



Universidad de Chile

Facultad Derecho

Departamento de Ciencias Penales

DISCIPLINA PARA HUACHOS: HISTORIA SOCIAL DE LA INFANCIA PRESENTE EN LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DEL CHILE REPUBLICANO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Francisco Urtubia Marín

Profesor Guía

Luis Felipe Abbott Matus

Santiago de Chile, 2019

Agradecimientos

Cabe señalar que lo aquí escrito está bastante lejos de ser un producto exclusivo de meras elucubraciones emanadas de tardes en un solitario escritorio, sino que es en gran parte un trabajo deudor de los aportes provenientes de con quienes tuve el honor de compartir enriquecedores intercambios de puntos de vista y variadas instancias de formación.

Primero expresar mi gratitud con los organizadores de *Resistencia: Jornadas de Discusión Política y Filosófica*, seminario en donde pude exponer varias de las ideas presentes en el primer capítulo de este ensayo. En dicha ocasión guardo especial agradecimiento para la profesora Daniela Marzi, con quien tuve el honor de compartir mesa, y la fortuna de recibir la recomendación de *El Río*, novela autobiográfica escrita por Alfredo Gómez Morel, la cual constituye una pieza crucial en gran parte de la reflexión aquí presentada.

En una línea similar, agradecer a los organizadores de la *I Bienal Latinoamericana de Estudios sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos: persona, entorno y gobernanza en Latinoamérica*, en donde además de exponer y confrontar ideas que han inspirado parte importante del tercer capítulo de este ensayo, tuve la fortuna de conocer a Nadia Tapia, de quien recibí significativos aportes bibliográficos y fructíferos intercambios de puntos de vista relativos a los fundamentos epistemológicos de la Historia Social, de comprender al Derecho como un discurso y sobre el problemático carácter emancipador de los Derechos Humanos.

Cabe también agradecer a mis compañeros y compañeras del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con quienes tuve el placer de compartir fecundas reuniones pensadas en la elaboración del Informe Temático correspondiente al año 2019, investigación que contribuyó de forma transversal en los tres capítulos aquí presentados. De dicha ocasión, especial gratitud tengo para la profesora Liliana Galdámez y para el profesor Salvador Millaleo, quienes además de dirigir de forma encomiable dicha investigación, de sus cursos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Teoría Crítica del Derecho, respectivamente, pude extraer herramientas que fueron claves para poner debida atención al rol que cumplen los Derechos Humanos en perspectiva histórica.

Por otra parte, no puedo obviar la significativa contribución del profesor Felipe Abbott en esta investigación, encontrándome especialmente agradecido de mi profesor guía por sus comentarios,

por facilitarme las inspiradoras fotografías de Sergio Larraín que nos reflejan las perennes particularidades de los niños en situación calle, y finalmente por la recomendación del libro –uno de tantos- “Teoría de la clase ociosa” de Thorstein Veblen, el cual facilitó presentar las complejidades que supone analizar a los «movimientos de salvadores del niño».

También agradecer a la profesora Gladys Camacho, al profesor Francisco Zambrano y a mis queridísimas amigas Vannesa Retamal y Carolina Serrano, quienes, si bien no apoyaron directamente en la confección de la presente tesis, han contribuido enormemente –y vale decir, aún siguen contribuyendo- en mis conocimientos de Derecho Administrativo, otorgándome herramientas que han sido esenciales para la elaboración de la propuesta aquí presentada.

Mi deuda también es amplia con Gabriel Salazar, no sólo porque su extenso trabajo académico *desde abajo y desde adentro* ha inspirado parte importante de las reflexiones aquí presentadas, sino también porque tuvo la paciencia de responder mis incontables dudas mientras fui su estudiante y posterior ayudante en su paso por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Vale añadir que a mi deuda se adhieren acontecimientos más recientes aún, considerando que después de un año de su lamentable partida de la Facultad de Derecho, me recibió con la amabilidad que lo caracteriza para conversar sobre los fundamentos epistemológicos de la Historia Social, las particularidades metodológicas para hacer estudios sobre niños y sobre cómo comprender el Derecho considerando el «daño transgeneracional» del pueblo mestizo; permitiéndome el privilegio de anexar dicha entrevista en el final de este ensayo.

Agradecer también a Edison Llanos, quien tuvo la gentileza de intercambiar ideas relativas a qué significa para él haber sido tratado por las instituciones que se arrojan las consignas de protección como un «huacho», cómo desde su sentir producto de su experiencia de dieciséis años en el Servicio Nacional de Menores podemos caracterizar valores tan esenciales y complejos como la libertad y la solidaridad, y cómo su encomiable resiliencia lo ha llevado de manera ineludible a ser un destacado activista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; otorgándome el honor de que dicha entrevista esté presente en el anexo de este ensayo.

A Gabriela Calzadillas, por su compañerismo, su invaluable amistad, su asistencia en las largas transcripciones de las entrevistas y su cariño genuino. Agradecer también a Violeta Purán y a Álvaro Méndez, quienes tuvieron la gentileza de leer algunos de los borradores de los primeros capítulos de este ensayo y entregarme sus enriquecedores puntos de vista. Deudor soy también de

Sofía Aliaga, con quien pude conocer fuentes primarias relativas a distintas problemáticas del SENAME, imbuirme de la pasión con la que realiza su labor periodística e intercambiar perspectivas en nuestra conversación con Edison Llanos aquí anexada.

En aspectos que están lejos de desligarse del aprendizaje y del buen diálogo, agradecer a mis compañeros y compañeras de Proyecto Tremün, de quienes he adquirido conocimientos que los libros que nos hablan de los niños, niñas y adolescentes no pueden entregar. Mi más sincero afecto para Fernanda Soto, Jennifer Vásquez, Francisca Andonie, Camila Quezada, Victoria Bizarro, Sebastián Trujillo, Javier Trujillo, Sebastián Chávez, Jeraldhy León, Aracely Cáceres, Marisol Balbontin, Belén Romero, Antonia Belcredi, Gabriela Rojas, Ignacio Ríos, Mariana Flores, Carla Rivera y Emilio Jorquera. Gracias porque el trabajo colectivo me ha permitido compartir con ustedes, y aprender de y con ustedes, sobre el privilegio que constituye imbuirse en la excelsa percepción del mundo que nos ofrecen los niños; permitiéndome sentir que puede hacerse carne aquella promesa incumplida que constituye el cambio social.

Agradecer a mi padre, quien, sin ser un lector constante, tuvo la preocupación e iniciativa de comentar con esmero durante las noches de mi niñez las *Fábulas de Esopo*, inculcándome desde pequeño el afecto por los estudios y brindándome el privilegio, a costa de su excepcional esfuerzo y el de mi madre, de disfrutar significativos espacios de reflexión, autonomía y ocio. A mi madre, cuyos relatos y prácticas de solidaridad que relata de su infancia, -y que por cierto, aún siguen gestándose en el sur de nuestro país- me demostraron desde pequeño que la memoria popular requiere -y sobre todo merece- estar presente en los espacios de estudio.

A mis compañeros del Colegio Presidente Alessandri (SIP Red de Colegios), de quienes aprendí a sortear con camaradería aquellos poco creíbles sermones individualistas fundados en los mitos de la meritocracia. A estos últimos va dedicado este ensayo.

“Me dieron ganas de llorar porque sentí que me tenían simpatía como yo a ellos, pero comprendí que no podían comportarse en forma distinta a la señalada por sus leyes”.

-Alfredo Gómez Morel, *El Río* (1962).

“Chis, ¿no ve que me lleva preso?”

-Testimonio de un niño sobre la “mosca azul”, camioneta de carabineros que en ese entonces estaba destinada a rondar a altas horas de la noche, recogiendo niños en situación calle y llevándolos a los hogares de tránsito mientras se disponía de una ubicación definitiva. Extraído de: (Urrutia, 1972, pág. 80).

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	15
--------------------	----

CAPÍTULO I

La infancia *sin Dios ni Ley*. El Derecho de los «huachos» ante la ausencia de una política estatal (S.XIX)

1.- La paradoja irresoluble del proyecto ilustrado en la clase ociosa: ¿Disciplinar para ser libres?	20
2.- La especial atención sobre lo femenino en las instituciones de protección de los desvalidos: La extensa memoria de <i>Los Miserables</i>	26
3.- Los movimientos de salvadores del niño en Chile. La paulatina especialización de la caridad frente a la gran masa de desvalidos	35

CAPÍTULO II

Los menores *ante la ley*. Discurso de derechos y prácticas de castigo en el Chile del siglo XX.

1.- La llegada del siglo XX y la irrupción del Estado. ¿La protección de la infancia como un deber estatal?.....	47
a) Breve análisis de la ley n° 2.675 denominada “Protección a la Infancia Desvalida”	47
b) La dialéctica ilustrada en el I Congreso de Protección a la Infancia: ¿La primera expresión del discurso de los Derechos del niño en nuestro país?	51
2.- La herencia de la criminología positivista: Los tribunales de menores como parte de la Administración del Estado y el juez caracterizado como un <i>padre y un amigo</i>	57
a) Algunos aspectos generales de la propuesta dogmática del positivismo criminológico	63
b) El problema del discernimiento para la óptica positivista	68
3.- De instituciones ligadas a la higiene al Servicio Nacional de Menores: Coordinar, fiscalizar, prestar y subsidiar la caridad durante el siglo XX. ¿El fin de la disciplina?	76

a) Organización administrativa vinculada a la protección a la infancia institucionalizada durante la vigencia de la ley n°4.464 de 1928, denominada “Ley de Protección de Menores”	77
b) Organización administrativa vinculada a la protección a la infancia institucionalizada durante la vigencia de la ley n°16.618 de 1967, denominada “Ley de Menores”	81
c) Organización administrativa vinculada a la protección a la infancia institucionalizada durante la vigencia del Decreto Ley n°2.465 de 1979, que crea al Servicio Nacional de Menores (SENAME).	86

CAPÍTULO III

La llegada del modelo de Derechos. Problemas (y resistencias) de largo alcance presentes en el Servicio Nacional de Menores

1.- Ser niño huacho en el siglo XXI: Problemas de largo alcance histórico presentes en el Servicio Nacional de Menores	93
a) A modo de contextualizar lo expuesto en el Informe del Comité de los Derechos del Niño: el mantenimiento de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como un asunto de caridad privada	96
b) La vulneración sistemática al derecho al nivel más alto en la protección de la salud	102
c) Explotación y abusos sexuales	106
d) La separación de la familia sin considerar el interés superior del niño	108
e) Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo	109
f) Vulneración al derecho a expresar su opinión y ser escuchado	110
g) Conclusiones sobre los problemas de arrastre en el Servicio Nacional de Menores: Una breve reflexión sobre la identificación de “vulnerables” por parte de la jurisprudencia	112
2.- Dialéctica ilustrada, Derechos Humanos y Movimientos Sociales. ¿Una apuesta emancipadora?	116
a) Movimientos sociales como espacios residuales del Ágora	117
b) Derechos Humanos como un discurso heredado de la mitología (y las contradicciones) ilustrada(s)	118
c) La apropiación del discurso de los Derechos Humanos en los Movimientos Sociales: ¿Una apuesta emancipadora?	122

3.- El discurso del derecho en Democracia para los «huachos» de nuestra época: Mediación con los niños para un horizonte sin opresiones	125
---	-----

REFLEXIONES FINALES	133
----------------------------------	-----

ANEXOS (ENTREVISTAS)

1.- Edison Llanos: “Ser huacho fue mi nombre, mi apellido, mis zapatos, mi ropa”143

I. Sobre ser niño «huacho» en el Servicio Nacional de Menores: “la autodefensa, el autocuidado, la agresión y la agresividad. Esa era la libertad que nosotros teníamos”	143
II. Sobre la adopción: ¿un nuevo comienzo?	145
III. Sobre ser activista en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.	148
IV. La formación de la identidad de los niños dentro del SENAME.....	150
V. Sobre las <i>reglas</i> dentro del Servicio Nacional de Menores: “o te <i>adaptas</i> o te <i>adaptas</i> ”.....	151
VI. Sobre la lealtad y la solidaridad como valores aprendidos en el Servicio Nacional de Menores.....	153
VII. Sobre escribir el libro “Mi infierno en el SENAME: Ansias de libertad”	155

2.- Gabriel Salazar: “Es muy importante escuchar el llanto, el sufrimiento de los niños, interpretarlo y asumirlo como su voz”157

I. Introducción	157
II. Sobre los fundamentos epistemológicos de la Historia Social y las particularidades que implican escribir la historia de los niños	159
III. Sobre el Derecho y sobre (auto)educar a los niños (y a nosotros también).....	161

BIBLIOGRAFÍA	173
---------------------------	-----

Resumen

El presente ensayo comienza desde el concepto etimológico de «huacho» -del quechua “animal que está fuera del rebaño”- para transitar sobre los discursos institucionales que se arrojan para sí las consignas de la protección a la infancia vulnerable -llámese desde la ley como infancia “desvalida”, “en situación irregular” o más recientemente “sujetos de derechos”-, y descender a las subjetividades -la memoria- de quienes son depositarios y disciplinados en conformidad a dicho discurso: los niños, niñas y adolescentes que residen en las instituciones de protección a la infancia. Desde sus testimonios y vivencias se cuestiona el supuesto rol protector presente en los discursos legislativos, ofreciendo al lector(a) explorar la permanencia histórica de las problemáticas que han sido constatadas recientemente por informes de derechos humanos, y a su vez, examinar con mirada escéptica la retórica de los derechos del niño.

En este tránsito, el presente ensayo se fundamenta desde la propuesta metodológica que nos ofrece la Historia Social, complementándola desde los aportes provenientes de la Teoría Crítica del Derecho. Así, este ensayo es también una crítica a las pretensiones cientificistas de los estudios del derecho, considerándose que estamos frente a un problema que sobre todo se trata de sensibilidad y en donde el derecho en su propuesta hermética y encerrada en sí misma se encuentra incapacitado de atender en toda su complejidad.

Palabras claves: huachos – movimientos de salvadores del niño – infancia desvalida - menores en situación irregular – sujetos de derecho – movimiento higienista – positivismo criminológico – convención de los derechos del niño – dialéctica de la ilustración.

Introducción

“Una vez más nadie se enteraría de este tipo de maltrato, ya que para el Sename éramos, como nos dijeron una vez, los **guachos** (sic) hechos un cacho del sistema”.

-*Mi infierno en el SENAME*. Édison Llanos (2016).

Contemplando con un tanto de ingenuidad las reformas legislativas, muchos creíamos que en el nuevo siglo la historia de los «huachos» se había desplomado tras la promulgación de una ley que venía a poner fin a la poco razonable distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, como si a través de la pluma del gobierno de turno se pudiese acabar con aquellas problemáticas que tienen un núcleo ya eterno y difícil de vislumbrar. Quienes observábamos con candidez los cambios en nuestro ordenamiento jurídico y en el discurso público tras la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (1990) deambulábamos por la *corteza* del problema, aquella que se corroe, cambia cifras y nombres, pero en el fondo *nos presenta a los mismos sujetos*. Aquella ilusión provocó por momentos considerar un recuerdo estéril las cifras que nos advierten que en períodos oscuros de nuestra historia republicana -1860 a 1870, más menos-, siete de cada diez niños en Santiago urbano nacían muertos o fallecían a los pocos meses, desencadenando los cánticos populares del reconocido *velorio del angelito*, aquellos que conmemoraban la fortuna de dirigirse directamente al cielo sin pasar por los vaivenes de la miseria.¹

Pero el *núcleo* del problema, aquél que en ocasiones aparece en los debates legislativos y en los medios de comunicación, no tardaría en abofetarnos la cara. Lo ocurrido en el conocido caso de Lissette Villa², vendría a remecer una problemática que trascendía los lamentables hechos que, según los propios funcionarios del centro de protección en donde falleció Lissette, eran sistemáticos y no configuraban una situación excepcional (Moreno, 2018, págs. 34-41). Así también lo confirma el reciente Informe emitido por el Comité de los Derechos del Niño de la

¹ Los problemas relativos a las cifras de mortalidad infantil serán desarrolladas en el primer y segundo capítulo de este ensayo. En cuanto al *velorio del angelito*, una reseña histórica ligada a las políticas de salud infantil se encuentra en: (Jiménez de la Jara, 2009). Por otra parte, vale advertir que en el presente ensayo se limita a la caridad pensada para la infancia en tiempos republicanos, sin perjuicio de que las Casas de Expósito –y problemas correlativos a ella- ya están presentes en tiempos coloniales. Al respecto, nos remitimos al trabajo de (Delgado, 2001).

² Lissette falleció el 11 de abril de 2016 en el CREAD Galvarino producto de una “asfixia por sofocación producto de comprensión mecánica externa”. La comprensión en cuestión la ejercieron dos funcionarias de trato directo, quienes redujeron a Lissette, la pusieron boca abajo, le sujetaron las piernas y una de ellas –pesando 90 kilos-se sentó en el tórax de la menor de 11 años durante varios minutos (Cooperativa, 2017). Se ha señalado en variadas oportunidades que dicho caso destapó la crisis del SENAME. Al respecto, véase una descripción de variados hechos recientes que configuran la mencionada crisis en: (Lathrop, 2017).

Organización Naciones Unidas, en donde además de presentarnos variadas problemáticas presentes en el Servicio Nacional de Menores, que tendremos oportunidad de revisar en este ensayo, constata con razonable preocupación que entre los años 2005 y 2016 fallecieron 1.313 personas dependientes directa e indirectamente de SENAME. Aquella cruenta cifra nos permite en nuestros días hacer el símil con lo que hace un par de siglos atrás el joven Karl Marx denominó con su excelsa percepción como el *topo de la historia*:

Los *hombres hacen su propia historia*, pero no la hacen a su libre arbitrio, bajo circunstancias elegidas por ellos mismos, *sino bajo aquellas circunstancias con que se encuentran directamente, que existen y que transmite el pasado. La tradición de todas las generaciones muertas oprime como una pesadilla el cerebro de los vivos. Y cuando éstos se disponen precisamente a revolucionarse y a revolucionar las cosas, a crear algo nunca antes visto, en estas épocas de crisis revolucionaria es precisamente cuando conjuran temerosos en su auxilio los espíritus del pasado, tomando prestados sus nombres, sus consignas de guerra, su ropaje, para, con este disfraz de vejez venerable y este lenguaje prestado, representar la nueva escena de la historia* (los énfasis son propios del texto) (Marx, 1977, pág. 221).

A pesar de no estar frente a un movimiento revolucionario, lo ocurrido con Lissette aboca los espíritus del pasado, a los «huachos», aquellos que aún se les recalca que son susceptibles de ser tratados como objetos, pudiendo ser golpeados y sufrir de manera impune cosificaciones del tipo “huacho, acá tú eres mío” (Llanos, 2017, pág. 95). Como un *topo*, una problemática que parecía tener fin en los anales del siglo XX vuelve a emerger en el espacio público, develando su carácter subterráneo y demostrando su permanencia en la *memoria* de los oprimidos que nos cuentan su resistencia, en la historia de las instituciones que nos expresan disciplina bajo el velo de la protección, y en el discurso jurídico que constata vulneraciones en derechos en nuestros días catalogados como esenciales. Aquí están los niños, con sus consignas y ropajes del pasado, para recordarnos que las problemáticas del huacho son de largo alcance y persisten de manera solapada, incluso tras la ratificación de tratados internacionales que provocaron destacables repercusiones legislativas como la Convención de los Derechos del Niño.

Corresponde advertir al lector que aquella memoria, siguiendo al buen historiador, “no corresponde a la ley contarla” (Todorov, 2000, pág. 17). Y es que, ¿cómo la historia de la ley podría bastarnos para conocer las subjetividades provocadas por el devenir de los mecanismos de

protección en la infancia durante el Chile republicano, si la memoria de los niños, niñas y adolescentes rebasan los preceptos establecidos por el legislador?

Allí donde la ley expresa proteger, de forma latente aparece el castigo. Si escudriñamos sin limitarnos a los contornos de los debates legislativos, al texto de la ley y la deleznable inconsistencia de los gobiernos de turno, sensibilizándonos frente a la memoria de los sujetos conforme a la alternativa que nos propone la historia social, nos percataremos que la figura del huacho va más allá de quien no tiene padre o madre, siendo más bien como sugiere el origen quechua del término: “el animal que está *fuera del rebaño*” (Montecino, 2007, pág. 48). Son en definitiva los excluidos de la historia oficial que versa sobre los grandes héroes, son aquellos productos de lo que la élite decimonónica denominó las fuentes del “vicio y el pecado”, son los que han sido etiquetados históricamente por la clase política –incluso hasta hoy- como *otros* distintos a todos nosotros, quienes somos, en palabras del ministro del Interior: “los ciudadanos honestos de este país” (La Nación, 2018).

La propuesta aquí tratada supone en los términos del profesor Gabriel Salazar “navegar por el río de Heráclito”, es decir, inmiscuirnos en la historia de –*pero sobre todo con*- los «huachos». Es un estudio que está lejos de considerar a los niños, niñas y adolescentes como *objetos* de un estudio *desde arriba* y distante, sino que más bien los reconoce en su calidad de *sujetos*, capacitados para contarnos *su propia historia* (Salazar, 2017). Así, nuestra propuesta contribuye al análisis jurídico con pretensiones históricas y propias de la teoría crítica del Derecho (Wolkmer, 2003), buscando develar la opresión implícita e invisibilizada en cuerpos normativos, comenzando desde los sujetos de carne y hueso y las prácticas institucionales que los reprimen, alienan y cosifican, para desde allí reflexionar sobre los discursos y el potencial emancipador de las normas que establecen su supuesta protección.

En definitiva, en el presente ensayo se busca visibilizar –con y a través de ellos y ellas- la historia de los que Eduardo Galeano llamaba “los *nadies*: los hijos de nadie, los dueños de nada, los ningunos, los ninguneados”, a los invisibles y los anónimos que no “figuran en la historia universal” de los grandes héroes ni de las grandes transformaciones del Estado, sino que más bien están presentes en aquellos recovecos de las actas que registran los castigos penales decimonónicos, en las largas listas de defunción emitidas por la Iglesia, en los discursos inaugurales de sociedades educacionales y de caridad, en los centros de *readaptación*, en el trabajo y

delito popular desde pequeños, vagabundeando en las calles y cumpliendo condena en centros que se arrojan las consignas de la protección, como aquellos dependientes en nuestros días del Servicio Nacional de Menores.

