



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público**

**PROTECCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE LA INFANCIA: SITUACIÓN ACTUAL
EN CHILE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO**

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

**Alumna Memorista:
DANIELA CECILIA FUENZALIDA FUENZALIDA**

**Profesora Guía:
ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO**

Santiago de Chile, 2014

AGRADECIMIENTOS

A mis papás Liliana y Gonzalo, siempre presentes, compañeros de todos los días, de cada proyecto. Por estar conmigo en los buenos momentos y darme su apoyo en los difíciles. Por creer en mí, darme la oportunidad de estudiar donde lo hice y esperar con paciencia y cariño el término de este proceso.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA	6
1. Infancia, una construcción de la modernidad.....	6
2. Incorporación de la categoría infancia al Derecho.....	9
2.1 La legislación especial para la infancia	9
2.2. El modelo tutelar y la doctrina de situación irregular	16
2.2.1 Características de la doctrina de la situación irregular	19
2.2.2 Supuestos que permiten la intervención estatal	21
2.2.3 El juez de menores en el sistema tutelar.....	22
2.2.4 El Sistema tutelar frente a casos de imputación de delitos a menores.....	23
2.3 La doctrina de la protección integral	27
2.3.1 Supuestos que permiten la intervención estatal	30
2.3.2 El rol de juez en la doctrina de la protección integral	31
2.3.3 La protección integral frente a casos de imputación de delitos a menores de edad.....	31
2.3.4 Internación de niños y niñas como forma de solución	32
2.3.5 Cuadro comparativo entre modelo de la situación irregular y el modelo de protección integral:.....	35
3. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su impacto en América Latina	37
3.1 Principios generales de la Convención de los Derechos del Niño....	39
3.2 Implicancias de la ratificación de la Convención en Latinoamérica ..	43
CAPÍTULO II LA PREOCUPACIÓN POR LA INFANCIA EN CHILE	51
1. El proceso de institucionalización de las políticas dirigidas a la infancia51	
1.1 Los inicios, la caridad privada.....	53
1.2 El aporte e intervención medico-sanitaria.....	56
2. Los primeros pasos de la institucionalización	57
3. El surgimiento de la legislación especializada de menores.....	62
3.1 La primera Ley de Menores del País	62
3.1.1 Los Juzgados de Menores.....	65
3.1.2 Los centros para menores	66
3.1.3 Otros aspectos en los que influyó la Ley de menores	68
3.2 La actual Ley de Menores del país.....	69

3.2.1	Antecedentes de la Ley 16.618	70
3.2.2	Modificaciones a la Ley 4.447	73
3.2.3	La dictación de la Ley 16.618	75
4.	El impacto del autoritarismo y el sistema neoliberal en el tratamiento de la infancia en Chile	77
CAPÍTULO III LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO.....		84
1.	La Convención y su incorporación al Derecho Público chileno	94
2.	Adaptación de la legislación y políticas públicas sobre infancia en Chile a partir de la Convención	92
2.1	Ley de filiación única	93
2.2	Creación de los Tribunales de Familia	96
2.3	Protección a la primera infancia e institucionalización del programa “Chile Crece Contigo”	99
2.4	Ley de Responsabilidad Penal Adolescente	102
2.5	Creación del Consejo nacional de la infancia	109
3.	Situación actual de los niños en Chile a 24 años de la Ratificación de la Convención	109
3.1	Reestructuración del SENAME.....	112
3.1.1	El Servicio de protección a la Infancia y Adolescencia	113
3.1.2	El Servicio de Responsabilidad Penal Adolescente	116
3.2	Ley de Protección Integral de la Infancia	118
3.3	Algunas reflexiones	121
CAPÍTULO IV DERECHO COMPARADO		125
1.	Brasil y su ejemplo para Latinoamérica	126
1.1	El Estatuto del niño y del adolescente	126
1.2	Desafíos actuales en Brasil para la protección de la infancia.....	134
2.	El caso de Argentina.....	137
2.1	Legislación nacional y legislaciones provinciales	139
2.2	La Ley Nacional de Protección Integral	142
2.2.1	Sistema de Protección Integral de Derechos.....	143
2.2.2	Organismos integrantes del Sistema Nacional de Protección de Derechos	145
2.3	Críticas y desafíos de la institucionalidad de protección a la infancia en Argentina	148
2.3.1	Falta de mecanismos para la aplicación de la Ley de Protección Integral	148
2.3.2	Ausencia de un régimen de Responsabilidad Penal Juvenil	149
2.3.3	Desafíos para la protección de la infancia en Argentina.....	152

CONCLUSIONES..... 154
BIBLIOGRAFÍA 160

“La gran paradoja, cuando uno mira la historia de los adultos con los niños, es que las peores atrocidades se cometieron en nombre de la caridad, el amor, la compasión, mucho más que en nombre de la represión”

Emilio García Méndez.

INTRODUCCIÓN

La naturaleza de la protección que se debe a los niños, niñas y adolescentes es, desde un punto de vista jurídico, un tema de Derecho Público y tiene como origen principios consagrados constitucionalmente, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas, a la igualdad, a la educación y salud, entre otros. Es por ello que el tema de la protección de los derechos de la infancia requiere de una estructura legislativa y una institucionalidad pública que se ajuste a Derecho y se encuentre acorde con los mandatos establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La aprobación y posterior ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, constituye un importante hito que influyó en el cambio de paradigma en los países latinoamericanos respecto de la comprensión de la infancia, no ya como conjunto de personas “en desarrollo” y por tanto objeto de protección, sino como individuos: niños, niñas y adolescentes como sujetos con plenos derechos y dignos de una protección especial e integral.

Durante el siglo XX, antes de la aprobación de la Convención, las políticas y mecanismos jurídicos y sociales dirigidos a la infancia se basaban en el modelo de protección tutelar que fue la base de la doctrina de la “situación irregular”, dirigida casi únicamente a la infancia abandonada, desvalida y también a la

infancia en conflicto con la ley penal, existiendo así una profunda relación entre políticas de protección/represión, pobreza y delincuencia en toda Latinoamérica. Sin embargo, una vez adoptada y ratificada la Convención, esta situación ha variado, los países se han enfocado en dirigir sus políticas basándose en una nueva doctrina que los teóricos han denominado “Doctrina de la protección integral”, la cual comprende a los niños como sujetos plenos de derecho y busca el establecimiento de políticas dirigidas a la infancia de manera general, con el objeto de que los derechos de los niños sean respetados y efectivamente ejercidos.

Nuestro país ratificó la Convención el 13 de agosto del año 1990, un año después de que ésta fuese aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. A partir de esa fecha, Chile ha iniciado su proceso de revisión de los mecanismos jurídicos y sociales que se dirigen a la atención y protección de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo este proceso ha sido lento y aun se encuentra arraigada en nuestra institucionalidad la antigua doctrina de la situación irregular, expresada en la idea de la diferenciación entre dos infancias: una infancia desvalida con carencias económicas y morales, vinculada generalmente con la pobreza y que por tanto debe ser asistida por las instituciones correspondientes; y otra infancia sin estas carencias, de la cual se hace cargo sus familias, quedando su desarrollo y protección en manos del ámbito privado.

La reflexión contenida en las siguientes páginas se orientará en un primer capítulo a comprender el concepto de infancia y su tratamiento socio-jurídico, principalmente en Latinoamérica. Para ello inicialmente se revisará brevemente el surgimiento del concepto de infancia a través una mirada histórica, para luego determinar el contexto en el cual se han desarrollado las dos grandes doctrinas en las que se funda las directrices jurídicas y sociales de protección de la infancia y cómo estas han evolucionado en Latinoamérica. Este primer capítulo finaliza analizando de qué forma influyó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el orden interno de los países de la región.

Posteriormente, en un segundo capítulo, se analizará la situación de Chile y el desarrollo de la protección jurídica y social de la infancia, realizando un recorrido por nuestra historia, hasta el importante suceso de la ratificación de la Convención de los Derechos del niño, a partir de la cual se comienza a establecer nuestra actual institucionalidad, determinando cómo influyó el cambio de paradigma al pasar una doctrina tutelar a una idea de la protección integral de la niñez en nuestro país.

El tercer capítulo tiene por objeto revisar el desarrollo de los mecanismos jurídicos y sociales que Chile ha realizado con miras de hacer efectivos los compromisos internacionales adquiridos con la ratificación de la Convención en

nuestro país, para así encontrarse al día en el tema de una protección integral de la infancia. Analizando cuales son las principales modificaciones que se han hecho con el fin de recoger los mandatos de la Convención. También se estudiará en que ámbitos nos encontramos atrasados y cuáles son los desafíos actuales de nuestro país en la temática de infancia para proteger y promover el desarrollo integral de nuestros niños.

Por último, un cuarto capítulo de este trabajo tiene como objetivo hacer un estudio de derecho comparado de dos países de la región, Brasil y Argentina, respecto del tratamiento de la protección de la infancia, su institucionalidad actual, para finalmente revisar cuáles son los avances más destacados e importantes en la materia y cuáles los próximos desafíos que deben enfrentar.

CAPÍTULO I EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

“El pilluelo de París es respetuoso, irónico e insolente. Tiene feos dientes, porque está mal alimentado y porque su estómago sufre, buenos ojos porque es perspicaz (...) En suma y para resumir, el pilluelo es un ser que se divierte porque es desgraciado”.

Víctor Hugo
Los Miserables

1. Infancia, una construcción de la modernidad

La categoría de infancia es un concepto que como muchos otros devienen de un proceso histórico que lo configura, y ya que surgió en algún momento y contexto particular, no es naturalmente dado al hombre. Existe consenso en determinar que el concepto acabado de infancia tal como la entendemos hasta nuestros días se establece durante la modernidad. Con anterioridad a ello no se reconocía la infancia como una etapa con características y cualidades propias. Si bien durante la época antigua, como en la Grecia clásica, existía el interés por educar a los niños, esto se realizaba con el fin de convertirlos en ciudadanos instruidos, en librepensadores y, en definitiva, prepararlos para el futuro.

En la Edad Media el objetivo de educar al niño es prepararlo para servir a Dios, a la iglesia y sus representantes, con un sometimiento completo a la autoridad de la iglesia. “No se observa una preocupación por la infancia como tal y la

educación no se adapta al niño. De hecho, toda la enseñanza de contenidos religiosos es en latín. El niño es considerado como un *homúnculo*, esto es un hombre en miniatura”¹. Así mismo, Tomás de Aquino señala que en la etapa de la niñez no hay evolución ni cambios cualitativos sino cambios desde un estado inferior a otro superior. En esta época muy pocos niños acceden a la educación y sólo varones, el resto de los niños son utilizados como mano de obra, permaneciendo en las sombras.

Es recién a partir del siglo XIV donde comienza a concederse cierta importancia a la infancia, que recién llegaría a verse descubierta con mayor claridad en el siglo XVIII, esto lo podemos ver en la obra “*Emile ou De l’ Éducation*”² de Rousseau, quien plantea la idea de que el niño es un ser con características propias que sigue un desarrollo físico, intelectual y moral, el cual es bueno por naturaleza pero es la sociedad quien pervierte estas buenas inclinaciones. Sin embargo hasta el siglo XX la infancia no es reconocida explícitamente como una etapa con sus propias características ni a los niños como sujeto pleno de derechos, por algo se ha señalado al siglo XX como el siglo de los niños.

¹ UNESCO Ileana. 2009. El concepto de la infancia a lo largo de la historia. [En línea]. Ensayos, Universidad Complutense. Madrid. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf> [Consulta: 05 marzo 2014]. p. 3.

² *Emile ou De l’ Éducation*, en español “Emilio o De la educación” corresponde a una obra de Jean Jacques Rousseau de 1792, en la cual se destaca la importancia de atender la vida del niño desde sus comienzos. Señala que la educación debe adaptarse a éste y no lo contrario, además destaca la importancia de la acción y la experiencia para adquirir conocimiento.

Es posible observar que la concepción de infancia guarda relación con la sociedad vigente de la época, así en el proyecto de la modernidad la educación y la infancia se encuentran directamente relacionados. La educación de la niñez fue una de las estrategias para la concreción de un orden social y cultural nuevo que dejara atrás el retraso del mundo medieval. Se produce un cambio social y cultural que favorece la significación de la infancia a partir de la concepción de la niñez como “germen de la sociedad política y civil del futuro, y su escolarización como garantía de un horizonte de cambio social y progreso”³. El historiador francés Philippe Ariés, señala que en las sociedades industriales modernas se configura un nuevo espacio ocupado por el niño y la familia que da lugar a una idea de infancia de larga duración y la necesidad de preparación especial del niño, espacio que no existió en épocas anteriores donde la niñez era de corta duración y una situación más bien transitoria.

En el contexto Latinoamericano a partir de la segunda mitad del siglo XIX, como consecuencia de cambios políticos y las reformas liberales se produce la disminución del poder de la iglesia en lo referente a cuestiones sociales tal como educación, pobreza, entre otros, pasando éstas a ser decisiones propias del aparato estatal. Dentro de estas nuevas preocupaciones del Estado surge el tema de la infancia abandonada, los niños trabajadores y la infancia

³ CARLÍ Sandra. 1999. La Infancia como construcción social. En: FRIGIERIO Graciela. De la familia a la escuela. Infancia, socialización y subjetividad. Buenos Aires, Editorial Santillana. p. 3.

delincuente, siguiendo el ejemplo de las sociedades europeas surge el proceso de escolarización como forma de enfrentar la situación de abandono y delincuencia infantil. “Al imponerse a la sociedad la obligatoriedad de asistencia a la escuela de los menores entre 6 y 14 años, esto incidió en la constitución de los niños como sujetos que ya comenzaron a ser interpelados por diversos tipos de discursos que oscilaron entre la protección, la represión y la educación”⁴.

De este modo, si en el siglo XVIII la escuela se descubre como el lugar de educación, orden y homogenización de la categoría infancia niño, el siglo XIX se enfocará en la tarea de concebir y poner en práctica aquellos mecanismos que recojan y protejan a quienes han sido expulsado o no han tenido acceso al sistema escolar.

2. Incorporación de la categoría infancia al Derecho

2.1 La legislación especial para la infancia

Como se ha visto en el apartado anterior, existen diversas disciplinas que se hacen cargo de la categoría de la infancia y su evolución. Es así como el Derecho tampoco ha sido indiferente a esta situación. Es interesante señalar que el tratamiento jurídico diferenciado de la infancia, respecto del mundo

⁴ CARLÍ Sandra. 1999. *Op. cit.* p. 4

adulto se inicia en un área particular de esta disciplina, tal como lo ha señalado el profesor Emilio García Méndez “El origen de la especificidad jurídica de la infancia es estrictamente penal”⁵, continúa el autor refiriendo que los códigos penales latinoamericanos, de corte más bien retribucionista, contemplaban que la condición de menor determinaba una reducción de la pena, generalmente de 1/3 cuando aquella era privativa de libertad. No se encontraba presente otra diferenciación más que la anterior y las penas consistían generalmente en privación de libertad, en donde adultos y niños eran ubicados conjuntamente en las cárceles.

La preocupación jurídica por la infancia surge a partir de la molestia social derivada del tratamiento que se les da a los menores infractores del sistema penal. Las condiciones de hacinamiento en las que vivían los niños y jóvenes en las cárceles junto a la población penal adulta, provocó indignación en la sociedad civil y a partir de ahí se planteó la posibilidad de instaurar una legislación penal especial dirigida a los menores de edad. Sin embargo, es importante señalar que el rechazo de esta situación no se fundaba en la práctica común de privación de libertad como respuesta a los problemas sociales que afectaban a la infancia, sino a la promiscuidad que implicaba la ubicación de niños y adultos de forma indiferenciada en los recintos penales, por tanto la crítica no es de fondo sino solamente de forma.

⁵ GARCÍA MENDEZ Emilio. 2004. Infancia: De los derechos y de la justicia. 2º Edición. Buenos Aires, Editores Del Puerto. p. 11.

Junto al desarrollo del capitalismo durante el siglo XIX, surge también un empobrecimiento masivo de las clases populares y con ello el aumento de niños de origen proletario que se encuentra fuera de los mecanismos de control como lo son la escuela y el hogar, lo cual da lugar a un proceso de reformas jurídicas y sociales impulsado principalmente por el movimiento “Salvadores de niños”. Esta serie de reformas tendrá su hito más importante en la creación del primer tribunal de menores.

El movimiento social de los “Salvadores del Niño”, nace en Estados Unidos a partir de la creciente preocupación por el conjunto de niños que se encontraban fuera de las esferas de cuidado de la época: familia y escuela; y por tanto estarían sumergidos en un estado de abandono, peligrosidad en potencia e irremediable futuro en la delincuencia. El movimiento, nacido principalmente dentro de las clases sociales más acomodadas, se concibió a sí mismo como un grupo altruista, desinteresado, fundado con el propósito de ocuparse de estos niños, diseñando un sistema de control sobre la infancia pobre y abandonada (de acuerdo a sus postulados, infancia seguramente delincuente). Este movimiento social provoca la primera gran ruptura en el campo de la política de la infancia.

Es necesario señalar que tanto Estado, mundo jurídico y sociedad civil, -en este caso representada por los Salvadores de niños-, fueron actores trascendentes en esta serie de cambios respecto a la consideración de la infancia. El hecho que explica que las demandas de los movimientos ciudadanos pudieran resolverse por vías burocráticas, sin una confrontación con quienes mantenían la situación anterior (niños y adultos en cárceles comunes), se explica por la función de control social sobre el grupo de menores que se producía a través de las políticas de intervención y además la renuncia que hacen los movimientos sociales de trasladar al mundo adulto lo dispuesto fáctica y normativamente para los menores.

Como supuesto básico de estos reformadores se encuentra la idea de sacar al menor delincuente de la situación de abandono y peligrosidad y, a su vez, de mantenerlo fuera de toda relación con el delincuente común y el sistema penal para adultos, pues para estos reformadores las cárceles para adultos y las condiciones reales de privación de libertad significaban una “contaminación ambiental”⁶ para los niños, en donde aprendían a perfeccionarse en su carrera delictual.

⁶ CORTÉS Julio. 1999. A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: Desafío pendiente. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 1. pp. 63-78. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf [Consulta: 11 marzo 2014]. p. 65.

Es en este contexto donde surge la institución conocida como reformatorio, en la cual los niños en situación de potencial delincuencia eran internados para poder ser controlados y rectificar su conducta desviada. “Así las categorías de abandono y delincuencia se fundían y conformaban un gran universo difuso de niños y jóvenes que eran recibidos por estas instituciones supuestamente benefactoras y protectoras”⁷. Este accionar benefactor y humanitario, según los propios miembros del movimiento, da paso rápidamente al ejercicio de un mayor control sobre los aspectos de la vida de aquella infancia que hasta entonces se encontraban descuidada por la sociedad.

Como consecuencia de la serie de reformas señaladas anteriormente se crea el Tribunal de menores de Illinois (Estados Unidos) en el año 1899, convirtiéndose en el primer Tribunal de Menores del mundo. García Méndez señala que las transformaciones que rodean la creación del primer tribunal de menores, significan la consagración definitiva de la aparición de un modelo diferenciado de control socio-penal de los menores dentro del universo de los modelos de control de los adultos.

Este tribunal incluía en cuanto a sus competencias aquellas conductas constitutivas de delitos cometidas por niños y adolescentes, extendiéndose también a comportamientos no criminales considerados ofensivos o dañinos

⁷ VASILE Virginia. 2012. Niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. Buenos Aires, Infojus. p. 34.

para el correcto desarrollo del menor (*Status offenses*⁸), tales como no asistir a la escuela o escaparse del hogar. Respecto al procedimiento, este era sumario e informal y no contenía las garantías propias del sistema penal adulto, pues según la idea base de este sistema estas garantías no serían necesarias ya que no se estaba aplicando al menor una sanción, sino que se le estaba rehabilitando. El proceso finalizaba al decretarse medidas generalmente privativas de libertad para evitar el mal comportamiento del menor y una de sus principales características era que no tenían una duración determinada.

El autor Julio Cortés Morales describe el sistema de la corte juvenil de Illinois como sigue: de carácter positivista y basado en la rama etiológica de la criminología este tribunal de menores adoptó la tradición de prestar menos atención al delito en sí, atendiendo en su lugar a las circunstancias externas que existen tras la infracción. “Los criterios señalados en cuanto a la aplicación de medidas a los jóvenes, hacen absolutamente necesario de dotar a estos sistemas de procedimientos muy flexibles, con gran discrecionalidad en las atribuciones del juez, sin garantías procesales mínimas para los jóvenes y con sentencias que apliquen medidas por tiempo indeterminado”⁹.

⁸ Este tribunal surge dentro del sistema jurídico procesal anglosajón, sin embargo señala el autor Julio Cortés que las características principales de los sistemas tutelares aplicados en Europa y América Latina durante este siglo se encuentran ya esbozadas aquí.

⁹ CORTÉS Julio. 1999. *Op. cit.* p. 67.

Sometidos a lo que los defensores de este sistema denominan la tutela estatal y excluidos los menores de una justicia penal para los adultos, no mejoraron sus condiciones, puesto que se vieron sometidos igualmente a privaciones de libertad en instituciones especiales, por causales que podían ser delictivas o no, quedando la integridad de estos niños y jóvenes subordinada al objeto de protección de la sociedad frente a futuros delincuentes. Así un niño que cometía una infracción penal era ingresado a estas instituciones de igual forma que un niño que se escapaba de la escuela o cometía una travesura que fuese considerada una conducta desviada; el factor común entre ellos era su condición socioeconómica, siempre de clase baja y el hecho de encontrarse fuera de algún sistema escolar o familiar.

El modelo de protección adoptado por el tribunal de Illinois tiene como base los mismos sustentos teóricos a lo que en Latinoamérica se conoce como la doctrina de la situación irregular. Con pocos años de diferencia, a partir de 1919 esta parte del continente sigue el ejemplo de Estados Unidos y Europa, partiendo por Argentina y terminando con Venezuela en 1939, cada país establece su propia legislación minorista, o también denominadas leyes de menores, legitimadas en la protección de la infancia moral y materialmente abandonada dando paso a una intervención estatal ilimitada y discrecional para disponer de ellos.

Desde sus orígenes estas legislaciones de menores nacen con un conflicto, ya que por un lado se encuentra el discurso de la caridad asistencial respecto a la protección de esta infancia, mientras que por el otro existe la necesidad de mantener un orden y control social para la protección de los ciudadanos frente a estos menores delincuentes.

2.2. El modelo tutelar y la doctrina de situación irregular

El conjunto de leyes e instituciones que primó en la regulación la situación de la infancia en Latinoamérica durante todo el siglo XX hasta la dictación de la Convención, pertenece a lo que los autores han llamado “doctrina de la situación irregular”¹⁰, la cual se encuentra basada en el modelo tutelar. Interesante es señalar que una de las principales características de este modelo tutelar es la consideración del menor como “objeto de protección” de ahí proviene que en la práctica, se utilicen comúnmente términos como “disponer del menor” o “depositar al menor”, así ha dado cuenta de ello la autora argentina Mary Beloff. “Estas leyes conciben a los niños y jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales”¹¹.

¹⁰ Es importante señalar que tanto el modelo tutelar como el modelo de la protección integral, que se revisará en el siguiente apartado, corresponden a elaboraciones teóricas de la doctrina latinoamericana que surgen a partir de la ratificación de la convención internacional sobre los derechos del niño en el continente, con la finalidad de comparar los paradigmas que han servido de base para el establecimiento de políticas e instituciones a cargo del tema de la infancia.

¹¹ BELOFF Mary. 1999. Modelo de protección integral. De los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar. [En línea]. Revista Justicia y

A través del enfoque histórico se puede apreciar que en Latinoamérica, la crisis económica de los años treinta, junto al proceso de inmigración, produjeron un crecimiento significativo del mundo de los “menores”, aquella infancia abandonada y alejada de redes de apoyo. Debido a esta falta de recursos estatales y falta de políticas públicas se dio lugar a la judicialización del problema de los menores, “las normas jurídicas se convirtieron en el sucedáneo menos oneroso frente a la ausencia de políticas sociales adecuadas”¹². De este modo la doctrina de la situación irregular se constituye en el soporte jurídico para legitimar estas acciones judiciales como solución al tema de la infancia abandonada o delincuente.

En la década de los cincuenta, el Estado de bienestar, permite que se retomen las políticas sociales básicas, en el campo de la infancia esto se ve reflejado en la disminución del número de “menores”, mas no existe un cambio cualitativo del sistema de la situación irregular y sus intervenciones.

A partir de los años sesenta y setenta, la crisis económica y los gobiernos autoritarios que llegaron al poder en la región provoca una disminución del

Derechos del niño, UNICEF N° 1. pp. 9-22. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf [Consulta: 11 marzo 2014]. p. 9.

¹² GARCÍA MENDEZ Emilio y CARRANZA Elías. 1992. Del revés al derecho: La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Buenos Aires, UNICEF. p. 14.

gasto social que de inmediato se refleja en el campo de las políticas sociales básicas, lo cual tiene como consecuencia inmediata nuevamente el aumento de este universo de infancia en situación de riesgo (los menores).

El decaimiento del sistema tutelar que había gobernado sin contrapesos hasta el momento ocurre inicialmente en Europa y Estados Unidos durante los años sesenta. En Europa con el surgimiento del derecho penal juvenil el cual contribuyó a separar las competencias asistenciales de las penales y en Estados Unidos a partir de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema que decretaron la inconstitucionalidad del sistema de juzgamiento aplicable a los menores y exigieron el cumplimiento de las garantías del debido proceso en los juicios seguidos contra adolescentes infractores de ley penal¹³.

