delictuales sino también proteccionales, y la legalidad que instituye un sistema procesal penal adolescente, es decir: tipos penales precisos en parte distintos de los tipos penales de los adultos, amplia variedad de penas que limitan el recurso a la privación de libertad intramuros, clara y limitada duración en el tiempo de las penas, defensa jurídica y variedad de recursos de casación, recintos especiales de privación de libertad administrados por el Estado y de propiedad del Estado, etc. Es cierto también que hay un abismo cualitativo entre el mercado de prestaciones asistencial-proteccionales empobrecido, concentrado y desregulado que ha primado durante los últimos veinticinco años en Chile, y el mercado diversificado, con inyección de recursos frescos y parcialmente regulado que toma forma bajo la administración de Lagos.

Pero la contradicción fundamental persiste entre un marco normativo (que es la Convención) que establece la obligación de los Estados de ser agentes activos y protagónicos en la realización de los derechos humanos de la infancia, y un sistema de políticas sociales cuya matriz es la externalización de las obligaciones del Estado y la responsabilización de las personas por sus particulares situaciones sociales como si fuesen electrones libres y la pobreza fuera de los pobres y no de la sociedad (aspecto

particularmente visible en el formato de las políticas de superación de la pobreza que claramente tiende a imponerse en países como Argentina, Brasil, Chile y México, dónde los Estados disponen de magras y temporalmente limitadas transferencias de recursos a las familias pobres para su “autonomización” en el mercado).

Creemos que una de las claves para entender la contradicción que representa el hecho de que se recurra cómodamente a un discurso sobre los derechos humanos para explicar la actual política de menores, política que tiene lugar dentro de un marco general de desentendimiento o de desvinculación social del Estado resultante de la experiencia de ajuste estructural de la década del 80’ (o, dicho en otras palabras, en un contexto de ruptura del pacto social que fundó durante la mayor parte del siglo XX la condición de ciudadanía en América Latina en torno al principio de solidaridad y al estatuto salarial, a imagen y *desemejanza* de los modelos de Estado Social europeos¹⁷), está en la inconsistencia de la noción de derechos que acompaña los discursos de esta reforma. Es decir, se usa el tópico de los derechos como un comodín para hablar de todo y de nada a la vez.

Por ejemplo, cuando entrevistamos, entre 2001 y 2005 en el contexto de investigaciones propias sobre este tema, a distintos personajes que habían jugado roles importantes en la negociación de esta reforma (diputados, senadores, jefes de servicios públicos, algunos miembros de la sociedad civil), les preguntamos qué entendían ellos cuando hablaban de “niños vulnerados en sus derechos”. El ábanico de respuestas incluía: “niños susceptibles”, “niños en riesgo” o “en riesgo social”, “niños objeto de maltratos y de abandono”, “niños que no son objeto de protección por parte de sus familias o de las instituciones”, “niños amenazados”. Es decir, la noción de derechos que vehiculan los actores de la reforma no aporta nada nuevo a la representación sobre las problemáticas de *los menores* respecto de lo que ya se disponía antes de la Convención; nada que no haya sido dicho con ocasión, por ejemplo, de la “reforma de menores” de 1967-68, nada que no estuviera ya contenido en las representaciones caritativas y filantrópicas dominantes desde fines del siglo XIX. Nada que nos permita afirmar que esta reforma se origina o se sostiene en un cambio de paradigma, nada que nos permita constatar la voluntad política de apoyar en los niños la constitución de *sujetos de derecho*. Es decir, estamos frente a un

¹⁷ Para una crítica al Estado de Compromiso latinoamericano, ver : Lautier, Bruno, 1993.

proceso de renovación del lenguaje que acompaña, por un carril separado, al proceso de reforma.

Hay algunos autores que, estudiando procesos de reforma de la política social, por ejemplo en el caso de la primera legislación sobre cesantía en la Francia de fines del siglo XIX¹⁸, discusión parlamentaria durante la cuál se inventa el sustantivo “cesantía” (*chômage*), constatan que los procesos de reforma se acompañan necesariamente de procesos de renovación del lenguaje y de construcción de *referenciales* que permiten abordar e intervenir fenómenos que hasta ese momento carecen de nombre, por ende de existencia¹⁹. Lo que la reforma a menores en Chile nos sugiere, es que a la inversa puede producirse que procesos de renovación del lenguaje se substituyan a procesos de transformación de paradigmas.

Algo parecido observamos cuando le preguntamos a senadores y diputados que jugaron roles clave en esta reforma, cuáles fueron las motivaciones principales de esta reforma y en qué aspectos había conflictos en la discusión. Citaremos dos respuestas representativas de los dos bloques políticos representados en el Congreso.