El primer capítulo de este ensayo, titulado “La infancia sin Dios ni Ley. El derecho de los «huachos» ante la ausencia de una política estatal” busca desentrañar los mecanismos de disciplina a los que se ven sometidos «los huachos» en el siglo XIX, en tiempos de ausencia de una legislación que considerara a la sazón las particularidades propias de la infancia y, por otra parte, se reflexiona en torno al rol subsidiario que cumplió el incipiente Estado frente a la caridad ejercida desde el mundo privado. Para develar ello será necesario tomar en consideración las particularidades de la criminalización de lo femenino; el disciplinamiento del peonaje libre y su relación con el vagabundaje; los movimientos de caridad e higiene presente en la élite decimonónica, y todos aquellos aspectos que en sus contornos y entre líneas permiten que reconozcamos la memoria de los niños «huachos» del período. Especial atención tendrán las prácticas culturales y políticas de una élite que en su discurso señalará con recelo y misericordia la necesidad de *salvar* a una masa indisciplinada, *desvalida* y a su vez con una memoria *disonante* con los intereses iluministas de crear una patria industrializada, en donde impere la moralidad dictaminada por la Iglesia, y el modelo de ciudad inspirado en París.

El segundo capítulo, titulado “Los niños, niñas y adolescentes *ante la ley*. Discurso de derechos y prácticas de castigo en el Chile del siglo XX”, tiene por objeto problematizar en torno a un diseño institucional que, *desde el Estado*, se autoproclamará la misión de *salvar* a los niños y niñas, reconociéndolos en el discurso del Derecho por primera vez como sujetos *con* derechos, cualidades que emanan de sus particularidades de “menor”, distintas a la apreciación decimonónica de “adultos en miniatura”. Especial atención en este capítulo tendrán el rol de los «movimientos de salvadores del niño» en la naciente política pública, y las repercusiones del positivismo criminológico en las esferas académicas del Derecho y de Medicina en nuestro país, afectando considerablemente la dogmática penal y administrativa de la época, permeando al final de cuentas las medidas de protección recaídas sobre los niños huachos. Como veremos, el modelo que se afianzó en las primeras décadas del XX y se extendió por todo ese siglo, se sustentó en la creación de tribunales que durante varias décadas fueron parte de la Administración del Estado, y centros que, respaldados pseudocientíficamente conforme a premisas de dudable respaldo,

establecieron los en nuestros días considerados controversiales mecanismos para readaptar o reeducar a los sujetos que son contrarios a los valores del orden social imperante.

Finalmente, en el capítulo “La llegada del modelo de Derechos. Problemas (y resistencias) de largo alcance presentes en el Servicio Nacional de Menores”, se presenta *desde abajo*, vale decir, a través de los testimonios de sus protagonistas, una revisión somera sobre los principales problemas de arrastre presentes en el Servicio Nacional de Menores, y las nuevas formas de opresión coyunturales al nuevo siglo. En este capítulo también se propone elementos para reflexionar si el nuevo modelo de protección integral de los Derechos del Niño, que hemos heredado tras la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (1990), en su lenguaje indeterminado y gestado principalmente durante la vigencia de la doctrina de la situación irregular, permite soslayar una hasta ahora perenne cosificación sobre los niños, niñas y adolescentes de nuestros tiempos. Para dicho propósito, especial atención tienen las tesis que nos ofrece la Teoría Crítica del Derecho relativas al potencial emancipador de los Derechos Humanos.

Capítulo I: La infancia *sin Dios ni Ley*. El Derecho de los *huachos* ante la ausencia de una política estatal (S.XIX).

1.- La paradoja irresoluble del proyecto ilustrado en la *clase ociosa*: ¿Disciplinar para ser libres?

Siempre me sentiré más obligado a quienes con su favor me ayuden a gozar sin obstáculos de mi ocio que a quienes me ofrecieran los empleos más honrosos de la Tierra.

-René Descartes, *Discurso del método* (publicado por primera vez en 1637).

La Ilustración consiste, siguiendo a su principal exponente, en la “salida del hombre de su autoculpable minoría de edad” (Kant, 1988, pág. 197). Se es autoculpable, señala nuestro autor, cuando un sujeto que ya tiene la aptitud física de valerse por su propio entendimiento, pero carece de valor y de decisión para pensar por sí mismo. Para sus adherentes, entonces, la Ilustración en buena parte es un asunto de coraje -*sapere aude!*-, ofreciéndonos como propuesta que los sujetos nos desliguemos de nuestros apetitos y todo rasgo de irracionalidad para actuar de forma libre.

La propuesta ilustrada fundó sus postulados en la capacidad de los sujetos para establecer las propias leyes que los regulan, negando aspectos heterónomos a la propia voluntad y sustentando sus fundamentos en aquellas máximas que se alejan de la materialidad, derivan de la *propia razón* y puedan convertirse en universales (Kant, 2001). Este será el pilar de la base iluminista, la cual legitimó notables proezas de lenguaje revolucionario como las presentes en tiempos decimonónicos, ostentando históricamente de forma más significativa las consignas de libertad para los individuos y teniendo como principales concreciones la Independencia de los Estados Unidos en 1776 y la Revolución Francesa en 1789; teniendo esta última a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como producto de notables repercusiones que, según la literatura especializada, conforman la base del constitucionalismo moderno (García & Verdugo, 2010, págs. 141 - 166).

No es aleatorio que el fenómeno ilustrado se ha alzado en el púlpito de quienes abogan por el reconocimiento de una tradición liberal que pone frenos al despotismo estatal, que tiene a la libertad de los sujetos como uno de sus pilares esenciales, y que es la antípoda de regímenes tan deleznable como aquellos que son parte del totalitarismo. En esa línea, el mito ilustrado de

derechos anteriores a la configuración del Estado se incrusta en una tradición filosófica que comprende que en el constitucionalismo moderno las decisiones de las mayorías no deben ir en contra del respeto de los derechos fundamentales de las minorías, impidiendo así la legitimidad de regímenes que anulan la individualidad de los sujetos y promueven la barbarie (Ruiz-Tagle & Correa, 2010, págs. 50-57).

En una línea más crítica y menos optimista que la expuesta por los defensores del liberalismo, Theodor Adorno y Max Horkheimer, en su ensayo “Dialéctica de la Ilustración”, expresan que fenómenos tan nocivos para el valor de la libertad como los presentes en los totalitarismos no suponen el abandono de los ideales ilustrados, sino que más bien son una expresión del carácter interno de la Ilustración en tanto ésta se inserta en la Modernidad. Siguiendo a nuestros autores, ello se debe en buena parte a que en el paradigma imperante en nuestros tiempos:

La materia debe ser dominada por fin sin la ilusión de fuerzas superiores o inmanentes, de cualidades ocultas. Lo que no se doblega al criterio del cálculo y la utilidad es sospechoso para la Ilustración. Y cuando ésta puede desarrollarse sin perturbaciones de coacción externa, entonces no existe ya contención alguna (...) ante cada resistencia espiritual que encuentra, su fuerza no hace sino aumentar. (...) Cualesquiera que sean los mitos que ofrecen resistencia, por el solo hecho de convertirse en argumentos en tal conflicto, esos mitos se adhieren al principio de la racionalidad analítica, que ellos mismos reprochan a la Ilustración. La Ilustración es totalitaria (Horkheimer & Adorno, 1998, pág. 62).

Para quienes adherimos a esta línea argumental, el fenómeno ilustrado no está exento de opresión. La Ilustración y su potencial emancipador se incrustan en una Modernidad que se caracteriza principalmente por el dominio de lo externo al sujeto pensante, debiendo sus grandes triunfos científicos, en palabras de Hannah Arendt: “al hecho de haber considerado y tratado a la naturaleza sujeta a la Tierra desde un punto de vista *verdaderamente universal*, es decir, desde el de Arquímedes, voluntaria y explícitamente considerado fuera de la tierra” (Arendt, 2003, pág. 25).

En el paradigma moderno los únicos métodos legítimos de adquirir y promover conocimiento son aquellos que van dejado atrás dos estadios teóricos primitivos: el teleológico y el metafísico (Comte, 1984), imperando un método de carácter positivista, que a diferencia de supuestos estadios anteriores se articula otorgando primacía a lo que es útil, se exige paradójicamente el abandono de los mitos, y se tiene por objeto el dominio de la naturaleza para –siguiendo a Bacon-

tener poder frente a otros Estados (Orellana, 2011). Bajo ese espectro, la metafísica kantiana que propugna el desenvolvimiento de una libertad sin considerar las repercusiones en lo externo, entra en conflicto con un período histórico de carácter evidentemente consecuencialista, de incesante y perpetua búsqueda por el dominio de la naturaleza y el progreso económico; todo ello en desmedro del *ethos* cargado de apetitos y festejos, que a su vez debe ser reprimido desde la individualidad en tanto las pasiones se consideran antagonistas de la razón.

Como veremos a lo largo de este ensayo, la Ilustración como propuesta emancipadora deviene para una amplia mayoría de la población en esterilidad, y su carácter totalizante implica relaciones de servidumbre en donde el dominio sobre *los otros*, esto es, quienes viven fuera de los márgenes de aquellas máximas que pueden ser universales, reflejan el conflicto con la propuesta kantiana que sólo considera el dominio de *sí mismo*.³ La Ilustración deviene en paradoja irresoluble, es una aporía: el dominio de lo externo convive con el dominio de sí mismo, contradicción que anula al sujeto pensante y despoja del *ethos* su carácter comunitario.

Lo anterior bien lo entendía el Joven Karl Marx, quien abocado a los estudios del Derecho, nos advirtió tempranamente que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al estar inserta en la Modernidad, disocia de los sujetos de «su ser genérico», anulando sus propias creencias, y doblegándolos en su interés privado, trayendo ello como consecuencia que la vida en sociedad aparece como externa y atentatoria con la independencia originaria de los sujetos (Marx, 1982). En suma, la propuesta ilustrada, en su afán por dejar atrás la teología y la metafísica niega a la mitología, y consigo establece el conflicto con el *ethos* del pueblo al negar toda forma de animismo, y de paso, vaya paradoja, niega a la Ilustración misma.⁴

Corresponde advertir al lector que la Ilustración con su carácter totalizante inspiró el origen y es el catalizador de las instituciones de caridad y protección de los desvalidos, incluyendo, por tanto, a

³ En palabras de nuestros autores: El dominio universal sobre la naturaleza se vuelve contra el mismo sujeto pensante, del cual no queda más aquel “yo pienso” eternamente igual, que debe poder acompañar todas mis representaciones. Sujeto y objeto quedan, ambos, anulados. El *sí mismo* abstracto, el derecho a registrar y sistematizar, no tiene frente a sí más que el material abstracto, que no posee ninguna otra propiedad que la del ser substrato de semejante. La ecuación del espíritu y mundo se disuelve finalmente, pero sólo de tal modo que ambos términos se reducen recíprocamente (Horkheimer & Adorno, 1998, pág. 80)

⁴ Al respecto, señalan nuestros autores “La propia mitología ha puesto en marcha el proceso sin fin de la Ilustración, en la cual toda determinada concepción teórica cae con inevitable necesidad bajo la crítica demoledora de ser sólo una creencia, hasta que también los conceptos de espíritu, de verdad, e incluso el de la Ilustración, quedan reducidos a magia animista (...) Como los mitos ponen ya por obra la Ilustración, así queda ésta atrapada en cada uno de sus pasos más hondamente en la mitología” (Horkheimer & Adorno, 1998, pág. 67).

aquellas pensadas para la infancia en el Chile republicano. La ¡Guerra a la ignorancia! como levadura de quienes enarbolaron las consignas que proponían con ahínco que desde el mundo privado proliferen instituciones orientadas a educar y proteger a las clases populares, tenía la dominación sobre lo externo y la disociación de la asociatividad popular como un carácter inmanente. En el discurso de quienes vociferaban la propuesta iluminista de *educar, proteger* y enviar la *luz* a la barbarie se expresaban lógicas de servidumbre que tenían por objeto anular un ethos popular considerado carente de racionalidad, expresión del vicio y un impedimento para el ansiado desarrollo económico de la nación.

Ello está plasmado de forma clara en los dichos de un ferviente defensor de este proyecto ilustrado en la apertura de la Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago en el año 1857, asociación privada que hasta el día de hoy tiene como misión institucional educar a los sectores empobrecidos presentes en las periferias de la gran ciudad:

Pues bien, señores, ha llegado el caso de que reunamos nuevamente nuestros esfuerzos para empeñar nuevos combates. Existe en nuestro suelo un enemigo más formidable que una invasión extranjera (sic), tan tremendo como una conquista de bárbaros; un enemigo que nos tiene avasallados, que no nos deja respirar, que nos ata las manos, que no nos permite dar un solo paso en la senda del progreso sin que sintamos sus cadenas incorporadas en nuestro ser como las venas del cuerpo. Ese enemigo es la ignorancia que impide el desarrollo rápido y completo de la civilización en Chile, la ignorancia lo domina todo, la ignorancia madre de la ineptitud para el trabajo, de la imprevisión para el porvenir, de las preocupaciones, de los vicios. Es necesario, es urgentísimo que declaremos la guerra a ese enemigo doméstico con tanta tesón (sic), con tanto entusiasmo, como se lo hemos declarado; como se la declararemos a todo enemigo de la república. Calculad, si lo podéis, los perjuicios que nos causa la ignorancia. Todo lo bueno que nos falta es debido a su imperio, todo lo malo que existe es obra suya. En Chile casi no tenemos de industria más que tierra y sol, porque el pueblo es ignorante. Cuando se trata de introducir alguna máquina o algún aparato para facilitar y aligerar las operaciones del trabajo, el primer obstáculo que se presenta es la torpeza de los que deben manejar esos instrumentos. ¡Guerra a la ignorancia! (Amunátegui, 1937, págs. 236-237).

La paradoja irresoluble configurada por las contradicciones internas del proyecto ilustrado se reformula y se presenta en las instituciones de caridad y educación -¡gratuita!- para el pueblo como la tarea imperiosa de poner fin al vicio, teniendo por objetivo principal que quienes emiten el discurso sean *libres* en un sentido kantiano y vivan conforme a los ideales de bienestar y progreso industriales; todo ello en desmedro de la barbarie, la cual se considera como un enemigo que requiere ser reformado, y por tanto, *disciplinado*. Ensimismados en la búsqueda del progreso económico, es bastante claro que la élite chilena contemplaba con desazón la ausencia de una masa dispuesta a dar vida al proyecto industrial, buscando que se interiorice en los sectores populares el discurso fundado en los horarios fijos y el anhelo de bienestar nacional.⁵ La dialéctica de la Ilustración se expresa en el *educar* –en sus términos, *moralizar*- para *dominar* a otros, disciplinar a la barbarie para alcanzar *la propia* libertad.

De ninguna forma debemos caer en la ingenuidad de considerar que los discursos de caridad estaban desprovistos de ideología, que escudriñar en su historia supone encontrarnos con encomiables proezas desprovistas de contradicciones. La caridad –siguiendo a Marcel Mauss (Mauss, 2009), como todo *regalo*- es expresión de poder, es un dispositivo que nos expresa intereses que, deliberadamente o no, se desligaban de la mera benevolencia. Así, consideramos ineludible caracterizar a las instituciones de protección como un producto histórico, entendiéndolas circunscritas dentro de los valores propios de los tiempos modernos, teniendo el objeto de denunciar sus solapadas contradicciones.

Los mecanismos de dominación que estudiaremos a lo largo de este ensayo, presentes en las instituciones que dicen proteger a los «huachos», configuran una problemática de clase, pero no en un sentido marxista ortodoxo del término, sino que más bien responden a aquello que Thorstein Veblen propone en su libro titulado “La teoría de la clase ociosa”, un análisis desde *adentro* de la élite y escrito en la época en la que estamos reflexionando.⁶

⁵ A este respecto, los historiadores sociales han desarrollado líneas de investigación conducentes a desenterrar el establecimiento -pensado *desde arriba*- de una masa laboral asalariada. Sin duda, la obra más reconocida a este respecto, por su calidad argumentativa y su notable trabajo de archivo es: (Salazar, 2000). En una línea similar, pero más bien fundada en el contraste de autores está en: (González, 2011). Por último, cabe señalar que las ideas de la formación de un “hombre nuevo” y lejano a la barbarie alcanzó también las formas de militarización dirigidas al bajo pueblo, en particular contra el bandidaje popular. Al respecto, es notable el trabajo de (Pinto & Valdivia, 2009).

⁶ Por primera vez es publicado en 1899, siendo un ensayo en donde el autor reflexiona con sencillez ante su propia realidad, lo que él mismo reconoce podía ser contraproducente en tiempos en donde todo aquello que no es útil en un sentido económico y científico es observado con menosprecio. En palabras de Veblen, dicho libro: “En parte por razones de conveniencia, y en parte porque así hay menos probabilidad de entender mal el sentido de los fenómenos

Nuestro autor describe cómo el afán por el desarrollo industrial imperante en los discursos de la «clase ociosa» tenía como principal característica el desprecio a realizar por sí mismos el trabajo considerado útil, en tanto ello consistía en una tarea propia de aquellos que están sumergidos en la barbarie. El poder del hombre sobre la naturaleza, propio del afán industrial, y presente en la esencia de la modernidad, se postula como un poder que también incluye “el poder sobre la vida de las bestias y sobre todas las fuerzas elementales (...) trazando una línea entre la humanidad y los seres brutos de la creación” (Veblen, 2014, pág. 42). La *clase ociosa*, en nuestros términos, *los de arriba*, trazó una barrera distante con las prácticas culturales de aquellos objetos indisciplinados, negando a estos últimos su asociatividad, su fiesta, su animismo, su *ethos* ya gestado. Así, el interés por industrializar la patria suponía un desprecio por ensuciarse las manos, su labor consistía en propugnar un proyecto ilustrado y promover las condiciones que permitieran a *los otros* ocuparse del trabajo verdaderamente útil.⁷

Cabe señalar que dicho interés no tenía sólo una perspectiva ligada a la prosperidad económica, confluyendo en el paradigma moderno otros fundamentos orientados a disciplinar a las clases populares. Así se refleja en las consignas de educar al pueblo de un entusiasmado ilustrado de la época:

La religión nos ordena a enseñar al que no sabe; y está escrito en el libro santo, como estrellas en la eternidad. La República nos pide ciudadanos para defenderla en el peligro, para fortalecerla con el amor de los hijos suyos y para elaborar su bienestar. Y ¿podrán

que les son conocidos a todas las personas, los datos empleados para ilustrar o reforzar el argumento han sido preferentemente sacados de la vida ordinaria, por observación directa o notoriedad general, y no de fuentes recónditas distanciadas de nosotros. Es de esperar que nadie encuentre su sentido literario o su dignidad científica ofendidos por este recurso a hechos comunes y corrientes, o por lo que a veces pueda parecer una insensible libertad en el manejo de los fenómenos vulgares o de fenómenos cuyo lugar íntimo en la vida de los seres humanos les ha protegido algunas veces del impacto de ser discutidos desde una perspectiva económica” (Veblen, 2014, pág. 32).

⁷ Thorstein Veblen propone entonces que los valores dentro de cada clase son distintos. A diferencia de quienes se dedican al trabajo, en la clase ociosa prima la emulación pecuniaria. En palabras del autor: “(en las clases bajas) tampoco está ausente de esta clase el incentivo de la diligencia y el ahorro; pero su acción está tan grandemente afectada por las demandas secundarias de la emulación pecuniaria, que cualquier inclinación en esta dirección queda prácticamente anulada y cualquier incentivo para la diligencia tiende a carecer de efecto. La más imperativa de estas secundarias demandas de emulación, y también la que tiene mayor amplitud, es el requisito de abstenerse de realizar trabajos productivos. Esto es cierto de una manera especial en la etapa bárbara de la cultura. Durante la cultura depredadora, el trabajo se asocia con los hábitos mentales del hombre que se encuentra en un estado de debilidad y de sujeción a su amo. Es por lo tanto, una señal de inferioridad y debe, consiguientemente, ser considerado indigno de un hombre que se encuentra en el máximo de sus posibilidades. Por virtud de esta tradición, el trabajo mismo se considera como algo humillante, y esta tradición no ha muerto nunca. Por el contrario, con el avance de la diferenciación social ha adquirido la fuerza axiomática que se debe a una prescripción antigua e indiscutible” (Veblen, 2014, pág. 68).

defenderla los que no la conocen, los que no saben amarla, los que no han recibido de ella sino la pobre herencia de la ignorancia? ¿Y sabrán elaborar su bienestar esos seres mutilados, esas masas inertes medio racionales, medio idiotas que pueblan nuestros campos y polulan en nuestras ciudades? (Alfonso, 1936, pág. 231).

Dichos intereses cobrarán un devenir particular en nuestra historia republicana y estará nutrido por múltiples actores. Como veremos, la religión exigirá que las clases populares, en especial a las mujeres, se despojen de una vida con *liviandad*; la patria exigirá para ser defendida y guiada por el camino del progreso el abandono de una vida cargada de carnaval y en donde el trabajo asalariado impere en los confines del territorio. En definitiva, en los próximos apartados denunciaremos cómo los orígenes de la caridad y el cuidado de los desvalidos tienen fundamentos no tan hospitalarios, presentándose la purga a la ignorancia como una guerra con un enemigo interno que había gestado ya su *propia historia*, y ella requería ser disciplinada.

2.- La especial atención sobre lo femenino en las instituciones de protección de los desvalidos: La extensa memoria de *Los Miserables*.

Una mañana le entregó a Fantina, de parte del señor alcalde, cincuenta francos, diciéndole que ya no formaba parte del taller, y que el señor alcalde la invitaba a abandonar el pueblo (...).