Recién a partir de la década de los ochenta se comienza a manifestar el fracaso de la doctrina de la situación irregular como forma de enfrentar los conflictos jurídicos y sociales de la infancia en Latinoamérica y se agudiza la crisis entre el sector jurídico tradicional que la defiende y los movimientos sociales, que comienzan a entender a la infancia como sujetos de derechos, los cuales están siendo permanentemente vulnerados con las soluciones entregadas por el modelo tutelar. Finalmente es la aprobación de la Convención sobre los

¹³ CILLERO Miguel. 2001. Los Derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 3. pp. 49-64. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf [Consulta: 28 mayo 2014]. p. 53.

Derechos del Niño 1989 quien da el impulso para el cambio de la doctrina de la situación irregular hacia un nuevo modelo de protección integral.

2.2.1 Características de la doctrina de la situación irregular

Entre las principales características de las leyes minoristas, basadas en la doctrina de la situación irregular podemos encontrar:

- a. La criminalización de la pobreza. Es un rasgo característico de este tipo de leyes, se dispone la internación de niños y jóvenes por motivos vinculados a la carencia de recursos materiales y/o morales.
- b. Privación de libertad por tiempo indeterminado. La internación de los menores, que realmente consiste en una real privación de libertad, corresponde a la respuesta clásica del modelo de tutelar, vulnerando el derecho de libertad consagrado tanto constitucionalmente como en tratados internacionales.
- c. El tratamiento indiscriminado entre niños y jóvenes infractores de la ley penal y niños abandonados o con carencias. Es una de las principales críticas al sistema tutelar, situación que hasta la actualidad se ha mantenido vigente en países latinoamericanos, a pesar de los intentos de reformas a las leyes y adecuaciones a la Convención.

El modelo tutelar y todo su accionar tiene como sustento básico el poderoso argumento referido a la ayuda y protección de la infancia desvalida, desde ahí se desarrollan leyes e instituciones que con tal fundamento justifica una serie de vulneraciones a derechos consagrados constitucionalmente. Este sistema se apoya en el positivismo criminológico que primaba a fines del siglo XIX, el cual se centra en las condiciones inherentes del ser humano para explicar la predisposición de este a cometer delitos. Por tanto, son las condiciones personales del menor las que habilitan al Estado a intervenir y no su conducta delictiva concreta.

Para esta doctrina, existen dos tipos de infancia, en primer lugar aquella con sus necesidades básicas satisfechas: familia, educación y salud cubiertas, los denominados niños y adolescentes; en segundo lugar se encuentra aquella infancia con sus necesidades básicas insatisfechas: abandonados, en situación de vagancia, con carencias económicas e incluso aquellos cuyos padres solicitan su internación en algún establecimiento, los llamados menores, quienes serían un “producto residual”¹⁴ de la categoría de infancia. El sujeto destinatario de la legislación basada en la doctrina de la situación irregular serán estos últimos, los menores. Para los niños, aquel segmento de la infancia que se encuentran dentro del ámbito familia/escuela y socialización no se aplica

¹⁴ GARCÍA MENDEZ Emilio. 2004. Infancia: De los derechos... *Op. cit.* p. 11.

la ley de menores, es posible verificar aquello con un ejemplo que nos da Beloff “Ante un mismo problema de la familia –violencia-, la respuesta estatal frente a los menores es la intervención de la justicia de menores, en tanto que en condiciones similares, si los involucrados pertenecen a otro segmento de la infancia, es probable que no haya intervención judicial y si la hay, intervendrá la justicia de familia”¹⁵.

En el modelo tutelar se enfrentan dos finalidades contrapuestas: Por un lado se busca proteger a esta infancia desvalida de las situaciones de peligro moral y material en el que se encuentran y por otro lado está el objetivo de lograr un mayor control social, sacando a estos niños de las calles e ingresándolos a centros de menores, para proteger a la sociedad en general de la creciente cantidad de niños y jóvenes delincuentes que existirían. A través de ambos objetivos y con las medidas adoptadas en “su favor” terminan vulnerándose los derechos de estos niños.

2.2.2 Supuestos que permiten la intervención estatal

La intervención estatal se produce una vez que se determina discrecionalmente por algún funcionario, que un menor se encuentra en “situación irregular”, “en riesgo” o en “circunstancias especialmente difíciles” conceptos ambiguos que

¹⁵ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos del niño v/s derechos en situación irregular. [En línea] Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 83-118. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/7.pdf> [Consulta: 03 marzo 2014]. p. 102.

carecen de límite determinado, referidos a situaciones de abandono moral o material. Como puede observarse según esta doctrina es el menor, de acuerdo a sus condiciones, quien se encuentra en situación irregular y por tanto el Estado puede ejercer medidas coactivas al respecto.

Las categorías abiertas que se utilizan para calificar a un menor como objeto de protección, vulneran el principio de legalidad y las garantías a un debido proceso, y a su vez permiten que se les de un mismo tratamiento a niños que se les atribuye la comisión de un delito como a niños que han sufrido o visto amenazados sus derechos fundamentales (niños sin derecho a educación, salud, a vivir en un ambiente familiar apropiado). Como se puede observar esta categoría ambigua de “situación irregular” permite que cualquiera pueda verse sometido a la tutela/represión estatal, confundiendo conflictos penales con problemas sociales y entregando la misma solución para ambos casos, niños en conflicto con la ley y niños abandonados o maltratados se ven privados de libertad por tiempo indeterminado, asistimos aquí a lo que la doctrina ha denominado secuestro y judicialización de los problemas sociales.

2.2.3 El juez de menores en el sistema tutelar

Uno de los principales intervinientes de este sistema es el juez de menores, éste concentra diversas funciones tales como acusar, proteger y decidir sobre

el futuro del menor, más que una labor judicial lo que realiza el juez es ejecutar políticas sociales.

Lo que se espera del juez de menores no es la sujeción estricta a la ley, sino que actúe según el parámetro de buen padre de familia, el control que ejercía el juez de menores con sus decisiones tiene como modelo la autoridad patriarcal, es decir se reemplaza la autoridad paterna por la autoridad del Estado. De ahí que el juez no se vea limitado por la ley al cumplir su función protectora sobre estos menores y posea facultades discrecionales de disposición e intervención, además la escasa importancia que se le daba a la materia de su competencia lo libera de someterse a instancias superiores de revisión.

A diferencia de otras ramas del derecho, la producción teórica del derecho de menores nace casi exclusivamente de las mismas manos de quienes lo aplican. Los defensores del sistema tutelar son estos mismos jueces con facultades omnímodas quienes encontraron perfecta adecuación del modelo tutelar con el sistema inquisitivo existente en Latinoamérica.

2.2.4 El Sistema tutelar frente a casos de imputación de delitos a menores

Esta situación corresponde a una de las mas vulneradoras de este sistema, ya que de acuerdo a la lógica de la doctrina de la situación irregular, estos

menores serían inimputables pues serían incapaces, no se les estaría sancionando por un delito sino que la finalidad de someterlos a la tutela estatal es rehabilitarlos, al no aplicárseles la ley penal para adultos y a su vez al no existir por muchas décadas un sistema de responsabilidad penal juvenil, estos menores eran sometidos a la justicia tutelar sin el respeto a ninguna garantía procesal penal propia del sistema procesal adulto (ni siquiera las pocas garantías del sistema inquisitivo que primaron en la época) y por tanto la decisión de privarlos de libertad o la adopción de cualquier otra medida coactiva no será tomada en base de haber cometido delito, sino de que el menor se encuentra en “situación irregular”.

Como puede apreciarse de acuerdo a las características antes señaladas la doctrina de la situación irregular no carece de críticas ni de detractores, por tanto la pregunta que surge es ¿Cómo se sustenta esta doctrina durante tanto tiempo? Hay que recordar que esta doctrina entra en crisis recién en la década de 1980 en Latinoamérica produciéndose un cambio de paradigma en el tratamiento de la infancia recién con la dictación de la Convención. La respuesta a como se mantiene durante tanto tiempo una doctrina que el día de hoy es considerada como vulneradora de múltiples derechos para la infancia e inadecuada para el tratamiento de este grupo de la sociedad se basa, según lo señalado por García Méndez, por la reacia voluntad de diversos grupos sociales y del mismo Estado a modificar las leyes de menores, el autor señala tres

corrientes que destacan en la falta de voluntad de modificar la legislación y adaptarla a los principios que rigen la Convención de los Derechos del Niño, estas son¹⁶:

- i. El conservadurismo jurídico corporativo: Dado el carácter ilimitado de la competencia del juez cualquier modificación de la ley produciría un recorte de las facultades existentes. Y al ser actualmente estas facultades tan amplias no sería necesario modificar la ley porque la acción de un buen juez subsanaría cualquier conflicto existente en la ley actual.
- ii. El decisionismo administrativo: Para el gobierno de turno parece más fácil mantener la legislación existente, pues sería más cómodo trabajar en el contexto de una ley anticuada y desprestigiada, que permite una serie de espacios de discrecionalidad, fuera de las trabas de una nueva legislación y la actuación judicial.
- iii. El basismo de atención directa: Las organizaciones no gubernamentales que trabajan con la infancia de forma directa, principalmente con aquella infancia en situación de riesgo, han trabajado durante años al margen de las leyes de menores, desconociendo el vínculo que existe entre la

¹⁶ GARCÍA MENDEZ Emilio. 2004. Infancia: De los derechos... *Op. cit.* p. 9-10.

realidad material y la realidad jurídica de la infancia. Para estos grupos iniciar una lucha por una reforma legislativa sería distraer esfuerzos del trabajo que realizan a diario, sin ver en realidad que la mejora de las legislaciones y los instrumentos institucionales de trabajo con la infancia permitirían la reproducción ampliada de las mejores experiencias concretas de trabajo directo con los niños.

El malestar frente a estas leyes y a la doctrina de la situación irregular se fue generalizando con el tiempo, la relación de la sociedad con la infancia y del Estado con la infancia requería una reforma desde su base, ya no era suficiente aplicar medidas de internación a los menores como solución a graves problemas sociales que requerían políticas públicas de largo plazo. En la década de los 80 en Latinoamérica la lucha por los derechos de la infancia vio la posibilidad de lograr cambios reales.

Así con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño, termina la etapa que se había iniciado con el movimiento de los “Salvadores de niños” y surge una nueva, definida como la etapa de la protección integral. “El proceso que va desde 1899 (primer tribunal de menores) hasta 1989 (Convención internacional sobre los Derechos del Niño) constituye una larga marcha que

puede ser resumida en el pasaje de la consideración del menor como objeto de la compasión/represión al niño/adolescente como sujeto pleno de derechos”¹⁷.

2.3 La doctrina de la protección integral

La doctrina de la protección integral adquiere primacía por sobre la antigua doctrina de la situación irregular a partir de 1990 en adelante. Esta doctrina se basa en una serie de instrumentos jurídicos internacionales dictados durante el siglo XX y XXI, los cuales implican un cambio fundamental en la consideración y tratamiento de la infancia. El primero de estos, antecedente común para el resto de los instrumentos, corresponde a la Declaración de los Derechos del Niño. De ahí en adelante se continúan dictando otros instrumentos, con una misma finalidad, dejar atrás el modelo tutelar e iniciar una nueva forma de entendimiento y relación con la infancia, los más importantes son:

- i. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).
- ii. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores o Reglas de Beijing (1985).
- iii. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad (1990).
- iv. Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Directrices de Riad (1990).

¹⁷ GARCÍA MENDEZ Emilio. 2004. Infancia: De los derechos... *Op. cit.* p. 46.

- v. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000).
- vi. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (2000).

Sin duda el instrumento jurídico de mayor relevancia para este sistema corresponde a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ésta constituye un cambio de paradigma en tratamiento jurídico y social de la infancia. En primer lugar y el cambio más importante respecto del sistema tutelar, es la consideración del niño como sujeto de derechos y ya no más como objeto de protección. El niño será de ahora en adelante una persona completa con derechos y deberes reconocidos, “personas cuya particularidad es estar creciendo”¹⁸, se define al niño de manera afirmativa como sujeto pleno de derechos.

Una aproximación a definir lo que se entiende por doctrina de protección integral es lo establecido por el autor venezolano Yuri Buaiz, quien define esta doctrina como un: “Conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos

¹⁸ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos... *Op. cit.* p. 111.

los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos”¹⁹ y continúa señalando “La protección integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y en los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación”²⁰.

Por otro lado, la autora Mary Beloff señala que no es posible dar una definición acabada de protección integral, que corresponde a una noción abierta en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares, sin embargo reflexiona que en América Latina cuando se habla de protección integral “se habla de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (...) el cambio con la concepción anterior es absoluto e impide considerar cualquier ley o institucionalidad basadas en postulados peligrosistas o filantrópicos como una ley de protección integral de derechos inspiradas en la convención”²¹.

¹⁹ BUAIZ Yuri. 2003. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. [En línea]. http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/derenine_zunicef.pdf. [Consulta: 17 marzo 2014]. p.2.

²⁰ *Ibíd.* p.2.

²¹ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos... *Op. cit.* p. 109.

La doctrina de la protección integral comprende a la categoría de infancia como una universalidad, y deja atrás la división entre niños y menores. Lo que se protege ahora son los derechos de todos los niños y su efectivo ejercicio, esto siempre sin ignorar las profundas diferencias sociales que se encuentran presentes.

2.3.1 Supuestos que permiten la intervención estatal

Se distinguen de acuerdo al sistema de la protección integral, las políticas sociales de las cuestiones penales. Para esta doctrina, las características del sujeto dejan de ser relevantes a la hora de dejar espacio a la intervención estatal. No son ya las condiciones personales del niño o adolescente las que permiten intervenir al Estado, sino su conducta (delictiva) concreta. Se justifica la coacción frente a infractores y no frente a potenciales infractores.

Otro supuesto que permite la intervención estatal son los casos de protección, aquellos en que exista vulneración de los derechos del niño, aquí según esta doctrina, la protección es de los derechos y por tanto la respuesta no puede ser la coacción estatal sobre la persona del niño. Las leyes basadas en la doctrina de la protección integral determinan que es deber de la familia, la comunidad y el Estado restablecer el ejercicio de los derechos afectados a través de mecanismos efectivos, sean estos judiciales o administrativos.

Con la doctrina de la protección integral desaparecen las categorías vagas de “en riesgo”, “peligro moral o material”, “situación particularmente difícil”, en este caso cuando los derechos del niño se encuentren afectados o vulnerados es la familia, la institución o el mismo Estado, en general el mundo adulto, quien se encuentra en “situación irregular” y tiene el deber de repararlo.

2.3.2 El rol de juez en la doctrina de la protección integral

Con esta doctrina se pone término a la figura del juez de menores. El juez debe ocuparse de cuestiones de naturaleza puramente jurisdiccional, ya sea en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil o en el ámbito del derecho de familia. Debe actuar conforme a derecho y sus facultades ya no son omnímodas, sino que se ve limitado por las garantías constitucionales correspondientes. Ya no es éste el encargado reemplazar espacios dejados por políticas sociales con su decisión.

2.3.3 La protección integral frente a casos de imputación de delitos a menores de edad

Si bien aún existen discusiones entre los países respecto a la aplicación y desarrollo de la justicia penal adolescente, como por ejemplo en tópicos como la edad desde la cual se es responsable, el tipo de pena, su duración, salidas alternativas, entre otros, existen supuestos básicos que son entendidos como garantías mínimas para un desarrollo de este sistema penal.

En primer lugar, se debe establecer un sistema distinto al sistema procesal penal adulto, que sin embargo, reconozca al adolescente las mismas garantías constitucionales que se le reconoce al adulto. El sistema debe ser acusatorio y la presencia de un defensor del acusado un supuesto básico para la validez del proceso. Otra característica importante de este sistema es que existan instancias conciliatorias para lograr alternativas de solución al conflicto, por último la responsabilidad penal del adolescente debe expresarse en consecuencias jurídicas distintas a las del sistema penal adulto, siendo la internación la última medida a tomar, la cual debe realizarse en centros distintos a las cárceles para adultos.

2.3.4 Internación de niños y niñas como forma de solución

Tanto para el caso de la responsabilidad penal juvenil como para las medidas de protección de derecho por temas de violencia o vulneración de derechos, en esta doctrina la internación como forma de solución, se convierte en una medida excepcional, de *última ratio*, sólo en casos extremos y dictada por un tiempo determinado y el más breve posible.

Otro cambio importante respecto de la doctrina anterior, es que la internación de un niño por problemas económicos o carencias materiales de la familia se

encuentra prohibida. No se puede quitar al niño de su ámbito familiar teniendo como única razón que ésta carezca de recursos económicos.

Como se puede apreciar la doctrina de la protección integral se contrapone completamente a la doctrina anterior en su modo de entender y trabajar con la infancia. Esta doctrina se encuentra contenida en la Convención de los Derechos del niño, la que se verá con más detalle en el siguiente apartado. Sin embargo la adaptación de las instituciones y la normativa interna de los países a este nuevo modelo ha sido lenta e incluso en algunos casos no se ha realizado, a pesar de haber ratificado la Convención y haberla incorporado a la legislación nacional. Así en la actualidad nos encontramos con que en varios países rigen de manera simultánea ambos modelos de protección, este fenómeno es lo que se ha denominado “esquizofrenia jurídica”, a pesar de adherir a la nueva doctrina y a sus principios básicos, se mantienen las viejas legislaciones e instituciones inspiradas en el modelo de la situación irregular.

Los autores han señalado que si existe una verdadera preocupación por la infancia, los Estados deberán hacer un real esfuerzo, el cual no basta con la mera ratificación de la Convención, sino que deben crearse las instituciones y mecanismos de exigibilidad correspondientes con los principios de la protección integral y de este modo reconocer a la infancia como lo que es, un conjunto de

personas que si bien requieren una protección especial por su alta vulnerabilidad, son sujetos plenos de derechos.

2.3.5 Cuadro comparativo entre modelo de la situación irregular y el modelo de protección integral.²²

¿COMO ES UNA LEY DE LA SITUACION IRREGULAR?	¿COMO ES UNA LEY DE LA PROTECCION INTEGRAL?
• Menores	• Niños y jóvenes
• Objetos de protección	• Sujetos de derecho
• Protección de “menores”	• Protección de derechos
• Protección que viola o restringe derechos	• Protección que reconoce y promueve derechos
• Infancia dividida	• Infancia integrada
• Incapaces	• Personas en desarrollo
• No importa la opinión del niño	• Es central la opinión del niño
• “Situación de riesgo o peligro moral material” o “situación irregular”	• Derechos amenazados o violados
• “Menor en situación irregular”	• Adultos, instituciones y servicios en situación irregular
• Centralización	• Descentralización
• Juez ejecutando política social / asistencia	• Juez en actividad jurisdiccional

²² Cuadro comparativo extraído de: BELOFF Mary. 1999. Modelo de protección integral... *Op. cit.*p. 21.

• Juez como “buen padre de familia”	• Juez técnico
• Juez con facultades omnímodas	• Juez limitado por garantías
• Lo asistencial confundido con lo penal	• Lo asistencial separado de lo penal
• Menor abandonado/ delincuente	• desaparece ese determinismo
• Se desconocen todas las garantías	• Se reconocen todas las garantías
• Imputados de delitos como inimputables	• Responsabilidad penal juvenil
• Derecho penal de autor	• Derecho penal de acto
• Privación de libertad como regla y sólo para infractores	• Privación de libertad como excepción / otras sanciones
• Medidas por tiempo indeterminado	• Medidas por tiempo Determinado

3. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su impacto en América Latina

El reconocimiento internacional de la titularidad de los derechos de la infancia realizada por los Estados a través de la ratificación de la Convención, implica un cambio sustancial respecto del antiguo modelo discrecional y autoritario que caracterizó por más de 70 años la relación entre adultos y niños en Latinoamérica. “La Convención implica, en América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y –muy especialmente- cultural. Con su aprobación por lo países de la región se genera la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar con la infancia”²³.

En 1989, después de 10 años de trabajos preliminares y debates respecto a su alcance y contenidos, se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el principal instrumento de derechos humanos específico para la infancia, la Convención internacional de los Derechos del niño. Es importante señalar que existe en el ámbito internacional dos hitos fundamentales que se posicionan como antecedentes de la Convención, estos son la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del niño de 1959.

²³ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos... *Op. cit.*p. 95.

En menos de un año la Convención obtuvo la ratificación necesaria para su entrada en vigencia. Además es el tratado de derechos humanos más ratificado en la historia, a la fecha sólo Estados Unidos y Somalia no la han ratificado. Si bien no es el único instrumento internacional referido a la protección de la infancia, sí es considerado como el más importante. Entre las razones de la generalizada aceptación y ratificación de este tratado se encuentra la afirmación referida a que los niños son considerados las personas más vulnerables en relación a la violación de derechos humanos, por lo cual requieren una protección especial.

La Convención sobre los derechos del niño viene a alterar de manera sustancial el núcleo de las relaciones entre adultos y niños y la relación entre el Estado y la niñez. En el caso de América Latina con la aprobación de la Convención se visualizan dos modelos completamente opuestos para el entendimiento y el trabajo con la infancia. En palabras del profesor argentino Emilio García Méndez: “La Convención constituye la divisoria de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina”²⁴. Con anterioridad a este tratado, las legislaciones de menores se basaban en la doctrina de la situación irregular y posterior a ella se plantea la situación de la infancia en términos de sujetos de derechos y protección integral.

²⁴ GARCÍA MENDEZ Emilio. 2004. Infancia: De los derechos... *Op. cit.* p. 6.

3.1 Principios generales de la Convención de los Derechos del Niño

Uno de los principales aportes de este tratado, es que viene a constituir una nueva concepción del niño y su relación con la sociedad y con el Estado. La Convención define al niño según sus atributos y sus derechos, y no por lo que le falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. La Convención define al niño de la siguiente manera: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”²⁵. Al respecto el autor Miguel Cillero señala:

“La infancia y la adolescencia son formas de ser personas y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia y subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”²⁶.

Es posible afirmar tal como lo hace Cillero que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del

²⁵ UNICEF. 1989. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Artículo 1.

²⁶ CILLERO Miguel. 1999. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. [En línea]. UNICEF-INN.Montevideo. http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf. [Consulta: 27 marzo 2014]. p. 4.

Estado frente al desarrollo de los niños²⁷. Es así como este tratado cuenta con cuatro principios rectores que deben ser considerados por todos los Estados al momento de implantar sistemas y políticas públicas a favor de la infancia, estos son: No discriminación (Art. 2), Interés superior del niño (Art. 3), Supervivencia y desarrollo del niño (Art. 6), Participación (Art. 12).

- i. No discriminación: Este principio tiene una doble expresión. En primer lugar se refiere a que la Convención misma es un tratado contra la discriminación, pues busca asegurar que le sean reconocidos a la infancia los derechos de los cuales son titulares todas las personas. En segundo término la no discriminación implica una igualitaria protección de los derechos de la infancia atendiendo sus particularidades, supone el reconocimiento de la igualdad de derechos para niños, niñas y adolescentes, independiente de raza, sexo y condición. Además, de acuerdo con este principio el Estado se encuentra obligado a garantizar una igual consideración y respeto de todos los niños y niñas “adoptando todas las medidas para darles efectividad y protección a sus derechos, lo que necesariamente exigirá establecer políticas de protección y compensación respecto de la infancia que se encuentra en situación de

²⁷ CILLERO Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 1. pp. 45-62. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf [Consulta: 11 marzo 2014]. p. 47.

mayor vulnerabilidad”²⁸. Un ejemplo es la prohibición de adoptar como medida de protección la internación de niños en hogares residenciales o casas de acogida, temiendo como único criterio en consideración carencias económicas, pues antes debe primar para todo niño el derecho a vivir en familia.

- ii. Interés superior del niño: A diferencia del principio anterior, éste ha sido fuente de variadas discusiones entre autores que lo consideran como algo positivo y otros que no tanto, ya que existiría una falta de claridad respecto al significado del concepto. Entre los autores que establecen una crítica al principio se encuentra la profesora Mary Beloff “el interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál es el interés superior de niño o niña involucrado, ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo (...) obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos”²⁹, Beloff agrega que es de este principio “donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares en el marco de la CDN”³⁰. Por su parte existen autores que consideran positivo la incorporación de este principio en la Convención; un intento por definir este principio lo realiza

²⁸ CILLERO Miguel. 1999. Infancia, autonomía y derechos... *Op. cit.* p. 9.

²⁹ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos... *Op. cit.* p. 95.

³⁰ *Op. cit.* p. 95.

el autor Yuri Buaiz, uno de sus defensores y señala que “consiste en un principio jurídico social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes”³¹. Por último, el profesor Miguel Cillero lo considera un principio jurídico garantista, que tiene por objeto la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada como algunos autores que lamentan la incorporación de este principio en la convención creen. “La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas”³².

- iii. Supervivencia y desarrollo: Corresponde al mandato que la Convención realiza a los Estados quienes deben tomar acciones positivas (dentro de sus posibilidades) para proteger el derecho a la vida de los niños y además garantizar el derecho a su desarrollo, entre estas medidas

³¹ BUAIZ Yuri. 2003. La doctrina para... *Op. cit.* p. 4.

³² CILLERO Miguel. 1999. El interés superior... *Op. cit.* p. 47.

encontramos algunas como: propiciar el acceso a la salud, educación, combatir la desnutrición, eliminar la pena de muerte como castigo, entre otras.