“[Hay que preocuparse de] *la condición efectiva del menor, tanto respecto de situaciones de hecho como son los abandonos, como son todas esas situaciones de derecho, [así] como [de] sus incumplimientos legales.*”²⁰

“[Con la derecha] *hemos tenido muchas diferencias en temas de marco valórico. Ellos están en la idea, un poco, de esta ‘sociedad descarriada’, que ‘los niños no tienen autoridad’, etc. Y que la solución a esto es poner más mano dura, por decirlo así. Y nosotros somos más de la opción que [...] la solución es más comprensión, y afecto, y acogida, e integración.*”²¹

Los términos de la discusión son muy similares a los que encontramos en las discusiones parlamentarias de principios del siglo XX, cuando se crea la primera legislación de menores en Chile. El eje sigue siendo : proteger y castigar, o comprensión y mano dura, o preocuparse de los abandonos que sufren los menores y de sus “incumplimientos legales” (entiéndase: penales). Es difícil afirmar entonces

¹⁸ Topalov, Christian, 1994.

¹⁹ Para una discusión sobre el concepto de *referencial* de las políticas públicas, ver : Jobert, Bruno, 2004. Ver también : Faure, Alain, Gilles Pollet y Philippe Warin, 1995.

²⁰ José Antonio Coloma, Senador de extrema derecha (UDI), en entrevista con el autor, Valparaíso, 2005.

²¹ Carolina Tohá, Diputada de centro-izquierda (PPD), en entrevista con el autor, Santiago, 2005.

que el proceso actual de reforma repele una representación simbólica del Estado-padre auxiliador y severo instalada desde hace más de un siglo. Y la discusión actual entre “derecha” e “izquierda”, al igual que hace cien años entre “conservadores” y “liberales”, gira en torno a dónde se traza la línea divisoria entre la represión y el auxilio, y a cómo hacemos una reingeniería del sistema destinada a mejorar su eficacia (es decir: su impacto social y su impacto penal), y no gira en torno a replantear el estatuto político de la infancia, esto es reconstruir la infancia en torno a una condición de ciudadanía, con derechos susceptibles de ser exigidos y ejercidos.

Conclusión

No podemos negar que las reformas a menores representan una mejoría relativa de la *situación* de la infancia en Chile, si la comparamos con la década o con las décadas precedentes. Pero al mismo tiempo nos atrevemos a poner en duda que las reformas actuales representen un cambio sobre la *condición* de la infancia, algo como un “tiempo de los derechos de los niños”, como se suele afirmar. Pues no instituyen un nuevo estatuto político para los niños y los adolescentes distinto del estatuto de irresponsabilidad e incapacidad legal que ha dominado la relación del Estado con la infancia durante más de un siglo en Chile y en el resto de América Latina (salvo en cuánto los transforma entre los 14 y 17 años en sujetos de responsabilidad penal).

Tampoco estas reformas replantean el rol social del Estado y la condición de ciudadanía en forma distinta a como fueron re-formulados por el proceso de ajustes estructurales que tuvo lugar en Chile durante la década del 80’, esto es en torno al principio minimalista de la subsidiariedad que difiere sustancialmente del significado *social* que este concepto adquiere en el contexto de algunas democracias europeas.

Constatamos entonces, en torno a esta reforma de menores en Chile, una increíble invención de realidad política. Increíble, sobre todo, por su hegemonía, por la inexistencia de lecturas divergentes a las de los discursos oficiales, incluso en los medios científicos o jurídico-académicos. Por una parte, este tema está monopolizado por el análisis jurídico, pero al mismo tiempo contaminado, dentro del análisis jurídico, por la falta de independencia que muchos intelectuales que abordan esta materia tienen respecto de la trama política de la reforma, trama que no hemos siquiera mencionado en este documento por limitaciones de tiempo pero que es

sumamente densa y extensa; trama de negociaciones entre Gobierno y oposición, entre Gobierno y ONG's, entre Gobierno y organismos internacionales, entre Gobierno y sus propias bancadas parlamentarias... Muchos de los teóricos jurídicos chilenos que tratan el tema de la institucionalidad de menores y su reforma actual, y que muy justamente en sus disciplinas (derecho penal, derecho de la infancia, derecho de familia) son considerados como grandes juristas, a la vez son o funcionarios de Gobierno, o Parlamentarios de Gobierno, o ex funcionarios del Ministerio de Justicia, o aspirantes al Ministerio de Justicia, o consultores del Ministerio de Justicia, o consultores de Unicef que es una instancia consultora del Ministerio de Justicia, o profesores de universidades consultoras del Ministerio de Justicia, etc. Muchos de ellos, en privado o en entrevistas en el contexto de investigaciones que hemos realizado sobre el tema, expresan múltiples reparos y contra-lecturas respecto del discurso oficial de esta reforma. Pero rara vez difunden en sus publicaciones, en sus consultorías, o en entrevistas en medios de prensa, estas críticas o lecturas alternativas. Sólo las vehiculan en privado, previendo escándalos o divergencias públicas, costumbre muy arraigada en la política chilena y en el espacio intermedio de las profesiones políticas.