*Al mismo tiempo se **sonrió** (...) en la boca tenía un agujero negro. Los dos dientes habían sido arrancados.*

-Victor Hugo, *Los Miserables* (publicado por primera vez en 1862).

“Convencida de que obraba en bien de la moral, esta mujer instruyó el proceso, juzgó, condenó y ejecutó a Fantina. Los cincuenta francos que le diera los tomó de una cantidad que el señor Magdalena le daba para ayudar a los obreros en problemas, y de la cual ella no rendía cuenta. Fantina se ofreció como criada en la localidad, y fue de casa en casa. Nadie la admitió. Tampoco pudo dejar el pueblo, a causa de sus deudas. Se puso a coser camisas para los soldados de la guarnición, con lo que ganaba doce sueldos al día; su hija le costaba diez. Entonces fue cuando comenzó a pagar mal a los Thenardier.

Fantina aprendió cómo se vive sin fuego en el invierno, cómo se ahorra la vela comiendo a la luz de la ventana de enfrente. Nadie conoce el partido que ciertos seres débiles que han envejecido en la miseria y en la honradez saben sacar de un cuarto. Llega eso hasta ser un talento. Fantina adquirió este sublime talento, y recobró un poco su valor. Quien le dio lo que se puede llamar lecciones de vida indigente fue su vecina Margarita; era una santa mujer, pobre y caritativa con los pobres y también con los ricos, que apenas sabía firmar mal su nombre, pero que creía en Dios, que es la mayor ciencia. Al principio Fantina no se atrevía a salir a la calle. Cuando la veían, la apuntaban con el dedo, todos la miraban y nadie saludaba. El desprecio áspero y frío penetraba en su carne y en su alma como un hielo. Pero hubo de acostumbrarse a la desconsideración como se acostumbró a la *indigencia*. (...) El invierno volvió. Días cortos, menos trabajo. En invierno no hay calor, no hay luz, no hay mediodía; la tarde se junta con la mañana; todo es niebla, crepúsculo, la ventana está empañada, no se ve claro. Fantina guardaba poquísimos y sus deudas aumentaban. Los Thenardier, mal pagados, le escribían a cada instante cartas cuyo contenido la afligía y cuya exigencia la arruinaba” (Los Miserables, 1998, págs. 98-100).

Fantina era una asalariada que pasaba diecisiete horas del día cosiendo para un contratista que no tenía resquemores en reducir su jornal sin previo aviso, lo que le impedía entregar a tiempo el dinero necesario para pagar los cuidados de su hija a cargo de la familia Thenardier. Si no entregaba el dinero en los tiempos establecidos Cosette sería *echada a la calle*, haciendo carne las miserias de quienes están bajo el cuidado de aquellos que enarbolan las consignas de la caridad para los niños. Por tales exigencias, desprotección e infortunios, Fantina estuvo dispuesta a desproveerse de su encanto juvenil, cortando sus cabellos y dando en venta sus dientes incisivos. Con escasos bienes y mutilada, fue cosa de tiempo para que, en palabras de Víctor Hugo, nuestra protagonista se convirtiera en una *mujer pública*. Después de ser apuntada con el dedo por ser madre soltera, despojada de convivir con la estabilidad tramposa que ofrece el trabajo asalariado, nuestra protagonista ahora sería criminalizada por el poder público por su *vagancia* y por comenzar una vida en el cruento comercio sexual decimonónico.

A través de la historia femenina de Fantina, Víctor Hugo nos presenta la extensa memoria de *Los Miserables*, aquella que no sólo afecta a las madres del bajo pueblo sino –con sus respectivas particularidades- a toda la clase popular del siglo XIX, de la cual nuestro país no estaría exento y

tendría sus propios rasgos. Y es que sin perjuicio de que la historia de *Los Miserables* se nos presenta como universal y pareciera trascender el siglo de la novela que escribe Víctor Hugo, debemos destacar que ella sólo tiene un carácter extensivo. En efecto, la vagancia, el cuidado de niños en ese entonces denominados «ilegítimos» y los problemas derivados del salario tendrán repercusiones en nuestro país que permiten establecer diferencias sustanciales con los avatares de Fantina, pues a contrario de la historia del personaje de Víctor Hugo, las mujeres populares del Chile decimonónico llevaban en su memoria la historicidad del *pueblo mestizo*, la cual las invitó a ejercer *resistencia*, asociándose y gestando una honesta contracultura popular que atentaba con los pilares del orden social promovidos y pensados por la clase ociosa.

A diferencia de Europa, en Latinoamérica la *raza* y no el salario fue el eje de las relaciones laborales y sus respectivas formas de dominación (Quijano, 2000). Como constata Gabriel Salazar, el sistema colonial de trabajo proto-esclavista al cual estaba sujeto la población indígena, discriminó y dejó al margen del sistema laboral oficial a los mestizos y colonos empobrecidos; los cuales se vieron forzados a ser peonaje itinerante, peones *libres*, *huachos* en el camino.⁸ En dicha época se les denominó “vagamundos”, siendo considerados por la Corona como una creciente clase pre-delictual⁹ y poco productiva para el trabajo encomendero proto-esclavista, siendo sólo aceptados de ser incorporados a la masa laboral oficial en tiempos de alta producción agrícola y a finales de la Colonia (Salazar, 2000. págs. 21-37). Tras recibir de forma tardía la oferta de disciplina asalariada, los peones libres opusieron *resistencia*, pues ya habían forjado –a la par de las mujeres- su propio *ethos*, alejados del trabajo dependiente y de los horarios fijos, proliferando y creciendo como población de “*hijos ilegítimos*” y productos del “vicio y del pecado”.

Vale decir que en esta formación del carácter de la cultura popular las mujeres tuvieron marcadamente el protagonismo, siendo el núcleo de familias compuestas por ellas y sus hijos «huachos», tejiendo las bases del espacio público popular que permitía burlar una vida que de

⁸ Nuestro autor nos señala: “La discriminación funcionó en varios niveles. A los individuos de nacimiento irregular, por ejemplo, de oscuro origen social, o de dudosa reputación moral, o de ocupación deleznable, les fue prohibida la adquisición de encomiendas. En 1549 una cédula real dictaminó que “los hombres ilegítimos” no podían ocupar cargos públicos sin un permiso especial de Su Majestad. En 1552 se decretó que los que desempeñaban un oficio manual no podían ser corregidores de indios. Ni podían ser oficiales de policía. Ni vivir en los “pueblos de indios”. No podían ser investidos como sacerdotes o monjas, a menos que obtuviesen una autorización especial. Como se ve, no podían ser sino trabajadores, manuales, asalariados o chacareros pobres” (Salazar, 2000, págs. 26-27).

⁹ Cabe señalar que aquello era más bien intuitivo. Como veremos más adelante, durante finales del Chile decimonónico y comienzos del XX se afianzará y se respaldará conforme a una mirada pseudocientífica aquellos resquemores que consideraban sin constatar ni probar delito alguno a los «huachos» como delincuentes.

miserable se hacía heroica.¹⁰ Si bien este carácter popular se fraguará por siglos en sectores rurales, predominantes en la época, no tardarán en llegar a los suburbios de las ciudades principales a mediados del Chile decimonónico, provocando la escisión de las urbes en dos sectores con identidades en pugna: la ciudad “propia, cristiana y opulenta” y los arrabales populares, “suerte de Cairo infecto”, en los términos del intendente Vicuña Mackenna (Romero, 1997). Aquella gesta invasora y femenina, quienes en razón de las condiciones laborales del período y el cuidado de sus hijos «huachos», estaban constreñidas a compatibilizar el trabajo libre con *arrancharse*, sentar tierra. A diferencia del peón gañán, caracterizado por el censo de aquél entonces como “el que se ocupa de toda clase de trabajo a jornal, sin residencia ni destino fijo” (Romero, 1997, pág. 92), las mujeres populares trabajaron desde sus *ranchos*, pequeñas viviendas de adobe y paja ubicadas en las periferias de las ciudades, espacios que materializaban siglos de actividad comercial femenina, artesanal y campestre. Eran construcciones *sin puertas*, abiertos a todo el público y que irradiaban el carácter dionisiaco del pueblo, el cual no se limitaba en los confines de la vivienda femenina, sino que también se expandía y forjaba *desde abajo* una honesta cultura popular contraria a los valores propugnados en el discurso ilustrado.

Dando uso de los registros de los viajeros ingleses y de aquellas notas expresivas de la consternación eclesiástica del período, Gabriel Salazar nos describe con entusiasmo el carnaval promovido por la actividad empresarial femenina del bajo pueblo:

La chinganera no sólo operaba en su rancho, pues en cada fiesta popular permitida y en cada festividad oficial masiva, ella iba hasta el lugar respectivo (por ejemplo, a la Pampilla) e instalaban allí una “ramada” (...). Por eso, un gran número de ellas aparecía en torno a los “juegos de la chueca” (que duraban casi una semana) y en las “corridas de caballo” (que duraban otro tanto), entusiastas torneos inter-barriales o inter-pueblos que requerían de grandes canchas y explanadas (“arenales”) porque a ellos concurrían miles de personas de toda condición social. Allí emplazadas, las chinganeras no sólo vendían bebidas y comestibles, sino que también organizaban equipos femeninos para jugar aguerridos

¹⁰ Siguiendo a la antropóloga Sonia Montecino, la conquista de América fue desde sus comienzos “una empresa de hombres solos que violenta o amorosamente gozaron del cuerpo de las mujeres indígenas y engendraron con ellas vástagos mestizos. Híbridos que, en ese momento fundacional, fueron aborrecidos”, permaneciendo “normalmente la madre permanecía junto a su hijo, a su huacho, abandonada, y buscando estrategias para su sustento. La progenitora, presente y singular era quien entregaba una parte del origen: el padre era plural, podía ser éste o aquel español, un padre genérico (Montecino, 2007, pág. 48)”.

lances de chuecas (lo que hacían desnudas de la cintura hacia arriba), apostaban a los caballos, bailaban frenéticamente “las danzas lascivas traídas de África por los negros *bozales*” (Vicuña Mackenna) y hacían el amor en los “canceles o tapaderas” que apenas se disimulaban bajo el mostrador de sus ramadas. Pues no había fiesta popular sin frenesí, sin comida, chicha, vino, sin competencias, sin sociabilidad exacerbada y sin sexo. Y ellas –*sólo ellas*- sabían administrar y vivir en plenitud todo eso con naturalidad, camaradería y hospitalidad. Sin el menor temor a Dios y con un ampliado `arte` maternal (Salazar, 2010, pág. 41).

Recordemos que en el discurso ilustrado se propugnaba en ese entonces la lucha contra el mayor de los enemigos internos. La *guerra a la ignorancia* requería purgar el carácter dionisiaco de la gesta popular; recibiendo el alcohol, la fiesta, el baile y el sexo todo el peso del Derecho. Así, de manera férrea y a través del discurso normativo, la élite buscó establecer aquella sobriedad que, en términos del buen filósofo, en nuestros días nos distancia de nuestros pares latinoamericanos y nos aleja en la generalidad de las oportunidades del *carnaval*.¹¹ Como veremos, desde la potestad reglamentaria local propia de tiempos de alta discrecionalidad policial, pero también desde la ley, se buscará tornar en hábito aquella sobriedad de los horarios fijos y del “buen vivir” en las clases populares, buscando plasmar la aporía ilustrada que anula al sujeto: volver al corazón –entiéndase para la élite como la “inmoralidad”, el “vicio y el pecado”- nada más que un pedazo de carne que no es expresivo de nuestra voluntad, buscando implantar en las mentes de los sectores populares aquellas ideas de familia y patria disonantes con la historicidad bullida desde los cocinerías presentes en los suburbios.

Y para dicha tarea, se cosificó y propendió a la alienación de las mujeres populares. En efecto, aquella invasión simbólica fue evidentemente ideológica, cargada de imágenes relativas a *qué significa ser mujer*. Al respecto, nos detalla la historiadora María Soledad Zárate:

Funcionaba en Chile en la segunda mitad del siglo XIX una ideología según la cual “la misión de la mujer en este mundo” era servir a Dios, a su marido, a sus hijos. No tenía en sus manos la dirección de su vida, otros se aseguraban de su bienestar y regulaban sus deseos y aspiraciones. Las características biológicas de la mujer, en especial su condición

¹¹ Para Jorge Millas, “lo chileno” tiene mentalidad “*apolínea*”, caracterizándose por ostentar aquella sobriedad ecuánime, alejada de los excesos del frenesí y de la desmesura de aquellas prácticas que incomodan al vecino. Para el autor, en nuestro país nos distanciamos del carácter dionisiaco y del carnaval de nuestros pares latinoamericanos (Millas, 2009, págs. 23-36).

reproductora, determinaban en gran medida la visión que tenía de ella la sociedad del siglo XIX. El poder que encierra la custodia de la sexualidad femenina era una de las premisas que la Iglesia estaba decidida a preservar: los valores de una mujer son su virginidad, su honra sexual y su maternidad. En la búsqueda de virtud, la mujer no está sola; cuenta con el aparato represivo de su propia familia, de la Iglesia, de la policía y del resto de las mujeres (Zárate, 1995, pág. 152).

El espacio popular fue caracterizado como el foco del vicio y el pecado, enarbolándose desde el mandato eclesiástico –vale decir, respaldado por y ejercido desde el Estado- severas críticas dirigidas hacia aquella *liviandad* y provocación femenina presente en los suburbios. Sus torsos desnudos en los juegos populares, en muchos casos su *vagancia*, sus *hijos ilegítimos*, el sexo y la venta de alcohol en los ranchos eran contrarios a aquellos símbolos que para la élite se limitaban en buena parte a ser una madre pensada *desde arriba*, una asalariada que hiciera suyo los valores promovidos por la Iglesia. Así, y a diferencia de los hombres, una cantidad considerable de ellas serán penalmente sancionadas por delitos vinculados a su rol reproductivo y una vida propia de “vivanderas”, viéndose su conducta delictiva enfrascada en la propuesta ideológica descrita en la cita precedente. De esa forma, no nos debe extrañar que, sin perjuicio de una cantidad no menor de delitos contra uno de los valores más infranqueables para el liberalismo como lo es la propiedad, el porcentaje mayor de los delitos del período imputados a las mujeres corresponde a “transgresiones y crímenes contra el matrimonio” y “transgresiones morales y sexuales”.¹²

Sin perjuicio de lo anterior, aquella batería ideológica estará lejos de expresarse sólo en la tipificación de los delitos pensados *para mujeres*, sino también alcanzará de forma progresiva a los recintos en donde se les aplicará castigo. Es así como las altas facultades discrecionales de las policías permitían enviarlas sin mediar procedimiento judicial a las *Casas de Corrección*, institución en donde se confinó a la población femenina mayoritaria.¹³ Podemos constatar que durante 1830-1840 fueron espacios transitorios, en donde se propendió a dejar a las mujeres a cargo de una

¹² Para un análisis de la delincuencia femenina por categorías, diferenciando porcentualmente los delitos cometidos en Santiago durante la década de 1830-1840, que permite fundar lo que señalamos se encuentra en: (Neira, 2004).

¹³ El surgimiento de las Casas de Corrección en Europa durante el siglo XVI dice relación con fundamentos de “resocialización” orientados a incorporar los valores de incorporarse al mercado del trabajo. Su desenvolvimiento va de la mano con las vicisitudes propias de la disponibilidad de mano de obra. Al respecto, véase: (Rusche & Kirchheimer, 1984), en especial su capítulo III. En cuanto a su desarrollo en Chile, nos remitimos al excelente trabajo de: (Ponce de León, 2011, págs. 183-231)

familia que les enseñara las *virtudes* de ser una sirvienta asalariada. Al respecto, nos detalla el historiador Marcelo Neira, que en sus inicios:

La “casa correccional” fue una sanción directa y de muy corto plazo. Por eso hay un permanente tránsito entre la libertad y el encierro y viceversa. De otro modo, aunque absolutamente predominante, el castigo de correccional fue breve, produciéndose una alta rotación hacia la correccional y desde ella a la sociedad. La casa de corrección, aunque fue un castigo directo, sobre todo fue un espacio de tránsito, una frontera entre la sociedad integrada y la marginalidad. Fue un sustituto mientras se encontraba otro lugar de destino definitivo. En muchas oportunidades el encierro fue reemplazado por el castigo de “casa formal” en la que la mujer involucrada debía servir (...). En otras palabras, en muchas oportunidades para volver a gozar de libertad la mujer debió conseguir un compromiso en algún destino laboral (Neira, 2004, pág. 373).

Sin perjuicio de ello, los espacios de encierro y su convivencia con las prácticas asalariadas que eran parte del discurso moralizador sufrirán cambios significativos en la década de 1860. La propuesta ideológica se irá especializando y provocará que la Casa Correccional de Santiago sea administrada por una reconocida organización eclesiástica: las Hermanas del Buen Pastor.¹⁴ En dicho recinto el castigo sobre las mujeres seguirá orientado en el discurso de las religiosas a moldear las almas *vivanderas*, buscando los mecanismos de disciplina la rehabilitación de las mujeres pecadoras a través del trabajo y la expiación de los pecados, *negando el carácter penal de la sanción* y de esa forma lo gravoso que supone vulnerar la libertad personal. Para quienes controlaban dichas instituciones, se trataba *de salvarlas*, no de sancionarlas.

Cabe señalar que todo ello se gestaba desde la administración proveniente de organizaciones privadas. Como constata Zárate, la Casa Correccional contará con increíbles ámbitos de discrecionalidad, teniendo la Administración del Estado un rol más bien fiscalizador y en donde las religiosas podían por sí mismas establecer las leyes que regían el establecimiento y a las detenidas. Cabe señalar que no existía una institución religiosa de este tipo abocada al castigo sobre los hombres, en buena parte porque la cosificación hacia lo femenino volvió legítimo

¹⁴ Como veremos en apartados posteriores, congregaciones de este tipo fueron sumamente influyentes en la protección de menores. Sin ir más lejos, se registra que las Hermanas del Buen Pastor al menos desde 1913 mantenía 10 establecimientos de atención a jóvenes infractores de ley en Santiago, Valparaíso y San Felipe. Anexo a las dos Casas Correccionales (una en Santiago y otra en Valparaíso) funcionaban Salas Cunas para la atención de los hijos de las mujeres. Al respecto, véase: (Anríquez, 1994).

considerar que los delitos –salvo aquellos ligados a factores reproductivos- no era una actividad que constituyera un peligro para la sociedad; pudiendo, a diferencia de los hombres, ser *salvadas*.¹⁵

Por otra parte, desde temprano la élite contempló con inquietud la asociatividad, el desorden y camaradería presente en el rancho, en donde pernoctaban en reiteradas ocasiones quienes vivían del saqueo. Los delitos cometidos por el bandidaje hacían considerar a las mujeres como cómplices del actuar delictivo de sus visitantes; siendo no sólo criticadas por su “liviandad”, sino también por convivir con quienes perturbaban la propiedad y vida ajena. Curioso es que, como sostiene la bibliografía especializada, no existen registros de delitos *hacia* los ranchos (Salazar, 2000), pues en las clases populares el actuar delictivo no estaba dirigido con quienes forjan camaradería, quizá en buena parte fundado en el ánimo de permanencia en el espacio público-popular y en el mantenimiento de lazos afectivos con las chinganeras, el cual se cruzaba con la empatía de los propios infortunios.¹⁶

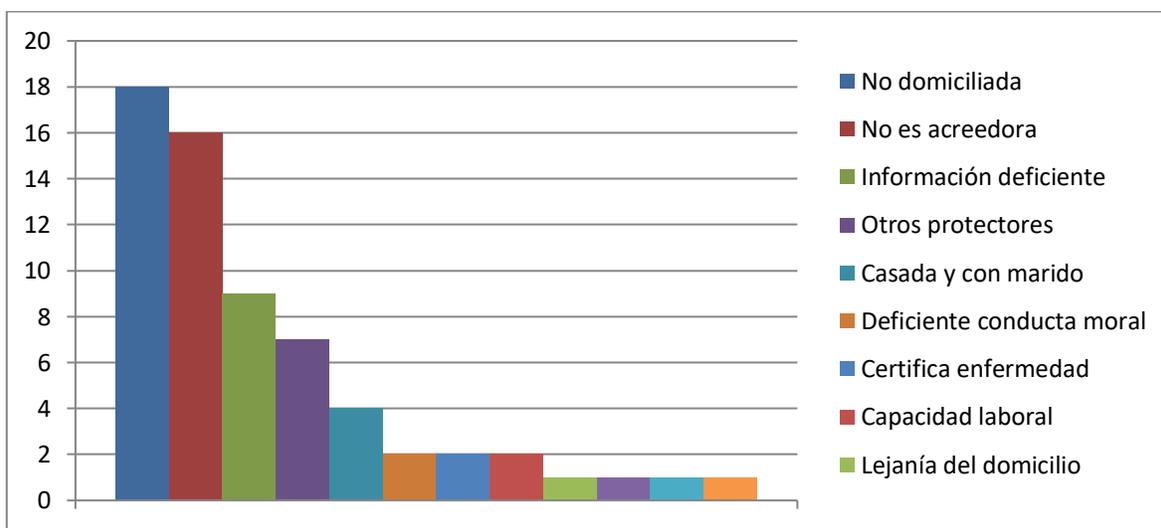
Finalmente, el Derecho también estuvo presente en las ordenanzas que tendrán por objeto desincentivar el mantenimiento de los ranchos, estableciendo su prohibición en varias ciudades a fines de 1857 (Brito, 1995). De manera curiosa, la prohibición de los ranchos también provocó controversia en parte de la élite, la cual había contemplado en el asentamiento femenino un negocio bastante lucrativo. Como constata Alejandra Brito, el mandato del Derecho de demoler los ranchos provocó conflictos debido al arriendo del piso urbano, siendo los propietarios de dichos espacios quienes defendieron las viviendas femeninas, quienes además de argumentos tendientes a señalar la inconstitucionalidad de la medida, se señaló el grave problema social que se generaría al provocar las ordenanzas graves perjuicios para la “clase más indigente de la sociedad”. (Brito, 1995, pág. 32). Sin perjuicio de las críticas y las consignas de la protección emanadas de quienes expoliaban la labor femenina y demostraban la indeterminación del Derecho, es destacable que en lo ajeno al discurso jurídico las ordenanzas provocaron principalmente la resistencia de las mujeres, quienes recibían con golpes a los funcionarios municipales, exigiendo el reconocimiento de su soberanía femenina en los suburbios (Salazar, 2000).