- iv. Participación: Los niños como sujetos de pleno de derechos y deberes, deben tener la capacidad de expresarse libremente, ya sea en el ámbito político, cultural y familiar. Para ello es deber del Estado brindarle los espacios adecuados acorde a su desarrollo físico e intelectual, lo que la doctrina a denominado autonomía progresiva del niño. Otra arista del derecho a la participación consagrado en el artículo 12 de la Convención, implica la obligación a los organismos estatales de que un niño sea debidamente escuchado, antes de la toma de decisiones que afecten su vida.

3.2 Implicancias de la ratificación de la Convención en Latinoamérica

La aprobación de la Convención y el posterior y rápido proceso de ratificaciones provocó en Latinoamérica una serie de transformaciones institucionales y jurídicas que llaman la atención, pues en ningún otro lugar del mundo se produjo una movilización social tan amplia en torno al tema de la infancia como en la región. Lo anterior coincide con una época particular, puesto que varios

países latinoamericanos comienzan su proceso de democratización, después de años de dictadura. “Los nuevos aires democráticos se vieron favorecidos por la aparición de movimientos sociales de defensa de la democracia y de los derechos humanos que jugaron un papel importante en la construcción de las nuevas sociedades, en la difusión de la CDN y en el reconocimiento de los derechos de la niñez, tanto en las constituciones nacionales como en las correspondientes leyes de infancia”³³. Sin embargo, el mandato contenido en el artículo 4 de la Convención referido a que los Estado partes adoptarán las medidas administrativas y legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos por ella, aún se encuentra pendiente en muchos países de la región.

En el continente es posible distinguir dos etapas de la adaptación institucional a la Convención: La primera de ellas, denominada transición de modelos, va desde la aprobación de la Convención en 1989 hasta el año 1991, en este periodo se completa el proceso de ratificación del tratado por parte de los Estados pero aun se mantiene vigente las legislaciones e instituciones minoristas basadas en la doctrina de la situación irregular. La segunda etapa corresponde a aquella denominada expansión jurídico-cultural de los derechos de la infancia, la cual se extiende hasta nuestros días.

³³ UNICEF. 2004. La convención sobre los derechos del niño: Quince años después. [En línea]. Oficina regional para América latina y el Caribe. 56p. http://www.unicef.org/lac/cdn_15_anos_Espfull.pdf. [Consulta: 18 marzo 2014]. p. 14.

Los autores avocados al tema de derechos de la infancia han señalado también que los países latinoamericanos han recorrido tres caminos diferentes, en cuanto a la adaptación jurídica e institucional interna en relación al tratado en comento³⁴:

- i. Impacto superficial o retórico: En algunos países la ratificación de la Convención no ha producido impacto alguno. Una vez ratificada, no se ha producido ningún cambio sustancial en su derecho interno.
- ii. Adecuación formal del derecho interno a la Convención: En otros países se ha llevado una adecuación meramente formal de las normas del derecho interno a la Convención. Aquí están comprendidos los países en los que se han introducido reformas a sus leyes pero no ha cambiado la concepción de la antigua doctrina de la situación irregular.
- iii. Adecuación sustancial del derecho interno a la Convención: Este grupo de países ha realizado reformas sustanciales en sus leyes e instituciones adaptándose a los mandatos de la doctrina de la protección integral.

³⁴ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos del niño v/s derechos en situación irregular. [En línea] Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 83-118. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/7.pdf> [Consulta: 03 marzo 2014]. p.87 y GARCÍA MENDEZ Emilio. Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral, 2° ed. Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis. 1997. p. 8.

Como ejemplo encontramos a Brasil que en 1990, dictó el “Estatuto del niño y el adolescente” y que ha servido de modelo a otros países de la región para la elaboración de una nueva normativa para la infancia basada en la protección integral.

Dentro del proceso de la adecuación institucional los países han optado por dos soluciones diversas para la adaptación legislativa. La primera corresponde a la adopción de un código integral de la infancia y la segunda ha sido la dictación de leyes específicas (laborales, penales, de familia, etc.), la opción que se tome dependerá de razones políticas y culturales de cada país.

En relación al ámbito judicial, es práctica común en Latinoamérica que los jueces continúen aplicando leyes basadas en el sistema de la situación irregular, en aquellos países que no han modificado su legislación a los mandatos de la Convención.

A pesar de que el proceso de transformaciones no se ha completado, hay que destacar la importancia de este tratado para la condición de la infancia. Los cambios aunque lentos han sido positivos, pues a partir de la década del 90 con la ratificación y la incorporación de la Convención a las legislaciones nacionales, la dictación de las leyes sobre infancia y el establecimiento de instituciones deben cumplir con los estándares de la protección integral y no

pueden basarse en el entendimiento de la situación irregular de un niño ni considerarlo como objeto de protección, ni menos fundamentarse en la lógica de la compasión/represión, pues a falta de mecanismos de control institucionalizados, se encuentra la sociedad civil y los movimientos a favor de los derechos y la ciudadanía de la infancia, quienes son los encargados de fiscalizar que no existan retrocesos en la materia. Por tanto el tema de los derechos y de la protección integral de la infancia en la actualidad es visible e importante para la sociedad.

A partir de mediados de la década de los 90 el proceso de implementación de la Convención se ha dado en una situación de permanente tensión en los países de la región, de avances y retrocesos que se explican debido a la dimensión de este cambio de paradigma. Dentro de los principales aspectos a tener en cuenta para determinar si existe una adecuación institucional de los países a la convención encontramos:

- i. Establecimiento de un sistema de responsabilidad penal juvenil: En la actualidad se ha dejado en claro que con el concepto de “internación” ha querido encubrirse una verdadera privación de libertad. El sistema de protección integral ha establecido que, la privación de libertad de un niño debe hacerse sólo en casos excepcionales, de delitos muy graves, siempre como último recurso. En los países que han seguido las

indicaciones de la Convención y han establecido sistemas de responsabilidad penal adolescente los menores de 14 años (en algunos países menores de 12 años) que cometen alguna infracción a la ley penal están exentos de responsabilidad penal, debiendo aplicarse en tales casos medidas de protección dentro del ámbito de la familia. Sin embargo, la internación de niños y adolescentes sigue siendo una práctica frecuente en los países de la región que además no distingue entre medidas de protección y medidas socio-educativas.

- ii. Institucionalización de un niño por razones de pobreza: Este corresponde a otro indicador para determinar si los países han adoptado o no el sistema de protección integral de los derechos del niño contenido en la Convención. Como se ha señalado anteriormente la internación de un niño por razones de carencias económicas es una idea que pertenece a la doctrina de la situación irregular y que actualmente se considera vulneratoria y nociva para la vida de un niño. Países como Brasil han avanzado en estas materias prohibiendo esta situación en sus legislaciones nacionales, así el Estatuto del niño y el adolescente de Brasil señala: “La mera falta o carencia de recursos materiales no podrá jamás constituir motivo suficiente para la pérdida o supresión del patrio poder”³⁵.

³⁵ UNICEF. 2004. La convención sobre los... *Op. cit.* p. 18.

- iii. Descentralización del sistema e instituciones locales: La existencia de defensorías municipales y comunitarias y organismos locales que trabajen con la infancia es otro indicador de la evolución de las instituciones de un país en este tema. Países como Perú y El Salvador cuentan con este tipo de instituciones que son altamente representativas y destaca su inserción territorial, corresponden a instituciones que trabajan desde la localidad y que se han mantenido en el tiempo.

De acuerdo a lo señalado por la UNICEF y los mismos autores de la región, puede afirmarse que en América Latina, salvo algunas excepciones, las legislaciones e instituciones de los países, responsables de las políticas de protección de la niñez, están lejos aún de satisfacer los parámetros de protección integral, esto debido a diversos factores como recursos económicos del país, interpretación de la Convención o falta de voluntad política.

Es claro que el proceso de adecuación interno a los dictados de un tratado no se produce de un día para otro, ni que tampoco la sola adaptación de la legislación al modelo de la protección integral cambiará de forma automática la realidad de los niños latinoamericanos, pero sí otorgará un marco de adaptación a las políticas y prácticas institucionales, permitiendo así a la sociedad, exigir los cambios necesarios. "El desarrollo integral de las niñas y los niños exige una

protección social y jurídica, igualitaria, integral y efectiva; que garantice la autonomía del niño en el ejercicio de los derechos; a esta protección están especialmente obligados sus padres y el Estado, pero, en último término, corresponde a la sociedad en su conjunto”³⁶.

Hoy después de más de veinte años de la ratificación de la Convención, los países Latinoamericanos tienen varios desafíos por delante, dirigidos hacia la adopción de una doctrina de protección integral para la infancia en su conjunto, expresada en una adecuación sustantiva de las instituciones y legislaciones internas. Actualmente es el discurso de la protección integral aquel que se encuentra incorporado en el acervo cultural y jurídico de la región, superando la hegemonía del sistema tutelar; los desafíos corresponden, entonces, a ir superando paulatinamente las instituciones de la infancia que acogen el sistema tutelar.

³⁶ CILLERO Miguel. 1999. Infancia, autonomía y derechos... *Op. cit.* p.13.

CAPÍTULO II LA PREOCUPACIÓN POR LA INFANCIA EN CHILE

1. El proceso de institucionalización de las políticas dirigidas a la infancia

La evolución de la legislación y de las políticas públicas respecto de los menores de dieciocho años en Chile, se explica a través de la introducción de ideas y doctrinas tanto jurídicas como extra-jurídicas. El carácter interdisciplinario de la materia se puede verificar en los debates legislativos que han tenido lugar respecto del tema de la infancia, en los cuales han sido parte argumentos de tipo científico, humanitarios, jurídicos, médicos, entre otros. Tanto la creación de leyes, como la implementación de políticas institucionales dedicadas específicamente a la infancia pueden ser abordadas de manera conjunta, puesto que ambas tareas se retroalimentan y se fueron desarrollando a la par desde fines del siglo XIX y durante todo el siglo XX e incluso en la actualidad.

Al revisar el desarrollo histórico de las acciones dirigidas hacia la niñez en Chile, es posible verificar que estas fueron, en principio, iniciativas de carácter privado. Estos esfuerzos de grupos filantrópicos “oscilaban desde el tratamiento específico del tema pero asociado a eventos muy ligados a la sobrevivencia hasta aquellos que –desde una postura “defensiva”- procuraban aislar aquellos

“focos” de degradación constituidos por aquellos menores abandonados y/o implicados en conductas delictivas”³⁷.

Es importante señalar que el proceso de institucionalización de las políticas sociales, es decir cuando estas son asumidas por el Estado, no tiene un carácter lineal. Sin embargo a medida que el Estado comienza a hacerse parte en el tema de la protección de la niñez, comienzan a desarrollarse acciones específicas hacia un grupo objetivo determinado, “los menores” adquiriendo primacía la doctrina de la situación irregular durante todo el siglo XX.

El tratamiento jurídico de los niños en Chile fue variando a lo largo del tiempo, antes de la primera Ley de Menores regían íntegramente las normas del Código Civil y Penal, estructurándose la regulación de menores como normas de excepción dentro de las leyes generales, para luego pasar con la primera Ley de Menores a una legislación especializada que se hace cargo de aquella infancia en situación irregular. El profesor chileno Miguel Cillero, divide la evolución de la legislación de menores en Chile en tres periodos, teniendo cada uno de ellos sus propias etapas³⁸:

³⁷ MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. p. 42.

³⁸ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. p. 88

- i. Periodo de inexistencia de una legislación especial: El niño como una excepción al sistema jurídico de adultos (1857-1928).
- ii. Periodo de las Leyes de Menores. El niño como problema, control/ protección de la infancia (1928- 1990).
- iii. Periodo de la concurrencia de Leyes de Menores y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Periodo de transición hacia un sistema de protección integral de la infancia en el marco de los Derechos Humanos (1990-1992).

1.1 Los inicios, la caridad privada

Las primeras acciones asociadas al bienestar social de la infancia aparecen en nuestro país durante la época colonial, éstas tienen relación con la llegada de congregaciones religiosas al país, iniciativas a las que se fueron sumando algunas de grupos laicos, principalmente de la aristocracia del país, abordando esta situación a partir de un enfoque caritativo y benéfico tal como señala Cortés Beck³⁹.

³⁹ CORTÉS BECK Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas de Atención de la Infancia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. p. 224.

En el año 1761 se destaca la creación del primer orfanato en Chile⁴⁰, denominado Casa de Expósitos o conocida actualmente como Casa Nacional del Niño, el cual fue establecido en Santiago, en la calle que actualmente lleva el nombre de “Huérfanos” por esta razón. De acuerdo a la historia que rodea la creación del primer orfanato se ha señalado: “La casa llenó una necesidad, apenas se anunció su creación dejaron en el zaguán de la casa del Marqués no menos de 25 criaturas”⁴¹. Luego, durante los años 1853 y 1855, surgen dos iniciativas importantes de mano de congregaciones religiosas, quienes buscan otorgar atención a niños en situación de abandono, estas son: Las hermanas de la providencia que buscaban continuar con la labor de Nicolás de Aguirre y el primer orfanato y por otro lado la Congregación del Buen Pastor.

Sin embargo, los grupos laicos también tuvieron participación en el desarrollo de iniciativas avocadas a la protección de la infancia, son diversas instituciones que a fines del siglo XIX y principios del siglo XX se muestran como importantes aportes del mundo privado al cuidado e interés por la infancia. Así, en 1896 se constituye la Sociedad Protectora de la Infancia, institución que se mantiene hasta nuestros días, también la sociedad de San Vicente de Paul funda un asilo para recoger a mujeres y niños desvalidos, enseñándoles a trabajar, dándoles educación, comida y vestido. Esta ola benefactora continúa desarrollándose y

⁴⁰ Fundado por Juan Nicolás de Aguirre y Barnechea, Marqués de Monte-Pio.

⁴¹ VARGAS Nelson. 2002. Historia de la pediatría chilena: Crónica de una alegría. Santiago, Editorial Universitaria. p. 374.

en 1900, bajo la dirección de Ramón Barros Luco se agrupan las familias más adineradas del país y fundan el Patronato Nacional de la Infancia, el cual buscaba hacerse cargo de la madre desvalida y del recién nacido, para así evitar el abandono hospitalario y callejero, además de hacer seguimiento y entregar alimentos tanto para madre como hijo.

Lo problemático de este accionar particular, llamadas “acciones de beneficencia” o “acciones de caridad” es que correspondían a organizaciones de carácter aislado y no existía coordinación entre ellas. El rol del Estado en este tipo de iniciativas era un rol pasivo que se limitaba a apoyar económicamente a algunas de estas instituciones. “La importancia de la acción privada de beneficencia es que constituye un esfuerzo sistemático por atenuar el conflicto social. Sin embargo de manera permanente este tipo de acción demanda del Estado su apoyo, lo que dificultará el proceso de institucionalización plena”⁴². Con esto es posible verificar que el apoyo del Estado a la caridad privada es anterior a la institucionalización de políticas sociales en el campo de la niñez.

⁴² MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez... *Op. cit.* p. 46.

1.2 El aporte e intervención medico-sanitaria

Con la epidemia de cólera que afectó el centro del país a partir de 1886 hasta 1888, principalmente a las clases populares, el cuerpo médico logró hacerse escuchar ante la clase política respecto de la urgencia de control de aquellas epidemias y enfermedades que afectaban al país. Así el mismo año de la epidemia se aprobó en el Congreso la conformación de la Comisión de Higiene y en el año 1889 una de las principales aspiraciones del cuerpo médico se ve cumplida, la creación del Consejo Superior de Higiene Pública, el cual detentaba amplios poderes y se constituía como factor de decisión socio-político. Tal posición permitió que el conjunto médico-sanitario comenzara a adquirir influencia en la dirección del país, “siendo la campaña de desinfección unida a la campaña de vacunación masiva los primeros actos de servicio público no asociados a la caridad. Es la emergencia de la universalidad como dimensión de la acción del Estado”⁴³.

Durante el siglo XX la influencia de la medicina en el ámbito de las políticas sociales en general, incluida la infancia, adquiere una fuerza importante. En los años veinte esta influencia fue decisiva y el gremio médico ocupó un importante lugar en la creación de la primera Ley de Menores.

⁴³ MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez... *Op. cit.* p. 46

El tema del determinismo biológico primó en la época al analizar las causas del abandono y delincuencia juvenil y permeó en el razonamiento de los jueces de la época, así se ha establecido que el primer Juez de menores, el señor Samuel Gajardo “atribuía las causas del problema a una especie de determinismo inmodificable, responsabilizando al niño y a su familia sin considerar la influencia de factores estructurales del entorno donde ellos se desenvuelven”⁴⁴.

2. Los primeros pasos de la institucionalización

Antes de la dictación de la primera Ley de Menores, el Estado se caracterizó por mantener una actitud poco activa frente a la situación de la infancia desvalida, dejando esta labor en manos de los particulares, sin embargo se reservó la facultad de organización y supervisión de una justicia penal hacia los niños, limitándose a la aplicación de penas que buscaban mantener el orden social.

Las primeras leyes que se refieren a los menores de edad aparecen dentro de materias generales del Derecho como lo son el ámbito civil y penal y tienen relación con la capacidad jurídica de estos los menores para determinados actos. Estas leyes se basaron en la consideración del niño en relación al adulto, como una forma de reacción social. Es posible observar esta comprensión de

⁴⁴ CORTÉS BECK Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas... *Op. cit.* 229.

la infancia en la siguiente afirmación: “El menor en su presente es una persona incapaz de actuar en el mundo jurídico (normas de capacidad civil y penal), por lo que es necesario cautelar sus intereses y protegerlo de eventuales daños o desviaciones que pudiera sufrir. Sólo en el futuro el menor podrá considerarse sujeto de derecho dotado de autonomía jurídica”⁴⁵.

En el ámbito civil, es posible encontrar normas sobre responsabilidad, referidas a los menores de edad, de este modo el Código establece que son incapaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, y deja a prudencia del juez civil determinar si el menor de dieciséis años y el mayor de siete años ha cometido el delito o cuasidelito con discernimiento.

Se destaca además la ley civil por favorecer en exceso la autoridad paterna, dándole al padre de familia un poder casi ilimitado respecto de los hijos, denominado por la doctrina como “poder penal doméstico”⁴⁶. El antiguo artículo 233 del Código Civil establecía que el padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, sin embargo cuando lo anterior no fuese suficiente el juez podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastaba sólo con la demanda del padre para que el juez ordenara el arresto del menor de edad por un tiempo determinado, el cual podía terminar antes si el padre así lo decidía.

⁴⁵ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... *Op. cit.* p. 81

⁴⁶ CORTÉS Julio. 1999. A 100 años de... *Op. cit.* p. 2.

Respecto al ámbito penal es importante señalar que, cuando el Estado comienza a encargarse del tema de la infancia, lo hace por una necesidad pública, la cual correspondía a la protección de la seguridad social ante los menores que infringían la ley. De este modo el Código Penal promulgado en 1874 contemplaba en su artículo N° 10 en sus numerales 2 y 3⁴⁷ la exención de responsabilidad de los menores de diez años y la de los mayores de diez y menores de dieciséis años, siempre que no hayan obrado con discernimiento. También establece una responsabilidad penal atenuada para aquellos menores de edad declarados culpables.

“El Código Penal de 1875 asume que el menor de 10 años no tiene discernimiento y por eso presume de derecho su irresponsabilidad penal, considera dudosa la existencia discernimiento entre los 10 y 16, por ello solicita un pronunciamiento judicial, si bien presume que no existe y, finalmente, en el periodo siguiente, entre 16 y 18, se presume su existencia pero atenuada (imputabilidad disminuida) por lo que se ordena al Juez rebajas sustanciales de la pena”⁴⁸.

El Código penal chileno considera como base los postulados de la escuela clásica del derecho penal, de este modo la doctrina dominante de la época exigía la presencia de voluntad e inteligencia en la actuación del sujeto para poder determinar si su acción era libre. Lo anterior debe relacionarse con el elemento “discernimiento” que exigía la ley para establecer si la acción de un menor podía ser castigada o no, sin embargo la ley penal no entregaba una

⁴⁷ En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&tipoVersion=0> [Consulta: 03 mayo 2014].

⁴⁸ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... *Op. cit.* p. 90

definición de tal concepto, tampoco establecía qué elementos debía tener el juez en cuenta para considerar si el sujeto actuó o no con discernimiento. Para la escuela clásica el discernimiento corresponde a la “facultad de distinguir el bien del mal y obrar con discernimiento significa poner en vigor aquella facultad en el acto que se realiza (Carrara)”⁴⁹. Por otro lado se ha señalado que las razones para establecer los rangos de edad respecto del discernimiento de los menores se alejan de la materia penal en sí misma y se basan en la idea de armonizar estas normas con las del Código Civil en materia de responsabilidad.

De acuerdo a lo establecido anteriormente llama la atención que en materia penal un menor de dieciséis años quedaba libre si no se establecía que actuó con discernimiento, sin embargo en el ámbito civil, un menor de edad podía ser arrestado por faltas menores si concurría la voluntad de su padre.

A raíz del problema de los menores infractores, en 1896 surge la primera iniciativa de carácter estatal de atención a la infancia, la Escuela correccional del niño, la cual tenía por objeto “corregir a los menores de edad que cometían faltas o infracciones a la ley”⁵⁰.

El año 1912 fue un año bastante agitado para el país en el tema de la infancia, mientras se organiza el primer Congreso de Protección a la Infancia que se

⁴⁹ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... *Op. cit.* p. 90

⁵⁰ CORTÉS BECK Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas... *Op. cit.* p. 224.

celebró en nuestro país, también se promulga la Ley 2.675 de Protección de la Infancia Desvalida, la cual viene a complementar la normativa civil y penal existente. Sobre esta ley la doctrina ha referido que corresponde a un “esbozo de legislación específica que no llegó a plasmarse en un buen nivel de aplicación práctica”⁵¹.

La Ley 2.675 consideraba en situación de abandono a aquellos menores cuyo padre no velara por su crianza o educación, también aquellos niños se encontraran en situación de vagancia, mendicidad o prostitución y aquellos que trabajaran en condiciones riesgosas para su salud, facultando al Juez para internar al menor en algún establecimiento de reforma o de beneficencia o para entregarlo a alguna persona de su confianza. Sin embargo, se ha señalado que “esta ley fue innovadora en el papel, pero poco efectiva en la práctica”⁵², esto debido a que no logra establecer ninguna medida de amparo o protección al niño, quien continuaba sometido a las normas del Código Penal en caso de infracción de leyes o volvían a la calle si no resultaban culpables de la infracción, siendo abandonados por la autoridad competente, además se suma el problema de la casi completa inexistencia de establecimientos para amparar a aquellos niños.

⁵¹ CORTÉS Julio. 1999. A 100 años de... *Op. cit.* p. 3.

⁵² CORTÉS BECK Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas... *Op. cit.* p. 225.

Esta época recién descrita se encuentra marcada por la idea de mantener y restablecer el orden social con un énfasis jurídico penal, más que por la preocupación específica de los niños, “El problema de la responsabilidad de los menores es enfocado desde un punto de vista exclusivamente técnico-penal y la acción Jurisdiccional del Estado se limita sólo a aplicar penas o inhibirse de ello”⁵³. La acción Estatal frente al conflicto de la transgresión de leyes por parte de niños y adolescentes es prácticamente nula y se basaba sólo en determinar si correspondía o no aplicar una pena.

3. El surgimiento de la legislación especializada de menores

3.1 La primera Ley de Menores del País

La década de 1920 se caracteriza por la presencia de importantes movimientos y cambios sociales en Chile. Cobran fuerza los movimientos de trabajadores quienes obtuvieron importantes logros y avances en las políticas sociales, las cuales beneficiaban tanto al trabajador como a su familia. También se destaca la creación de leyes de previsión social y la institucionalidad da paso al establecimiento de un Estado protector, el cual “implica un eje diferenciador de

⁵³ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... *Op. cit.* p. 92.

dos épocas, que acarreó la diferenciación de nuevas instituciones y un aumento en los gastos fiscales y de personal en el campo social”⁵⁴.

En el año 1921 el gobierno de Arturo Alessandri presenta al Congreso un conjunto de leyes relacionadas especialmente al área laboral, referidas al tema sindical, también respecto a contratos de trabajo, accidentes laborales, entre otras materias, lo que muestra nuevamente la importancia que adquirieron los movimientos de trabajadores y el carácter de las políticas públicas dirigidas a los grupos sociales con menos recursos económicos.

Durante el año 1924 se crea el Ministerio de Higiene, Asistencia, Trabajo y Previsión Social, máxima aspiración del gremio médico, fundado en la necesidad de mantener un control centralizado y mejorar las condiciones sanitarias para así reducir las altas tasas de mortalidad que afectaban a nuestro país.

Respecto a las políticas dirigidas a la infancia durante esta década hay que señalar que el Estado cambia su rol pasivo, convirtiéndose en un responsable directo de la niñez⁵⁵. La máxima expresión de lo recién descrito ocurre en el año 1928 con la dictación de la primera Ley específica sobre la infancia, la Ley

⁵⁴ MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez... *Op. cit.* p. 50.

⁵⁵ Se destaca durante esta década la realización del IV Congreso Panamericano del Niño en Chile, en el año 1924, durante cuyo desarrollo se acuerda la creación del Instituto Interamericano del Niño.