Por otra parte, las ciencias sociales (sobre todo la sociología y la ciencia política), que podrían ser espacios de reflexión crítica sobre este tema, y por lo tanto vehicular otras lecturas de la realidad, simplemente no se interesan en el tema de las políticas públicas de menores; sí en otras áreas de la política pública de infancia como la educación, principalmente. Pero la sociología tiende a estimar que la problemática de los menores es un tema que radica, primero, en el trabajo social por cuánto se trataría de una problemática *de* los menores y por ende del modo como se hace intervención social hacia este sector de la población. Trabajos sociológicos sobre este tema encontramos sólo en un plano etnográfico. Y luego, la sociología estima que en términos de análisis de la institucionalidad de menores, el tema es de naturaleza jurídica y en Chile, a diferencia de lo que sucede en Argentina o en Venezuela, el desarrollo de una sociología del derecho es prácticamente nulo; hubo un germen de sociología del derecho, y observatorios sociológicos sobre el sistema penal, hacia fines de los años 60', que murieron en 1973 aplastados por los sucesos políticos y la reorganización de las prioridades investigativas, y ahora reaparece tímidamente en torno al estudio del derecho penal, concretamente en torno a la reciente Reforma

Procesal. Pero en el estado actual de la disciplina resulta difícil pensar en el surgimiento de una sociología del derecho de la infancia, o en una sociología del derecho de la familia, o en una sociología del derecho civil incluso, que son áreas que abarcarían necesariamente el tema de las reformas a menores.

A modo de alargue: si nos preguntáramos sobre el vínculo entre ciencias sociales y construcción de la política pública, podríamos hacer dos afirmaciones: primero, que las ciencias sociales en su estado actual tienen un déficit enorme de especialización útil para establecer dicho vínculo. Y segundo, que cualquier vínculo que se plantee entre ciencias sociales y construcción de la política pública debe cautelar en forma celosa la independencia de la reflexión científica respecto de los intereses corporativos, políticos y de posicionamiento profesional que están en juego en el campo del Estado. Buscar y promover vínculos entre ambos campos no significa meter sociólogos en la administración pública ni administradores públicos en las escuelas de sociología, como quién pretendiera fundir ambos oficios.

Buscar y promover vínculos entre ambos campos significa empujarlos hacia una mayor apertura disciplinaria, mejor especialización y mayor capacidad de difusión : el campo de la administración pública debe desarrollar un interés práctico y una accesibilidad intelectual hacia el análisis sociológico; y la sociología debe alcanzar una mayor especialización en torno a lo que podríamos denominar la ingeniería de las políticas públicas (es decir cuestiones administrativas y financieras, de marcos de regulación, de negociación política); en torno al derecho (desde sus fundamentos filosóficos hasta sus cuestiones procedimentales); y tener libre acceso a la información de todo tipo producida por el Estado. Este es el mayor escollo para hacer sociología sobre las políticas públicas en Chile: hay que rogar —o robar— para obtener un documento o una estadística “pública”.

Bibliografía

- AGACINO, Rafael, “La otra impunidad : el neoliberalismo y la "cuestión social" ”, *Revista Pluma y Pincel*, número 183, Santiago, enero-febrero 2005.
- ARIÈS, Philippe, *L'enfant et la famille sous l'ancien Régime*, Seuil, Paris, 1973.
- 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*, Ed. IIN, Montevideo, 1994.

- CILLERO, Miguel, “Los Derechos de los Niños y los límites del Derecho Penal”, en: UNICEF, ILANUD, UNIÓN EUROPEA, *Adolescentes y Justicia Penal. Propuesta de Política Criminal en Chile*, Ed. UNICEF/ILANUD/UNIÓN EUROPEA, Santiago, 2000.
- 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.
- DONZELOT, Jacques, *La police des familles*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1977.
- FAURE, Alain, Gilles POLLET y Philippe WARIN (dir.), *La construction du sens dans les politiques publiques. Débats autour de la notion de référentiel*, l’Harmattan, Paris, 1995.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1994.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary Beloff (comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- GÓMEZ, José Antonio, “Un espacio para dialogar”, *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 1, número 1, Santiago, septiembre 2002.
- JOBERT, Bruno, *Estado, sociedad, políticas públicas*, LOM, Santiago, 2004.
- LAUTIER, Bruno, “L’État-providence en Amérique latine: utopie légitimatrice ou moteur du développement?”, en : Marques-Pereira, B. (coord.), *L’Amérique latine vers la démocratie?*, Ed. Complexe, 1993.
- MILLION-DELSOL, Chantal, *Le principe de subsidiarité*, PUF, Que-sais-je ?, Paris, 1993.
- PILOTTI, Francisco (coord.), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Ed. IIN, Montevideo, 1994.
- TOPALOV, Christian, *Naissance du chômeur, 1880-1910*, Éd. Albin Michel, Paris, 1994.
- WYNESS, Michael, Lisa HARRISSON and Ian BUCHANAN, “Childhood, politics and ambiguity: Toward an agenda for children’s political inclusion”, *Sociology. A journal of the British Sociological Association*, Volume 38, number 1, Ed. Sage Publications, London, february 2004.
- ZANZI, Oriana, “Nuevas políticas sociales para la infancia en una sociedad democrática”, *Revista Infancia y Sociedad*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, septiembre-octubre 1992.