¹⁵ Como tendremos oportunidad de argumentar en el segundo capítulo de este ensayo, dicho prejuicio se extenderá al menos hasta finales del siglo XX.

¹⁶ Vale decir que aquellos rasgos de dicha contracultura persisten aún en nuestros días, pudiendo apreciarse en cómo es considerado un *valor* aceptado en el hampa “robar a los ricos”, siendo quienes cometen delitos contra su propia comunidad incorporados a las escalas más bajas de la esfera delictual, recibiendo la etiqueta de “domésticos” y gravosas condenas sociales (Cooper, 2005, págs. 225-233).

Si bien el desacato femenino, que logró posponer la efectividad de las ordenanzas -el censo de 1895 dio cuenta de 5.272 ranchos en el Departamento de Santiago- la mujer se trasladará irremediable y paulatinamente al conventillo, reconocido espacio caracterizado por el hacinamiento y mostrar la cara más cruda de la pérdida de soberanía en los espacios femeninos; debiendo de forma ineludible abandonar su gesta empresarial individual para abrazar las supuestas virtudes de convertirse en asalariada, siendo –al igual que Fantina- apuntada con el dedo y excluida de los espacios laborales formales si era reconocida públicamente su condición de madre soltera (Brito, 1995). Mutilada como tejedora del ethos del bajo pueblo, la mujer fue considerada *digna de caridad privada*. Y es que al ser despojada de la vida en los suburbios, las mujeres populares se adecuaban al símbolo gestado desde arriba, siendo meritorias de recibir los cándidos brazos de la disciplina ofrecidos por la Beneficencia. Como muestra el siguiente gráfico, las razones para excluir a quienes solicitaban caridad por parte de una de las agrupaciones de Beneficencia más importantes de aquél entonces respondían a la ideología descrita en apartados anteriores:

Gráfico 1: Causas para ser rechazada del socorro de las Conferencias de San Vicente de Paul, 1854-1898 (universo total de 95 familias rechazadas).



Fuente: (Ponce de León, 2011, pág. 269)

A diferencia de Fantina, las mujeres del bajo pueblo no perdieron a manos de la caridad sus cabellos y sus dientes incisivos; pero sí debieron desprenderse de su propia gesta rebelde, insubordinada, lasciva y horizontal para ser consideradas dignas de ser asistidas. Debieron verse a sí mismas conforme a los símbolos pensados desde arriba: por su libertad sexual se vieron *putas*,

por su fiesta y liderar el carnaval popular se vieron *vividoras*, y por su trabajo independiente *chinganeras* –¡como insulto! –; se consideraron pecadoras y con la imperiosa necesidad de ser disciplinadas para ser consideradas dignas de recibir los reformadores brazos de la caridad. En ausencia de una ley que las reconozca como sujetos, sino que más bien ante un Derecho que las oprime, la caridad y la disciplina aparecerían enlazadas de manera indisoluble para moldear los tiempos modernos que buscaban abrir paso a una sociedad libre para los *de arriba*, y depurada del vicio y el pecado para *los de abajo*.

En definitiva, la llegada del Derecho para los de abajo suponía, cual dialéctica ilustrada, el interés de disciplinar a la barbarie, interés que coexistía con el de quienes se atribuyeron las consignas de Dios para llevar la luz a quienes se consideraban sumergidos en la miseria. Era a primeras cuentas un actuar orientado a transformar principalmente lo femenino, criticar su propia historia e instaurar aquellas ideas de familia y de lo virtuoso disonantes con la propia memoria. Y como veremos a continuación, por extensión esa disciplina oculta bajo el velo de la caridad y la asistencia hospitalaria alcanzará también a sus hijos «huachos».

3.- Los movimientos de salvadores del niño en Chile. La paulatina especialización de la caridad frente a la gran masa de desvalidos.

Para mí, el niño pampino es una especie de héroe, ya que he presenciado hechos que otros niños no pudieron ni soñar. Fueron cientos los que participaron en las grandes huelgas salitreras.

-Testimonio de Pedro Abarca, quien tenía siete años en 1931.¹⁷

El historiador francés Philippe Ariès contemplaba con asombro el rol secundario de los niños en los cuadros europeos, quienes se perdían entre el tumulto y sus particularidades eran imperceptibles en aquellos artefactos que tienen por objeto justamente develar la percepción de los artistas frente a su propio entorno. Sus indumentarias, juegos y actividades propias del mundo de los adultos presentes en las artes del viejo continente hasta inicios del siglo XVII llevaron a nuestro autor a una conclusión reveladora: la infancia fue descubierta, la separación entre el mundo de los adultos y de los niños tal como la comprendemos en nuestros días es una creación más bien artificial y reciente que se incrusta en tiempos modernos (Ariès, 2011).

¹⁷ Extraído de: (Urrutia, 1972).

La mencionada tesis es coherente con nuestra historia republicana incluso hasta bien entrado el siglo XIX. En efecto, la amplia mayoría de los niños y niñas del período entraban al mercado laboral desde temprana edad, no asistían a la escuela y carecían de espacios de juego pensados exclusivamente para ellos; diluyéndose la transitoriedad de la infancia en los festejos y en los espacios comunes que hoy consideramos de adultos. Esta permeabilidad entre el mundo de los adultos y el de los niños es expresada de manera bastante clara en la descripción de un viajero inglés de la época, quien destaca como en las primeras décadas del 1800 el billar “se juega desde el almuerzo hasta tarde en la noche, tanto por adultos como por niños de siete o diez años, que a menudo, para probar su hombría, fuman sus buenos cigarros de La Habana durante el juego” (Rojas, 2016, pág. 37).¹⁸

Siguiendo la literatura especializada, es razonable deducir que para los niños y niñas del pasado no había más que “un período de estricta dependencia física, luego del cual se entra, sin más, al mundo de los adultos” (García Méndez, 2007, pág. 38). En tanto invento moderno y fundado en las ideas iluministas de la clase ociosa, la infancia en buena parte como la conocemos no se comenzará a consolidar en nuestra historia republicana sino a fines del siglo XIX con el fortalecimiento de la escuela, que en conjunto con la familia se encargarán de prolongar el tiempo de niñez, arrancándola del mundo de los adultos.¹⁹

Antes de la escisión moderna entre el mundo de los adultos y el de los niños, las prácticas de caridad respondían a la gran masa de «desvalidos», concepto que heredamos del Antiguo Régimen y que caracterizaba a quienes “por distintas razones estructurales o coyunturales, eran incapaces de trabajar y sostenerse a sí mismos necesitando vivir a costa de otros: la familia, el patrón, los vecinos, la parroquia, la caridad y la limosna” (Ponce de León, 2011, pág. 183). En un inicio y en tanto masa, las particularidades que permitían distinguir a los sujetos inhabilitados para trabajar

¹⁸ Revelado lo anterior, podrá el lector deducir que las formas de disciplina tratadas en los dos apartados anteriores también alcanzaban -y de forma directa- a los niños.

¹⁹ La educación primaria del pueblo tendrá su período fundacional entre 1850-1860, fundándose en ideas iluministas que, como afirma la literatura especializada, tenían por objetivo principal –en tanto dialéctica ilustrada- el progreso económico del país: “En 1848 enviaba Sarmiento al ministro Montt un informe de su viaje a Europa y Estados Unidos, donde había sido enviado por el gobierno para estudiar la enseñanza en las Escuelas Normales y en las escuelas primarias (...). Uno de los supuestos en que se basó el pensamiento de Sarmiento sobre la educación del pueblo, fue la igualdad de derechos que tienen los habitantes de las repúblicas; este hecho que lo veía como un proceso progresivo que había tenido la humanidad, obligaba a los gobiernos a proveer de educación a las generaciones futuras para que pudieran ejercer sus derechos, haciendo ver, asimismo, que la riqueza y grandeza de una nación dependía de la capacidad industrial, moral e intelectual de los hombres que la componían, siendo responsabilidad de la educación pública desarrollar esas capacidades. Otra consideración era que las masas estaban menos dispuestas al respeto de las vidas y la propiedad, mientras menos cultivadas fueran” (Egaña, 2000).

por sí mismos de *los vagos* –caracterizados conforme a los designios de la clase ociosa como aquellos que podían trabajar por sí mismos, pero vivían deleznablemente de la limosna- eran imperceptibles, no estableciéndose la élite mayores diferencias de trato frente a las nociones de enfermo, pobre e indigente; siendo la palabra *hospital* empleada durante un buen tiempo como nombre genérico de todos los asilos debido a la asimilación que se hacía entre la *hospitalidad* y la caridad.²⁰ Como nos sugiere la literatura especializada, no será sino con el desarrollo de una política regalista a fines del siglo XVIII que el Estado procura buscar la secularización de la beneficencia, reconociéndola como un asunto de interés público y comienza a realizar una debida diferenciación entre las distintas necesidades presentes en la pobreza (Ponce de León, 2011).

Para evitar equívocos, cabe señalar que frente a la caridad abocada a la gran masa de desvalidos el Estado tuvo durante todo este período un rol marcadamente subsidiario, imperando un paradigma abstencionista en cuanto a lo que categorizamos desde el siglo XX como derechos sociales. Sin perjuicio de ello, el discurso iluminista con sus consignas de progreso, libertad y expansión del Estado Nacional provocará que la élite detecte en el ejercicio de la caridad privada intereses públicos, considerándose paulatinamente desde la Administración del Estado la disputa del poder subyacente ejercido por las instituciones de beneficencia comandadas hasta ese entonces por la Iglesia.

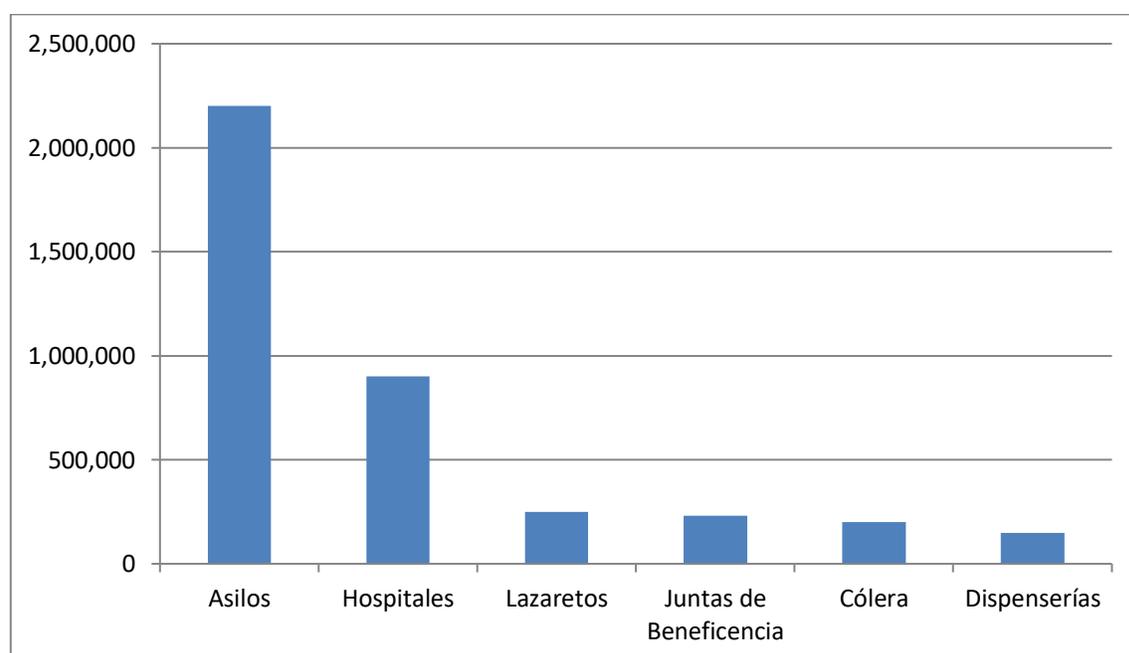
Dicha pugna tiene su punto de partida en tiempos finales de la Corona, en donde la beneficencia al ser considerada una prerrogativa eclesiástica va a figurar como un foco de atención para un reformismo Borbón que tenía como principal objetivo dotar de mayor vigor a la Administración del Estado, en desmedro de quienes propugnaban una soberanía universal (Jocelyn-Holt, 2012, págs. 65-127). Así, con la llegada de la Independencia, se mantendrá en la élite la identificación del jefe de Estado como el “gran protector de los desvalidos”, dando uso la Administración de su potestad reglamentaria para provocar una escisión entre la Iglesia y las Juntas Directivas que controlaban las instituciones de beneficencia, demostrando su poderío al hacer dependientes del Ministerio del Interior la designación de los miembros directivos.

Sin perjuicio de las prominentes facultades del gobierno sobre estas instituciones, vale señalar que aquellas corporaciones, como es sabido, *no formaban parte de la Administración del Estado*. Dicha

²⁰ Además del trabajo de Ponce de León ya reseñado, un muy buen análisis relativo a cómo en Europa los valores del trabajo se enlazaban con la caridad privada, volviendo a esta última como una actividad deseable cuando está orientada a quienes no son aptos para el trabajo, se encuentra en: (Rusche & Kirchheimer, 1984, págs. 38-46).

negación tenía por objeto mantener a la caridad como parte de los “los deberes morales y cristianos de los individuos ejercidos en forma personal o en corporaciones, mientras el Estado sólo debía velar por su buena marcha” (Ponce de León, 2011, pág. 46). Así, a pesar de sus amplias facultades, el Estado asumiría una labor propiamente subsidiaria y de control²¹, financiando la caridad privada a cargo del cuidado de los desvalidos; quienes al no ser considerados sujetos de derecho quedaba supeditado a la discreción de las instituciones privadas determinar quiénes *ameritaban* beneficencia y de *qué forma esa beneficencia* era realizada:

Gráfico 2: Subvenciones fiscales registradas a los establecimientos de beneficencia de Santiago, 1854-1856.



Fuente: (Ponce de León, 2011, pág. 56).

En cuanto al cuidado de los niños, la administración de las casas de acogida quedó a manos de sujetos conspicuos que conformaron lo que el historiador norteamericano Anthony Platt (1997) denominó, en conformidad a los discursos de la época analizada, como los «movimientos de salvadores del niño». En Chile, motivados por razones humanitarias de carácter cristiano, por el prestigio de la caridad e incluso –como demuestra la literatura especializada (Ponce de León,

²¹ Vale decir que las subvenciones no estaban subordinadas, como en nuestros días, por el número de niños atendidos o por el cumplimiento de programas determinados. Como veremos en capítulos posteriores, de los escasos datos disponibles se desprende que la subvención de la época está dada más bien por el proselitismo que por la búsqueda de parámetros que se autoproclaman como objetivos.

2011)- con el objeto de tener posibilidades de ascenso en el gobierno, estos movimientos ejercían una caridad impuesta a los niños y niñas provenientes de las ya mencionadas “masas inertes medio racionales” que requerían auxilio. Como veremos con mayor detalle en el próximo capítulo, sin perjuicio de que estemos en presencia un discurso humanitario que tenía por móvil la impresión frente a la miseria de los niños, vale señalar aquél actuar era parte de un enfoque que jurídicamente denominamos en nuestros días *tutelar*, el cual tiene como uno de sus principales elementos distintivos el no considerar a quienes están bajo su cuidado como sujetos de derecho, sino que más bien los comprende como *objetos*, que con complacencia y subordinación tienen el deber de agradecer la mano extendida de las instituciones que enarbolaban inmerecidamente las consignas de la protección de los niños.²²

Como expresión de la dialéctica ilustrada, el actuar de las instituciones de protección pensada para los desvalidos era un despliegue que en el discurso era considerado moralizador y de asistencia, siendo las acciones de tutela caracterizadas para sus destinatarios como un tremendo favor y no un deber que reconociera la autonomía progresiva de los niños ni la dignidad de quienes requerían solidaridad edificante. Invisibilizados en el discurso del Derecho, no existían mecanismos jurídicos para evitar castigos desmedidos y vejaciones increíbles, sino que más bien estábamos frente a un Derecho que invisibilizaba a la infancia y validaba discursivamente su cosificación.

Vale decir que aquella disciplina presente en el discurso del Derecho no será exclusiva de las instituciones de caridad, extendiéndose con distinta intensidad a toda la infancia del período. En efecto, durante el descubrimiento de la infancia y sus particularidades, los niños y niñas fueron considerados verdaderos *adultos en miniatura*, lo que les valió no tener un régimen legal especializado y pensado para y desde ellos, sino que más bien en su tenue presencia en las leyes generales se les comprendía durante esta etapa como un punto de extensión de la potestad del padre de familia. Como se desprende de disposiciones afortunadamente ya derogadas, el discurso normativo fue un claro indicio del dominio de los padres para con sus hijos. Al respecto, Miguel Cillero (1994) nos recuerda que el Código Civil permitía, en el ejercicio de la patria potestad, disponer no sólo de los bienes de los hijos sino de los sujetos mismos, cosificándolos; a tal punto de quedar a exclusiva discrecionalidad del padre imponer una pena de detención hasta por un mes

²² Sin perjuicio que lo trataremos a lo largo de este ensayo, un excelente contraste entre el modelo tutelar y el modelo de derechos se encuentra en: (Beloff, 2009).

en un establecimiento correccional a sus hijos menores de dieciséis años. En tanto objetos, los niños y niñas podían ser moldeados al arbitrio de quien estuviese a su cargo.

El paulatino descubrimiento de la infancia en el Derecho puede apreciarse también en el primer Código Penal entrado en vigencia en 1875, inspirado en los criterios de punibilidad enarbolados por la Escuela Clásica, esto es, aquella que considera sancionable sólo una voluntad libre, estableciendo por ello un sistema de exención de responsabilidad para menores de diez años, que alcanzaba también a quienes fueran mayores de dicha edad y menor de dieciséis, siempre y cuando el juez califique no hayan obrado con discernimiento, es decir, cuando el infractor tenga “conocimiento efectivo de la ilicitud del hecho cometido”.²³ Cabe señalar que dicho Código estableció a su vez una responsabilidad penal atenuada –en comparación al régimen de adultos– para el menor que haya sido declarado con discernimiento (Cillero, 1994). Todo ello era indicio del reconocimiento de una voluntad disminuida en el caso de los en ese entonces denominados menores, esgrimiéndose desde las leyes generales un tratamiento diferenciado para éstos, sin perjuicio de contemplar idénticas garantías procesales que a los adultos.²⁴

En cuanto al ejercicio de la caridad dentro de los centros de protección, es dable señalar que antes de la separación entre el mundo de los adultos y los niños, la caridad se abocará a ese espacio de transitoriedad, centrándose en los primeros años de vida y en la supervivencia del lactante. Como se aprecia en el siguiente gráfico, dicha labor fue, por decir lo menos, deficiente:

Gráfico 3: Estado de salud en que son recibidos los niños abandonados en la *Casa de Huérfanos de Santiago* (1886-1909).

Período	Niños recibidos	Enfermos	Graves y agónicos	Total de enfermos	%
1886-1889	2.076	1.554	-----	1.554	74.9
1890-1899	5.784	3.759	431	4.190	72.5
1900-1909	7.178	3.098	1.060	4.158	58.0

Fuente: (Salinas & Delgado, 1986).

²³ Definición de la Escuela Clásica expuesta por Bascuñán, mientras analiza las distintas interpretaciones que tiene la institución del discernimiento. En: (Bascuñán Valdés, 1974, págs. 197-210).

²⁴ Como veremos con mayor detalle en el próximo apartado, el origen de las primeras leyes que reconocen las diferencias entre niños y adultos tiene como uno de sus principales antecedentes un discurso de indignación frente a las excesivas atribuciones derivadas de la patria potestad y la caracterización dada a la institución del discernimiento, en tanto ésta fue catalogada como un fracaso para disminuir los índices de delitos, críticas que estará unidas a las paupérrimas condiciones de salubridad presentes en las instituciones abocadas al cuidado y castigo de los niños, y la ausencia de un régimen especializado para los –en ese entonces denominados– *menores*.

Dentro de estas instituciones las mujeres eran doblemente protagonistas. *Desde arriba* la administración de las instituciones abocadas al cuidado de los desvalidos era ejercido por mujeres de élite con fuertes lazos internacionales vinculadas a la Iglesia, quienes promovían un catolicismo de *acción* y no meramente contemplativo.²⁵ Mientras que *desde abajo* eran mujeres populares las que tenían la labor de alimentar a los niños y niñas abandonados, dejando entrever que la forma en que se realizaba la caridad dejaba en exposición mecanismos deficientes y desconsolantes para los sectores populares. Así se desprende de lo señalado por la literatura especializada:

Las nodrizas o “amas” eran un pilar fundamental del funcionamiento de la institución. En la misma Casa, las “amas de pecho internas” eran la única fuente de alimentación de los menores abandonados en los primeros meses de vida. En los meses siguientes debían cuidarlos las “amas externas”, que los recibían por un salario en sus hogares particulares. Los informes administrativos señalan siempre el escaso número de amas que se lograba reclutar, no obstante que no se era muy severo en hacer cumplir las exigentes condiciones que se suponía debían cumplir (...). Las amas internas eran las más difíciles de conseguir. En los años 1901 y 1902 se contrató sólo a 230 y se recibieron en cambio 1.332 huérfanos, con una proporción superior a seis niños ingresados por cada ama contratada. Luego de aceptar el trabajo, las mujeres eran sometidas a un régimen de sobrealimentación; sin embargo, rara vez eran capaces de alimentar a más de un niño (...) Las condiciones en que se desarrollaba la crianza de los niños fuera de la Casa de Huérfanos tampoco eran excepcionales, de modo que sólo atenuaban los riesgos de la muerte (...). El salario que se les pagaba, nunca superior a cinco pesos, se ocupaba más en las necesidades del hogar que en las del niño. A veces residían en lugares tan alejados como Buin, Pirque, Malloco, Isla de Maipo, etc. Además, casi todas eran familias de condición muy humilde. (Salinas & Delgado, 1986, pág. 53).