4.447, de Menores. La cual es aprobada por amplia mayoría, lo que refleja el consenso de la época sobre la importancia del tema de la infancia. Al respecto el profesor Miguel Cillero señala que la dictación de la primera Ley de Menores corresponde a una reacción por parte del Estado, indicando que “se toma conciencia de que los males que afectan a gran parte de la población infantil son el resultado de un ordenamiento jurídico, político y social que está en crisis”⁵⁶.

Respecto al papel que ocupa la actividad privada dirigida a las obras sociales durante la época, ésta se mantiene vigente, pero en un rol secundario al del Estado, quien se ocupa en ese momento de dirigir las materias de asistencia social y de la infancia.

La promulgación de la denominada Ley de Menores significó un cambio radical en el tratamiento jurídico de la infancia hasta ese momento. “Quienes elaboraron la Ley 4.447 percibían que estaban haciendo inmensos avances en la superación de un derecho individualista, en aras de un derecho de carácter social”⁵⁷. La influencia que ejerce el Estado protector junto con las nuevas corrientes positivistas del Derecho Penal en la creación y dictación de la Ley 4.447 es muy importante. Adquiere relevancia la influencia médica y psiquiátrica

⁵⁶ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... *Op. cit.* p. 93.

⁵⁷ CORTÉS Julio. 1999. A 100 años de... *Op. cit.* p. 3.

en el tratamiento de los menores (entendidos como niños en situación irregular) ideas que buscan rehabilitar, corregir y proteger al menor.

La Ley de Menores se basó en una doble dimensión del problema, por un lado estaba la importancia de remediar el tema de la infancia desvalida, abandonada y delincuente y por otro lado se encontraba la necesidad de corregir esta situación de peligro que afecta a la sociedad en su conjunto.

Además se pretendió establecer que la causa de estos problemas sociales provenían de la constitución irregular de las familias y por la irresponsabilidad e inmoralidad de los padres.

3.1.1 Los Juzgados de Menores

Con la dictación de la Ley 4.447, se crean los Juzgados de Menores, a cargo de jueces letrados los cuales deben resolver conforme a derecho los conflictos de su competencia y cuyas decisiones son apelables ante la Corte de Apelaciones que corresponda.

Esta Ley crea el primer Juzgado de Menores en Santiago y faculta al Presidente de la República para crear más juzgados en cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones, además se determinó que en los lugares donde no hubiesen jueces de menores, la aplicación de esta Ley correspondía al juez de letras de

mayor cuantía, lo que presenta un primer problema, pues la aplicación de la Ley queda entregada en manos de jueces que no tenían un conocimiento especializado en materia de protección de menores.

En cuanto al procedimiento, no se creó uno especial para la aplicación de la nueva Ley, la norma sólo contenía disposiciones generales, el procedimiento era más flexible que el procedimiento general, además era verbal.

Los jueces de menores contaban con considerables facultades discrecionales, tales como la facultad de ordenar medidas de protección a menores que habían cometido delito pero que eran inimputables, también eran ellos quienes debían declarar respecto del discernimiento de los menores. Señala la doctrina que lo que la Ley de Menores consagró, a través de la creación de los tribunales de menores, fue el “reforzamiento de las facultades de control social sobre la infancia irregular”⁵⁸.

3.1.2 Los centros para menores

Antes de la creación de esta Ley, la pena de privación de libertad no se ejerció como aplicación de un sistema corrector o disciplinador, sino de suspensión de derechos⁵⁹. Los niños en conflicto con la justicia y sentenciados por juzgados

⁵⁸ CORTÉS Julio. 1999. A 100 años de ... *Op. cit.* p. 3.

⁵⁹ METTIFOGO Decio y SEPÚLVEDA Rodrigo. 2004. La situación y el tratamiento de jóvenes infractores en Chile. [En línea]. Serie de estudios CESC. Centro de Estudios en Seguridad

civiles y del crimen permanecían en cárceles para adultos, sin que hubiese una separación entre ellos.

La Ley 4.447 estableció normas referidas a la creación de casas de menores, las cuales se encontraban destinadas a recibir a niños y adolescentes cuando fueren detenidos o debiesen comparecer ante un juez. La ley también prohibía que los menores de veinte años se mantuvieran en comunidad con otros detenidos mayores de edad en establecimientos de detención. Señalaba el reglamento de esta Ley en su artículo 12⁶⁰ que donde no existiesen casas de menores se habilitará un departamento especial, separado del de los adultos en el establecimiento penal o de detención que exista. Volviéndose en la práctica esta norma una excepción a la regla general.

Las acciones a favor de la infancia durante la época se centraban principalmente en ingresar a los niños a establecimientos, ya fuese por razones de conducta o de abandono. Encontramos aquí dos tipos de establecimientos, los asilos y los reformatorios. Los asilos se hacían cargo del tema proteccional y de abandono, mientras que los reformatorios de los problemas conductuales de

Ciudadana, Universidad de Chile. 64p.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_56.pdf [Consulta: 23 abril 2014], p. 17.

⁶⁰ CHILE. 1929. Ministerio de justicia. Decreto 2.531: Reglamento para la aplicación de la Ley de menores.

los menores de edad. “La terminología es confusa y vaga por lo que los sujetos transitan entre un tipo de instituciones y otras mezclándose entre sí”⁶¹.

Dentro de las principales críticas a la Ley de Menores se encuentra aquella que señala que no fue posible llevar a la práctica lo dictado por ella, esto debido a la falta de recursos estatales que impidieron la creación de establecimientos destinados a albergar a los menores y la falta de personal especializado para su aplicación. El efecto provocado por esta Ley fue acrecentar de manera importante el control de la infancia a través de medios punitivos, pues a pesar de haber separado la materia del ámbito penal, no existían medios no penales para enfrentar el tema. “La privación de libertad en recintos penales de adultos, a la espera de construir centros adecuados, fue el recurso más usado”⁶².

3.1.3 Otros aspectos en los que influyó la Ley de menores

En el ámbito proteccional de la infancia la Ley de Menores establece que el Estado es quien se hace cargo de las situaciones de abandono o peligro material o moral. Sin embargo, como ya se señaló anteriormente, no se hizo una separación ni de tratamiento ni procedimiento entre menores infractores de ley y menores en situación de abandono o peligro, considerando a todo el conjunto como menores en “situación irregular”.

⁶¹ METTIFOGO Decio y SEPÚLVEDA Rodrigo. 2004. La situación y el tratamiento... *Op. cit.* p. 18.

⁶² CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... *Op. cit.* p. 101.

La Ley 4.447 crea la Dirección General de Protección de Menores, dependiente del Ministerio de Justicia a la cual le correspondía la función de vigilar el cumplimiento de la Ley y la de atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores⁶³. Sus funciones se encuentran definidas de manera más específica en el reglamento de la ley de menores, N° 2.531 de 1929, en el cual se establece en su artículo 4 que la Dirección General de Protección de Menores queda ampliamente facultada para practicar u ordenar visitas en cualquier momento a todos los establecimientos de enseñanza públicos y privados, a fin de informar a las autoridades educacionales correspondientes acerca de la enseñanza de la moral y de la higiene.

En el ámbito civil el artículo 233 del Código se modificó con la Ley 4.447, terminando con la posibilidad que tenía el padre para hacer arrestar al menor con su sola voluntad.

3.2 La actual Ley de Menores del país

En 1967 se dictó la Ley 16.618, la cual reemplaza a la primera Ley de Menores y fija el nuevo texto que rige el tema de la infancia en el país. En el periodo que transcurrió entre la dictación de ambas leyes se realizaron diversas modificaciones a la Ley de Menores y se establecieron algunas instituciones

⁶³ CHILE. 1928. Ministerio de justicia. Ley 4.447 Art. 1.

estatales encargadas de la protección de la infancia, las que se revisarán a continuación.

La principal discusión que surgió entre los organismos del Estado al respecto, era cuál de ellos debía hacerse cargo de estos menores, lo que finalmente llevó a sucesivos cambios administrativos, que impidieron el enfoque multidisciplinario que el tema requería.

3.2.1 Antecedentes de la Ley 16.618

La crisis económica de 1930 frenó el proceso de desarrollo de legislación y políticas públicas iniciada la década anterior. “En 1933, un informe daba cuenta de la existencia de 70.000 niños chilenos sin padre, que crecía y se educaba en la calle”.⁶⁴ Lo anterior llevó a que en un grupo de diputados presentasen una moción para crear el Consejo de Defensa del Niño para que actuase como un organismo central de acción y fiscalización, sin embargo su labor no fue fructífera principalmente por la presente pugna entre la acción pública y la privada en el ámbito de la infancia.

En el año 1935 en materia legislativa se dictó la Ley 5.750 sobre abandono de familia y pensiones alimenticias, la cual fue considerada junto con la Ley 4.447 pilares fundamentales del sistema de protección de menores.

⁶⁴ MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez... *Op. cit.* p. 50.

Durante la década de 1940, en el periodo de los gobiernos radicales, se impulsa un modelo de Estado benefactor, que trae consigo una nueva oleada de leyes sociales, entre ellas la creación del Código del Trabajo. Además en 1938 se organizan servicios de atención médica preventiva a los trabajadores, extendiéndose este beneficio a su familia.

En el año 1942 la Dirección General de Protección de Menores en conjunto con algunos servicios médicos se fusionan y forman la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia (PROTINFA), dependiente del Ministerio de Salud. Lo interesante de la norma que crea al PROTINFA es que por primera vez se hace alusión en una Ley al término de "Situación irregular". El DFL N° 7 de 1942 en su artículo quinto establece "Para los fines de protección y auxilio que establece el presente decreto orgánico se entenderá que un menor se encuentra en situación irregular cuando su adaptación social sugiere alteraciones, se encuentre material o moralmente abandonado o en peligro de estarlo, o hubiese delinquido, cualquiera sea su estado civil"⁶⁵. El enfoque con que abordaba las diversas funciones que se le entregaron era principalmente médico, dejando de lado el problema educacional, económico y socio cultural.

⁶⁵ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de la... *Op. cit.* p. 104.

Con la segunda guerra mundial la situación socio-económica del país se deteriora, tocando esta crisis también a la infancia, existiendo en 1943 cerca de 300.000 niños que trabajaban o vagaban en lugar de ir a la escuela.

Durante esta época, desde el Ministerio de salubridad se propone dirigir las acciones hacia la niñez a partir de la coordinación de los ministerios de Justicia, Salubridad y Educación, los cuales hasta el momento habían actuado de manera separada. A partir de este nuevo enfoque se crea el Consejo Superior de Protección a la Maternidad, a la Infancia y a la Adolescencia, dentro del cual se crean los Centros de defensa del niño. La idea era ubicar estos centros cerca de las fábricas y escuelas, con la finalidad de contar con equipamientos de servicios médicos, dentales y servicios sociales. “Los niños podían ingresar durante el horario de trabajo de la madre, asistiendo a la escuela los escolares y regresando en sus horas libres”⁶⁶.

Durante los años 50 PROTINFA deja de existir y la protección de los menores en situación irregular pasa a manos del Servicio Nacional de Salud. Pese al desarrollo durante el periodo de importantes políticas públicas dirigidas a los sectores populares, la expansión de estos beneficios se caracterizó por “su alto grado de complejidad legislativa y una estructura desigual en sus beneficios y

⁶⁶ MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez... *Op. cit.* p. 51.

contribuciones. Ello es producto, entre otros factores, de la distinta capacidad de presión de los diferentes grupos sociales”⁶⁷.

Esta situación finalmente provocó que en el año 1960 se creara una comisión interministerial para la protección de menores en situación irregular. El hecho de que la Comisión fuese interministerial permite darle un enfoque multidisciplinario a la temática de infancia “La importancia de esta comisión permanente, es el restablecimiento de un organismo especializado y dedicado exclusivamente al estudio de la protección del menor”⁶⁸, esta comisión será la antecesora del Consejo Nacional de Menores.

3.2.2. Modificaciones a la Ley 4.447

Antes de la dictación de la Ley 16.618 se realizaron diversas modificaciones a la Ley 4.447 y otras normas que influían en el tema de la infancia en la época, tales modificaciones abarcan diversos tópicos, tales como normas de procedimiento e incluso reformas de responsabilidad penal. Entre ellas es posible encontrar:

- i. Ley 9.293 del año 1949 la cual otorga mayores atribuciones al juez de menores para la investigación de los hechos respecto de los conflictos que se presenten ante él.

⁶⁷ MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez... *Op. cit.* p. 53.

⁶⁸ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de ... *Op. cit.*p. 108.

- ii. Ley 11.183 del año 1953, la cual introdujo cambios a diversos Códigos, entre ellos al Código Penal, respecto a las edades en que se considera inimputable a un menor. Con esta reforma el artículo 10 del Código Penal establece que se encuentran exentos de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años y el mayor de dieciséis y menor de dieciocho a no ser que conste que haya obrado con discernimiento.

- iii. Ley 14.550 del año 1961 que crea los Juzgados de letras de Menores realizó una importante reforma a la normativa de menores en relación a normas orgánicas, de procedimiento y en la determinación de garantías para los sujetos del proceso. Entre las modificaciones que realiza encontramos:
 - a. Los juzgados especiales de menores se denominarán en adelante Juzgados de Letras de Menores.
 - b. Además esta Ley “hace concordar la minoría de edad civil con las normas de menores unificando el criterio en que la Ley es aplicable a todos los menores de 21 años de edad, y no como hasta ese momento que se les aplicaba solamente hasta los menores de 20”⁶⁹.

⁶⁹ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... *Op. cit.* p. 104.

- c. En materia de procedimiento se establece una garantía para el menor que corresponde a la obligación de oír al menor antes de aplicar una medida de protección.

La preocupación central de esta Ley correspondía a tema de la delincuencia juvenil de acuerdo al mensaje presidencial que la precede, sin embargo lo que en la práctica se hizo fue unificar en una sola Ley materias tan diversas como las que contemplaba la ley de menores, la ley de abandono de familia y el tema de pago de pensiones alimenticias para que fuesen competencia todas de un mismo tribunal.

3.2.3. La dictación de la Ley 16.618

El paradigma de la situación irregular se plasmó definitivamente en la Ley 16.618 de 1967, la cual tiene como base las ideas que sustenta el nuevo derecho de menores imperante en Latinoamérica, tales como la necesidad del establecimiento de una legislación especializada en la materia, la utilización de categorías amplias para referirse a los niños a los que va dirigida la Ley como por ejemplo “situación irregular”, “peligro material o moral”, también la aplicación de un mismo conjunto de medidas de protección a todos los niños sin diferenciar la causa de sus procesos, esto es menores infractores o menores a quienes les han sido vulnerados sus derechos.

La Ley 16.618 crea el Consejo Nacional de Menores (en adelante CONAME). El cual corresponde a un servicio público con personalidad jurídica propia, dependiente del Ministerio de Justicia. Al CONAME se le asigna la tarea de propiciar y coordinar las medidas destinadas a brindar asistencia, protección y rehabilitación. La función del CONAME se encontraba limitada a la asistencia técnica, supervisión y entrega de recursos a los organismos públicos y privados a cargo de la atención de niños, niñas y adolescentes “El diseño y las atribuciones de este Servicio Público, distaban enormemente del modelo tradicional implementado por el Estado en Chile desde los años 40, en que los distintos sectores como salud, educación, previsión social, vivienda y otros, realizaban una función operativa y entregaban directamente los servicios”⁷⁰.

Además esta nueva Ley de Menores contempla la creación de un Departamento de Policía de Menores, como un área especializada de Carabineros de Chile, entre sus principales funciones se encontraba la de prevenir la delincuencia, recoger a los menores en situación irregular o con necesidades de protección, también le corresponde ejercer labores de vigilancia en lugares que determine el CONAME y llevar a cabo órdenes judiciales emitidas por los tribunales de menores.

⁷⁰ CONTRERAS Consuelo. 2003. El Sistema de Protección a los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes: Las Oficinas de Protección de Derechos, un Servicio del Nivel Local. [En línea] Revista de Derechos del niño N° 2. Programa de Derechos del niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. 28p. http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf [Consulta: 03 julio 2014]. p. 4.

El CONAME no tenía facultades para administrar directamente establecimientos de menores, sin embargo la capacidad de las instituciones colaboradoras no fue suficiente para atender a la cantidad de niños que ingresaba a estos centros, por lo que en el año 1970 se creó la Fundación del niño chileno (en adelante FUNICH) la cual actuaba como el brazo operativo del CONAME y administraba centros de menores y creaba nuevos.

4. El impacto del autoritarismo y el sistema neoliberal en el tratamiento de la infancia en Chile

El sistema político y económico instaurado por el régimen militar provocó una disminución de las políticas públicas y sociales, asumiendo el Estado un rol subsidiario ante la iniciativa privada. En este contexto se instaura una política de atención a los menores basada en la subvención a los particulares, de acuerdo al sistema “niño-día” y surge un aumento de la participación del sector privado a través de convenios de atención de las instituciones privadas con el SENAME.

Con este nuevo sistema el Estado deja de administrar los hogares y otras instituciones que trabajan con la infancia y coloca en manos de privados la gestión y dirección de estos. Por esta labor los particulares reciben

financiamiento estatal a través de las subvenciones. Lo que ocurre durante esta época con este sistema respecto a la consideración de la niñez, puede explicarse en la siguiente afirmación “más que una preocupación por la infancia se busca la eficiencia administrativa y económica y se olvidan algunas características propias del sistema de menores”⁷¹. Esta situación ocurre no sólo en el campo de la infancia sino en otros sectores de interés social como educación, vivienda y salud.

En el año 1979 se crea el Servicio Nacional de Menores (en adelante SENAME), organismo que reemplaza al antiguo CONAME y que corresponde al organismo del Estado que existe hasta la actualidad como responsable de coordinar los programas de atención a la infancia. El Decreto Ley N° 2.465 de 1979 que crea al SENAME lo define como “un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger a los menores de que trata esta ley y de estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollen las entidades públicas o privadas que coadyuven en sus funciones”⁷².

Los sujetos de atención del SENAME correspondían a menores que carecían de tuición, o que el ejercicio de ésta constituía un peligro para su desarrollo

⁷¹ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de..... *Op. cit.*p. 115.

⁷² CHILE. 1979. Ministerio de justicia. DL 2.465: Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica.

normal integral; también aquellos que presentaban desajustes conductuales y a los que se encontraban en conflicto con la justicia. Como se puede observar el SENAME se encargaba de un grupo bastante diverso de niños y adolescentes, con problemas que requerían distintos modos de abordarse, además esta categorización caía en imprecisiones al no señalar cuándo se está ante un “peligro para su desarrollo normal integral”.

Como lo define la misma Ley del SENAME, la preocupación del Estado se centra en aquellos niños con problemas de tuición, conducta y en conflicto con la justicia, estos son los “menores” que de acuerdo a la doctrina de la situación irregular son niños que pueden ser objetos de protección e intervención por parte del Estado porque carecen de personas mayores y responsables que se ocupen de ellos. “Concebir a los niños y adolescentes excluidos de la familia, la escuela y la salud (y que por ende no tienen sus necesidades básicas satisfechas) como *menores*, genera un tipo de política pública de carácter asistencial, centralizada y sectorial, sin la adecuada coordinación entre los distintos entes públicos de protección social”⁷³.

El sistema político de protección social y jurídica a la infancia de aquella época traía consigo una serie de conflictos, algunos surgen con él y otros venían arrastrándose desde décadas anteriores, en primer lugar se mantuvo la

⁷³ METTIFOGO Decio y SEPÚLVEDA Rodrigo. 2004. La situación y el tratamiento... *Op. cit.* p. 20.

competencia de la justicia criminal respecto de adolescentes, debido al tema del discernimiento, ya que los adolescentes considerados capaces de discernir lo correcto y lo incorrecto de su comportamiento, pasaban a manos del sistema penal para adultos; en segundo lugar no se llegó a diferenciar entre niños que requieren protección y niños infractores de la ley penal para el establecimiento de políticas públicas; en tercer lugar se acrecentó la tensión y dificultad de coordinación entre el poder judicial, el SENAME y las instituciones privadas pues se superponían labores y potestades; y por último siguió vigente la práctica de mantener a menores en cárceles para adultos.

En este periodo se produce un aumento en el ingreso de menores de edad a los recintos penales para adultos. “El número de menores ingresados a unidades penales en el país aumentó de 5.532 ingresados en 1985 a 8.704 ingresados en 1988”⁷⁴. Autores como Mettifogo y Sepúlveda señalan que la explicación a este aumento puede deberse a la desconfianza por parte de los jueces de menores hacia los centros de rehabilitación y educación así como hacia las casas de menores, lo anterior debido a la privatización de las mismas, ya que recelaban de las características de seguridad de estos centros, los cuales no garantizaban la permanencia suficiente de los niños y adolescentes para su diagnóstico y tratamiento.

⁷⁴ METTIFOGO Decio y SEPÚLVEDA Rodrigo. 2004. La situación y el tratamiento... *Op. cit.*p. 23.

Otro conflicto generado a partir de la privatización de las casas de menores y los centros de atención y que fue denunciado por el poder judicial, corresponde a la dificultad que tenían los jueces para hacer efectiva la incorporación de un menor al sistema asistencial, esto debido a que como la administración y dirección de estos centros se basaba en convenios entre SENAME e instituciones privadas, eran estas últimas las que determinaban el número de menores que aceptaban, además establecían requisitos de ingreso, tales como edad, situación escolar, conducta, sin que el SENAME pudiese intervenir. “En la práctica acceden al sistema sólo los mejores dotados, quedando marginados aquellos que necesitan más atención y es deber del Estado atender”⁷⁵. Esto implica que dentro del grupo de los menores que ya son un conjunto de niños excluidos de los sistemas sociales (familia, escuela, salud) se vuelve a excluir a los casos más difíciles, encontrándonos con los marginados de los marginados, de los cuales nadie quiere hacerse cargo.

Por otra parte, durante esta época se ha señalado que mejoraron los indicadores de desarrollo humano en los ámbitos de tasa de mortalidad infantil, alfabetismo, y cobertura del sistema educacional en Chile, sin embargo una importante proporción de los habitantes del país se encontraba viviendo en condiciones de pobreza. “Extremadamente negativa era la situación de niños y adolescentes, ya que el 50,7% de ellos vivía en condiciones de pobreza al inicio

⁷⁵ METTIFOGO Decio y SEPÚLVEDA Rodrigo. 2004. La situación y el tratamiento... *Op. cit.*p. 23.

de los años 90”⁷⁶. Las políticas estatales focalizadas, basadas en un sistema de Estado subsidiario unido a la doctrina tutelar de menores que primaba en la época, hicieron que se privilegiara la atención hacia los niños y adolescentes en “situación irregular”, dándole prioridad a los mecanismos de control social como la internación, más que acciones de real promoción y protección de derechos.

Debido a la particularidad del periodo y la tendencia a la privatización de diversas áreas de gran impacto en la sociedad, no se destacan mayores acciones, legislación, ni políticas públicas dirigidas a la infancia en la época.

A partir de los años 90, con la vuelta a la democracia y la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestra legislación se redefine el perfil de los sujetos de atención del SENAME, estableciendo que serán aquellos niños y niñas gravemente vulnerados en sus derechos y a los infractores de Ley. Con la ratificación de la Convención comienza un periodo de transición en cuanto al sistema directriz de las acciones del Estado dirigidas a la infancia, ingresando al ideario público la doctrina de la protección integral contenida en los postulados de la Convención.

⁷⁶ TELLO Cristóbal. 2003. Niños, adolescentes y el sistema Chile Solidario: ¿una oportunidad para constituir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile? [En línea] Revista de Derechos del Niño, UNICEF N° 2. pp. 9-52. http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf. p. 16. [Consulta: 04 junio 2014]. p. 16.

Además con la ratificación del tratado internacional en cuestión, Chile reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales a los niños, niñas y adolescentes. Derechos que tienen como objeto asegurar su desarrollo e integración a la sociedad. El principal objetivo que se plantearon los Estados desde la ratificación de la Convención en adelante, supone la adecuación tanto de las leyes, como de las políticas públicas y las prácticas institucionales a la Convención y la doctrina de la protección integral, pues no bastaba con reconocer los derechos que la Convención otorgaba a los niños sino que se entendía que era necesario asegurar su satisfacción y establecer una política institucional que los garantice y defienda.

Es en esta situación en la que nos encontramos en la actualidad como país, avanzando hacia una institucionalidad adecuada a los principios y postulados de la Convención en materia de infancia, con importantes avances en algunos aspectos y con retrasos considerables en otras materias, vistas de manera comparativa con nuestros pares de la región.

CAPÍTULO III LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO

1. La Convención y su incorporación al Derecho Público chileno

Chile firmó y suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, junto a otros 57 países, el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año fue aprobada por el Congreso Nacional y fue ratificada ante Naciones Unidas el 13 de agosto. El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada como Ley mediante el Decreto Supremo 830 del Ministerio Relaciones Exteriores, decreto que fue publicado en el Diario Oficial del día 27 de septiembre de 1990⁷⁷.

La Convención cuenta con 54 artículos y 2 protocolos facultativos y en ella establece un catálogo de derechos humanos básicos que gozan niños, niñas y adolescentes de todo el mundo, entre los cuales encontramos el derecho a la supervivencia, el derecho al desarrollo pleno, la protección contra los malos tratos y la explotación, el derecho a vivir en familia y el derecho a la participación, entre otros. También estipula pautas en materia de salud, educación y otras prestaciones sociales básicas, con el fin de proteger y asegurar los derechos de la niñez.

⁷⁷ UNICEF <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Los-Derechos-en-Chile>

Este tratado ha sido ampliamente aceptado y ratificado por la comunidad internacional y es el instrumento más importante respecto al establecimiento de las reglas mínimas relativas al tratamiento de la infancia. Uno de sus principales aportes a los ordenamientos jurídicos internos de cada país, ha sido afirmar la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos “esto significa considerarlos como sujetos de derechos humanos y civiles, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en función de su edad y madurez”⁷⁸. También ha asentado la idea de que los derechos de los niños no son derechos colectivos, sino derechos subjetivos que le corresponden y son exigibles por cada persona.

A partir de la ratificación de la Convención, nuestro país pasa a ser un Estado parte de la misma y con ello acuerda someterse a sus mandatos y principalmente a adecuar su ordenamiento jurídico a los principios en ella consagrados, referidos al reconocimiento expreso de los niños, niñas y adolescentes como sujetos con plenos derechos y comprendiendo que debido a sus condiciones particulares necesitan una protección especial.

El fenómeno que se ha producido tanto en Chile como en otros países latinoamericanos, dice relación con la convivencia de la Convención y sus

⁷⁸ CORREA Paula y VARGAS Macarena. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. [En línea]. Revista Ius et Praxis. Año 17, N° 1. pp. 177-204. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122011000100008&script=sci_arttext [Consulta: 09 junio 2014]. p.179.

disposiciones basadas en la doctrina de la protección integral junto con el antiguo sistema de leyes y políticas públicas de la niñez surgidas durante el siglo XX, durante la primacía de la doctrina tutelar o de la situación irregular. Un ejemplo de ello es la supervivencia hasta la actualidad de la Ley de Menores, N° 16.618, la cual establece una institucionalidad basada en el entendimiento del menor como objeto de protección, control y represión del Estado. Frente a ello la doctrina ha señalado que “la Convención provoca un doble impacto en las legislaciones de menores que estaban vigentes en los distintos países de América Latina. Por un lado, sirve de parámetro para evaluar o criticar la legislación interna y, por otro, exige la activación de nuevos mecanismos para asegurar los derechos que ella contempla”⁷⁹.

Desde la perspectiva del Derecho Público y los preceptos emanados de nuestra Constitución, Chile se ha ido adaptando paulatinamente a este tratado internacional, lo que es el primer paso para el establecimiento de una política pública dirigida de manera universal a la infancia. Es importante recalcar el papel que debe ocupar el Estado en la creación de un sistema administrativo, judicial y una legislación respetuosos con los derechos de la niñez, de este modo se ha señalado que “El principal instrumento que tiene un país para avanzar en el cumplimiento de estos derechos es su institucionalidad, entendida

⁷⁹ CILLERO Miguel. 2001. Los Derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 3. pp. 49-64. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf [Consulta: 28 mayo 2014]. p. 50.

como la estructura de políticas, instituciones y servicios mandatados para dar cumplimiento a las garantías establecidas a niños, niñas y sus familias en la legislación vigente”⁸⁰. Por lo cual, si bien es un primer paso, no basta con que Chile haya ratificado la Convención, sino que debe asegurar los medios e instrumentos para garantizar su efectividad. Para ello ha de revisarse las principales materias en las que la Convención interviene y cómo el Estado, a través de los mecanismos con los que cuenta ha dirigido sus pasos hacia una protección integral de la infancia.

La Convención ha permitido incorporar a nuestro ordenamiento jurídico interno, disposiciones relativas a los derechos del niño, las que sumadas a las normas de fuente nacional cumplen determinados cometidos, tal como lo señala Cillero estos serían: Reafirmar que las niñas y niños como personas humanas tienen iguales derechos que todas las personas; Especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de la infancia; Establecer derechos propios de la niñez; Regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de la niñez o de su colisión con los derechos de los adultos; Orientar las políticas públicas en relación a la infancia; Limitar las actuaciones de las autoridades⁸¹.

⁸⁰ MORALES Francisca. 2013. Radiografía de la institucionalidad para la primera infancia en Chile. [En línea]. Clave de Políticas Públicas, serie: Desafíos en la educación de primera infancia. Instituto de Políticas Públicas UDP N° 20. 9p. http://www.politicaspUBLICAS.udp.cl/media/publicaciones/archivos/376/Radiografia_de_la_institucionalidad_para_la_primera_infancia_en_Chile.pdf [Consulta 3 de junio 2014]

⁸¹ CILLERO Miguel. 1999. Infancia, autonomía y derechos ... Op.cit. p. 3.

Como se señaló con anterioridad en el capítulo I, la Convención se estructura a partir de ciertos principios, tales como la no discriminación, supervivencia y desarrollo, interés superior del niño, y la participación. “Estos principios –como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc. Cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia”⁸². Estos principios se encuentran contemplados en nuestro ordenamiento jurídico y los mismos permiten ejercer a su vez otros derechos y resolver conflictos que surgen cuando dos derechos igualmente reconocidos colisionan.

La doctrina ha dividido los derechos que consagra la convención en cuatro grupos, estos son⁸³:

- i. Supervivencia: Entre los cuales se encuentran el derecho a la vida, a la salud, a la familia, a la alimentación y nutrición, a la seguridad social.
- ii. Desarrollo: Contemplándose los derechos de educación, a tener un nombre e identidad, a conocer y disfrutar la cultura, al juego, la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión.

⁸² *Op. cit.* p. 7.

⁸³ BUAIZ Yuri. 2003. La doctrina para la... *Op. cit.* p. 7.

- iii. Participación: Incluyéndose derechos como la libertad de expresión e información, opinión y asociación.

- iv. Protección especial: El cual se relaciona con aquellos derechos que buscan proteger a los niños de situaciones específicas como la protección contra toda forma de explotación, abuso físico o mental, maltrato o descuido, también contra los conflictos armados, contra el trabajo infantil, el derecho a un proceso justo, contra la venta o el secuestro y el derecho contra el uso ilícito de estupefacientes.

Todos los niños son titulares de estos derechos y por tanto la Ley debe crear los mecanismos para hacerlos efectivos y protegerlos de los obstáculos que les impidan su libre ejercicio, sin embargo la Convención comprende que los titulares específicos de estos derechos, es decir niños, niñas y adolescentes son sujetos en desarrollo, por lo que se hace cargo de esta situación particular, para ello “les asigna el carácter de sujeto jurídico especial y reconoce una autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo con la evolución de las facultades del niño”⁸⁴, también establece un deber especial de protección.

⁸⁴ CILLERO Miguel. 2001. Los Derechos del niño... *Op. cit.* p. 56.

La autonomía progresiva consagrada en el artículo 5 de la Convención⁸⁵, permite entender al niño como un sujeto de derechos, en oposición a la idea del niño como un incapaz jurídico. De este modo la infancia se concibe como una época de desarrollo y de progresiva autonomía en los distintos ámbitos de la persona. El problema se encuentra en que a pesar de esa capacidad plena no siempre existe la posibilidad real, ya sea por cuestiones fácticas o jurídicas, de que un niño pueda ejercer sus derechos de manera personal, debido a su falta de madurez para ciertas cosas. La autonomía progresiva, concepto relativamente nuevo en el ámbito del derecho, viene a solucionar esta situación, disponiendo que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo y se basa en la evolución de sus facultades y que es deber de los padres o del adulto a su cargo orientar al niño (no decidir por él) para que este pueda ejercerlos de manera adecuada.

De acuerdo con Cillero entre los problemas que ha traído a nuestro ordenamiento jurídico la ratificación de la Convención es posible identificar, en primer lugar los conflictos entre leyes ya que la Convención encuentra a en contradicción con un conjunto de normas de nuestro ordenamiento interno como las de familia, trabajo, derechos fundamentales, etcétera; otro conflicto

⁸⁵ UNICEF. 1989. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Art. 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

corresponde a la necesidad de superar el paradigma de la incapacidad y reconocer jurídicamente a los niños como sujetos de derechos; y por último, la necesidad de superar la brecha entre derechos proclamados la realización de los derechos⁸⁶. Para terminar con estos conflictos se requieren importantes esfuerzos en las distintas áreas de la actividad del Estado como lo son el área legislativa, administrativa y también judicial.

Respecto a las reformas legislativas, se ha discutido acerca de la necesidad de realizarlas, pues según lo referido por una parte de la doctrina, al haber ratificado nuestro país la Convención esta tendría una aplicación directa debido a la autoejecutabilidad de los tratados por lo que no sería necesaria una reforma legislativa, ya que las leyes incompatibles con la Convención se encontrarían tácitamente derogadas por ella y cuando fuese necesaria la Convención para resolver un asunto, el Juez podría aplicarla e interpretarla directamente, sin embargo, en la otra vereda, se encuentra otra postura doctrinaria, con la cual concuerdo, la cual establece que por cuestiones prácticas es conveniente dictar normas legales internas que logren desarrollar aquellos mecanismos de exigibilidad de los derechos contenidos en la Convención. Además es importante considerar el tratado no regula determinados aspectos de manera específica, por lo que se requiere una reglamentación interna más exhaustiva.

⁸⁶ CILLERO Miguel. 2001. Los Derechos del niño... *Op. cit.* p. 54.

2. Adaptación de la legislación y políticas públicas sobre infancia en Chile a partir de la Convención

Durante estos veinticuatro años, desde la incorporación de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico, Chile ha avanzado en la creación y fortalecimiento de mecanismos legales e institucionales para garantizar y hacer efectivos los derechos que la Convención consagra a la niñez toda. Al respecto han existido importantes avances legislativos en la materia, respecto a lo cual la doctrina ha señalado que “todas estas leyes apuntan simultáneamente a terminar con diferentes formas de discriminación y exclusión existentes entre los niños, y a garantizar un nivel básico de condiciones de vida y desarrollo personal para todos”⁸⁷. Como ejemplo de lo recién señalado podemos encontrar: La Ley de filiación única que termina con la injustificable distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, el establecimiento de una Ley de responsabilidad penal adolescente, la Ley que crea los tribunales de familia, la Ley de violencia intrafamiliar y delitos sexuales, el establecimiento de la educación básica y media obligatoria, entre otros.

⁸⁷ UNICEF. 2005. Situación de los niños y niñas en Chile: A 15 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño 1990- 2005. [En línea]. Oficina regional para América latina y el Caribe. 34p. http://www.unicef.cl/archivos_documento/138/unicef.pdf [Consulta: 28 mayo 2014]. p. 2.

El Estado es actor clave en el tema de la protección de la infancia, debido a su rol protagónico en la creación de marcos legales e institucionales, en el desarrollo de agendas nacionales en favor de la infancia, en la gestión de la coordinación, en la asignación de recursos necesarios para el funcionamiento del sistema y en el monitoreo de las políticas y programas en desarrollo. Debido a esto se analizará a continuación algunos de los principales avances que ha realizado nuestro país en materia de protección a la infancia, a partir de la ratificación de la Convención y que están orientados al establecimiento de un sistema de protección integral.

2.1 Ley de filiación única

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.585 en el año 1998, el tratamiento jurídico de la filiación en Chile establecía categorías de hijos en atención a la existencia o no de vínculo matrimonial entre los padres y al reconocimiento del hijo hecho por los padres. Así nos encontrábamos con tres categorías de hijos, los legítimos, los naturales y los ilegítimos, respecto a los cuales existían importantes diferencias en el reconocimiento de derechos en el ámbito familiar y también en los efectos sucesorios. Con la dictación de la Ley de filiación se termina con esta diferenciación, la que a todas luces puede considerarse inconstitucional, estableciéndose los mismos derechos para todos los hijos.

La necesidad de regular esta situación de la diferenciación entre los hijos, que se daba con anterioridad a la Ley 19.585, tiene como base preceptos constitucionales, tal como la igualdad de todos los hombres establecido en el artículo 1 de nuestra Constitución y en el artículo 19 N° 1 de la misma, el cual además señala que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias entre las personas. También, aparte de los claros derechos constitucionales que se pasaban a llevar con la situación de los hijos, anterior a esta Ley, se encontraban diversos Tratados Internacionales ratificados por Chile, que prohíben la discriminación entre los hijos, tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

“Allí estaban las normas constitucionales y los tratados internacionales, diciendo una cosa y por otro lado existía una frondosa legislación familiar absolutamente discriminatoria, con tres categorías de Hijos. (...) Había entonces una situación de evidente injusticia, que era indispensable y urgente corregir. Había un imperativo moral y jurídico. Pero había también un imperativo constitucional y de responsabilidad del Estado de Chile frente a la comunidad internacional”⁸⁸.

⁸⁸ RAMOS PAZOS René. 1999. ANALISIS CRÍTICO DE LA LEY N° 19.585. [En línea]. Revista de Derecho de Valdivia, vol.10, N°1, pp.125-134. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200012&lng=es&nrm=iso>. [Consulta: 02 junio 2014].

La doctrina ha considerado que existen tres ideas principales, contenidas en la Constitución y los Tratados Internacionales que toman fuerza para el surgimiento de esta Ley de filiación única que venía a modificar tan injusta situación, estas son:

- i. Derecho a la identidad: Toda persona tiene derecho a conocer sus orígenes, de este modo sabrá quién es él. Así lo expresa la Convención de los derechos del niño en su artículo 7, señalando que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. De este modo la Ley de filiación contempla mecanismos para la determinación de la paternidad o maternidad, además se establecen acciones de filiación para la investigación de paternidad o maternidad, tales acciones se basan en los principios de libre investigación y amplitud de los medios de prueba.

- ii. Trato igualitario a los hijos: La Ley de filiación iguala los derechos que le corresponde a cada hijo, sin establecer diferencias, cumpliendo de este modo con los preceptos constitucionales y con el artículo 17 punto 5 del Pacto de San José de Costa Rica que establece que la Ley debe

reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

- iii. Interés superior del niño: Principio central que rige toda legislación orientada a la infancia, el cual se encuentra contenido en la Convención en el artículo 3. Y que pasa a ser parte del espíritu de la Ley 19.585, también está presente en diversos artículos del Código Civil, tal como el artículo 222 el cual indica que la preocupación central de los padres debe ser el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible.

2.2 Creación de los Tribunales de Familia

En octubre de 2005 comenzaron a funcionar los tribunales de familia en el país, entre las materias de las que se hacen cargo estos tribunales encontramos divorcios, alimentos, cuidado personal de los niños, adopción y la interposición de medidas de protección que cautelen los derechos de los niños y niñas cuando estos se ven amenazados o vulnerados.

En relación al mandato del artículo 4 y 19 de la Convención, los Estados parte deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por ella y para proteger

al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación. En este contexto, es esencial que los Estados contemplen en su legislación interna un procedimiento judicial para la aplicación determinadas medidas que garanticen la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En nuestro país, aquél procedimiento se encuentra regulado en el párrafo primero del título IV de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia.

Para el establecimiento de las medidas de protección, la Ley contempla un procedimiento de protección derechos, el cual puede interponerse a favor del niño sin mayores formalidades, pudiendo iniciarlo las personas que señala el artículo 70 de la Ley de Tribunales de Familia⁸⁹. Además la Ley establece un catálogo de medidas cautelares especiales que pueden aplicarse en cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, ya sea de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello resulte necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente. Estas medidas van desde el ingreso a programas de reparación, orientación o apoyo familiar hasta la internación del niño en un hogar o centro residencial para menores, siempre y cuando no exista un adulto responsable que pueda hacerse

⁸⁹ CHILE. 2004. Ministerio de justicia. Ley 19.968: Crea los Tribunales de familia. Art. 70: Inicio del procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello.

cargo del él, siendo la internación del niño una medida de aplicación restrictiva y excepcionalísima.

Dentro de esta Ley es posible encontrar plasmados diversos principios que la Convención establece, tal como lo son: el principio del interés superior del niño y el derecho de éste a ser oído, como elementos esenciales que rigen la decisión que el juez de familia vaya a adoptar en los asuntos de su competencia y afecte a algún niño o niña.

Por un lado, el principio del interés superior del niño establecido en el artículo 16 de la Ley 19.968 ha sido cuestionado por la doctrina debido a que su nacimiento tuvo un carácter paternalista más que de protección de los derechos del niño, sin embargo la mejor interpretación que puede sacarse de este principio, tal como lo señala Miguel Cillero es que el interés superior del niño corresponde a la plena satisfacción de sus derechos.

El derecho a expresar su opinión y a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 12 de la Convención y en el artículo 69 de la Ley 19.968 referido al procedimiento de adopción de medidas de protección. Este principio implica que el niño ha de ser escuchado durante el procedimiento judicial que le afecte, la

doctrina ha señalado que “no se trata simplemente del derecho a opinar sino de derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida)”⁹⁰.

2.3 Protección a la primera infancia e institucionalización del programa “Chile Crece Contigo”

El concepto “primera infancia” dice relación con aquel grupo de niños y niñas, que de acuerdo con la doctrina, van desde los 0 a los 8 años de edad, grupo al cual se le ha otorgado una protección y cuidado especial por la situación particularmente vulnerable y sensible en la que se encuentran durante este periodo. Son varias las razones que justifican la especial atención a este grupo de niños, en primer lugar la neurociencia ha descubierto que durante la primera infancia el sujeto se encuentra en un proceso de aprendizaje constante y abierto; además se ha señalado que las experiencias que tiene un niño en la primera infancia son fundamentales para su desarrollo posterior.

Chile ha hecho importantes avances en materias relativas a la garantías y cumplimiento de los derechos de la primera infancia, lo cual ha podido verificarse en diversas áreas que integran las políticas públicas dirigidas al

⁹⁰ COUSO Jaime. 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y Derecho a Ser Oído. [En línea]. Revista Derechos del Niño, UNICEF. N° 3 y 4. pp. 145-166. http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf [Consulta: 9 junio 2014]. p.154.

desarrollo de este grupo, tales como educación, salud, nutrición, entre otros. Encontrándose involucrado más de un organismo estatal para esta tarea, lo cual genera como consecuencia dificultad en la coordinación entre los agentes públicos.

Respecto al ámbito educacional se ha señalado que, “el cuidado y educación de la primera infancia mejora la transición del ciclo inicial al ciclo de educación básica”⁹¹, también contribuye a reducir las desigualdades de origen, entre otros beneficios que genera la promoción de la educación temprana. Al respecto, el mandato constitucional, contenido en el artículo 19 N° 10, indica que la educación tiene por objeto asegurar el desarrollo pleno de la persona en cada etapa de su vida. La última reforma legislativa referida a la educación parvularia del año 2013, determina que es obligación del Estado promover la educación parvularia, y establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. Cumpliendo con ello con lo dispuesto en el artículo 28 de la Convención referido a la tarea que se le encomienda al Estado a asegurar el derecho a la educación.

⁹¹ MELLIS Vera. 2009. Derecho a la Educación en la primera infancia. [En línea] Foro Mundial de Grupos de trabajo por la Primera Infancia Sociedad Civil.-Estado Cali, Colombia. pp. 413-416. <http://186.113.12.12/discoext/collections/0082/0041/01780041.pdf> [Consulta: 06 de junio 2014]. p.414.

El Ministerio de Educación es responsable del diseño de las políticas de educación en el país. El Estado otorga acceso a la educación parvularia gratuita a los niños entre 0 y 4 años de edad, a través de proveedores como la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) y la Fundación Integra.

Así como en el ámbito de la educación, existen otras áreas en las cuales se han desarrollado políticas estatales dirigidas a la primera infancia, las cuales se han coordinado a través del Sistema de Protección Integral a la Infancia “Chile Crece Contigo”, el cual surge a partir de las recomendaciones del Consejo Asesor para las políticas de la infancia creado el año 2006. Forman parte de este proceso de trabajo coordinado el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Desarrollo Social, entre otras instituciones estatales. La Ley 20.379 del año 2009 crea un sistema intersectorial de protección social e institucionaliza el subsistema de protección integral a la infancia “Chile Crece Contigo” acompañando a niños y niñas que se atiendan en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación y hasta su ingreso al sistema escolar. El programa “Chile Crece Contigo” entrega a los niños y niñas entre 0 y 4 años acceso a distintos servicios y prestaciones que se encargan de atender sus necesidades y que apoyen su desarrollo durante esta etapa de crecimiento, la finalidad de este programa es asegurar un proceso de desarrollo equilibrado y pleno durante sus primeros años de vida.

Dentro de las características que se destacan de este programa se encuentra la universalidad de su marco de actuación, sin dejar de lado la focalización hacia quienes se encuentren en situaciones más vulnerables. Además es posible destacar el carácter multidisciplinario e integral de los servicios, buscando construir una red de apoyo hacia la primera infancia, de este modo a un mismo niño o niña se le brinda ayuda en las distintas áreas que influyen en su desarrollo, tales como salud, educación preescolar, familia y comunidad.

Sin embargo, se ha considerado negativo que el programa sólo se encuentre diseñado para la atención de niños y niñas hasta los 4 años, pues de ahí en adelante la atención multidisciplinaria y de acceso universal es dejada de lado.

2.4 Ley de Responsabilidad Penal Adolescente

En 1990 cuando Chile ratifica la Convención la normativa en materia de justicia penal juvenil se encontraba principalmente en la Ley de menores N° 16.618 y en los artículos 10 N° 2 y N° 3 y 72 del Código Penal. El sistema consistía a grandes rasgos en la inimputabilidad absoluta de los menores de 16 años y la determinación de inimputabilidad de acuerdo a la declaración de discernimiento para los mayores de 16 y menores de 18 años. Para una mejor explicación se puede señalar que:

- i. Menores de 16 y mayores de 16 y menores de 18 años declarados sin discernimiento: Se encontraban sometidos a la competencia del Juez de menores y a la aplicación por su parte de medidas de protección de carácter tutelar, establecidas en el artículo 29 de la Ley de Menores.
- ii. Mayores de 16 y menores de 18 años declarados con discernimiento: Se encontraban sometidos a la competencia del Juez del crimen y eran juzgados como adultos, siendo la única consideración la disminución de la pena (Artículo 72 Código Penal).

Esta estructura, bajo la cual a algunos jóvenes se les aplicaba el sistema tutelar y a otros el sistema penal para adultos fue criticada, pues no se ajustaba a los parámetros de la Convención ni a la doctrina de la protección integral. De acuerdo con el profesor Gonzalo Berríos dos eran los principales problemas de éste sistema, por un lado se encontraba su ineficiencia para responder a las necesidades del control criminal y por otro las violaciones a derechos y garantías que genera.⁹²

Respecto al procedimiento en el que se basaba este sistema, es posible señalar que la Ley entregaba a los jueces de menores amplísimas facultades respecto

⁹² BERRÍOS Gonzalo. 2005. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. [En línea]. Revista de estudios de la Justicia N°6. Facultad de Derecho Universidad de Chile. pp. 162-164. <http://web.derecho.uchile.cl/cej/htm/media/nuevajusticiaadolescentes.pdf> [Consulta: 05 junio 2014],p. 162.

del menor, no existía derecho a defensa, “tampoco existía respeto alguno al principio de presunción de inocencia, y en la práctica resulta determinante el parte policial”⁹³, por último, la posibilidad de impugnar la sentencia ante la respectiva Corte de Apelaciones era mínima,

Entre las principales modificaciones que se fueron realizando a partir de la ratificación de la Convención y con anterioridad al establecimiento de un sistema de responsabilidad penal juvenil, podemos encontrar:

- i. El establecimiento de un plazo determinado para establecer el discernimiento del menor (15 días), a través del artículo 374 bis A del Código de Procedimiento Penal.
- ii. La Ley 19.403 sobre abuso de publicidad incorporó la protección de los niños víctimas o inculcados de delitos, evitando la divulgación de su identidad.
- iii. También se modificó el artículo 16 de la Ley de Menores señalándose expresamente que los únicos recintos adecuado para la retención de menores de 18 años son las comisarias y subcomisarias de menores, los centros de tránsito y distribución, los centros de observación y

⁹³ CORTÉS Julio. 1999. A 100 años de... *Op. cit.* p 24.

diagnostico y demás establecimientos que determine el Presidente de la República por decreto supremo. Esta norma tenía por finalidad la erradicación de los niños de las cárceles para adultos. Así mismo el artículo 29 de la Ley de menores estableció que el Juez de menores no podrá ordenar en caso alguno el ingreso de menores de 18 años a un establecimiento penitenciario para adultos.

El punto cúlmine de estas transformaciones al tratamiento de los jóvenes por infracciones a las leyes penales, se produce con la Ley 20.084 la cual entró en vigencia el año 2007, y que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente para aquellos jóvenes cuyo rango de edad vaya entre los 14 y 18 años (la edad se considerará al momento en que se hubiese dado principio a la ejecución del delito).

El objetivo esta nueva legislación, establecido en el artículo 20 de la Ley 20.084, es hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por hechos delictivos que cometan, pero entendiendo que la sanción formará parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la integración social. De este modo se crea por primera vez, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes, acorde a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño.

En el aspecto formal la Ley de responsabilidad penal adolescente contiene regulaciones complejas y pretende crear un sistema específico dentro del marco de la justicia penal, para ello contiene normas tanto de procedimiento como sustantivas, remitiéndose de manera supletoria al Código Penal y al Código Procesal Penal, así como a las leyes especiales.

Esta Ley reconoce al adolescente como un sujeto de derechos, respecto de quien el Estado, debido a su minoría de edad, se encuentra en la obligación de brindarle una protección adecuada y promover su desarrollo e integración social. Además la Ley se encarga de asegurarle las garantías procesales y penales que se les reconocen a los imputados adultos, además de asegurar otras particulares para los adolescentes.