²⁵ Ya sea en torno a la educación primaria popular o el cuidado de los desvalidos, desde el gobierno era predominante la perspectiva de considerar dichas labores como propiamente femeninas. En razón de la ineficiencia en la protección de los infantes el gobierno permitió la asistencia de la Iglesia, principalmente de las *Hermanas de la Caridad*, que, como destacan la literatura especializada: “fueron el paradigma de un nuevo tipo de sociabilidad femenina y religiosa para la cual el servicio de los pobres era la forma de relacionarse con el mundo exterior haciendo del trabajo un medio de santificación personal, desconocido hasta ese entonces. Su fundación data de 1633 por la mística figura de San Vicente de Paul, secundado por Louise de Marillac. En su afán por enrolar a los laicos dentro del espíritu de la caridad, fundó las Hermanas de la Caridad dedicadas al servicio de los pobres, de enfermos, de prisioneros y de niños abandonados. (...) Este fue el ideal de “vida activa” expandido desde Francia hacia el resto de Europa en el XVII, y desde Europa hasta América Latina dos siglos después” (Ponce de León, 2011, pág. 67).

Las *nodrizas* eran en el exterior de los centros una cara visible de las perniciosas vivencias en el cuidado de los niños y niñas del período; mientras que en el interior, además del maltrato y la carencia de insumos básicos para su desarrollo alimenticio y educacional, los infantes develan críticas sumas de muertes y enfermedades producto de pestes descontroladas. Como se aprecia en el siguiente cuadro, tormentosas son las cifras de mortalidad infantil del período:

Gráfico 4: Tasa de mortalidad infantil de Chile y Santiago por mil niños nacidos vivos, 1850-1900.

	Tasa de mortalidad infantil			
	Chile	Santiago		
		Provincia	Departamento	Santiago Urbano
1850	225,83	389,69	427,46	359,32
1854	274,71	400,78	458,33	416,96
1860	337,80	501,14	574,59	584,82
1865	443,99	537,69	603,86	614,52
1870	353,83	413,63	418,77	438,85
1875	399,32	500,70	549,67	649,22
1880				
1890-1894*	338,00			
1895-1899	290,00			
1900	343,00			

	Tasa de mortalidad infantil			
	Chile	Santiago		
		Provincia	Departamento	Santiago Urbano
1850	50%	68%	76%	74%
1854	55%	68%	75%	73%
1860	56%	68%	75%	80%
1865	54%	67%	77%	79%
1870	60%	68%	69%	75%
1875	60%	69%	70%	76%

Fuente: (Ponce de León, 2011, pág. 110)

Como puede apreciarse en los gráficos precedentes, durante el fenómeno conocido como *cuestión social*, la infancia era la más afectada en tiempos de increíbles índices de mortalidad. No debe sorprendernos que, como advierte la literatura especializada (Jiménez de la Jara, 2009), hasta incluso mediados del siglo XX nuestro país tuvo una de las tasas de mortalidad infantil más altas del mundo.²⁶

En razón del álgido problema descrito, en los últimos lustros del Chile decimonónico un asunto que había estado exclusivamente ligado a la caridad, paulatinamente pasó de ser una disputa del poder con la Iglesia a ser una problemática de salud pública, volviéndose a los ojos de la élite una preocupación que debía ser resuelta esta vez directamente por y desde el Estado.²⁷ En coherencia con los tiempos modernos, rol preponderante en dicha tarea tuvo la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile. Desde dicha institución se organizó el I Congreso Médico Chileno en 1889, dando a conocer las enfermedades más frecuentes que azotaban al pueblo, como también consignar que el país requería un servicio de salubridad pública y la creación del primer Consejo de Higiene.²⁸ Desde una perspectiva científica, el movimiento *higienista* proliferaría teniendo la pretensión de profesionalizar la asistencia hospitalaria y fortalecer el rol del Estado central en la protección de los desvalidos, sembrando dudas sobre la eficiencia de las prácticas de caridad lideradas hasta ese entonces desde el mundo privado por los movimientos de «salvadores del niño», problematizando a su vez sobre la eficiencia de las prestaciones de salud ofrecidas hasta ese entonces por la administración local.²⁹

Paulatinamente, la alianza entre el higienismo y el gobierno hizo que el Estado les confiase la implementación de las primeras políticas públicas dirigidas a la salud de los desvalidos, además de

²⁶ Además del texto citado y el cuadro expuesto, vale decir que el problema de la mortalidad infantil ha sido desarrollado ampliamente en la bibliografía nacional (Jiménez de la Jara, 2009). Véase también: (Rojas, 2016), (Illanes, 2010) y las discusiones referenciadas en el segundo capítulo presentadas en (Congreso Nacional de Protección a la Infancia, 1913).

²⁷ Sin perjuicio de ello y como veremos con mayor detenimiento en próximos apartados, la labor de las instituciones privadas fue reconocida y altamente valorada desde el Estado, no procurando desde este nuevo enfoque la disminución de la participación privada. Es más, como sugiere la literatura especializada, en tiempo de cuestión social crecen de forma explosiva las instituciones de caridad abocadas a la asistencia a la infancia (Anríquez, 1994).

²⁸ Destaca el médico Nelson Vargas: “Los académicos estaban claramente involucrados en la lucha por mejorar la salud del país. En 1892 se crearon el Consejo Superior de Higiene Pública (sic) y el Instituto de Higiene, que asumieron y perfeccionaron la labor de las Juntas de Beneficencia. El primero fue dirigido por José Joaquín Aguirre, y sus memorias anuales (así como las del Instituto) muestran un enorme e intenso trabajo, que llegaba a otros países” (Vargas, 2003).

²⁹ Al respecto, el análisis histórico-social más valorado académicamente se encuentra en: (Illanes, 2010). Además de analizar el desenvolvimiento de las asociaciones médicas, sus principales concreciones en la política pública y los conflictos entre el Estado nacional y el local; dicho análisis tiene la particularidad de analizar las formas asociativas gestadas *desde abajo* para acudir a las necesidades derivadas de la cuestión social.

asumir y perfeccionar la labor de las Juntas de Beneficencia. Desde allí, pujantes defensores del discurso de derechos empezarían a levantar sus consignas. Como constata el historiador Jorge Rojas Flores, paradigmática fue la labor de líderes como Calvo Mackenna:

Se había hecho cargo de la dirección de la Casa de Huérfanos, donde comenzó a incorporar varios cambios que disminuyeron notablemente la mortalidad infantil, redujeron el número de ingresos y facilitaron un sistema de adopción. Los resultados se debieron más a la labor personal de Calvo Mackenna que a una transformación institucional, que demoraría unos años más en imponerse. En julio de 1929, también por su iniciativa, se cambió el nombre a la Casa de Huérfanos de Santiago por el de Casa del Niño, para evitar que se asociara al estigma del abandono. Esta idea, como hemos visto, estaba contenida entre los derechos proclamados por el Instituto. Se dice que el doctor Calvo mandó a colocar letreros en todo el establecimiento que decían: “Aquí se defienden los Derechos del Niño” (Rojas, 2007, pág. 143).

Sin perjuicio de destacables labores individuales, vale señalar que, como constata el historiador Carlos Molina, no estamos en presencia de esfuerzos aislados ni “relámpagos en cielo azul, sino la expresión meditada y documentada de un proceso de percepción y conocimiento colectivo, desarrollado en el seno de la profesión médica organizada de entonces en la Sociedad Médica de Santiago, a partir de su propia praxis profesional, volcada desde sus inicios al ámbito de la trascendencia social” (Molina, 2010, pág. 16). Siguiendo a nuestro autor, desde la asociatividad médica se comenzó a caracterizar a la salud en consonancia con los tiempos modernos, siendo ya no comprendida como la ausencia de enfermedades o mortalidad, sino más bien como sinónimo de aquello que provee un correcto desarrollo físico, mental y social.

Notables avances normativos lograron plasmar la colectividad médica en los últimos lustros del siglo XIX, principalmente en el gobierno de Balmaceda. Por dar algunos ejemplos, cabe señalar que la creciente injerencia de la ciencia médica dentro del Estado trajo la dictación de la primera ley de vacuna obligatoria en 1887, la creación de la Junta General de Salubridad como órgano asesor al gobierno en la administración del servicio sanitario para combatir epidemias; sumándose a las críticas orientadas en el discurso público a cuestionar las excesivas atribuciones emanadas de la patria potestad, teniendo como principal concreción normativa la promulgación de la ley de Protección de la Infancia Desvalida en septiembre de 1912.

Estos avances normativos, en especial Ley de Protección de la Infancia Desvalida, serán expresivos de cómo la protección a los desvalidos ya no se limitaba a quienes estaban inhabilitados para el trabajo; manteniendo el discurso de la protección un paulatino carácter especializado, que de la mano de los avances médicos y de sus propuestas ligadas a la higiene pública había -¡por fin!- expresado la intención de separar jurídicamente el mundo de los adultos y el de los niños, estableciéndose dentro del paradigma moderno la búsqueda del correcto desarrollo físico y psíquico de los «huachos». Descubrir las particularidades de estos últimos, abandonar la noción de *adulto en miniatura* y el creciente poder institucional obtenido por los exponentes de la ciencia médica, fueron factores que condujeron al incipiente desarrollo de un discurso de derechos que comenzó *desde el Estado* en las primeras décadas del XX. En ese contexto histórico, la infancia se presentará por primera vez *ante la ley*.

Capítulo II: Los menores *ante la ley*. Discurso de derechos y prácticas de castigo en el Chile del siglo XX.

1.- La llegada del siglo XX y la irrupción del Estado. ¿La protección de la infancia como un deber estatal?

*El hombre no ha previsto estas trabas. Piensa que la Ley debe ser accesible a todos los hombres, pero al fijarse en el guardián con su capa de piel, su nariz aguda y su larga y deshilachada barba de tártaro, resuelve que más vale esperar. El guardián le da un banco y lo deja sentarse junto a la puerta. **Ahí pasa los días y los años.***

-Franz Kafka, *ante la ley*. Publicado por primera vez en 1915.

a) Breve análisis de la ley n° 2.675 denominada “Protección a la Infancia Desvalida”:

Como adelantábamos, la irrupción de las particularidades de la infancia en el espacio público, entre otros factores, producto del desarrollo institucional de la Medicina, trajo consigo la dictación de la primera ley pensada exclusivamente para regular las problemáticas relativas a la infancia en nuestro país en el año 1912. En ella se reflejó una vez más el desenvolvimiento de la dialéctica ilustrada, siendo expresivo de cómo la caridad hacia los niños dejó de limitarse a los primeros años de vida, abandonando aquella impresión que, como nos señala un reconocido filántropo de la época, “se ha creído durante mucho tiempo que en el torno de las casas de expósitos terminaba la benevolencia de la sociedad” (Valdés, 1915, pág. 3).

Aquél inusitado cuerpo legal fue sintomático de los aspectos sociales y políticos que se habían afianzado ideológicamente en el actuar estatal, considerándose el cuidado de los niños ya no como un asunto exclusivamente privado, siendo su protección –como veremos, se encargó de reiterar en el discurso público la élite- un asunto relativo al progreso económico de la nación y al mantenimiento de los valores del orden social. De esa forma, sin perjuicio de que se reconociera que a la sazón el Código Civil al permitir la emancipación de los hijos ya establecía causales que

ponían límite a una excesiva patria potestad de los padres, se consideró en el discurso del derecho que dicha normativa era insuficiente para solucionar instrumentalmente los problemas que azotaban a la infancia desvalida. En efecto, no debe sorprendernos que la enumeración de las causales establecidas por la Ley de la Infancia Desvalida no difieran en gran medida con las disposiciones establecidas por aquél entonces en el código escrito por Andrés Bello, es más, dicha ley viene a complementar aspectos que pueden desprenderse del mencionado cuerpo legal, el cual establecía como causales para la emancipación del hijo el *maltrato* habitual, el *abandono* paterno y la *depravación* del padre.³⁰ La necesidad de establecer una nueva ley dice relación, siguiendo los argumentos de un renombrado exponente del Patronato de la Infancia, institución que vale decir promovió la ley aquí tratada, a la “naturaleza de esas causales y la dificultad de establecerlas en el juicio”, dificultad que impide a “los más necesitados de emancipación” liberarse de una perniciosa potestad paterna (Valdés, 1913, pág. 386).

De la versión oficial se desprende que más allá de un cambio sustancial, la Ley de Protección a la Infancia Desvalida responde a establecer presunciones de derecho que permiten complementar y hacer cumplir las disposiciones del Código Civil, todo ello en búsqueda de la *salvación* de los sujetos más postergados de nuestra sociedad.³¹ Atender dicho argumento sin aducir suspicacia, sería una visión bastante optimista, por no decir ingenua. Haciendo aplicable un derecho pensado para *los de arriba*, a quienes, por evidentes razones del período no acostumbran a acudir a los tribunales civiles, se reinterpretan disposiciones que tienen por origen aspectos patrimoniales; buscando de esa forma legitimar en el discurso del derecho el aparato coactivo del Estado sobre los «huachos» del período, todo ello siempre destacando la loable tarea de quienes dicen salvarlos.

³⁰ Para ser más exactos, el art. 267 del mencionado Código, disponía como causales de emancipación:

- 1° Cuando el padre lo maltrata habitualmente, en términos de poner en peligro su vida ó de causarle grave daño;
- 2° Cuando el padre ha abandonado al hijo;
- 3° Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad;
- 4° Cuando el padre ha sido condenado por crimen á que se le aplique la pena de cuatro años de reclusión ó presidio ú otra de igual ó mayor gravedad.

³¹ Cabe señalar que prácticamente todas las causales establecidas en la ley señalan la debida remisión al ordenamiento general. Por ejemplo, su artículo primero señala: “Se presume de derecho el abandono a que se refiere el inciso 2° del artículo 267 del Código Civil, en los casos en que se establecieron judicialmente los siguientes hechos:

- 1° Cuando el padre no velare por la crianza, cuidado personal i educación del hijo, al extremo de que éste se encuentre sin hogar ni medios de subsistencia;
- 2° Cuando el padre consintiere en que el hijo se entregue, en lugares públicos, a la vagancia o a la mendicidad, sea en forma franca, sea bajo el pretesto de una profesión u oficio;
- 3° Cuando el menor se entregue habitualmente a la prostitución o a la embriaguez; i
- 4° Cuando el impúber fuere encontrado al servicio de acróbatas, títeres, saltimbanquis, domadores de fieras, casas de prostitución, de juego u otras semejantes.

Más que ante una ley que viene a disputar el ejercicio de la potestad paterna, estamos frente a una ley orientada a controlar socialmente y disciplinar a quienes están fuera del rebaño.³² Aquello se deduce en tanto la mencionada ley no vino a derogar las disposiciones del Código Civil que cosificaban y mantenían excesivas facultades sobre el castigo de las almas y el control de los bienes de los hijos provenientes de la *clase ociosa*, e incluso mantuvo deleznable facultades paternas como aquellas que, a su sola discreción, permitía al padre imponer una pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional a sus hijos menores de dieciséis años.³³

Más que una ley pensada para la protección de la infancia como grupo y una reflexión sobre el ejercicio de la potestad paterna, estamos en presencia del establecimiento de una ley especial pensada exclusivamente para los niños «huachos», una ley que otorgaba al Estado la potestad de por sí mismo *emancipar* a los niños. De ninguna forma cabe concluir que estamos frente a un cambio dogmático significativo en el tratamiento institucional de la infancia, más bien estamos frente a un período de transición, un germen que demuestra el interés de crear leyes aplicables exclusivamente a los sectores más empobrecidos, y que por otra parte facilitarán discursivamente la irrupción de toda la fuerza del castigo provisto por la Administración del Estado en décadas posteriores. Así se desprende de las disposiciones presentes en la ley aquí analizada:

Art. 4.º En los casos de los artículos precedentes, el menor será confiado provisionalmente al cuidado de un establecimiento de reforma, al representante legal de una institución de beneficencia con personalidad jurídica, o de cualquier otro establecimiento autorizado a este efecto por el Presidente de la República, hasta que el juez resuelva en definitiva (...)

Art. 6 Podrá el juez proceder en la forma establecida en el artículo 4º a petición de cualquier consanguíneo del menor, del ministerio público i aun de oficio. El jefe de policía hará poner a disposición del juez a los menores que en lugares públicos aparecieran comprendidos en cualquiera de los casos enumerados por los artículos 1º y 2º.

³² Una opinión distinta tiene el historiador Jorge Rojas Flores, para quien la dictación de la Ley de Protección a la Infancia Desvalida buscó alterar –aunque infructuosamente, debido a sus “limitaciones normativas”– las amplias atribuciones a la potestad paterna presentes en el Código Civil (Rojas, 2007).

³³ Describiendo las disposiciones del Código Civil del período, Ismael Valdés nos señala: “El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente á sus hijo, y cuando este no alcanzare, podrá imponerles la pena de la demanda del padre, para que el juez expida la orden de arresto. Pero si el hijo hubiere cumplido 16 años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta seis meses á lo más. El padre podrá a su arbitrio cesar el arresto” (1913, pág. 380).

Conforme a lo antes expuesto, cabe concluir que desde la dictación de la ley de Protección a la Infancia Desvalida no comienza la doctrina o el discurso de derechos del niño en nuestro país. Más bien, en dicha ley se mantuvieron los lineamientos del sistema tutelar comandado por las organizaciones privadas, reconociéndose desde el Estado una deferencia escasamente cuestionada la labor de dichas instituciones. Por otra parte, en ninguno de los preceptos legales de la mencionada ley se desprende explícitamente una retórica de los derechos del niño, que por aquél entonces ya se había materializado dogmáticamente en legislaciones como la estadounidense y en variados Congresos internacionales³⁴; manteniéndose, a su vez, la dialéctica ilustrada, reconfigurando disposiciones tendientes a expresar la libertad de los sujetos frente a los excesos de la potestad paterna, a una orientada a “emancipar” –vale decir, involuntariamente- a los niños y niñas del bajo pueblo de todo aquello que se considerara contrario a los valores del orden social imperante. Sin perjuicio de esto último, la importancia e innovación de la mencionada ley estriba en que por primera vez la legislación establecerá que desde la Administración del Estado se muestran esfuerzos tendientes a salvar a los niños, creando un aparato administrativo que no requería de la voluntad de los padres del bajo pueblo –en realidad, vale decir, ésta nunca había sido siquiera considerada- para sancionar a la infancia empobrecida.³⁵

En definitiva, la Ley de Protección de la Infancia Desvalida será el espacio de transición en el tratamiento institucional de los «huachos» entre el siglo XIX y el XX. Ella vaticinará la gravitante labor que tendrán los jueces dentro de la Administración del Estado y que el carácter especializado del discurso que, de la mano de los avances médicos, tendrá a su vez una no tan subrepticia intención de expiar los vicios presentes en las almas de los «huachos» del período. Por otra parte, la mencionada ley es síntoma de la irrupción del movimiento de salvadores del niño en

³⁴ En cuanto al desarrollo internacional de la doctrina de los derechos del niño, gran importancia tuvo los movimientos higienistas. Ya en abril de 1912, en la declaración del Primer Congreso Español de Higiene Escolar, se reconocía a todos los niños “el derecho a la luz del Sol”, al “aire abundante”, al “agua”, al “amor”, entre otros. El desenvolvimiento de la doctrina de los derechos del niño en un plano internacional tuvo también como gran producto de la Sociedad de las Naciones a la Declaración de los Derechos del Niño en 1924, sin perjuicio de que ambos instrumentos tuvieron en Chile una discreta difusión. Aquellos y otros instrumentos internacionales que expresan el origen de esta doctrina se encuentran en: (Rojas, 2007). Por otra parte, cabe señalar que, para los efectos tratados en este capítulo, gran relevancia tuvo el Congreso celebrado en París en 1911, desde donde se reconoce la doctrina estadounidense de la situación irregular y se extiende por todo Occidente la caracterización de los tribunales de menores. Sobre esto último, véase el excelente trabajo de: (García Méndez, 2007).

³⁵ Además de las disposiciones citadas anteriormente, cabe señalar en su artículo 9º la Ley de Protección a la Infancia Desvalida señala: “En cada departamento desempeñarán las funciones de inspectores de la infancia desvalida, el gobernador de departamento i el defensor de menores, i quienes procederán conjunta o separadamente, conforme al reglamento que dicte el Presidente de la República”. La falta de datos del período nos impide conocer con claridad si dichas disposiciones legales tuvieron cabida, sobre todo considerando que, como veremos, la dictación de Protección a la Infancia de 1928 trajo cambios considerables al aparato administrativo.

la Administración del Estado, conformando ello un germen de lo que vendría un par de décadas después: el surgimiento y aceptación en la élite de un legitimador y paradójicamente nocivo discurso de los derechos del niño.

b) La dialéctica ilustrada en el I Congreso de Protección a la Infancia: ¿La primera expresión de los Derechos del Niño en nuestro país?

Semanas después de la dictación de la Ley de Protección de la Infancia Desvalida, la prensa chilena promovía con optimismo la pronta celebración del I Congreso de Protección a la Infancia de nuestro país. El diario *el Mercurio* señalaba como dicha instancia era un “voto enérgico” ante la labor de los “policías deficientes” e incapaces para “suprimir la embriaguez, los garitos, los prostíbulos”, y una llamada de atención para todas aquellas “autoridades ignorantes que no conocen la mitad siquiera de las responsabilidades que les afecta a la salud del pueblo”. Por su parte, y en coherencia con el paradigma moderno, el diario *De la Mañana* celebraba cómo dicha instancia permitiría contrarrestar el “insignificante aumento de la población chilena” que impide “el desarrollo gigantesco de la industria en toda la larga faja de nuestro territorio”, línea similar al del diario *De la Unión*, el cual apostaba a que en el I Congreso de Protección a la Infancia “quedarán seguramente echados los cimientos de esta obra de salvación de la raza y del progreso nacional”. Finalmente, con una afinidad más explícita con la dialéctica ilustrada, y develando el cariz de los «movimientos de salvadores del niño», la Revista de Medicina de Higiene señalaba amplias expectativas al calificar al Congreso como una “importante reunión de hombres de ciencia”, la cual da el pie inicial para la gran cruzada orientada a la “salvación de nuestros niños”.³⁶

El Congreso de Protección a la Infancia se celebró en la Universidad de Chile, durante los días 21 al 26 de septiembre en 1912, a tan solo semanas de la dictación de la Ley de Protección de la Infancia Desvalida. Dicha instancia fue promovida desde el Patronato de la Infancia, teniendo la participación de destacados exponentes del movimiento higienista, como Calvo Mackenna y Roberto del Río, y también del en ese entonces Presidente de la República, y ex presidente del Patronato de la Infancia, Ramón Barros Luco, con sus respectivos Ministros de Estado.