A la luz de lo establecido por la Convención en su artículo 37 referido a que la medida de privación de libertad debe ser considerada como una medida excepcional y como último recurso para los delitos graves, puede señalarse que otro de los aportes importantes realizado por esta Ley corresponde al conjunto de respuestas que ofrece frente a la infracción penal adolescente, contemplando un amplio catálogo de sanciones, prefiriéndose idealmente a las no privativas de libertad por sobre las que implican el encierro del adolescente. Respecto a esto último, para hacer efectiva la privación de libertad se contemplan dos regímenes de internación el régimen cerrado y el semi cerrado,

los cuales se llevarán a cabo en lugares establecidos, denominados centros de privación de libertad los que dependerán directamente del SENAME o de los colaboradores del SENAME, de acuerdo a lo señalado por la misma Ley. El artículo 44 de la Ley 20.084 establece que la ejecución de las sanciones privativas de libertad estarán dirigidas a la reintegración del adolescente al medio libre.

Una de las principales críticas que se le ha hecho a esta Ley se refiere al máximo tiempo contemplado para la privación de libertad, el cual corresponde a 10 años, el que se impone como pena por la comisión de determinados delitos considerados graves y de acuerdo con la edad del infractor. Éste tiempo es considerado por parte de la doctrina como excesivo, ya que durante la tramitación del proyecto de Ley se contempló que la pena máxima fuese de 5 años, lo que finalmente fue desechado. Esto sería uno de los puntos negativos del sistema pues va en contra de los mismos fines de la Ley referidos a la integración social al medio libre.

La sanción que impone este sistema penal especial para los adolescentes debe estar asociada por un lado a hacer efectiva la responsabilidad que le corresponde al joven por ser sujetos de derechos y deberes, pero lo más importante es el trabajo pedagógico y resocializador que debe hacerse con el menor de edad y no la duración de la pena. Al respecto Emilio García Méndez

señala “Diez años de privación de libertad me parece excesivo. Un SENAME trabajando mejor podría tener mejores resultados”⁹⁴. Chile aun se encuentra atrasado en políticas sociales de prevención y rehabilitación de este grupo de jóvenes.

Otra crítica que se le hace a este sistema de responsabilidad penal, dice relación con que a pesar de existir un amplio catalogo de medidas alternativas a la privación de libertad, como se mencionó anteriormente, se sigue aplicando ésta de manera generalizada, relajándose las condiciones iniciales de proyecto de Ley para su utilización.

Es necesario señalar que las leyes de responsabilidad penal adolescente no están llamadas a resolver el problema de la delincuencia juvenil, pues para ello encontramos las políticas sociales y de prevención. De este modo mientras mejor funcionen estas políticas, menor será el ámbito de aplicación de la Ley de responsabilidad penal juvenil. Entre los desafíos pendientes se encuentra la coordinación interinstitucional y la realización de una política criminal seria y responsable, adecuada a los postulados de la Convención, dentro de la cual se refuerce la idea de programas de prestación de servicios a la comunidad como medio alternativo a la privación de libertad.

⁹⁴ Entrevista a Emilio García Méndez, realizada por Luz Zañartu, periodista de la Unidad de Estudios de la Dirección Nacional del SENAME, referida a la actual legislación chilena sobre responsabilidad penal adolescente. Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/otros/observador1/obs_137-143.pdf

2.5 Creación del Consejo nacional de la infancia

El 14 de mayo de 2014 se firmó el decreto que crea el Consejo Nacional de la infancia, institución que pretende impulsar nuevas normativas, planes y programas a favor de la defensa de los derechos de niñas y niños del país.

Este Consejo corresponderá a una instancia asesora presidencial integrada por todos los organismos y sectores vinculados a la promoción y resguardo de los derechos de niños, niñas y adolescentes para que presten su colaboración en el diseño e implementación del Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia.

Como este organismo acaba de ser creado aun no puede realizarse un análisis de su funcionamiento y características.

3. Situación actual de los niños en Chile a 24 años de la Ratificación de la Convención

En los últimos años nuestro país ha mostrado importantes avances en el tratamiento normativo de los derechos de la infancia y la adolescencia. La noción de los niños como objeto de protección propia de la doctrina de la

situación irregular ha dado paso progresivamente hacia un enfoque que considera a los niños como sujetos de derechos, de acuerdo a los postulados de la protección integral. Sin embargo este proceso no ha finalizado y aun se encuentran pendientes tareas por parte del Estado. Entre estas tareas, uno de los temas que más se le ha criticado a Chile por parte de la UNICEF, la comunidad internacional y nacional, es que aun mantiene vigente la antigua Ley de Menores, la cual es incompatible con la Convención y la consideración de los niños como sujetos que gozan de derechos plenos.

Nuestro país enfrenta un desafío respecto a la necesidad de emprender las reformas que le permitan contar con una institucionalidad de protección a la infancia acorde con la época y por sobretodo que respete los derechos de todos los niños. Dentro de las principales carencias del sistema se ha considerado la falta de coordinación entre los distintos organismos que tienen relación con la protección de los derechos de los niños y la falta de un ente coordinador que asuma la responsabilidad y dicte los lineamientos a seguir, se ha señalado también la falta del desarrollo de políticas públicas que se haga cargo del nivel local, en el cual existe un contacto directo con los niños.

Es importante tener en consideración que las nuevas políticas públicas dirigidas a la infancia deben ir orientadas a dos ámbitos, por un lado deben concretarse las políticas públicas de carácter *universal* reflejadas en que los derechos

deben ser garantizados a todos los niños, niñas y adolescentes ya sea por el Estado y también por las familias, en este ámbito deben encontrarse involucrados todos los organismos que influyen en el desarrollo adecuado de la niñez, tal como salud, educación y participación ciudadana, coordinado a través del organismo designado para ello. Por otro lado deben desarrollarse las políticas públicas de carácter *focalizado* implementadas con la finalidad de permitir el correcto desarrollo y promover la igualdad de oportunidades respecto de aquellos niños que ven vulnerados sus derechos, intentando que una vez solucionados estos conflictos sean las políticas públicas universales las que los protejan.

Por tanto el énfasis debe dirigirse hacia ambas políticas, tanto las focalizadas como las universales, y no como ocurre en la actualidad en que sólo priman las políticas públicas focalizadas, las cuales se dirigen a un grupo particular de la niñez, políticas públicas que generalmente son de carácter reparatorio y por tanto actúan con posterioridad a que los derechos del niño hayan sido vulnerados. Actualmente debe promoverse políticas preventivas e informativas dirigidas a niños y adultos, entendiendo que los derechos deben defenderse y promoverse siempre y en todo ámbito, no sólo cuando estos sean vulnerados.

Es por ello que la UNICEF en conjunto con representantes del mundo académico y de la sociedad civil dedicados al trabajo con la infancia y la

adolescencia, impulsó un ciclo de debates con el objetivo de reflexionar acerca de la nueva institucionalidad que requiere la infancia de nuestro país y además formular una serie de medidas concretas con este fin, este ciclo de debates se ha sistematizado en un documento que salió a la luz durante el año 2012, el cual propone entre sus conclusiones, la necesidad de una Ley de protección integral a la infancia, la creación de un servicio de protección de derechos de la infancia que reemplace al actual SENAME y la creación de un Defensor de los Derechos del niño. Estas propuestas han sido consideradas por nuestras instituciones y actualmente se está trabajando en determinados proyectos de Ley que se adecúen a lo propuesto por la UNICEF y la comunidad internacional. Es importante señalar que estas reformas deben ubicarse dentro del marco general de una nueva institucionalidad, respecto del cual existe un consenso generalizado en la necesidad de su creación.

3.1 Reestructuración del SENAME

En agosto del año 2012 el Gobierno envió al Congreso un proyecto de Ley (Boletín N° 8487-07) que suprime el actual SENAME y crea dos servicios; el Servicio Nacional para la Protección de la Infancia y Adolescencia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente dependiente del Ministerio de Justicia. Ambos servicios serán descentralizados en sus funciones, con personalidad jurídica y patrimonio

propio, dedicados a la protección de niños vulnerados en sus derechos y a la atención de adolescentes infractores de la Ley penal, respectivamente.

La importancia de este proyecto radica en que finalmente se separará de forma definitiva dos aspectos relevantes en cuanto al tratamiento de la infancia que se venían tratando de manera conjunta durante mucho tiempo, la protección de derechos y las infracciones a la Ley penal. El tratamiento conjunto de estos conflictos sociales, como ocurre en la actualidad, impide que ambos se traten de manera efectiva y produce una distorsión en la comprensión del problema y sus verdaderos orígenes, reconduciendo todo al tema de la pobreza. “La distinción institucional para la atención de estos dos grupos ha sido una de las recomendaciones realizadas a nuestro país por organismos internacionales expertos en la materia”⁹⁵.

3.1.1 El Servicio de protección a la Infancia y Adolescencia

Tres son los principales objetivos que plantea el proyecto de Ley respecto de este nuevo servicio, por un lado el servicio tendrá a su cargo la administración de un sistema de protección especial para niños y adolescentes que han sido vulnerados en sus derechos, también deberá encargarse de la promoción de los

⁹⁵ Observatorio de Iniciativas Legislativas. 2012. Nueva institucionalidad para la infancia y adolescencia: Un compromiso pendiente. [En línea]. Apuntes Legislativos N° 17. Centro de Políticas Públicas UC. 15p. http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion.arquivo_adjunto.8cd82d458ca84f76.4170756e7465204ec2ba31372053656e616d655f66696e616c2e706466.pdf [Consulta: 05 junio 2014]. p. 3.

derechos del niño y por último de la prevención de la vulneración de los mismos.

Entre sus funciones se encuentra el diseño de planes y programas dirigidos a la infancia, también la evaluación de los estándares de calidad y de cumplimiento por parte de los colaboradores del servicio, se ha señalado que la actual supervisión del SENAME no es la adecuada “Hoy en día la labor del SENAME corresponde más bien a un rol de fiscalización que tiene relación con el cumplimiento de condiciones mínimas de funcionamiento de las cuales depende el financiamiento (subvención)”⁹⁶, pero no existe un seguimiento ni acompañamiento técnico a las entidades colaboradoras, por lo cual es importante que el nuevo servicio contemple dentro de la labor de supervisión asegurar la calidad de la atención y la especialización de las intervenciones, al respecto es importante señalar que los estándares de calidad deben diferenciarse respecto del tipo de intervención de la que se trata.

Otro aspecto relevante a considerar en el tema de la coordinación intersectorial entre los distintos órganos del Estado involucrados en la protección de la infancia, es el intercambio de información de los registros sociales ya existentes, de este modo poder trabajar con la oferta que actualmente se

⁹⁶ Observatorio de Iniciativas Legislativas. 2012. Nueva institucionalidad para... *Op. cit.* p. 8.

conoce, evitar la sobre intervención, lograr un mejor monitoreo y evaluación de los resultados de los programas.

Entre las críticas que surgieron a partir de esta iniciativa legislativa se ha señalado que esta reforma estaría incompleta si no se constituye una nueva institucionalidad en la cual se modifique en primer lugar la actual Ley de menores y se cree una nueva Ley para la infancia, acorde a los principios de la Convención. También se ha señalado que el proyecto no contempla una división de funciones, al igual que el actual SENAME los servicios que crea el proyecto serán los encargados de fiscalizar a las instituciones colaboradoras, diseñar las políticas públicas correspondientes, evaluar los programas y además ser prestadores de servicios. Otro punto importante que no ha sido contemplado por el proyecto de forma profunda, tiene que ver con la especialización de las intervenciones de acuerdo a las necesidades de los niños y la capacitación de los profesionales a cargo.

Por otro lado se ha propuesto que la Ley que crea estos servicios, que vienen a reemplazar al SENAME, contemple programas alternativos a la institucionalización de niños en centros residenciales por vulneración de derechos, ya que ésta medida se considera demasiado extrema y a su vez vulneratoria, por lo cual debe ser utilizada en casos excepcionales. Dentro de las alternativas que proponen los expertos en la materia podemos encontrar:

familias de acogida⁹⁷, convenios con universidades u otras instituciones que entreguen atención especializada y asesoría técnica para problemas de alta complejidad.

3.1.2 El Servicio de Responsabilidad Penal Adolescente

En este ámbito el proyecto de Ley no contempla cambios importantes en relación a la actual institucionalidad de responsabilidad penal adolescente establecida en la Ley 20.084. Esta ha sido una importante crítica a la creación de estos nuevos servicios, ya que esta debiese ser una oportunidad de mejoramiento del actual sistema, el cual no ha podido solucionar la tensión que existe entre reinserción social de los jóvenes y las medidas de control y sanción.

Sin embargo esto puede explicarse ya que a pesar de que el sistema de responsabilidad penal adolescente requiere perfeccionarse al menos ya existe una institucionalidad que se haga cargo del tema, en cambio en el ámbito proteccional no existe Ley ni Reglamento especial que regule su funcionamiento, por lo cual el proyecto de Ley debe contemplar de manera más acabada éste aspecto.

⁹⁷ Actualmente en Chile existen programas institucionales denominados FAE. El Programa de Familia de Acogida Especializada (FAE), atiende a niños, niñas y adolescentes separados de su medio familiar por graves vulneraciones a sus derechos, otorgando un contexto protector y afectivo en una familia de acogida especializada, con el objetivo de potenciar en el niño, niña y adolescente, y en las familias, el desarrollo de recursos y destrezas para restituir los derechos que fueron vulnerados y que originaron el ingreso al programa.

El nuevo servicio de Responsabilidad Penal Adolescente se encontraría regido por cuatro principios estos son: especialización, orientación de la gestión hacia el adolescente, coordinación pública e innovación. Respecto a la especialización al igual que en el servicio de protección a la infancia, ésta es necesaria e importante para el trabajo de cuidado y reinserción social, que se encuentran dentro de las funciones del servicio, “se procurará la especialización de los funcionarios del servicio y del personal de las entidades colaboradoras, además de lo que ya se declara en la Ley 20.084 respecto a la especialización de los operadores jurídicos”⁹⁸.

A este servicio le corresponde dentro de sus funciones asegurar la ejecución de las medidas cautelares personales, las salidas alternativas, y sanciones decretadas respecto de los jóvenes de acuerdo con la Ley de responsabilidad penal adolescente, asegurando el respeto de los derechos del adolescente y procurando una intervención socioeducativa de calidad, orientada a responsabilización y la reinserción social.

⁹⁸ UNICEF. 2012. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). [En línea]. Serie de reflexiones Infancia y Adolescencia N° 13, Santiago. 87p. http://www.unicef.cl/web/wpcontent/uploads/doc_wp/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf [Consulta: 11 junio 2014].p. 10.

3.2 Ley de Protección Integral de la Infancia

En el año 2013 ingresa al Congreso el Proyecto de Ley (Boletín 8911-18) de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta nueva Ley busca establecer los lineamientos y criterios esenciales a ser considerados para prevenir vulneraciones, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La UNICEF ya había recomendado en más de una ocasión al Estado chileno la derogación de la Ley 16.618 (Ley de Menores) y que ésta fuese reemplazada por una auténtica Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Una Ley de protección integral va dirigida a todas las personas menores de 18 años, sin importar su condición social, nacionalidad, etnia, género u otra diferencia. Esta Ley busca garantizar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes y no se ocupa sólo de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, a pesar que deben existir políticas públicas, legislación y medidas diseñadas específicamente para esta situación en particular. Además este tipo de leyes deben establecer las condiciones y estructuras tanto a nivel nacional, regional y local que permitan hacer efectivo estos derechos.

Dentro de los principales contenidos contemplados por el proyecto de Ley en cuestión, es posible encontrar:

- i. El reconocimiento de la autonomía progresiva del niño para el ejercicio de los derechos de acuerdo a su edad y madurez;
- ii. Establece una lista (no exhaustiva) de derechos por los cuales se deberá velar, los que se encuentran consagrados en la Constitución, así como en leyes y tratados internacionales reconocidos por Chile;
- iii. Se consagra el principio del interés superior del niño, estableciendo que éste debe ser considerado en toda decisión que lo afecte;
- iv. También es importante señalar que el proyecto contempla como un deber tanto del Estado como de la familia y de la sociedad civil, velar por el respeto de los derechos de los niños promoviéndolos y protegiéndolos, lo que lo hace un compromiso conjunto;
- v. Crea una política nacional de infancia la cual estará a cargo de Ministerio de Desarrollo social, también crea un sistema nacional de protección de niñas, niños y adolescentes para promover la gestión intersectorial coordinada, que considerará la participación de todos los organismos y servicios públicos relacionados con la prevención, promoción y protección de los derechos de los niños.
- vi. Establece un procedimiento administrativo para el resguardo de los derechos de los niños.
- vii. Por último crea un consejo nacional consultivo para los niños, por medio del cual se hará efectiva la participación de la sociedad civil en materias

relativas a los niños, con el objeto proponer al Presidente de la República medidas destinadas a promover y proteger el ejercicio de los derechos de los niños, así como prevenir las situaciones que los afecten.

Es importante señalar dos prevenciones respecto a esta Ley, para que sea realmente efectiva y cumpla con el objetivo de promover y proteger los derechos de los niños. Primero, la nueva Ley de protección integral no debe ser una repetición de la Convención ni sólo reiterar los derechos que se consagran en ella, la Ley de protección integral debe dar un paso más y establecer los mecanismos y herramientas que permitan el efectivo ejercicio de los derechos a través de coordinación intersectorial, fijación presupuestaria, definición del lineamientos y políticas públicas, reformas a otras leyes, rol del juez, entre otros. Y segundo, para dejar atrás el sistema tutelar, la nueva Ley debe tener como fundamento la protección de las personas en estado de desarrollo y no la vulnerabilidad de los niños, al respecto Cillero señala que “el fundamento de la vulnerabilidad de centra en suplir, por vía de decisiones de la autoridad o de entrega de poderes, las carencias de los niños, sobre la base de un poder tutelar y de asistencialismo”⁹⁹, en cambio el fundamento de la protección de aquellas personas en estado de desarrollo se relaciona con la idea de interés

⁹⁹ UNICEF. 2012. Nueva institucionalidad de infancia... *Op. cit.* p. 13.

superior del niño “como una exigencia de igualdad que permita resolver obstáculos y pasar a niveles crecientes de igualdad jurídica real”¹⁰⁰.

Entre las críticas que los entendidos en el tema han hecho al proyecto se destaca que esta Ley no deroga la anterior Ley de menores, por lo que seguiríamos conviviendo con preceptos basados en el sistema tutelar, sin cambiar de raíz el sistema, tampoco existiría un refuerzo hacia las políticas públicas de carácter local, quienes son las que se relacionan de forma más directa con la infancia.

3.3 Algunas reflexiones

En un reportaje del año 2013, acerca de la situación actual sobre la protección de la infancia en nuestro país se criticó duramente la situación en la que Chile se encuentra:

“Quiero pedir perdón a nuestros niños y niñas a nombre propio y a nombre de todos los adultos que no hemos estado a su altura para escucharlos, defenderlos, promover sus derechos, abrazarlos. Siento vergüenza de un Chile incapaz de poner de acuerdo a sus legisladores hace más de 20 años para crear una Ley de Protección a la Infancia, aspecto sobre el cual el Comité de Derechos de Infancia de Naciones Unidas ha llamado la atención a nuestro país en reiteradas oportunidades”¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 13.

¹⁰¹ MURILLO José. En: <http://ciperchile.cl/2013/07/15/pido-perdon-a-nuestros-ninos-y-ninas-por-su-desproteccion/> [Consulta 23 junio 2014].

Desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño hecha por Chile hace 24 años, nuestro país ha ido articulando una política pública, un sistema judicial y una legislación acorde a ella, sin embargo y a pesar de los esfuerzos realizados esta adecuación ha sido principalmente formal. Es decir, las leyes se han adaptado a los nuevos términos utilizados por la Convención, se ha hablado de protección de los derechos de los niños pero aún no se han creado los mecanismos, ni la institucionalidad adecuada para su efectivo ejercicio. El profesor Cillero acuña esta situación en la siguiente frase “la aplicación de la Convención es aun una tarea pendiente en el país¹⁰². Afirmación con la que concuerdo completamente, pues una cosa es la adaptación de las leyes a la Convención y otra cosa distinta es la adecuación institucional y un cambio cultural, de tratamiento y relación con nuestra niñez.

Esta nueva institucionalidad debe basarse en políticas públicas dirigidas a tres niveles: promoción, prevención y protección, dando énfasis a la promoción y prevención para así evitar la vulneración de derechos. A su vez estas políticas públicas deben referirse a la universalidad de los niños promoviendo la igualdad y la no discriminación. La desjudicialización de problemas sociales, el énfasis en la educación y la salud preventiva, son algunos aspectos en las que se requiere poner los refuerzos necesarios para lograr reformas de raíz.

¹⁰² CILLERO Miguel. 1999. Infancia, autonomía y derechos... *Op. cit.* p. 12.

Es importante también señalar que la sociedad civil ha sido y debe seguir siendo, una de las impulsoras de las reformas al sistema de protección a la infancia. El interés de la sociedad civil en la protección de los derechos de los niños se basa en el permanente contacto que existe entre ésta y los niños, a través de ONG's, escuelas, centros de salud y talleres comunales. Por lo cual la promoción de los derechos del niño en el ámbito local es una tarea pública pendiente. Lo mismo respecto a la creación de espacios de participación para los niños, niñas y adolescentes dentro de su localidad.

En el ámbito legislativo es imperativa la derogación de la antigua Ley de Menores y la aprobación y puesta en marcha de una nueva Ley de protección integral, que promueva una visión del niño como sujeto de derechos y ya no más como la del niño objeto de protección del Estado. Además de la reestructuración del SENAME o la creación de nuevos servicios que permitan poner a la cabeza a algún organismo del Estado, el cual debe coordinar la acción conjunta de todos los actores e instituciones involucrados en la protección y promoción de los derechos de los niños.

Las metas que aquí se proponen respecto del tratamiento de la infancia parecían ambiciosas durante los 90, sin embargo poco a poco los Estados se han ido adaptando y las han ido cumpliendo. En la actualidad un país que no

establece políticas públicas para la infancia y que no legisla respecto de este grupo de la sociedad, se encuentra atrasado en temas de derechos humanos, de respeto de los tratados internacionales y en la protección de los derechos fundamentales de sus habitantes.

Es claro que la realización de los derechos de los niños es una tarea a largo plazo y como ya se ha señalado requiere del establecimiento de mecanismos de exigibilidad además de un sistema administrativo, legislativo y judicial que funcione acorde con la doctrina de la protección integral. Sin embargo para lograr un sistema de protección a la infancia, como el que plantea esta doctrina y la Convención, esta tarea debe ser asumida por el Estado pero también por las familias y en general por la sociedad. Chile ya emprendió su camino, lo que queda es continuar.

CAPÍTULO IV. DERECHO COMPARADO

El resto de los países latinoamericanos han vivido similares procesos a los que ha vivido Chile respecto de sus sistemas de protección a la infancia. Se puede observar que la doctrina tutelar o de la situación irregular, rigió durante todo el siglo XX en esta zona del mundo, y que a partir de la masiva ratificación de la Convención los países fueron adaptando sus legislaciones internas y sus políticas públicas, en mayor o menor medida. Se ha dicho que a partir de la ratificación de la Convención asistimos a un proceso sin precedentes de reforma a la legislación para la infancia y la adolescencia en cada uno de los países que la han ratificado.

En la actualidad encontramos diversos grados de avance respecto de los sistemas de protección a la infancia, en algunos países se han dictado códigos de la niñez, o han dictado leyes nacionales o provinciales de protección a la infancia y otros han adecuado su legislación vigente a los parámetros del nuevo tratado, como también hay otros en los cuales la adecuación ha sido meramente formal. A continuación se revisarán dos países que han realizado un gran trabajo por su infancia, avanzando hacia un sistema de protección integral en todos los ámbitos del sistema público.

1. Brasil y su ejemplo para Latinoamérica

“El caso de Brasil ha sido emblemático en la Región Latinoamericana; su sello fue básicamente, el unir la protección y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al proceso de recuperación y reconstrucción democrática del país. El movimiento social de Brasil entendió, desde un comienzo, la lucha por los derechos humanos de la niñez como una lucha política”¹⁰³.

1.1 El Estatuto del niño y del adolescente

En Brasil coinciden en una misma época, separados por un corto periodo de tiempo, la aparición de tres cuerpos legislativos que se refieren al tema de la protección de la infancia, desde una perspectiva de la protección integral, estos corresponden a la Constitución Política de Brasil de 1988, la Convención Internacional sobre los Derechos del niño de 1989 y el Estatuto del niño y del adolescente (*Estatuto da Criança e do Adolescente*) de 1990.

Un año antes de la aprobación de la Convención, la Constitución Política de Brasil en su artículo 227 venía a establecer que es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al esparcimiento, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda

¹⁰³ CONTRERAS Consuelo. 2003. El Sistema de Protección... *Op. cit.* p. 23.

forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. “Se estableció por primera vez en la historia de las Constituciones, el principio de absoluta prioridad de los intereses y los derechos humanos de los niños y de los adolescentes”¹⁰⁴. Esta garantía de prioridad absoluta viene luego a ser aclarada y completada por el Estatuto, el cual establece que tal garantía se expresará en lo siguiente:

- i. Primacía de recibir protección y socorro en cualquier circunstancia;
- ii. Preferencia de atención en los servicios públicos;
- iii. Preferencia en la formulación y en la ejecución de las políticas sociales públicas;
- iv. Asignación privilegiada de recursos públicos en las tareas relacionadas con la protección a la infancia y a la juventud.

Con base a las normas constitucionales y a la Convención, se elabora en Brasil el Estatuto del Niño y el Adolescente, el cual se encuentra orientado hacia niñas y niños como sujetos de derechos y no ya como objetos de protección. El Estatuto recoge de manera temprana y muy adecuadamente el espíritu y letra de la Convención, correspondiendo a uno de los primeros esfuerzos de adecuación normativa e institucional a este tratado internacional. La doctrina

¹⁰⁴ BARATTA Alessandro. 1995. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. [En línea] Capítulo criminológico Vol. 23. 1995. pp. 1-18. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17263.pdf> [Consulta: 27 junio 2014]. p. 14.

refiere lo siguiente con relación al Estatuto “Por primera vez en Latinoamérica, una construcción de derecho positivo vinculada a la infancia-adolescencia, rompe explícitamente con la llamada doctrina de la situación irregular, reemplazándola por la doctrina de la protección integral”¹⁰⁵. El nuevo sistema de la protección integral se encuentra explícitamente señalada en el artículo primero de la norma brasileña en cuestión, y se refiere a ella como la finalidad última de esta Ley.

Diversos factores influyeron en la creación y aprobación del Estatuto, por un lado es interesante destacar la importante e intensa participación de la sociedad civil, la cual se movilizó para conseguir que se legislase de manera específica respecto de los derechos de los niños una vez que se ratificó la Convención en 1989. También es relevante el aporte del mundo académico con el desarrollo de la doctrina de la protección integral y por último no olvidar que el avance de la normativa internacional fue el paso inicial para el desarrollo y cambio de las políticas públicas destinadas a la infancia en Latinoamérica.

El Estatuto consta de 267 artículos y se encuentra dividido en dos partes. En el libro I, se determina que esta norma dispone sobre la protección integral de la infancia, determina quienes son considerados niños y adolescentes, además de establecer los derechos con los que cuentan y señalar que es deber de la

¹⁰⁵ GARCÍA MENDEZ Emilio. 2004. Infancia: De los derechos... *Op. cit.* p. 91.

familia, la sociedad y del Estado garantizar de manera prioritaria tales derechos, también dispone cómo éstos pueden ser exigidos por parte de las familias, de la sociedad y del Estado. El libro II, por su parte, prevé mecanismos, al alcance de la sociedad civil, para hacer valer tales derechos, también se refiere a las entidades de atención a los derechos del niño y del adolescente, así como su fiscalización, dispone el establecimiento de medidas de protección cuando los derechos sean amenazados o vulnerados, por otro lado aborda el tema de las infracciones por niños o adolescentes y sobre medidas socio-educativas a aplicar en tales casos. Instituye el Consejo Tutelar, como entidad municipal interdisciplinaria destinada a atender niños y adolescentes amenazados o violados en sus derechos, entre los aspectos más relevantes que podemos destacar de esta completa normativa de infancia.

Para lograr un adecuado equilibrio entre administración y jurisdicción, el Estatuto ha dejado en manos de la administración la promoción y gestión de aquellas medidas de protección social de la infancia de carácter universal. Y ha entregado la competencia al juez aquellas situaciones particulares de transgresión de derechos de niños y adolescentes así como también todas aquellas materias en que están en juego intereses permanentes respecto a la situación jurídica de niños, niñas y adolescentes, como por ejemplo los casos de adopción.

En el Estatuto se señala que la política de atención de los derechos el niño será a través de la actuación articulada de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en tres niveles: estatal, federal y municipal. El Consejo Nacional de Defensa del Niño y del Adolescente (CONANDA), integrante de la Secretaría de Derechos Humanos de la presidencia, tiene como funciones la elaboración de normas generales de políticas públicas a nivel nacional y la fiscalización en la aplicación de estas normas, así como también tiene el deber de brindar apoyo a los Consejos Estatales y Municipales, promover la cooperación entre municipios y sociedad civil para la ejecución de las políticas de atención y promoción de los derechos de la infancia y estimular y perfeccionar los mecanismo de participación. Por otra parte, el control administrativo de las políticas dirigidas a la infancia es ejercido por los municipios a través de dos organismos el Consejo Municipal es el encargado de las políticas de carácter general y el Consejo Tutelar el encargado de situaciones individuales de vulneración o amenazas de derechos.

El principio de municipalización desarrollado por el Estatuto es profundamente innovador respecto al tratamiento de la protección a la infancia en el resto de los países latinoamericanos. Este principio, referido a la administración desde lo local, permite hacer efectiva la participación de la sociedad civil en la implementación del Estatuto. De este modo el cuerpo normativo en comento, introduce la instancia de la municipalidad y de los consejos integrados por

personas nombradas directamente por los ciudadanos locales. Los Consejos Municipales son órganos deliberativos compuestos por representantes del gobierno y por representantes de organizaciones ciudadanas no gubernamentales, por su parte los Consejos Tutelares son órganos permanentes y autónomos, de carácter no jurisdiccional, encargados de velar por el respeto y efectivo ejercicio de los derechos establecidos en el estatuto, en cada municipio hay al menos un Consejo Tutelar compuesto por cinco miembros, elegidos por los ciudadanos, entre sus funciones se encuentra la de aplicar medidas de protección, atender y aconsejar a los padres o responsables que se sometan a tratamiento psicológico o psiquiátrico, obligarlos a matricular a los niños en la escuela, ordenar se les otorgue tratamiento especializado, determinar la suspensión o pérdida de la patria potestad, entre otros. Con la creación de estos Consejos locales, cada comunidad pasa a ser responsable por la identificación de los problemas que afectan a la infancia y de organizar la política pública adecuada para enfrentarlos.

Es importante también destacar el principio de participación en la creación y posterior implementación del Estatuto brasileño, del cual cabe rescatar algunos aspectos, como por ejemplo que por primera vez se hace presente de manera efectiva este principio en materia de protección a la infancia. “Para repetir la hermosa expresión de Antonio Carlos Gomes da Costa, nos encontramos con

una Ley escrita por mil manos”¹⁰⁶, aquí ha participado efectivamente la sociedad civil en el proceso legislativo. Por otro lado, en la implementación y gestión de esta Ley también hay una amplia participación de los ciudadanos y los movimientos sociales.

Respecto a la labor que tienen los padres y la familia en la protección de la infancia, el Estatuto señala que estos tienen la responsabilidad prioritaria en la educación y protección de los niños y adolescentes y por tanto deben ofrecer las condiciones adecuadas para promover su desarrollo integral. De tal modo que la familia en cuanto organización social, tiene un deber principal de protección hacia sus niños. Un aspecto innovador del Estatuto, relativo al tema de la familia, es aquella norma mediante la cual se prohíbe la separación de los niños de su familia de origen por meras carencias materiales o por razón de pobreza.

El Estatuto brasileño, basado en la Convención y en la doctrina de la protección integral, entiende que debe enfrentar de forma distinta aquellos casos en que se requiere la intervención estatal por transgresión de la ley penal, respecto de aquellos en que existe una situación de abandono o vulneración de derechos. Ya que en la primera situación las medidas que se deben adoptar son de carácter socioeducativo y en la otra son medidas de protección y apoyo. Si bien,

¹⁰⁶ BARATTA Alessandro. 1995. Elementos de un nuevo... *Op. cit.* p. 6.

en ambos casos la internación o ingreso a un centro residencial debe ser la excepción, cuando esto ocurre el Estatuto deja claro que la medida de protección en caso de abandono o vulneración de derechos, denominada medida de abrigo, no conlleva en ningún caso a la privación de libertad.

Respecto a la responsabilidad de los adolescentes por infracción a la Ley, Brasil es el primer país latinoamericano en establecer un sistema propio para este grupo de la sociedad, señala al respecto Beloff “El Estatuto establece por primera vez en la región algunas precisiones sobre el tema de la respuesta estatal a las conductas tipificadas como delitos o faltas cuando son llevadas a cabo por personas que tienen menos de dieciocho años”¹⁰⁷. El Estatuto, al igual que la Convención, reconocen que se trata de una responsabilidad penal pero diferenciada de la del adulto “Se trata de una diferencia de grado, que se manifiesta tanto en el establecimiento de sanciones diferentes, como en la funciones declaradas”¹⁰⁸.

Como se señaló anteriormente, el Estatuto fue adoptado para armonizar la legislación brasileña con la Convención y con la Constitución política de 1988. Así el artículo 3 del Estatuto establece que “el niño y el adolescente gozan de

¹⁰⁷ BELOFF Mary. 1998. Los sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina. En: GARCÍA MÉNDEZ Emilio. Infancia Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990- 1998). Bogotá, Temis/Depalma. p. 166.

¹⁰⁸ BARATTA Alessandro. 1995. Elementos de un nuevo... *Op. cit.* p. 10.

todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata esta Ley”¹⁰⁹. Lo interesante de la norma es que establece que los niños son titulares de todos aquellos derechos reconocidos y que son inherentes a todas las personas, además señala que los niños son sujetos de protección especial, en cuanto a sus características particulares. Esta doble protección reconocida en el Estatuto corresponde a uno de los principales aportes de esta norma al Derecho Internacional.

1.2 Desafíos actuales en Brasil para la protección de la infancia

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Estatuto del Niño y del Adolescente corresponde a una de las leyes más avanzadas del mundo en materia de protección de la infancia. Sin embargo, si bien el proceso de desarrollo legislativo que existió en Brasil a partir de los años noventa y la creación de nuevas instituciones destinadas a la protección del niño y el adolescente son innegables, éstas no aparecen reflejadas en forma efectiva en la situación real de muchos niños y adolescentes, quienes siguen siendo objeto de diferentes formas de violencia y desigualdad.

Tanto la UNICEF como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han realizado importantes recomendaciones al gobierno brasileño, referidos

¹⁰⁹ BRASIL. 1990. Ley 8.069: Estatuto del niño y del adolescente. Art. 3.

principalmente a que la moderna y avanzada legislación en materia de protección a la infancia no quede en el papel, sino que se vea reflejada en avances concretos en las diversas regiones del país, algunas de estas recomendaciones son¹¹⁰:

- i. Adoptar medidas efectivas de control para asegurar que el Estado, los Municipios y demás autoridades responsables pongan en práctica el Estatuto del Niño y el Adolescente y toda aquella legislación especial, destinada a la protección de la infancia.
- ii. Fortalecer al CONANDA, órgano de carácter nacional que formula políticas nacionales de promoción, atención y defensa de los derechos de los niños y adolescentes.
- iii. Hacerse cargo y proteger la vida y la integridad de los millones de "niños de la calle" y que se adopten las medidas efectivas para promover su educación, su rehabilitación e integración a la sociedad.
- iv. Adoptar medidas protectoras y de control para erradicar el trabajo infantil.
- v. Erradicar la prostitución infantil, establecer acciones y aplicar con toda severidad la ley contra el "turismo sexual" infantil.
- vi. Promover y exigir al Estado y a los Municipios que cumplan con su obligación legal de crear Consejos Tutelares, aprovechando la experiencia positiva de los ya existentes.

¹¹⁰ Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo5.htm>

- vii. Crear programas de orientación familiar y otros programas gubernamentales con el objeto de capacitar a las familias para el ejercicio responsable de la paternidad y la maternidad, y para la resolución de conflictos familiares en forma no violenta.

El Estatuto brasileño ha sido tomado como ejemplo por diversos países latinoamericanos para adoptar un sistema de protección integral a la infancia, acorde con lo establecido por la Convención, así al poco tiempo de haber entrado en vigencia el Estatuto, le siguieron otros cuerpos normativos en distintos países de la región, como los son: el Código del menor en Perú (1992), el Código de la Familia de El Salvador (1993), la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica (1996), el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras (1996), el Código del Niño, Niña y el Adolescente en Bolivia (1999), La Ley Federal para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de México (2000), el Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay (2001), el Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador (2003) y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay (2004), entre otras leyes específicas para la infancia. Estos y otros países de la región se inspiraron en la doctrina de la protección integral, para la adecuación de su legislación interna y actualmente se encuentran bastante avanzados en la materia.

2. El caso de Argentina

Antes de analizar la situación actual de la infancia en Argentina, es necesario repasar, a grandes rasgos, la historia de la condición jurídica de la infancia en ese país, la cual es bastante similar a la de Chile, si se considera que el tema de la protección jurídica y social de la infancia desvalida y abandonada surge como una preocupación de carácter privado y filantrópico, convirtiéndose en un asunto de preocupación pública más tarde y en un principio solamente relacionado con políticas sanitarias, educativas y correctivas.

En Argentina rigió la Ley de Patronato de Menores o también denominada “Ley de Agote” desde 1919 y se mantuvo vigente incluso una vez ratificada la Convención. Tal Ley se caracterizaba por ser de corte minorista, al igual que el resto de las legislaciones que primaron en aquella época en la región, de hecho fue la primera legislación específica dirigida a la infancia de América Latina. “La ley de patronato de Menores fue una ley de vanguardia en su tiempo (...) ella constituyó un avance en la manera de abordar los problemas de la infancia abandonada, pobre o delincuente en el país”¹¹¹. Es importante señalar que esta norma, al igual que el resto de la normativa basada en la doctrina tutelar, no tiene como destinatarios a la infancia como un universo, sino que se encuentra

¹¹¹ BELOFF Mary. 2005. Constitución y derechos del niño. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño N° 7. UNICEF. pp. 9-46. http://www.unicef.cl/archivos_documento/162/justicia_7.pdf [Consulta: 07 julio 2014]. p. 18.

dirigida a aquel segmento de niños y niñas excluidos de los procesos de socialización básicos como escuela y familia, los “menores”; incluidos aquellos vinculados con delitos, fuesen autores o víctimas. Así se continuó en Argentina con una legislación basada en la doctrina de la situación irregular durante todo el siglo XX hasta la ratificación de la Convención, a partir de la cual comenzaron a generarse cambios importantes en el tratamiento de la niñez.

En el año 1990 el Congreso Nacional argentino sancionó y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹², pasando a formar parte de su Derecho interno. Posteriormente, como consecuencia de la reforma constitucional del año 1994, este tratado adquiere jerarquía constitucional, en virtud del artículo 75 de la carta fundamental, dando el primer gran paso en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos. Respecto a ello se ha señalado que “La Constitución de la Nación Argentina no se ocupó en particular de los derechos de los niños, sino hasta recientemente, cuando se incorporaron a ella tratados de derechos humanos ratificados por el país”¹¹³.

¹¹² Es importante señalar que en el caso de Argentina se hicieron reservas durante la aprobación de la Convención para que ésta entrase en vigencia en el país. Por un lado el Congreso hizo reserva del Art. 21 letras b), c), d) y e) referidos a la adopción internacional manifestando que debiese crearse un riguroso mecanismo que proteja al niño en estos casos con el fin de evitar su tráfico y venta; En segundo lugar se señala respecto al Art. 1 de la Convención que debe interpretarse que niño es todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años; Respecto del art. 24 inc. 2 f) se interpretó que era obligación de los Estados adoptar las medidas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable. Por último con relación al Art. 38 Argentina expresa su deseo de que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno.

¹¹³ BELOFF Mary. 2005. Constitución y derechos... *Op. cit.* p. 42.

Sin embargo durante quince años coexistieron en este país la antigua Ley de Patronato de Menores con las normas provenientes de los tratados de derechos humanos incorporados a la legislación interna de Argentina, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño.

Como es posible observar, Argentina tardó varios años en iniciar su proceso de reforma legislativa y producir la adecuación normativa e institucional requerida en materia de protección a la infancia. El proceso de reformas fue iniciado por distintas provincias del país, las cuales fueron promulgando sus propias leyes de protección a la infancia, sin embargo a nivel federal el proceso fue mucho más lento, recién en el año 2005 el Congreso de la Nación sanciona la Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual deroga la antigua Ley de Patronato de Menores.

2.1 Legislación nacional y legislaciones provinciales

El fenómeno que se produce en Argentina respecto a la asunción de competencia legislativa por parte de las provincias respecto de la protección de la infancia, en lugar de haberse generado una producción legislativa a nivel federal, es un tema que ha estado presente en la discusión de los juristas de ese país durante éste último tiempo, especialmente a partir de la reforma

constitucional de 1994. La pregunta que surge aquí es si es o no constitucional esta prolifera actividad legislativa provincial en materia de infancia.

De acuerdo con los juristas entendidos en Derecho Constitucional se ha señalado que el tema de la protección a la infancia no fue delegada por la Constitución Nacional al gobierno federal, ni tampoco existe un límite implícito o explícito de las provincias para regular el tema. “Así lo entendieron los estados provinciales desde siempre y por eso muchos dictaron leyes de menores”¹¹⁴. La abogada experta en infancia Mary Beloff, señala que las facultades vinculadas con la protección a los niños pertenecen al ámbito local, por tanto provincial, por razones de tipo histórico, político y normativo, lo que se ve reafirmado por la forma en que se ha dado cumplimiento en ese país a la Convención. Esto debido a que las provincias conservaron el poder de legislar sobre los asuntos relacionados directamente con la vida de sus comunidades, como salud, educación, vivienda, encontrándose implícitamente entre ellos la protección a los niños.

Diversas provincias argentinas han dictado, una vez ratificada la Convención, leyes de protección a la infancia, normas acorde con lo dispuesto en el tratado internacional, mientras que el gobierno federal ha vivido un lento proceso de adecuación a la normativa internacional en materia de infancia. “Curiosamente,

¹¹⁴ BELOFF Mary. 2005. Constitución y derechos... *Op. cit.* p. 29.

el mismo tratado produce efectos institucionales diferentes. Por un lado motorizó la reforma legal a nivel provincial fortaleciendo la tesis de que la protección a la infancia es una competencia local; Por el otro, transformó la materia en cuestión federal, por primera vez en la historia”¹¹⁵. En diversas provincias se han producido importantes logros como la desjudicialización de materias relacionadas con ausencia de políticas sociales, así como el establecimiento de garantías procesales a niños y adolescentes en contacto con el sistema penal de justicia.

A pesar de esta discusión respecto a quién es competente a la hora de legislar sobre protección y derechos de la infancia, es interesante señalar que las legislaciones provinciales se encuentran regularmente dictando leyes que de manera indirecta inciden en la condición jurídica de la infancia, entre ellas se encuentran las leyes referidas a temas de educación, salud, violencia, planes materno-filiales, entre otras áreas. Lo que se busca plantear con ello es que el tema de la garantía y promoción de los derechos de los niños y adolescentes no se agota con la dictación de una Ley de protección integral realizada por el Congreso de la Nación, la cual si bien es necesaria y muy importante, ya sea para establecer los marcos generales de las políticas públicas a favor de la infancia, para la creación de un organismo rector de estas políticas a nivel nacional o también para impulsar la reforma en aquellas provincias donde no se

¹¹⁵ BELOFF Mary. 2005. Constitución y derechos... *Op. cit.* p. 33.

ha llevado a cabo o se ha hecho sin considerar los preceptos de la Convención, con ello no deja de ser necesaria la actividad pública a nivel provincial respecto al aseguramiento de una calidad de vida adecuada a cada niño, niña y adolescente, para establecer los mecanismos de exigibilidad de sus derechos y hacerse cargo del tema de la implementación de la Ley Federal en cada caso. Por lo cual ambos niveles políticos deben complementarse y actuar de manera conjunta y coordinada.

2.2 La Ley Nacional de Protección Integral

En el año 2005 el Congreso de la Nación promulgó la Ley 26.061 de Protección Integral de la Infancia, la cual tiene como fuente la Convención y la doctrina de la protección integral. De acuerdo con su artículo 1° esta Ley tiene por objeto la protección integral de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos, reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Respecto a esta Ley la doctrina ha señalado que “Después de quince años de ratificada la CDN se sancionó en la Argentina una norma enmarcada

en el estilo de las nuevas leyes latinoamericanas y provinciales (aunque mucho menos extensa)¹¹⁶.

2.2.1 Sistema de Protección Integral de Derechos

De acuerdo con lo señalado por esta Ley el Sistema Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes, está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, ejecutan y supervisan las políticas públicas destinadas a la protección, promoción y resguardo de los derechos de la infancia. Este sistema se organiza en tres niveles:

- i. Políticas Públicas básicas y universales: Son aquellas políticas que se encuentran en la base del sistema, éstas tienen como finalidad establecer las acciones a seguir para garantizar el pleno desarrollo del niño, referido a temas como educación, salud, desarrollo social, cultura, recreación, juego, participación ciudadana y también para garantizar el acceso de niños y niñas a las mismas. Entre sus principales objetivos se encuentran el fortalecimiento del rol de la familia en la protección y promoción de los derechos de los niños, la promoción del trabajo asociado de los organismos de gobierno con la sociedad civil, apoyar y

¹¹⁶ BELOFF Mary. 2008. Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del niño en la Argentina. [En línea]. Revista Justicia de Derechos del Niño N° 10. Unicef. pp. 11-44. http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf [Consulta: 9 julio 2014]. p. 18.

fiscalizar la creación de organizaciones para la defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

- ii. Medidas de Protección Integral de Derechos: Son aquellas medidas emanadas del órgano administrativo de infancia a nivel provincial y deben estar dirigidas a restituir los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. En éste ámbito intervienen todos los servicios públicos que correspondan, en aquellos casos en que la vulneración de algún derecho sea consecuencia de la falta de acceso a una política pública. De éste modo deberá intervenir el programa correspondiente del ministerio competente (centro de salud, escuela, servicios sociales). Se destaca aquí la labor coordinada de los servicios.

- iii. Medidas de Protección Excepcional: Son aquellas medidas que deben adoptarse en situaciones excepcionales cuando las niñas, niños o adolescentes deban ser temporal o permanentemente separados de su medio familiar o cuyo interés superior así lo exija. Estas medidas se encuentran limitadas en el tiempo y tienen carácter excepcional y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que le dieron origen. Procederán una vez que se hayan agotado a cabalidad todas las posibilidades de implementar las medidas de protección integral. El encargado de aplicar esta medida será la autoridad administrativa de

protección de derechos designado a nivel provincial. El organismo administrativo local a cargo de la protección de infancia será quien decida y establezca la medida excepcional, la cual estará sujeta a control de legalidad por parte de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, la cual actuará como instancia de garantía del procedimiento, por ser una medida limitativa de derechos.

2.2.2 Organismos integrantes del Sistema Nacional de Protección de Derechos

El sistema de protección integral que establece esta Ley se encuentra organizado en tres instancias: nacional, federal y provincial. En cada instancia del sistema de protección se cumple una función distinta: a nivel nacional se encuentra el organismo técnico y especializado en materias de derechos de infancia; a nivel federal se encuentran los órganos encargados de la coordinación de las diversas instituciones que participan en la materia, es el nexo entre la política nacional y local; y a nivel provincial se encuentran los órganos de planificación y ejecución de las políticas públicas acerca de la niñez, en este caso cada provincia contará con un órgano administrativo de planificación y la ejecución de los mecanismos de intervención estatal en materia de infancia.

Entre los principales organismos actores en el sistema de protección a la infancia se encuentran:

- i. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia: Es el organismo técnico especializado en materia de derechos, encargado de diseñar normas generales a nivel nacional, planificar, monitorear y crear los instrumentos para la aplicación de las políticas públicas dirigidas a la infancia, crear planes de acción en la materia y coordinar acciones con los poderes del Estado, órganos de gobierno y organizaciones no gubernamentales. Esta institución se encuentra compuesta por representantes interministeriales y por organizaciones de la sociedad civil.

- ii. Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia: Es el espacio de articulación entre el organismo nacional y las provincias, tiene la función de consensuar, unificar criterios, establecer prioridades y distribuir los recursos estatales en la materia, además de proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención. Este organismo se encuentra integrado por el representante de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, por miembros de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- iii. Defensor de los Derechos del niño: La función principal de esta institución corresponde a la protección de los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Así como también la protección de los intereses “de la comunidad frente a hechos y omisiones de la administración pública y de las instituciones privadas”¹¹⁷.

El defensor de niños es designado y removido por el Congreso de la Nación y su duración en el cargo es de 5 años. Además podrán designarse defensores del niño en cada provincia del país. Esta institución tiene la atribución de interponer acciones para la protección de los derechos del niño, promover medidas judiciales y extrajudiciales, supervisar entidades públicas o privadas que alberguen a niños y adolescentes, entre otras funciones descritas en la Ley.

La incorporación de esta figura es muy interesante y novedosa en la legislación sobre la infancia de esta región, surge como una recomendación del Comité de Ginebra de los Derechos del Niño. Lo interesante de este Defensor, es su especificidad técnica y su calidad de

¹¹⁷ STUHLIK Silvia. 2012. La nueva institucionalidad creada por la Ley Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. En: DANIELI María Eugenia. Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Recorridos y Perspectivas desde el Estado y la Sociedad Civil. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba. p. 107.

institución externa al Poder Ejecutivo, lo cual le da mayor independencia al sistema.

2.3 Críticas y desafíos de la institucionalidad de protección a la infancia en Argentina

2.3.1 Falta de mecanismos para la aplicación de la Ley de Protección Integral

Dentro de las principales críticas que han surgido respecto a la Ley de protección integral en Argentina, se encuentra aquella que reclama que ésta no introduce mayores cambios en la regulación de la condición jurídica de la infancia en ese país, los derechos de los que trata esta Ley ya están incluidos en el orden normativo argentino, debido a que la Convención de los derechos del niño cuenta con rango constitucional.