La apertura fue realizada por Ismael Valdés, delegado del Patronato de la Infancia, quien destacando una preocupación transversal presente en prácticamente todos los expositores del

³⁶ Todos los artículos periodísticos aquí citados pueden encontrarse en la parte final de: (Congreso Nacional de Protección a la Infancia, 1913)

Congreso, señaló las deleznable cifras de mortalidad infantil, hizo un repaso por las instituciones privadas y sus respectivos focos de atención, para finalmente destacar la deuda de transformar una tarea que había sido por siglos exclusiva de las organizaciones benéficas a una en donde el Estado tuviese un mínimo de protagonismo. En sus términos, hasta ese momento el esfuerzo “humanitario y patriótico” para “salvar á los niños” era una obra “aislada”, sin plan conjunto y sin “abarcarse un sistema completo de asistencia pública”.³⁷

Cabe señalar que lo anterior de ninguna forma supone que desde el movimiento higienista se haya buscado la supresión de las organizaciones benéficas, disminuir su influencia o su reemplazo, más bien promovieron el fortalecimiento de asociaciones público-privadas, en regular el sistema de subvenciones dadas por el Estado, y propender a que este último sea quien asuma la función coordinadora en el ejercicio de lo que aún la amplia mayoría de la élite consideraba un asunto de caridad privada. Era al final de cuentas, como bien señaló en aquél entonces Roberto del Río, una tarea en donde debían trabajar unidos los “sociólogos, filántropos e higienistas”, en donde el “principal de los esfuerzos” debía estar presente para superar la “notoriedad del abandono” del problema que “afecta tan de cerca á las fuentes de producción, á la riqueza pública y al porvenir del país” (Del Río & Aldunate, 1913, pág. 150).

Entendiendo la mayoritaria impronta médica presente en el mencionado Congreso, la tildada como “vergonzosa” mortalidad infantil fue el eje transversal de prácticamente todas las exposiciones. Ella fue analizada desde múltiples aristas, discutiéndose en el Congreso: el funcionamiento de las instituciones de puericultura, encargadas de enseñar a las madres del bajo pueblo los cuidados que deben dar a sus hijos los primeros años de vida; el funcionamiento de las *Gotas de Leche*, reconocida y valorada institución de origen francés encargada de suplir el pecho materno; en analizar con férrea deferencia la encomiable labor ejercida desde las instituciones benéficas; y en la búsqueda de disuadir las principales enfermedades que azotaban a los niños, siendo a nuestro gusto destacable la alusión a las vicisitudes que se derivaron de la entrega de vacunas en los sectores populares.³⁸

Si bien debido a su conformación, el Congreso estuvo abocado ampliamente a aspectos ligados a la Higiene Pública, hubo una escueta pero significativa mención a ámbitos más estrechamente

³⁷ Además de las actas del Congreso Nacional de Protección a la Infancia, el discurso inaugural de Ismael Valdés, desarrollado sus distintos puntos en capítulos posteriores, se encuentra en: (Valdés, 1915).

³⁸ Vale decir que además de las actas del Congreso, todos los mencionados aspectos están tratados de muy buena forma en: (Calvo Mackenna, 1913).

ligados al discurso del Derecho. Además de las expectativas de la recientemente promulgada ley de Infancia Desvalida propias del discurso oficial, a lo cual nos remitimos al apartado anterior, se estableció –insistimos, de forma escueta, con respaldos cuestionables y en términos bastante vagos- las medidas para prevenir y disuadir una supuestamente creciente criminalidad juvenil:

Gráfico 1: Total de individuos reclusos en escuelas correccionales, cárceles, presidios y penitenciarias según edad (1905-1911).

Años	Total de individuos reclusos en las escuelas correccionales, cárceles, presidios y penitenciarias.	Edades	
		Hasta quince años de edad.	Desde quince años de edad a veinte años.
1905	53.616	1.889	9.610
1906	54.104	1.765	10.204
1907	52.943	1.143	8.549
1908	60.476	1.527	9.432
1909	54.106	1.182	9.143
1910	52.331	1.056	9.087
1911	52.473	1.190	9.563

Fuente: (Fernández, 1913).

El gráfico precedente fue presentado en el Congreso de Protección a la Infancia por Arturo Fernández, en ese entonces profesor de Medicina Legal de la Universidad de Chile. Si bien de la tabla adjuntada se desprende que en ninguno de los períodos analizados la cantidad de reclusos correspondientes a los infractores menores de veinte años alcanza siquiera el 20% del total, para nuestro autor, al igual que el sentido común de la época, se venía constatando “un descenso continuo en la edad de los infractores de las leyes penales” (Fernández, 1913, pág. 437), siendo razonable exigir con premura a las autoridades de Estado establecer un sistema penal que reconociera los avances científicos más progresistas de la materia, sosteniendo a su vez que los

recientes esfuerzos legislativos eran derechamente insuficientes para disuadir aquella desenfrenada y creciente clase delictual.

Para Fernández, la reciente Ley de Protección a la Infancia Desvalida era una herramienta inocua para resguardar el orden social. Al tratar este cuerpo legal nada más que presunciones frente a la emancipación regulada en el Código Civil, se dejaba fuera, según Fernández³⁹, a los hijos etiquetados por el Código como *ilegítimos*. En los términos de nuestro autor, si consideramos que “de cada cien nacimientos, sesenta aproximadamente corresponden á hijos nacidos fuera del matrimonio. En consecuencia, no puede llamarse de protección a la infancia una ley que atiende únicamente al 40% de los niños chilenos, y deja al 60% restante en las mismas ó peores condiciones que antes se encontraba” (Fernández, 1913, pág. 441)

Parafraseando algunos Congresos Internacionales que recogían la experiencia estadounidense de una jurisdicción especializada y que tiene como discurso legitimador un inconsistente sistema de reeducación de los infractores, Fernández sostenía que: “salvado el niño, será fácil resolver en seguida todos nuestros problemas penales; esos problemas se resolverán solos. Os repito, en consecuencia, á todos vosotros: ¡Salvemos al niño! ¡Salvemos a la infancia!” (Fernández, 1913, pág. 439). La propuesta de Fernández suponía acoger los postulados del positivismo criminológico de corte Lombroseano, que como detallaremos con mayor rigurosidad en el próximo apartado, es un modelo orientado a *prevenir* el fenómeno delictivo y a subordinar la responsabilidad penal a criterios de peligrosidad y utilidad social; caracterizándose por mantener de manera más lúgubre la dialéctica ilustrada y propender a la cosificación de los «huachos».

En las Comisiones se aceptó sin mayor discrepancia dicho modelo pseudocientífico promovido, entre otros, por Fernández.⁴⁰ Cabe señalar, que sin perjuicio de la amplia aceptación del modelo de tribunales de menores, aún en este período no hay una total adhesión a la doctrina de *los derechos del niño* en nuestro país, que como veremos en el próximo apartado, tuvo como primera expresión normativa la dictación de la Ley de Protección de Menores en 1928. En efecto, durante el curso de las distintas asambleas, la amplia mayoría de los asistentes negaba que estuviésemos

³⁹ Interpretación de la cual diferimos. El establecimiento de la Ley de Protección a la Infancia Desvalida vuelve estéril la institución de la emancipación al presumirla en circunstancias que no requieren expresión de voluntad de ninguno de los intervinientes. Al final de cuentas, conforme a las causales enumeradas en dicha ley se podía sin problemas enviar a instituciones correccionales a niños *ilegítimos*.

⁴⁰ Además de Fernández, sólo Ricardo Cavieles (1913) presentó un trabajo relativo a los tribunales de menores. Sin perjuicio de la poca extensión de ambos trabajos, sus relatos de la experiencia estadounidense fueron aplaudidos y recibidos sin cuestionamiento en las discusiones del Congreso.

frente a un asunto de derechos, lo que además de expresarse en las conferencias en donde se destacaba reiteradamente que se estaba perfeccionando un asunto de caridad y no de un deber del Estado, aparece de manera notable en el debate relativo a la creación de un “Consejo que se ocupe de lo relacionado con la infancia, y que dirija los rumbos de la iniciativa privada y de la acción del Gobierno”, en donde Alfredo Bonilla Rojas, asistente del Congreso, propuso realizar un cambio significativo al modelo tutelar promovido por los «movimientos de salvadores del niño». En razón de la claridad de su disidencia, vale la pena reproducir su controversial intervención:

Yo agregaría, sin embargo, una proposición más á la que se ha hecho. Los congresos análogos á éste se han llamado siempre Congresos de Protección a la Infancia. Yo creo que el concepto de protección encierra la de caridad hacia los niños, la idea de ejercitar en bien de ellos las iniciativas personales y el dinero, respondiendo así a las exigencias del corazón del hombre. Esto no corresponde á la verdadera noción que hoy día se tiene á este respecto. El Estado no debe favorecer á los niños por caridad, sino por deber. Acaso esta idea sea atrevida; pero, yo creo que este Congreso no sólo debe aceptar esta conclusión, sino que debe proclamar aún el derecho de los niños chilenos, es decir, la obligación que tiene el Estado de protegerlos, y el derecho correspondiente que tienen ellos para exigir protección (Congreso Nacional de Protección a la Infancia, 1913, pág. 546).

Para la amplia mayoría de la élite dicha propuesta era un abrupto sin sentido, una idea desarraigada de la historia republicana. Recordemos que hasta ese momento el pueblo mestizo era un pueblo que llevaba siglos sin derechos.⁴¹ ¿Cabía imaginarse a *los «huachos»* *exigiendo protección*? ¿Otorgar la facultad de exigir al Estado a quienes vulneran nuestra propiedad, nos trastornan con su innegable inmoralidad y están sumergidos en los vicios provocados por una ignorancia de la cual *ellos son culpables*? ¿Aquellos que *nosotros* hemos *salvado* por nuestra encomiable buena voluntad y los designios de nuestra religión, van ahora a exigir dar uso del magro erario público para satisfacer sus supuestos *derechos*? ¿Qué deber podría tener el Estado con aquellas masas inertes, medio racionales, que polulan nuestros campos e infectan nuestras ciudades?

⁴¹ Recordemos que ni siquiera contaban con grandes prerrogativas laborales.

No debe extrañarnos que el mensaje de Bonilla fuese deliberadamente ignorado por los presentes en el Congreso, quienes se detuvieron exclusivamente a discutir en torno a las facultades que tendría el órgano administrativo en cuestión. Ante ello, y una vez la Sección alcanzó el acuerdo de crear un órgano que vigile y coordine a las instituciones de caridad privada, Bonilla respetuosamente señaló: “yo pediría que se dejara constancia que la aprobación que acaba de prestar el Congreso, importa para él, el honor de proclamar en Chile los derechos del niño” (Congreso Nacional de Protección a la Infancia, 1913, pág. 548). Ante ello, el mismísimo presidente de la asamblea le pidió a Bonilla que no insista en su petición, a lo que Bonilla asiente sin aducir reclamos. El día posterior, las actas señalan que Bonilla leyó su trabajo titulado “la guarda oficial de los niños sin hogar, en la práctica”, en donde propuso la creación de instituciones estatales tendientes a velar por la protección de los niños y un Código de Protección a la Infancia.⁴² Su propuesta, fue irónicamente “aplaudida por la laboriosidad de su trabajo”, fuertemente criticada, y el Presidente ante el debate se abstuvo —sólo esto ocurrió una vez en todo el Congreso- de tomar resoluciones, siendo su propuesta desechada sin mayor argumentación.⁴³

Como veremos en el próximo apartado, la irrupción de la Administración del Estado en todo su esplendor con el objeto de resguardar el orden social traerá de forma ineludible el asentamiento del discurso de los derechos del niño como herramienta legitimadora un par de décadas después de celebrado el Congreso de Protección de la Infancia, dejando de ser una opinión excepcional y poco aceptada en la disputa por dominar el discurso del derecho. Sin perjuicio de ello, y como bien podrá deducir el lector, la aparición de los «huachos» *ante la ley* no traerá consigo un mejor devenir para los niños del período; pues los avances promovidos por los movimientos higienistas no traerán sólo intentos orientados a declinar las tasas de mortalidad infantil, sino también ello

⁴² Curiosamente, dicho trabajo fue omitido en el compendio de trabajos publicados en el Congreso. Sólo se mencionan en las actas (Congreso Nacional de Protección a la Infancia, 1913, págs. 553-555).

⁴³ Las críticas iban en la siguiente dirección: “Aplaudo la laboriosidad de su trabajo, pero siento decir que no está de acuerdo con él en varias de las ideas que sustenta. Así, por ejemplo, al oírle hablar con tanto calor en defensa de su proyecto, recordaba involuntariamente el hijo de la parroquia, de David Copperfield, y se alarmaba ante la idea de hacer hijos del Estado antes que hijos del hogar chileno. El amor que Dios puso en el corazón de la madre es imposible de reemplazar con cosa alguna, y aún todo padre, por degenerado que sea, posee cierto afecto que le hará velar por su hijo en condiciones superiores á los consejos que creara la ley más minuciosa y más prolijamente elaborada (...). Librar a las madres de criar á sus hijos, de lavarles la ropa, de prestarles todos los cuidados necesarios, es algo que tiende á hacer desaparecer el amor del hogar, aumentando las desgracias que por este concepto nos aquejan. El hogar no puede ser reemplazado jamás por la ley. No hay duda que todo niño debe ser formado en un elevado concepto de sus deberes hacia la patria, pero con hacer desaparecer al hijo de Pedro, Juan ó Diego, para hacerlo el hijo de Chile, el hijo del Estado, no ganaremos nada, y sí, perderemos mucho, haciendo desaparecer la tuición del hogar” (Congreso Nacional de Protección a la Infancia, 1913, pág. 554).

estará aparejado con el descubrimiento de la delincuencia, y como si de un cuento kafkiano se tratase, los niños debieron esperar justicia con paciencia sobrecohedora.

2.- La herencia de la criminología positivista: Los tribunales de *menores* como parte de la Administración del Estado y el juez caracterizado como un *padre y un amigo*.

Resulta muy improbable que nosotros, que podemos saber, determinar, definir las esencias naturales de todas las cosas que nos rodean, seamos capaces de hacer lo mismo con nosotros mismos, ya que eso supondría saltar en nuestra propia sombra.

-Hannah Arendt. *La condición humana*.

El surgimiento del discurso de los derechos del niño tuvo como exponente notable en nuestro país a Samuel Gajardo, el juez del primer Tribunal de Menores y quien, según el mismo reconociera, fue determinante en la dictación de la ley de Protección de Menores de 1928 y en el futuro de los niños destinados a ser asistidos en una nueva organización administrativa, comprendiendo *desde arriba* que la vida de quienes están fuera del rebaño es distinta –al igual como sostiene nuestra actual clase gobernante- a la de los ciudadanos honestos de este país. Así se desprende de lo dicho por Gajardo en sus memorias ante el fracaso de la creación de centros de interés, medida pensada para paliar la fuga de los centros de protección consistente en dotar dichos espacios con instrumentos de distracción al encierro ligados al deporte:

Es que los centros de interés no tienen un valor objetivo universal (...) Para el niño vago o delincuente no hay más centro de interés que la libertad y se fugará aunque lo recluyan en un palacio. En una cama dura no podríamos dormir. En la Casa de Menores había un niño vago que se bajaba todas las noches a dormir en el suelo, al pie del catre. Decía que la cama era muy blanda. Antes de jugar ping-pong, el niño vago prefiere ir a vagar por las calles, y el delincuente habitual, a hurtar carteras en los tranvías.

Actualmente hay muchos centros de interés en el Reformatorio, pero los menores siguen fugándose como en el primer día. Es que en veintiocho años no ha cambiado la naturaleza humana. ¿Cambiará algún día? (Gajardo, 1957, pág. 18).

Como es sabido, uno de los filósofos más destacados del mito de la naturaleza humana es Thomas Hobbes, quien validándose en abstracciones producidas conforme a las leyes del

movimiento, considera que el ser humano posee una naturaleza que ostenta por principal característica la búsqueda de una “perpetua e incesante afán de poder, que solamente finaliza con la muerte” (1940, pág. 73). Para la propuesta ilustrada de cariz más lúgubre expuesta por el citado filósofo, la Humanidad –todos los hombres, de forma universal- en búsqueda de asegurar su subsistencia, su propiedad, el desarrollo de la industria y su propia vida, estará sujeta conforme a los designios de la razón al acuerdo que ponga término a la “guerra de todos contra todos”, propia del mundo “natural” y bárbaro en donde existe, siguiendo la famosa frase del filósofo inglés: un continuo “temor y peligro de muerte violenta”, en donde la vida del hombre es “solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve” (1940, pág. 103). En esta construcción de los arquetipos que fundan la aporía ilustrada, los poco recordados adherentes a las primeras corrientes del positivismo criminológico aludieron al mito de la naturaleza humana, aunque buscando legitimar argumentos distantes a los pensados por los filósofos contractualistas.

A diferencia del ilustrado Thomas Hobbes, los defensores del positivismo criminológico, dilucidaron aquél mito sin recaer en las abstracciones provocadas por las relaciones de leyes que regulan el mundo natural, sino que más bien intentaron superar el carácter mítico de aquella propuesta desde la experiencia empírica, validando diferencias entre los «huachos» y el resto de la población.⁴⁴ Es así como desde la ciencia, y en consonancia con los pilares de los tiempos modernos, quienes dimensionaron los tamaños de los cráneos, de los troncos y escudriñaron en las facciones de los rostros comenzaron a dominar los discursos de quienes fijaban las políticas de Estado frente al fenómeno delictivo. Al respecto, vale reproducir un extracto de lo escrito por Waldemar E. Coutts, Jefe técnico de la Sección de Higiene Social de la Dirección General de Sanidad, y promotor del naciente discurso de derechos del niño en nuestro país:

En todas las partes del mundo se ha despertado en los últimos años, especialmente después de la gran guerra, una especie de piedad para los niños, espíritu que, paso a paso, va triunfando sobre los impulsos vengativos, normas intimidativas y expiatorias que

⁴⁴ Recordemos que el mismo Thomas Hobbes reconocía que, a pesar de estar fundada en las leyes del movimiento, su propuesta era más bien intuitiva y no fundada en la experiencia: “Acaso puede pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente así, en el mundo entero; pero existen varios lugares donde viven ahora de ese modo. Los pueblos salvajes en varias comarcas de *América*, si se exceptúa el régimen de pequeñas familias cuya concordia depende de la concupiscencia natural, carecen de gobierno en absoluto, y viven actualmente en ese estado bestial a que me he referido. De cualquier modo que sea, puede percibirse cuál será el género de vida cuando no exista un poder común que temer, pues es el régimen de vida de los hombres que antes vivían bajo un gobierno pacífico, suele degenerar en una guerra civil” (Hobbes, 1940, pág. 104)

empleaba la sociedad para la educación de los menores. Ello obedece, a nuestro juicio, al fracaso registrado en la aplicación de los medios punitivos y educacionales empleados hasta hace poco para la corrección y educación de los niños y que se traduce en un aumento en las cifras estadísticas criminales, a espensas (sic) de individuos cada vez más jóvenes.

Hasta hace poco se había confiado demasiado en la iniciativa particular y en la caridad que repartían a los niños personas bien inspiradas que suspiraban pensando en la miseria, contentándose sólo con oír sus necesidades y darles un pan o una moneda en nombre de Dios. Es por esto que estimamos que la protección y educación de menores debe constituir un servicio público, y que es el Estado quien debe dirigir su acción y los elementos que directamente contribuyen a laborar la personalidad del niño; entre ellos, principalmente, el hogar, la escuela y la sociedad (...)

Nuestra Ley de Protección de Menores es una Ley humana, basada en la perfecta comprensión de las expresiones cotidianas del psiquismo de los hombres y en la razón biológica de nuestra existencia. Refunde y supera las nuevas ideas y doctrinas que paulatinamente van derribando las inmensas y pesadas murallas que circundan cárceles y casas de corrección; desterrando el castigo, para substituirlo por medios que procuren modificar los sentimientos del menor, tratando de restablecer por medio de la ciencia médica el equilibrio entre su mundo celular y el medio circundante o haciéndole vivir en un ambiente digno y purificador (Citado en: Gajardo, 1929, págs. 7-12).

Sin perjuicio de que se autodenominó como un enfoque humanitario y pareciera a primeras cuentas una corriente enfocada en la protección de los niños, debemos ser categóricos en advertir que el surgimiento del discurso de derechos como política *desde el Estado* no tendrá a los sujetos protegidos ni la búsqueda de su desarrollo como punto de partida, sino que más bien estamos en presencia de un discurso legitimador para poner en práctica aquellos artefactos que la ciencia indicaba permiten predecir el fenómeno delictivo, determinado por, como diría uno de los mayores promotores de la naciente doctrina de los derechos del niño: la *tiranía del ambiente* (Gajardo, 1929).⁴⁵ Estamos, al final de cuentas, ante una problemática relativa al mantenimiento

⁴⁵ Es dable destacar que considerar la *tiranía del ambiente* no fue una proposición exclusiva del reiteradamente citado juez Gajardo. Ella también se aprecia en los debates legislativos de los proyectos de ley que fueron previos a la dictación de la Ley de Protección de Menores. Leonardo Guzmán, promotor del segundo proyecto de ley, señalaba:

del orden social, tendiente a disminuir las tasas de delito, y no frente a derechos que pueden ser exigidos por los huachos; sin perjuicio que, desde temprano, el discurso de la élite tendrá el notable esfuerzo de señalar que las medidas de protección están destinadas para quienes tienen derecho a ser salvados de su miseria e insoslayable destino.