Según lo que señalan algunos juristas argentinos que critican la Ley en cuestión, la norma carece motivación y también de mecanismos de operatividad y eficacia frente a los derechos que hace mención. “La Ley se aprobó con el fin de transformar la condición jurídica de la infancia y derogar la casi centenaria cultura tutelar. Para ello el legislador dedico apenas 32 artículos, algunos de los

cuales se repiten o contradicen entre sí (...) la Ley reitera las disposiciones de la Convención, que constituían su piso y no su techo”¹¹⁸.

2.3.2 Ausencia de un régimen de Responsabilidad Penal Juvenil

Otro aspecto importante que es necesario destacar como negativo en el sistema nacional de protección integral de la infancia en Argentina, es la ausencia de una legislación específica sobre responsabilidad penal juvenil. Actualmente la regulación sobre esta materia referida a la responsabilidad de los adolescentes por infracción a la Ley penal se rige por el antiguo régimen penal de minoridad y por el Código Procesal Penal.

La Ley 22.278 que regula el régimen penal de minoridad, establece las sanciones aplicables a los jóvenes infractores, ésta corresponde a una norma con un fuerte sesgo tutelar, “con características de pseudo-protección, que hacen que en su estructura sean más importantes las condiciones personales y familiares del adolescente que el hecho delictivo que se le imputa”¹¹⁹. Además este régimen otorga un alto grado de discrecionalidad al juez, el que puede imponer medidas restrictivas de libertad, las cuales no están previamente determinadas en la norma, así como tampoco la extensión de las mismas,

¹¹⁸ BELOFF Mary. 2008. Quince años de vigencia... *Op. cit.* p. 20.

¹¹⁹ UNICEF, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. 2008. Adolescentes en el sistema penal: Situación actual y propuestas para un proceso de transformación. [En línea] 108p.http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf [Consulta: 14 julio 2014]. p. 61.

convirtiéndose en medidas de seguridad o sanciones, más que actuar como medidas de protección del adolescente. Esta Ley declara como inimputables a los menores de 16 años y la inimputabilidad relativa a quienes tengan entre 16 y 18 años, respecto de delitos de acción privada o que sean sancionados con penas privativas de libertad que no excedan los dos años.

Lo grave de la ausencia de un sistema de responsabilidad penal específico para los adolescentes y acorde con la doctrina de la protección integral se refleja en la siguiente frase: “La legislación argentina permite la aplicación de similares penas para adolescentes que para adultos. Cuestión que se agrava cuando hay determinadas circunstancias delictivas que para un niño o adolescente significa privación de libertad por el periodo de tratamiento tutelar, y para un adulto no es aplicable esa pena”¹²⁰.

El tratamiento de la responsabilidad adolescente en argentina, se encuentra retrasado respecto de los lineamientos planteados por la Convención. En este contexto es posible observar que aun tiene primacía la doctrina de la situación irregular, considerando a los niños y adolescentes como objetos de tutela estatal, de modo que el menor de 16 años que ha infringido la Ley es

¹²⁰ GARELLO Silvana. 2012. La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad. [En línea]. Revista Debate Público: Reflexión de Trabajo Social. Artículos seleccionados. UBA. N° 4. pp 163-174. http://trabajosocial.sociales.uba.ar/web_revista_4/pdf/18_Garello.pdf [Consulta: 14 julio 2014]. p. 166.

inimputable penalmente, pero queda a disposición de la autoridad judicial hasta que ella decida qué hacer con él, pudiendo ser privado de libertad o de otros derechos durante ese periodo. Por otro lado el mayor de 16 años hasta los 18 podrá ser objeto de intervención estatal aplicándose la misma legislación penal contemplada para los adultos, con determinados matices como la detención excepcional, la separación de los adolescentes de los mayores de edad, asistencia de padre o tutor, además del establecimiento por la Ley 24.050 de los tribunales orales de menores, constituidos con la finalidad de preservar el principio de legalidad y las garantías procesales.

Frente a lo anterior es posible concluir que, el sistema penal actual para los adolescentes infractores se encuentra obsoleto y no se ajusta a la Convención por lo que es necesario establecer un sistema de responsabilidad penal juvenil nacional adecuado y contextualizado. De acuerdo con lo señalado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia el régimen especial que debe crearse para los adolescentes que han infringido la Ley penal debe tener “consecuencias jurídicas proporcionadas, que no priven al adolescente de otros derechos que no sean los exclusivamente restringidos por la sanción impuesta, que posibiliten la integración social del adolescente (...) y que implique el uso de las sanciones privativas de la libertad como último recurso”¹²¹.

¹²¹ UNICEF, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. 2008. Adolescentes en el sistema... *Op. cit.* p. 63.

Por último, es importante señalar que no basta con la creación de una Ley que establezca un sistema especial de responsabilidad penal juvenil, sino que para el establecimiento de un sistema respetuoso con los derechos humanos en general y en particular de la infancia, se requieren herramientas institucionales, recursos humanos y políticas públicas que permitan su consolidación.

2.3.3 Próximos desafíos para la protección de la infancia en Argentina

Como se ha visto Argentina ha sido uno de los últimos países del continente en adecuar su legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo esto ocurre a nivel federal, ya que las distintas provincias del país se adelantaron autónomamente a este proceso, contando cada una con leyes y políticas públicas de protección integral para la infancia acorde con los postulados de la Convención, con anterioridad a la dictación de la Ley 26.061.

Un desafío pendiente que enfrenta el país dice relación con aquellas provincias que no han adaptado su legislación a la Convención, para ello nuevamente es importante destacar la labor que debe cumplir el organismo de carácter nacional establecido para la dirección de las políticas públicas a favor de la infancia, quien es el encargado de impulsar los cambios necesarios en las provincias que aun están atrasadas en la materia.

La distancia entre los compromisos internacionales y nacionales adquiridos para el cuidado y protección de todos los niños, niñas y adolescentes del país y la realidad actual sigue siendo grande, pero los logros como la sanción de una Ley Nacional de Protección integral y el rápido desarrollo de una cultura de protección a la infancia en distintas provincias del país son muy importantes. También es necesario destacar los avances que ha logrado Argentina en el establecimiento de servicios sociales con carácter universal como la salud y la educación a los cuales pueden acceder todos los niños, niñas y adolescentes.

Cómo síntesis de lo anteriormente dicho, puede señalarse que Argentina se encuentra aun en un periodo de transición desde el sistema tutelar hacia un sistema de protección integral de derechos, debido a que las instituciones han demorado en implementar la ya no tan nueva Ley de Protección Integral. Sin embargo se requiere ir más allá de la promulgación de la tan esperada Ley, son necesarios cambios culturales, tanto en el sistema político como en sus actores. Es necesario dejar atrás las prácticas tutelares del antiguo derecho de la Ley del Patronato y poner en práctica el nuevo derecho que resguarda a la infancia.

CONCLUSIONES

Como ha podido apreciarse en las páginas anteriores, la categoría “infancia” corresponde a una construcción social e histórica, que devino en el tiempo y no es naturalmente dada al hombre. Esto implica que los niños no siempre fueron considerados como sujetos particulares, con sus propias necesidades y derechos, sino que hasta antes de la época moderna, eran considerados como personas en desarrollo, sujetos que les faltaba aun para ser adultos.

En la Época Moderna, una vez que la infancia fue considerada de forma particular y diferenciada del mundo de los adultos por parte del derecho y otras ramas de estudio, se dio inicio a un complejo proceso caracterizado por sistemas de protección/represión hacia la infancia más desvalida, abandonada y pobre.

Inicialmente la protección de la infancia se encontró en manos de actores privados, la sociedad civil, -laica y religiosa- comenzaron a preocuparse por este grupo de niños que se encontraban marginados de la sociedad, principalmente los niños abandonados. Fue de manera posterior en que comenzó a debatirse si el Estado debía o no hacerse cargo de este problema social, y cuando comenzó a hacerlo, se puede señalar que no fue por las razones que actualmente consideraríamos correctas desde la perspectiva de la

Convención, sino como una manera de controlar a estos “potenciales delincuentes” y sacarlos de las calles y de este modo velar por la seguridad de la sociedad.

Podemos observar que las primeras legislaciones que se refieren a los menores de edad, son de carácter general y lo hacen respecto al ámbito penal o para regular situaciones civiles patrimoniales o familiares. Sin embargo a partir del siglo XIX y durante todo el siglo XX se desarrolla un sistema denominado por la doctrina “Sistema de la situación irregular” o modelo tutelar, el cual tuvo vigencia por todo un siglo en Latinoamérica. Este sistema se encuentra basado en la idea de una división entre dos infancias, aquella que se encuentra con sus necesidades básicas cubiertas y aquella infancia desprotegida y sin sus necesidades básicas cubiertas, niños sin familia, sin educación, que viven en la calle, incluidos también aquellos que infringen las leyes. A este conjunto de niños se les llamó “menores” y al tipo de leyes que regulaban de manera específica el tratamiento que debía dárseles se les denominó leyes de menores o leyes minorostas.

Las leyes de menores, como nuestra Ley 4.447 y la aun vigente Ley 16.618, se caracterizaron por entregar al Juez de menores amplios poderes discrecionales, respecto al destino del menor que ingresaba al sistema, además por regla general estas leyes en la práctica se encontraban dirigidas solamente a aquel

sector más vulnerable social y económicamente, que era donde se encontraban estos niños con carencias de todo tipo. Llama la atención que la principal medida utilizada por estas leyes era la internación o el ingreso del niño que se encontraba en “situación irregular” a hogares o centro de menores, por tiempo indefinido y alejado de su familia.

El modelo tutelar hace crisis a partir de 1960 en Europa y Estados Unidos, mientras que en Latinoamérica se mantiene sin problemas hasta la década de los 80. Las críticas al sistema surgen debido a la falta de garantías procesales que afectaba a niños y adolescentes dentro del sistema de justicia, así frente a la comisión de un delito o infracción a las leyes se daba la paradoja de que si un adulto era juzgado, contaba con derecho a defensa y una pena determinada por un plazo determinado, en cambio un adolescente que infringía la ley podía tener dos destinos, uno ser llevado a un juicio penal o era ingresado al sistema judicial de menores y en ambos casos podía ser internado o castigado por tiempo indeterminado hasta que el Juez lo considerara pertinente, sin mayores derechos y garantías que invocar, puesto que más que un castigo se consideraba una forma de protección y rehabilitación social. Diversos pronunciamientos de la Corte Suprema estadounidense declararon la inconstitucionalidad del sistema de juzgamiento aplicable a los menores y a su vez exigían el cumplimiento de las garantías del debido proceso en estos juicios..

La falta de un sistema penal juvenil especializado con fines de rehabilitación y reinserción social, la excesiva utilización del encierro de niños en instituciones como solución al conflicto de los niños abandonados (o pobres), sumado a la práctica común del Estado de adoptar la misma respuesta e incluso internar de forma conjunta, tanto a niños infractores de la Ley como a niños abandonados o vulnerados en sus derechos que requerían protección, fue lo que terminó por desbaratar la justificación del sistema tutelar de menores.

Con la dictación de la Convención en el año 1989 y su rápida ratificación por casi todos los países del mundo, surge un cambio de paradigma a partir de una nueva doctrina, denominada doctrina de la protección integral. Esta doctrina se basa en la consideración de la infancia de manera universal, como sujetos de derechos y ya no sólo a un segmento de ésta como objeto de protección del Estado. Desde la Convención en adelante niños, niñas y adolescentes son considerados dignos de una protección especial en cuanto a sus características particulares y su mayor vulnerabilidad, además se deja atrás la idea de que es el niño quien se encuentra en “situación irregular”, pues con la doctrina de la protección integral se aborda el problema entendiendo que son las instituciones, la escuela, o la familia quienes no han podido brindarle la protección o cuidado que le corresponde a cada niño y por tanto es el medio el que hay que corregir y no al niño.

El fenómeno que se ha producido en muchos países, en particular en Latinoamérica, luego de la ratificación de este tratado internacional para la infancia, es la coexistencia de ambos sistemas en los ordenamientos internos de cada Estado, tanto el sistema tutelar como el de la protección integral, en el que se basa la Convención, permean las leyes e instituciones de los países, pues a pesar de haber ratificado la Convención los cambios en la institucionalidad son lentos e incluso en algunos países la adecuación ha sido o fue, durante algún tiempo considerable, meramente formal.

La situación de nuestro país es la recientemente descrita, han existido importantes avances en materia de protección a la infancia, como el establecimiento de una Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y sistemas de apoyo universal a la primera infancia, educación básica y media obligatoria, entre otros, pero a su vez aun no contamos con una Ley de Protección Integral que reemplace a la antigua Ley de Menores, ni contamos con un organismo de dirección de las políticas de infancia acorde con los planteamientos de la Convención de los Derechos del Niño, aunque ambos proyectos se encuentran hoy en discusión en el Congreso.

Si bien hoy contamos con tribunales de familia y medidas judiciales de protección a favor de los niños, aun no existen vías administrativas y expeditas que permitan asegurar sus derechos. Y más criticable es que todavía esté

presente en nuestro sistema la idea de protección como discriminación. Se continúa legislando y dirigiendo las políticas públicas respecto de la infancia a través de la idea del Estado subsidiario y sólo hacia los sectores más desprotegidos de nuestra sociedad, que si bien requieren de una mayor preocupación, no se puede olvidar que el Estado debe hacerse cargo de la infancia de forma universal, tal como lo establece la Convención.

La protección de la infancia, y la promoción de sus derechos a través de leyes y políticas estatales es un tema de Derecho Público y por tanto el Estado debe ser actor protagonista en él, claro está junto con las familias y la comunidad en general. Se ha afirmado que no basta con legislar, que se requiere un cambio cultural y hechos concretos, sin embargo una legislación adecuada a los parámetros de la Convención es una condición necesaria e imprescindible para generar los avances necesarios.

Las reformas legislativas hacia la protección a la infancia son fines en sí mismas y se justifican por razones de justicia, señala Mary Beloff, afirmación con la que concuerdo, pues éste es el primer gran paso para una reforma general hacia la protección integral, efectiva y respetuosa de los derechos de tantos niños, niñas y adolescentes a los que es deber de los adultos proteger.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS

BARREIRO Héctor. 2013. Crónicas de la infancia: Reflexiones sobre las culturas y vivencias de la niñez en el mundo. Ituzangó, Editorial Maipue. 168p.

BELOFF Mary. 1998. Los sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina. En: GARCÍA MÉNDEZ Emilio. Infancia Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998). Bogotá, Temis/Depalma. pp. 161-180.

CARLÍ Sandra. 1999. La Infancia como construcción social. En: FRIGIERIO Graciela. De la familia a la escuela. Infancia, socialización y subjetividad. Buenos Aires, Editorial Santillana. 127p.

CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. 320p.

CORTÉS Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas de Atención de la Infancia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. 320p.

GARCÍA MENDEZ Emilio y CARRANZA Elías. 1992. Del revés al derecho: La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Buenos Aires, UNICEF. 460p.

GARCÍA MÉNDEZ Emilio. 1997. Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral, 2° Edición. Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis. 191p.

GARCÍA MENDEZ Emilio. 2004. Infancia: De los derechos y de la justicia. 2º Edición. Buenos Aires, Editores Del Puerto. 355p.

MORALES Eduardo. 1994. Políticas sociales y niñez. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. 320p.

RODRÍGUEZ Laura. 2011. Infancia y derechos: Del patronato al abogado del niño. Experiencia de la clínica jurídica de la fundación sur. Buenos Aires, Eudeba; Fundación Sur. 208p.

SALAZAR Gabriel. 2006. Ser niño “huacho” en la historia de Chile (siglo XIX). Santiago, LOM Ediciones. 136p.

STUHLIK Silvia. 2012. La nueva institucionalidad creada por la Ley Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. En: DANIELI María Eugenia. Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Recorridos y Perspectivas desde el Estado y la Sociedad Civil. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba. 284p.

VARGAS Nelson. 2002. Historia de la pediatría chilena: Crónica de una alegría. Santiago, Editorial Universitaria. 525p.

VASILE Virginia. 2012. Niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal. Buenos Aires, Infojus. 152p.

VICTOR HUGO. 2010. Los miserables. Buenos Aires, Longseller v. 2. 512p.

II. REVISTAS ELECTRÓNICAS

ALZATE María Victoria. 2004. El “Descubrimiento” de la Infancia (I): Historia de un sentimiento. [En línea]. Revista Electrónica de Educación y Psicología. N°1. <http://www.utp.edu.co/~humanas/revistas/revistas/rev30/alzate.htm> [Consulta: 10 marzo 2014].

BARATTA Alessandro. 1995. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. [En línea] Capítulo criminológico Vol. 23. 1995. pp. 1-18. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17263.pdf> [Consulta: 27 junio 2014].

BELOFF Mary. 1999. Modelo de protección integral. De los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 1. pp. 9-22. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf [Consulta: 11 marzo 2014].

BELOFF Mary. 2005. Constitución y derechos del niño. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño N° 7. UNICEF. pp. 9-46. http://www.unicef.cl/archivos_documento/162/justicia_7.pdf [Consulta: 07 julio 2014].

BELOFF Mary. 2008. Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del niño en la Argentina. [En línea]. Revista Justicia de Derechos del Niño N° 10. Unicef. pp. 11-44. http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf [Consulta: 9 julio 2014].

BERRÍOS Gonzalo. 2005. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. [En línea]. Revista de estudios de la Justicia N°6. Facultad de Derecho Universidad de Chile. pp. 162-164. <http://web.derecho.uchile.cl/cej/htm/media/nuevajusticiaadolescentes.pdf> [Consulta: 05 junio 2014].

BLANCO María Rosa. 2005. La educación de calidad para todos comienza en la primera infancia. [En línea]. Revista Enfoques Educativos N° 7. UNESCO pp.11-33. http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/enfoques/09/BlancoDelPiano_N7_2005.pdf [Consulta: 06 de junio 2014].

CILLERO Miguel. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 1. pp. 45-62.

http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
[Consulta: 11 marzo 2014].

CILLERO Miguel. 2001. Los Derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 3. pp. 49-64.
http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf
[Consulta: 28 mayo 2014].

CONTRERAS Consuelo. 2003. El Sistema de Protección a los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes: Las Oficinas de Protección de Derechos, un Servicio del Nivel Local. [En línea] Revista de Derechos del niño N° 2. Programa de Derechos del niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. 28p.
http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf [Consulta: 03 julio 2014].

CORREA Paula y VARGAS Macarena. 2011. La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. [En línea]. Revista Ius et Praxis. Año 17, N° 1. pp. 177-204.
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122011000100008&script=sci_arttext [Consulta: 09 junio 2014].

CORTÉS Julio. 1999. A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: Desafío pendiente. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 1. pp. 63-78.
http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
[Consulta: 11 marzo 2014].

COUSO Jaime. 2006. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y Derecho a Ser Oído. [En línea]. Revista Derechos del Niño, UNICEF. N° 3 y 4. pp. 145-166.
http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf
[Consulta: 9 junio 2014].

DAVILA Paulí y NAYA Luis. 2010. Infancia, educación y códigos de la niñez en América Latina. Un análisis Comparado. [En línea]. Revista Española de la

Educación Comparada. N° 16. pp. 213-233. <http://www.uned.es/reec/pdfs/16-2010/10_davila.pdf>. [Consulta 09 marzo 2014].

GARCÍA MENDEZ Emilio.1999. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 1. pp. 23-44.

http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
[Consulta: 13 marzo 2014].

GARELLO Silvana. 2012. La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el surgimiento de una nueva institucionalidad. [En línea]. Revista Debate Público: Reflexión de Trabajo Social. Artículos seleccionados. UBA. N° 4. pp 163-174. http://trabajosocial.sociales.uba.ar/web_revista_4/pdf/18_Garello.pdf [Consulta: 14 julio 2014].

METTIFOGO Decio y SEPÚLVEDA Rodrigo. 2004. La situación y el tratamiento de jóvenes infractores en Chile. [En línea]. Serie de estudios CESC. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile. 64p. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_56.pdf [Consulta: 23 abril 2014].

RAMOS PAZOS René. 1999. ANALISIS CRÍTICO DE LA LEY N° 19.585. [En línea]. Revista de Derecho de Valdivia, vol.10, N°1, pp.125-134. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200012&lng=es&nrm=iso>. [Consulta: 02 junio 2014].

TELLO Cristóbal. 2003. Niños, adolescentes y el sistema Chile Solidario: ¿una oportunidad para constituir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile? [En línea] Revista de Derechos del Niño, UNICEF N° 2. pp. 9-52. http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf. p. 16. [Consulta: 04 junio 2014].

III. ARTICULOS ELÉCTRONICOS

BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos del niño v/s derechos en situación irregular. [En línea] Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 83-118. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/7.pdf> [Consulta: 03 marzo 2014].

BUAIZ Yuri. 2003. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. [En línea]. 12p. http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/derechenezunicef.pdf. [Consulta: 17 marzo 2014].

CANALES PATRICIA. (2006). La protección de los Derechos de la infancia y de la adolescencia en la legislación de España, Brasil y Venezuela. [En línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Serie de estudios N° 5. 48p. http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro05-06.pdf [Consulta: 31 mayo de 2014].

CILLERO Miguel. 1999. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. [En línea]. UNICEF-INN.Montevideo. 15p. http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf. [Consulta: 27 marzo 2014].

CORTÉS Julio. 2006. Acerca de la consideración jurídica de la infancia en Chile en el periodo de 1990/2005. [En línea]. Corporación Opción. 40p. <http://www.opcion.cl/documentos/biblioteca/ProteccionDerechos/ConsideracionJuridicaenChile.pdf> [Consulta: 23 abril 2014].

COUSO Jaime. 2003. La otra violencia: Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno. [En línea]. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper 19. 39p. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/19 [Consulta: 23 mayo 2014].

ENESCO Ileana. 2009. El concepto de la infancia a lo largo de la historia. [En línea]. Ensayos, Universidad Complutense. Madrid. 8p. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf> [Consulta: 05 marzo 2014].

MELLIS Vera. 2009. Derecho a la Educación en la primera infancia. [En línea] Foro Mundial de Grupos de trabajo por la Primera Infancia Sociedad Civil. Estado Cali, Colombia. pp. 413-416. <http://186.113.12.12/discoext/collections/0082/0041/01780041.pdf> [Consulta: 06 de junio 2014].

MORALES Francisca. 2013. Radiografía de la institucionalidad para la primera infancia en Chile. [En línea]. Clave de Políticas Públicas, serie: Desafíos en la educación de primera infancia. Instituto de Políticas Públicas UDP N° 20. 9p. <http://www.politicaspUBLICAS.udp.cl/media/publicaciones/archivos/376/Radiograf%u00eda%20de%20la%20institucionalidad%20para%20la%20primera%20infancia%20en%20Chile.pdf> [Consulta: 03 de junio 2014].

Observatorio de Iniciativas Legislativas. 2012. Nueva institucionalidad para la infancia y adolescencia: Un compromiso pendiente. [En línea]. Apuntes Legislativos N° 17. Centro de Políticas Públicas UC. 15p. http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion.archivo_adjunto.8cd82d458ca84f76.4170756e7465204ec2ba31372053656e616d655f66696e616c2e706466.pdf [Consulta: 05 junio 2014].

Observatorio de la Deuda Social Argentina. 2012. La infancia argentina sujeto de derecho: progresos, desigualdades y desafíos pendientes en el efectivo cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes. [En línea]. Barómetro de la Deuda Social de la Infancia. Serie del Bicentenario 2010-2016; año 2. Universidad Católica Argentina. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/infancia-argentina-sujeto-de-derecho.pdf> [Consulta: 15 julio 2014].

PALACIOS Carmen. 2004. El descubrimiento de América, pasado y porvenir de la infancia en este continente. [En línea]. *Association des amis du mexique en France*. 20p. <<http://www.carmenpalaciosserres.com/docs/infancia/historia.pdf>> [Consulta: 09 marzo 2014].

UNICEF. 2004. La convención sobre los derechos del niño: Quince años después. [En línea]. Oficina regional para América latina y el Caribe. 56p. http://www.unicef.org/lac/cdn_15_anos_Espfull.pdf. [Consulta: 18 marzo 2014].

UNICEF. 2005. Situación de los niños y niñas en Chile: A 15 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño 1990- 2005. [En línea]. Oficina regional para América latina y el Caribe. 34p. http://www.unicef.cl/archivos_documento/138/unicef.pdf [Consulta: 28 mayo 2014].

UNICEF. 2012. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y del mundo académico). [En línea]. Serie de reflexiones Infancia y Adolescencia N° 13, Santiago. 87p. http://www.unicef.cl/web/wpcontent/uploads/doc_wp/WD%2013%20Ciclo%20Debate%20WEB.pdf [Consulta: 11 junio 2014].

UNICEF, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. 2008. Adolescentes en el sistema penal: Situación actual y propuestas para un proceso de transformación. [En línea] 108p. http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf [Consulta: 14 julio 2014].

IV. LEYES

ARGENTINA. 2005. Ley 26.061: De Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

BRASIL. 1990. Ley 8.069: Estatuto del niño y del adolescente.

CHILE. 1928. Ministerio de justicia. Ley 4.447

CHILE. 1929. Ministerio de justicia. Decreto 2.531: Reglamento para la aplicación de la Ley de menores.

CHILE. 1967. Ministerio de justicia. Ley 16.618: Ley de Menores.

CHILE. 1979. Ministerio de justicia. DL 2.465: Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica.

CHILE. 1980. Constitución Política de la República de Chile.

CHILE. 2004. Ministerio de justicia. Ley 19.968: Crea los Tribunales de familia.

CHILE. 2005. Ministerio de justicia. Ley 20.084: Establece un sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

UNICEF. 1989. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.