Como detallaremos a continuación, durante el siglo XX nuevamente aparecían los «movimientos de salvadores del niño» para extender los ya no tan cándidos brazos de la disciplina, amparándose esta vez en raquíuticos postulados científicos para disfrazar vetustos argumentos moralizadores, teniendo así el potencial de ser profusamente aceptados por la élite en los tiempos modernos.

No obstante de que, como adelantábamos en apartados anteriores, en la dictación de la ley de Protección de la Infancia Desvalida y en el Primer Congreso de Protección a la Infancia pueden apreciarse atisbos de reconocimiento de las ideas promovidas por el positivismo criminológico, no será sino en 1926 cuando se presentan tres proyectos de ley destinados a concretizar sus principales postulados.⁴⁶ Dichos proyectos se materializarán en 1928 tras el nombramiento de una comisión mixta de diputados y senadores abocados a estudiar las ideas previamente presentadas, dando origen a la poca estudiada Ley de Protección de Menores, la cual crea en nuestro país a los *Tribunales de Menores* y sanciona por primera vez en la vigencia del Derecho los postulados del positivismo criminológico de corte Lombroseano, inaugurando oficialmente en nuestro país y *desde el Estado* el discurso de los derechos del niño.⁴⁷ En los términos de uno de los principales exponentes de los amigos de la mano extendida, el ya citado juez Samuel Gajardo, estábamos frente a un avance legislativo coherente con las miradas científicas más progresistas de la época, concretándose una práctica que tiene en miras la experiencia estadounidense:

“para juzgar al menor, tribunales no formados por hombres que por su educación no podrán liberarse de las ritualidades ordinarias de las aplicaciones legales, sino que el niño no es jamás un delincuente y que tras la falta cometida por él, hay una cadena de taras, de vicios del ambiente, perturbaciones morales que lo han empujado al camino del crimen”. Citado en: (Bascañán Valdés, 1974, pág. 139).

⁴⁶ Para un análisis más detallado, véase: (Bascañán Valdés, 1974).

⁴⁷ Cabe señalar que dicha innovación en el discurso del derecho fue un fenómeno que se extendió por distintas latitudes. Surgido en Illinois en los últimos lustros del siglo XIX, el primer tribunal de menores nació conforme a aspectos pragmáticos y no derivaron de las construcciones abstractas que promovió el liberalismo europeo en el Derecho penal. Su rápida explosión en el resto de Estados Unidos, Europa y buena parte de Latinoamérica, se debe principalmente a que las funciones de represión y educación que solapaban el control sobre el actuar delictivo juvenil no se adecuaban con las garantías del proceso penal. La divulgación de estos tribunales fue explosiva, y como registra la literatura especializada, para 1930 los tribunales de menores prácticamente constituyen una realidad en buena parte de la orbe. En 1905 en Inglaterra, 1908 Alemania, 1911 en Portugal, 1911 en Hungría, 1912 en Francia, 1922 en Japón, 1924 en España. Por su parte, en América Latina –y por sólo mencionar algunas- fueron creados en 1921 en Argentina, 1923 en México y en 1928 en nuestro país. Importancia para dicha extensión tuvo el Congreso de París de 1911. Todos los datos tratados en este pie de página están presentes en: (García Méndez, 2007)

La ley 4.447 se basa en un criterio moderno para apreciar la conducta del niño delincuente, y, en consecuencia, abandona la idea de expiación y de castigo con que era tratado por el Código Penal. Con ello se ha puesto al nivel de las legislaciones más progresistas de la materia.

La idea fundamental consiste en considerar al niño en forma diversa que al adulto, en armonía con las características propias de su vida psíquica (...). El niño (a diferencia del adulto) se halla más cerca que el adulto de la vida humana y animal. Por eso se le ha comparado con el salvaje, y se ha dicho que representa los caracteres de la Humanidad primitiva. Lombroso sostiene que los gérmenes de la locura y la moral y de los crímenes se encuentran, no por excepción, sino de una manera normal, en los primeros años del hombre. El niño, según él, tiene todos los vicios y todas las particularidades del crimen (Gajardo,1929, pág. 53).

En el nuevo siglo y con el fortalecimiento institucional de la medicina, la lucha interminable de los tiempos modernos frente a la barbarie era ahora sostenida desde una mirada científica y no solamente fundada en el discurso moralizador, teniendo mayor respaldo frente aquellas premisas ideológicas que propendían a la constante búsqueda del progreso económico del país. En las primeras décadas del siglo XX, esta vez la guerra a la ignorancia se respaldaba en razonamientos empíricos e hipótesis comprobables que apuntaban una vez más a lo que era considerado contrario a los valores del sujeto moderno, aduciendo las viejas críticas del salvajismo irascible disociado del salario, la preocupación por la perturbación de la propiedad privada y el escaso seguimiento de los horarios fijos; señalando que dichos estadios primitivos se encontraban comprimidos con todo su esplendor en las almas de los niños sumergidos en la pobreza. La ciencia permitía esta vez apuntar con claridad quienes eran seres atávicos, entes irracionales, contrarios a las normas sociales imperantes y con una respuesta a los estímulos más bien primitiva, siendo calificados por el discurso del derecho y sancionados por ley como «menores en situación irregular». Dicha denominación respondía, conforme lo señaló la Ley de Protección de Menores, a quienes estaban en “peligro material o moral”, concepto indeterminado que facilitó que quienes dijeran *salvarlos*, en la práctica tuvieran como principal objetivo disuadir los vicios y las terribles penumbras provocadas por el crimen.

Cabe señalar que la repercusión de los –en nuestros días considerado- cuestionables postulados de Cesare Lombroso fue preponderante en Latinoamérica durante las primeras décadas del siglo XX, y en nuestro país sus postulados ya estuvieron presentes desde finales del Chile decimonónico, expresándose en una cantidad considerable de tesis de pregrado presentes en las Escuelas de Derecho y de Medicina abocadas a recoger y difundir los postulados del médico italiano, como a su vez en el cálido recibimiento de uno de los discípulos más destacados: Enrique Ferri.⁴⁸ En el Teatro Municipal de Santiago fue bienvenido con bombos y platillos, presentado por nada más ni nada menos que por el ese entonces flamante diputado Arturo Alessandri Palma, quien sin escatimar en halagos señaló que:

Corresponde a Enrique Ferri la honra de haber creado la sociología criminal, rama importante de la ciencia que se desarrolla lánguidamente envuelta en el ropaje de la escuela clásica. Un día César Lombroso arrojó sobre ella un rayo de luz, creando la Antropología Criminal y tras de él vino Ferri, para enseñarnos que el delito considerado por los clásicos es una entidad abstracta, no era sino un producto social cuya génesis y desarrollo podríamos seguir y estudiar para poder aplicarle un día el termocauterio que los intereses de la sociedad exigirán (Citado en: León, 2016, pág. 73).

Como bien sugieren las dádivas y la poco crítica presentación de Arturo Alessandri, de los postulados de la *etiología criminal* el fenómeno delictivo no debe ser comprendido desde las abstracciones que propone la Escuela Clásica, que como adelantábamos en capítulos anteriores fue la corriente que inspiró en nuestro país la dictación del Código Penal, sino que más bien debe considerar las condiciones fácticas que determinan el actuar de los sujetos; mutando así el Derecho Penal desde un asunto de quebramiento del Derecho ejercido por un acto libre y merecedor de castigo, a una rama más bien orientada a identificar aquellas causas que permiten a las instituciones vinculadas al control del delito justamente *anticiparse* a la consecución de los actos contrarios a Derecho. Una vez más, la cosificación de los sujetos y su encierro era servil para la

⁴⁸ Como constata el profesor Jean Pierre Matus, a fines de siglo XIX y con el impulso del profesor de Derecho Administrativo y posterior Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Valentín Letelier, se promovieron de forma considerable los postulados del positivismo criminológico. Cabe señalar que más del 60% de las monografías escritas entre 1875 y 1920 correspondían a textos que se referían a la Escuela positiva del derecho penal, siendo bastante expresivos de sus postulados los títulos como *La Escuela Criminal Positiva* (1917); *el delito y su represión* (1907); *De las penas y los sistemas penitenciarios* (1902); *Antropología criminal y Derecho Penal* (1911), *Los menores ante la legislación penal* (1917). Al respecto, véase: (Matus, 2007).

libertad *de los de arriba*, quienes, autoproclamándose iluminados, tuvieron nuevas luces para sostener viejos argumentos elaborados para resguardar los valores del orden social.

a) Algunos aspectos generales de la propuesta dogmática del positivismo criminológico:

Revisemos las contradicciones presentes en la propuesta dogmática que nos ofrece el positivismo criminológico. La piedra angular de este modelo tutelar que caracteriza a la infancia como «menores» es que las sanciones no responden en el discurso a las lógicas del castigo propias del Derecho Penal, sino más bien a una sanción de ontología distinta: una *sanción administrativa*.⁴⁹ Así se desprende de los dichos del juez Gajardo, quien describe su labor dentro del primer tribunal de menores de nuestro país:

Este Tribunal ofrece un aspecto característico, que lo diferencia de todos los demás Tribunales de la República, y es su doble misión administrativa y judicial. El juzgamiento de un menor que ha delinquido o se encuentra abandonado en peligro moral o material no constituye un juicio. Es un mero procedimiento de investigación, en que se trata de acumular todos los datos y circunstancias necesarias para apreciar la verdadera situación en que se encuentra, a fin de adoptar a su respecto la medida de protección que lo coloque fuera del peligro (Gajardo, 1929, pág. 94).

Dicho discurso legitimador traerá dos deplorables consecuencias. La primera, es que, en tanto para el discurso estábamos frente a lo que podemos calificar como una sanción administrativa, no constatábamos un acto jurisdiccional, no siendo, por tanto, conducentes otorgar a los «menores» las garantías propias del sistema penal.⁵⁰ Así, no resultaba necesario discutir durante un proceso “sin forma de juicio” y caracterizado por ser “sin escritos, rebeldías ni traslados”, ni “cosa juzgada”, otro derecho que no sea el “bienestar personal” y la “normalidad de la vida del menor” (Gajardo, 1929, pág. 38; 95). En la práctica, estábamos frente a arbitrariedades increíbles que ni siquiera respetan las garantías modernas del procedimiento administrativo, a tal punto de que,

⁴⁹ Cabe señalar que el debate relativo a la ontología distinta entre sanciones administrativas y penales es de larga data, pero en nuestros días tiene un cariz distinto al expresado en este apartado. Para evitar equívocos, cabe destacar que la pugna actual tiene como eje principal si las garantías penales proceden en casos ajenos a aquellos en donde se ve afectada la libertad personal. Al respecto, véase: (Letelier, 2017). Para una revisión histórica de los últimos problemas relativos al Derecho Administrativo Sancionador, que además nos da luces sobre la importancia de distinguir entre la sanción administrativa de la penal, véase: (Camacho, 2016).

⁵⁰ Dicha característica es transversal al enfoque tutelar de derechos. Al respecto, son destacables los trabajos de (Cortés, 2009) y (García Méndez, 2007).

como demuestra la extensa investigación liderada por el profesor Antonio Bascañán Valdés durante los primeros años de la década del 70`, la amplia mayoría de sentencias provenientes de los tribunales de menores que declaraban el discernimiento de los infractores de ley –por tanto, susceptible de ser sancionados penalmente, según se deduce del tenor literal de la Ley de Protección de Menores y la posterior Ley de Menores correspondiente al año 1967- ni siquiera explicitan los fundamentos de su decisión.

Gráfico 2: Sentencias que presentan considerandos según tribunal.

Considerandos	Santiago	San Miguel	Valparaíso
Sin	99.38%	40.0%	51.87%
Con	0.62%	60.0%	48.12%

Fuente: (Bascañán Valdés, 1974)

Como se expresa en la tabla precedente, del total de 910 sentencias analizadas durante el año 1971 de los tres tribunales de menores más importantes del país, el Tribunal de Menores de Santiago, quien analizó la amplia mayoría de la muestra correspondiente a un 71.09%, cifra equivalente a 647 casos, no explicitaba los fundamentos de su decisión. Este porcentaje es sumamente desconsolador si consideramos, por ejemplo, que en dicho período el mencionado tribunal optó como principal medida a los menores declarados con discernimiento enviarlos directamente a una cárcel de adultos, sin siquiera –como pareciera desprenderse del discurso legitimador emitidos por los adherentes al positivismo criminológico presente en la ley- delegar al Juez del Crimen para que sea este último quien declare el acto jurisdiccional que supone irrogar la sanción penal.

La ilusión de negar el carácter jurisdiccional y contencioso del conflicto tiene como alicaidos argumentos la poca respaldada y cuestionable búsqueda de contribuir a la seguridad de la sociedad –como demuestra la información disponible, la amplia mayoría de las sanciones responden la afectación del bien jurídico propiedad⁵¹- y, por otra parte, a tender una supuesta “mano salvadora” a la infancia, que no reflejara las “humillaciones” propias de la “imposición de la pena” (Gajardo, 1929, pág. 62). No obstante dicho discurso legitimador, en la práctica estábamos frente al establecimiento de sanciones penales que eludían abiertamente el principio de legalidad, teniendo éstas un carácter indeterminado; respaldándose en una increíble discrecionalidad del juez de

⁵¹ Así se desprende de la muestra analizada por Bascañán en el estudio ya citado: “En los tres Juzgados se mantiene el hecho de que los delitos contra la Propiedad son los que se presentan en mayor número de casos. Estos alcanzan al 73.08% en San Miguel; 69.93% Valparaíso; 56.73% en Santiago” (Bascañán Valdés, 1974, pág. 251).

menores invariable durante todo el siglo XX, pudiendo dicho tribunal establecer la sanción penal hasta la “readaptación” o “rehabilitación” del menor.⁵² De esa forma, es dable señalar que el condicionar la sanción a la rehabilitación del menor, ello supone de manera problemática dejar a la discrecionalidad judicial la posibilidad de establecer reclusiones por tiempos considerablemente mayores a los establecidos incluso en el sistema de responsabilidad penal de adultos.⁵³

Por otra parte, vale decir que en tanto la sanción no es considerada un acto jurisdiccional ni expresión del *ius puniendi estatal*, sino que más bien una acción propia de la asistencia salvadora del Estado, para irrogar el castigo no se consideró necesario cumplir con lo elementos básicos exigidos para la configuración del delito. En efecto, en tanto para el discurso legitimador de la doctrina de la situación irregular el foco está en la reinserción de los menores, no era necesaria la realización de una conducta antijurídica para establecer una sanción administrativa, sólo bastaba con identificar aquellas causas que de manera inexorable suponían un peligro para la sociedad, es decir, bastaba comprobar que estábamos frente a *animales que están fuera del rebaño*, siendo suficiente para afectar la libertad personal de los «huachos» identificar su pobreza⁵⁴; y a contrario sensu, no se aplicaba sanción alguna si se consideraba que el infractor no constituía un peligro para el resto, dejando a los jóvenes infractores de situación económica favorable en total impunidad. De esa manera, el modelo tutelar aquí descrito deshizo en la práctica –mas no en el discurso presente en el texto de la ley, en donde la distinción es bastante tenue- la diferenciación entre infractores de ley y menores en riesgo social.⁵⁵

A ese respecto, bastante cruda es la jurisprudencia para «huachos» que destaca con increíble entusiasmo el juez Gajardo, en donde se utilizaban argumentos inverosímiles para castigar a una

⁵² Sin perjuicio de la distinción legal, los conceptos fueron en la práctica unívocos. Al respecto, nos remitimos a: (Bascuñán Valdés, 1974, págs. 194-195)

⁵³ Punzante y paradigmático es el famoso caso Gault en Estados Unidos, en donde se condenó en el Estado de Arizona a un niño de 15 años a la medida de internación en la escuela industrial del Estado por un periodo que se extendió hasta la fecha que cumpliera 21 años. Todo ello por ser acusado de realizar *llamadas obscenas a una vecina*. Ello se hizo sin mediar garantías procesales, siendo la pena establecida para un régimen de adultos equivalente a una multa de 5 a 50 dólares o dos meses de prisión como máximo. Al respecto, véase: (Cortes, 1999)

⁵⁴ En cuanto a los fundamentos dogmáticos penales relativos a la relación entre la sanción penal y la “reeduación” de los jóvenes infractores de ley, cabe remitirnos a: (Valenzuela, 2009) y también (Couso, 2006).

⁵⁵ Diluir dicha diferenciación se fundaba, entre otras disposiciones, en el art. 32 de la Ley de Menores: “Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años alguna de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia que en él ha cabido al menor. Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que el menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contempla esta ley, siempre que el menor se encontrare en peligro moral o material”. En cuanto a doctrina, vale destacar que si bien no analiza la situación chilena, un excelente trabajo que explica cómo se diluye la distinción entre infractor de ley y sujeto empobrecido, se encuentra en: (García Méndez, 2007) y también en el texto de (Cortes, 1999).

niña imputada del delito de homicidio, incluso cuando el peritaje determinó que los hechos indicaban de forma indubitada estar frente a un suicidio:

6° Que a este Tribunal corresponde, no solamente el juzgamiento de los menores que han incurrido en delitos, sino también la protección de los que, por cualquier causa, se hallaren en peligro moral o material;

7° Que el examen social, psicológico y médico de la menor revela los siguientes hechos:

- a) Que ha llevado una vida desordenada a consecuencia de no haber tenido en su hogar una dirección enérgica;
- b) Que su carácter es impulsivo, su instrucción escasa y sus facultades mentales deficientes (...)

9° Que, dejar a la menor en libertad en las condiciones antedichas, sería abandonarla en medio del peligro, con sus fatales, ineludibles consecuencias (Gajardo, 1929, pág. 142)

La indolencia de dicho discurso descansa en el argumento de que los menores teóricamente no eran enviados a cárceles de adultos, sino que, conforme a lo dispuesto ya desde la Ley de Protección de Menores de 1928, a centros especializados y pensados para su reinserción y desarrollo, denominados “Casas de Menores” y “Reformatorios”. En la práctica, ante la tenue oferta de las mencionadas instituciones, los menores en «situación irregular» fueron derivados a una familia para ejercer las consideradas virtuosas labores asalariadas⁵⁶ o directamente a las cárceles de adultos, quedando dudas en si había una separación efectiva dentro del recinto penal con la población penal adulta, problemática que, como profundizaremos en próximos apartados, se mantuvo incluso hasta finales del siglo XX.⁵⁷

Como segunda gran consecuencia, se debe destacar que en tanto estábamos frente a una sanción administrativa que permitía negar el carácter jurisdiccional de la controversia, en el discurso era considerado razonable señalar que el juez debía actuar en aquellos aspectos que *no eran propios del Derecho*. Ello se tradujo en abandonar principios básicos como el de legalidad y eludir la controversia penal a la que se veía enfrentado, considerando plausible sostener que el juez de

⁵⁶ Al igual que las sanciones establecidas para mujeres y que hemos descrito en apartados precedentes.

⁵⁷ En el famoso caso de Roberto Martínez, *El Tila*, cabe señalar que desde joven estuvo en centros penales que convivían con los adultos, quienes a pesar de una separación estructural –pabellones–, mantenían contacto con población penal adulta y *asimilaban* la jerarquía imperante en dichos recintos (Cristino, Rosales, Varela, & Zunino, 2016). Historia similar se encuentra en: (Gómez Morel, 2012).

menores “no debía ser un jurista diestro en cubileteos legales”, debiendo más bien orientar su actuar al de “un hombre humano, un verdadero maestro, un psicólogo capaz de ponerse al nivel del alma infantil y comprender los valores afectivos de la personalidad del niño” (Gajardo, 1929, pág. 38), distanciándolo de esa forma de toda la batería de principios que tienen por objeto resguardar a los sujetos de las sanciones más severas de nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que, si bien el reglamento de ejecución de la ley de Protección de Menores estableció una judicatura especializada, estableciendo como requisitos para investir como juez acreditar conocimientos de psicología, las consideraciones de dicho discurso autodenominado humanitario eludieron la abulia del legislador y de la Administración, quienes –quizá, por notable falta de genuino interés- no consolidaron la creación de estos tribunales a lo largo del país. Es más, tras reformas legislativas que ampliaron la cobertura y que supeditaron la creación de dichos tribunales a la discrecionalidad del Presidente de la República “en la medida que los recursos lo permitan”, sólo cumplían con los requisitos objetivos establecidos por ley durante la década de los setenta los tribunales de Santiago, San Miguel y Valparaíso (Bascañán Valdés, 1974). Al igual que en el resto de Latinoamérica, la presencia de tribunales especializados en nuestro país era mínima, debiendo la amplia mayoría de los menores en situación irregular sujetarse directamente a la jurisdicción de adultos para determinar su discernimiento, sin recibir una atención especializada como se desprende de las leyes y el discurso legitimador predominante de aquél entonces.⁵⁸

En definitiva, tanto el discurso legitimador orientado a dotar de un contenido ontológico distinto a la sanción penal, como los argumentos tendientes a conferir una conducta humanitaria otorgada al juez, contribuirán a anular aquella propuesta aparentemente emancipatoria que conforma la batería de conceptos ofrecidos por el iluminismo: la proporcionalidad de la pena, el principio de legalidad, el de cosa juzgada y el *in dubio pro reo*.⁵⁹ Ellos serán conceptos estériles para *los de abajo*,

⁵⁸ Como destaca Miguel Cillero: “La Ley 4.447 establece los Juzgados de Menores, creando uno de ellos en la ciudad de Santiago y facultando al Presidente de la República para crear otros en cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones. En el artículo primero transitorio se estableció que en los departamentos donde no existen Jueces de Menores, la aplicación de la Ley 4.447, y por ende, su competencia, corresponde al Juez de Letras de Mayor Cuantía. De este modo, es posible apreciar que toda la competencia tutelar propiamente tal, que era creación original de esta ley, fue confiada a Jueces no especializados, quienes debían regirse por las normas de procedimiento establecidas en la Ley 4.447, las cuales, como se dijo, eran muy generales y otorgaban facultades discrecionales al juez” (Cillero, 1994, pág. 100).

⁵⁹ El surgimiento de dichos principios también tiene la disputa del poder como una de sus causas, estando íntimamente relacionado con el desenvolvimiento del capitalismo mercantil europeo. Al respecto, nos remitimos a: (Rusche & Kirchheimer, 1984), en especial sus capítulos III, IV y V. Por otra parte, vale ser críticos con la *benignidad* de las penas que se sustraen del discurso emanado de quienes consignaron la intromisión de las garantías penales orientadas a poner fin a los suplicios y reformular el castigo. Al respecto, véase: (Foucault, 2004, págs. 77-107).

siendo suprimidos frente a mecanismos de protección orientados a criminalizar la pobreza, legitimándose a través de un discurso de derechos y de «tiranías del ambiente».

En definitiva, con la llegada de la doctrina de la situación irregular, la heredada lucha contra la barbarie que enarboló la clase ociosa fue imbuida por los derroteros de la ciencia moderna, y allí estaban los «huachos» para recibir todo el castigo disfrazado de discursos salvadores y de ilusorias manos amistosas, proveniente de quienes estaban dispuestos a depurar del discurso del derecho aquellas garantías que nos resguardan frente a las sanciones más gravosas de nuestro ordenamiento jurídico. Y desde quienes enarbolaban el discurso de los derechos de los niños y la tiranía del ambiente se insistía en esgrimir las consignas de la protección, teniendo los «huachos» del período al final de cuentas nada más que un derecho a permanecer en las residencias en donde se ejerce castigo; mientras quien atendía a su situación irregular se caracterizaba como a un *padre y un amigo*, dotándolo de potestades que, con exorbitante discrecionalidad, dejaba secuelas considerables, e incluso quizás más dañinas que las utilizadas por aquellos padres que a su sola discreción tenían la potestad de enviar por un mes a sus hijos a una institución correccional.

b) El problema del discernimiento para la óptica positivista:

Mención aparte merece la institución del discernimiento, una espina problemática para los defensores del positivismo criminológico. En efecto, los proyectos de ley anteriores a la dictación de la Ley de Protección de Menores suprimían aquella institución heredada de la Escuela Clásica que orientó las bases del Código Penal, por considerarla “metafísica” y un verdadero fracaso para combatir la delincuencia. Sin perjuicio de dichas preocupaciones, y de argumentos de ese tipo presentes en variados proyectos de ley relativos a los menores en situación irregular, durante todo el siglo XX se mantuvo dicha controversial institución en nuestro ordenamiento jurídico.⁶⁰

El problema para los defensores del positivismo criminológico estribaba en que la determinación del discernimiento consiste en sus orígenes en la tarea de evaluar la conciencia de ilicitud al

⁶⁰ El combate a la delincuencia de la manera aquí descrita se mantuvo durante, al menos, todo el siglo XX. No había resquemores para considerar el castigo como un medio para supuestamente resguardar la seguridad de la sociedad. Para los fines aquí tratados podemos destacar la ley 11.183 de 1953, la cual disminuye la edad máxima del menor para su responsabilidad penal de veinte a dieciocho años, estableciendo que la declaración de discernimiento para el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años. Al respecto, Labatut, un promotor de dicha modificación legal que llegó incluso a presentar un proyecto de Código Penal que recogía instituciones positivistas, señaló que “la ley 11.183 por motivos de conveniencia práctica, derivados del incremento de la delincuencia juvenil y de los mediocres resultados obtenidos en la readaptación social de los menores delincuentes, restableció la situación existente en el texto primitivo del Código Penal, a la vez que, como veremos más adelante, disminuyó considerablemente el efecto atenuante de la menor edad juvenil”. Citado en: (Bascañán Valdés, 1974, pág. 156).

momento de que los jóvenes realizaban el acto merecedor de castigo, y por tanto, concentraba su atención en la voluntad del imputado, sin supeditar dicho análisis o las repercusiones de su castigo bajo criterios de utilidad social o seguridad ciudadana. Ello, sumado a la ausencia de una definición legislativa de discernimiento o de criterios que debía considerar el juez para pronunciarse sobre dicha institución, provocó, como bien se percató Antonio Bascañán Valdés, en una genuina contradicción entre el sentido que la jurisprudencia había dado previamente a dicha institución, en donde la responsabilidad penal se subordinaba al discernimiento y, por otra parte, los fines previstos por la batería legislativa de corte Lombroseano. Dicha problemática se afianzaba a su vez, si consideramos que desde la ley 14.550 se esclareció la labor jurisdiccional de dichos tribunales, considerándolos por primera vez parte de la orgánica judicial y dificultando el argumento de su función administrativa, impidiendo una legitimación tranquila de los postulados de la doctrina de la situación irregular ya tratados en el apartado anterior.⁶¹

Nuestro autor, motivado por dicha contradicción e intuyendo cómo se forjaba un discurso del derecho que estaba dispuesto a ir en contra del texto de la ley que exigía comprobar la conciencia de ilicitud del menor, e incluso suponía modificar la teoría del delito al subordinar la responsabilidad penal a criterios de peligrosidad y utilidad social⁶², optó por dirigir la sistematización de las sentencias emitidas durante el año 1971 por los tres principales tribunales de menores del país: Valparaíso, correspondiente a las comunas de Valparaíso y Viña del Mar; San Miguel, correspondiente a las comunas de San Miguel, La Granja y La Cisterna; y Santiago, correspondiente al resto de la Región Metropolitana. Entendiendo la preocupante inexistencia de la sistematización de datos estadísticos del período tendientes a analizar el derecho penal juvenil antes de la creación del Consejo Nacional de Menores en 1967 y durante los primeros años del

⁶¹ Con respecto a la innovación legislativa que reconoce el carácter jurisdiccional de estos tribunales, la literatura especializada nos demuestra que los fundamentos de dicho cambio fue más bien pragmático que sintomático de un cambio de paradigma: “Entre los problemas (extraídos del mensaje legislativo) destaca “... la escasez de Tribunales y de personal que atenta contra la celeridad del procedimiento”, una “defectuosa organización” y “vacíos en la legislación” elementos que conducen a un “resultado negativo”. Como soluciones señala que “en primer término, se ha incorporado al Escalafón del Poder Judicial, al personal de los Juzgados de Menores, ya que hasta ahora se encuentra al margen de este Estatuto, no obstante ejercer funciones judiciales; se le hace aplicable; además, las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales para que así participen plenamente de los derechos, deberes y obligaciones de la Magistratura Ordinaria, sin perjuicio que mantengan su competencia especialísima y que prevalezca ante cualquiera otra legislación particular a que se sujeta la tramitación y fallo de los asuntos que se conocen...”. De este modo, recién con la dictación de este Ley se asimila plenamente la Justicia de Menores a las reglas generales de la Magistratura Ordinaria” (Cillero, 1994, pág. 107).

⁶² Como señala la literatura especializada, las teorías de justificación de la pena difícilmente pueden eludir la *definitional stop*, esto es, la objeción consistente en “la imposición de la pena a un no-culpable ya no sería una teoría de la justificación de la pena”. Al respecto, véase también: (Mañalich, 2007, pág. 125).

funcionamiento de este órgano, vale la pena comentar en este apartado algunos de los destacables aportes presentes en dicho estudio, sin perjuicio de que como reconoce el mismo Bascuñán, son evidentes las limitaciones de dicha investigación en razón de su envergadura, los costos disponibles de aquél entonces y el tiempo de la muestra que tiene por objeto.

En primer lugar, y no obstante de que desde la vigencia de la Ley de Protección de Menores se exigió a los tribunales de menores acreditar conocimientos de psicología, un órgano asesor se encargó de elaborar informes que den cuenta de la situación irregular del menor. La mencionada ley estableció en sus inicios que dichos informes debían ser realizados por las *visitadoras sociales*, quienes eran mujeres provenientes y educadas por la institucionalidad benéfica para promover desde la acción asistencial los valores de higiene y las virtudes de una familia constituida conforme a la ideología promovida por la *clase ociosa*. Ya avanzado el siglo XX y con la dictación de la Ley de Menores en 1967, los informes que dan cuenta de la situación irregular del menor pasarán a realizarlos las Asistentes Sociales. Sin perjuicio de que no podemos dar cuenta de una uniformidad en cuanto a los factores a analizar por las distintas funcionarias del mencionado órgano asesor, podemos constatar que al menos en el período estudiado por Bascuñán dichos informes responden a factores comunes, y desde donde se puede observar elementos de continuidad con la vieja jurisprudencia que expresa el rol de las visitadoras sociales, encargadas de esclarecer el “peligro material o moral” del menor.

Vale aquí reproducir las distintas variables presentes en los Informes Sociales efectuados por las Asistentes Sociales que trabajaron para tribunal de menores de San Miguel, quienes a través de entrevistas al menor, a sus padres, o visitas directamente al hogar, indagaban en todos o algunos de los aspectos que se señalan a continuación:

- 1) Si el Menor ingresa por primera vez al establecimiento, o si es reincidente o tiene más de un ingreso.
- 2) Si el hecho imputado al menor, es un acto irregular dentro de la vida del menor, o forma parte de una serie de actos o vida irregular.
- 3) Si el menor posee buenas condiciones de estudio o trabajo, o si tiene malas condiciones de estudio o trabajo.

- 4) Si el menor tiene buena conducta, es respetuoso y posee buenas amistades, o si tiene mala conducta, es irrespetuoso y posee malas amistades.
- 5) Si el menor tiene una Normalidad Psicológica y Psíquica, o si el menor presenta anormalidades Psicológicas o Psíquicas (inmadurez, deficiencias de personalidad, debilidad mental, etc.).
- 6) Si el menor presenta existencia de enfermedades, o si el presenta inexistencia de enfermedades.
- 7) Si el hogar ofrece buenas condiciones materiales y morales, o el hogar no ofrece buenas condiciones materiales y morales.
- 8) Si ambos padres o uno de ellos posee condiciones de responsabilidad, o los padres son irresponsables.
- 9) Si los padres tienen ascendencia sobre el menor, o los padres no tienen ascendencia sobre el menor. (Bascuñán Valdés, 1974, pág. 284)

De los criterios expuestos, vale señalar que la institución del discernimiento conforme a los postulados dogmáticos de la Escuela Clásica sólo quizás puede desprenderse –en caso de que se buscara comprobar la conciencia de ilicitud- en el análisis de la “normalidad psicológica del menor”. Sin perjuicio de ello, la labor de las Asistentes Sociales se mantuvo claramente afín a los postulados del positivismo criminológico, lo que se aprecia de forma evidente y transversal en todos los factores considerados por las asistentes sociales.

Ello es relevante, pues recordemos que las potestades dadas al juez en la Ley de Protección de Menores e incluso en las posteriores reformas legislativas, lo facultaban a que, a pesar de declarar que el menor no haya actuado con discernimiento, pudiera aplicar las medidas correspondientes a los infractores de ley cuando el menor se encuentre en “peligro material o moral”. En efecto, en el artículo 30 de la Ley de Menores dictada en 1967, se confiere al juez la prerrogativa frente a hechos no constitutivos de delito, y “sin necesidad de llamarlo (al menor) a su presencia”, de aplicar alguna de las medidas propias de quienes hayan actuado con discernimiento, y por tanto, volviéndolos susceptibles de ser sancionados penalmente. De esa forma, la institución del discernimiento permitió diluir –vale señalar, durante todo el siglo XX- la distinción entre sujetos

en riesgo social e infractores de ley, subordinando la responsabilidad penal exclusivamente a criterios de utilidad social, para ser más específicos: subordinaba la responsabilidad penal a ser «huacho».⁶³ Ello se aprecia jurisprudencialmente desde temprano:

4º Que, como consecuencia de lo dicho, si el menor fuera juzgado por la justicia ordinaria, debería en todo caso, quedar en libertad en breve plazo, lo que sería perjudicial para él y la sociedad, pues existiendo certidumbre de que ha cometido el hecho punible que se le atribuye, se encuentra en situación de conducta irregular, y existe el inminente peligro de que reincide;

5º Que el problema metafísico de establecer si el menor, en un momento dado, obró o no con discernimiento, aparte de vago y complejo, carece de interés ante el problema verdaderamente humano y práctico de saber si el inculpado, atendidas sus condiciones de vida, representa o no un peligro efectivo para la sociedad (Gajardo, 1929, pág. 138).

La mencionada jurisprudencia, además de eludir el principio de legalidad y subordinarlo a una “humana” discrecionalidad judicial, es problemática incluso si consideramos los fundamentos propios de quienes consideran al Derecho como una disciplina científica. En efecto, en conformidad a los mitos del positivismo jurídico que confieren una supuesta plenitud hermética y racionalidad al Derecho, del texto de la ley se desprende que un menor declarado con discernimiento no debería tener un tratamiento idéntico al de un menor en situación irregular, es decir, en tanto la ley distingue, científicamente no es razonable comprender la institución del discernimiento de la misma forma que comprendemos aquellos criterios desde donde se esbozan los postulados ligados a la peligrosidad y/o utilidad social que constituyen la base de la doctrina de la situación irregular. Sin perjuicio de aquello, y en contra de lo que puede desprenderse de una interpretación lógica e incluso literal de la batería legislativa aquí tratada, no hay durante la prevalencia dogmática de la doctrina de la situación irregular una separación jurisprudencial clara entre los infractores de ley y el resto de los menores en peligro “moral o material”.⁶⁴

⁶³ Al respecto, véase (Cillero, 1994).

⁶⁴ Así lo señala también Miguel Cillero: “El nuevo sistema creado por la Ley 4.447, pretendía asumir la protección de todos los menores que se encontraran en alguna irregularidad. Respecto de ellos no se hizo una separación clara, ni de procedimiento ni de tratamiento, lo que ha llevado a la actual situación de confusión entre delincuencia juvenil y riesgo social. La Ley 4.447, inicia este sistema de considerar a todos los menores necesitados de protección en un mismo grupo, haciendo caso omiso de la distinción entre actos tipificados penalmente y otras situaciones” (Cillero, 1994, pág. 99)

Por otra parte, vale señalar que jurisprudencialmente los criterios de utilidad social son apreciables en variables explícitas del entramado legislativo, en donde se considera, por ejemplo, la reincidencia del menor para establecer si ha obrado o no con discernimiento. Pero también se expresan, y de manera bastante problemática al ir en contra del texto de la ley, en –en palabras de Bascuñán- *variables extrajurídicas*. Al respecto, son esclarecedores los datos correspondientes al tribunal de menores de Santiago obtenidos en la investigación de Bascuñán ya reseñada:

Gráfico 3: Género como variable extrajurídica utilizada por los jueces para establecer el discernimiento de los menores.

DISCERNIMIENTO				
SEXO	Masculino	SIN	CON	TOTAL (n)
		32.58%	67.42%	(580)
	Femenino	55.22%	44.78%	(67)
	(n)	(226)	(421)	(647)

Fuente: (Bascuñán Valdés, 1974, pág. 271)

Gráfico 4: Bienes jurídicos protegidos como variable extrajurídica utilizada por los jueces para establecer el discernimiento de los menores.

DISCERNIMIENTO				
MATERIA		SIN	CON	TOTAL (n)
		PERSONAS	36.84%	63.15%
PROPIEDAD	22.34%	77.66%	(367)	
MORALIDAD	30.90%	69.10%	(55)	
O. PÚBLICO	82.60%	17.4%	(92)	
S. PÚBLICA	7.69%	92.31%	(26)	
	(n)	(220)	(415)	(635)

Fuente: (Bascuñán Valdés, 1974, pág. 272)

De las tablas precedentes, se deduce que la institución del discernimiento era considerablemente más inflexible en el caso de los hombres, estando la responsabilidad penal subordinada en buena

parte al sexo del infractor. Vale decir que aquella variable se mantiene en los tres tribunales analizados, manteniéndose el tratamiento diferenciado con distinta intensidad.⁶⁵

Por otra parte, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, notables son las diferencias al tratamiento del discernimiento entre los delitos de orden público –estos corresponden a delitos como la mendicidad, la vagancia, la ebriedad, desórdenes públicos, desacato a la autoridad y armas de fuego- y los de salud pública –correspondiente a los tipos de tráfico, elaboración y consumo de estupefacientes-. Cabe destacar también la afectación del bien jurídico propiedad, que cuantitativamente y, en conformidad a la dialéctica ilustrada, representa más de la mitad del total de la muestra. Al respecto, debemos considerar que si desglosamos los delitos de robo y hurto se desprende con mayor claridad los criterios de peligrosidad propios de la doctrina de la situación irregular descrita a lo largo de este capítulo. En efecto, la investigación reseñada se constata que en el delito de robo, solo un magro 1.68% es declarado sin discernimiento, mientras el restante 98.38% es declarado con tal; a diferencia del hurto en donde solo un 59.04% es declarado con discernimiento y un 40.86% sin él. Situación similar ocurre con la materia personas, en donde el 100% de quienes son imputados por el delito de homicidio son declarados con discernimiento, mientras en el caso de las lesiones sólo un 42.63% (Bascuñán Valdés, 1974).

Por último, es preocupante la celeridad de los tribunales de menores en declarar el discernimiento del supuesto infractor, lo que además de explicarse por la naturaleza de un procedimiento administrativo “sin forma de juicio” y de sentencias que ni siquiera aducen sus considerandos, da cuenta del tratamiento indiferenciado entre infractores de ley y menores en situación irregular, como también es sintomático de las evidentes vulneraciones a las garantías penales:

Gráfico 5: Duración del proceso por juzgado

Días	Santiago	San Miguel	Valparaíso
Grupo 1 (1 a 3)	26.89%	0.0%	6.01%
Grupo 2 (4 a 6)	23.02%	0.0%	9.77%
Grupo 3 (7 a 9)	11.59%	0.76%	11.27%
Grupo 4 (10 a 20)	13.91%	3.07%	43.60%
Grupo 5 (21 a 30)	5.87%	3.84%	20.34%

⁶⁵ En el tribunal de San Miguel, por ejemplo, el 100% de las mujeres fueron declaradas sin discernimiento (Bascuñán Valdés, 1974) .

Grupo 6 (31 a 60)	8.19%	33.07%	3.75%
Grupo 7 (61 a 90)	2.78%	20.76%	1.50%
Grupo 8 (91 a 120)	1.54%	12.30%	0.0%
Grupo 9 (121 a 150)	0.61%	10.76%	0.0%
Grupo 10 (151 a 180)	0.30%	5.38%	0.75%
Grupo 11 (181 a 365)	0.77%	4.61%	0.0%
Grupo 12 (366 a 730)	0.15%	2.30%	0.0%
Grupo 13 (730)	0.15%	0.0%	0.0%
Grupo 0 (sin datos)	4.17%	3.0%	3.0%
Total	100%	100%	%
Nº total	(647)	(130)	(133)

Fuente: (Bascañán Valdés, 1974, pág. 267)

Todo lo anterior parece indicar que la disciplina decimonónica descrita en el capítulo anterior extendió sus raíces, acomodando el discurso del Derecho para castigar a los mismos sujetos. Las mujeres siguieron siendo consideradas, al igual que en las Casas de Corrección, como acreedoras de un tratamiento diferenciado al de los hombres, siendo sancionadas en la medida que fueran consideradas un peligro para la sociedad. A su vez, la propiedad siguió siendo el principal fundamento para la expresión del castigo y afianzar discursivamente las ansias perennes de traer prosperidad económica a la nación. Ya destruido el proyecto empresarial de la *chingana*, los fundamentos de disciplina emanados *desde arriba* trascendieron con discurso científico el siglo XX, buscando la institucionalidad aplastar la memoria de los oprimidos.

Sin duda la gran innovación dogmática del nuevo siglo es la reconfiguración de la institución del discernimiento, la cual permitió acomodar la legislación existente al predominio dogmático del positivismo criminológico esgrimido por el movimiento de los «salvadores del niño», quienes en la búsqueda de la “tiranía del ambiente” en el que se desenvuelven los «huachos», permitieron legitimar la vieja práctica de sancionar a los sujetos por sólo ser contrarios a los valores del orden social; sancionando dichos controversiales postulados en la vigencia del Derecho con la dictación de la Ley de Protección de Menores de 1928, y afianzándolo en leyes posteriores como la Ley de

Menores de 1967 y, como veremos, en el Decreto Ley n°2465 de 1979 que crea el Servicio Nacional de Menores. Ese es el origen de la lúgubre historia de los *derechos del niño* en nuestro país; orientada a quienes sin siquiera poder conquistar *sus derechos* ni ser escuchados, *desde arriba* recibieron los brazos de una disciplina añeja y que está en el mecánico corazón de quienes dicen salvarnos de la barbarie.

3.- De instituciones ligadas a la higiene al Servicio Nacional de Menores: Coordinar, fiscalizar, prestar y subsidiar la caridad durante el siglo XX. ¿El fin de la disciplina?

Sr. Insulza,

Siendo yo un delincuente, desde niño creí que el sistema judicial está en pie para aplicar justicia y no para secar a un individuo en la cárcel. Independientemente de mi edad, creo que en el pasado, usted de haber sido consultado, habría propuesto lo mismo. Observo que por la calidad de sus ingresos, difícilmente sus hijos lleguen a estar en riesgo social. Usted habla de mi vida como si fuese para delinquir y no en delitos que cometí, intentando mejorar el remedo de vida y familia que tengo. Creo que a eso a su merced no le aplicaría ni una gota de empatía. Afirmo esto en base a sus declaraciones a la prensa y en la observación a su alcurnia. Solicito a usted como profesional de informes, burocracia y estadísticas, se dé un tiempo en su apretada agenda para leer los tales. Quizás, de esa manera, ya que nunca será en terreno, se dé cuenta que muchos chilenos y yo no nacimos delincuentes. Respetuosa y atentamente se despide de usted,

Roberto José Martínez V. Delincuente Habitual.

-Carta de “El Tila” en respuesta a los dichos de José Miguel Insulza, en ese entonces Ministro del Interior, quien señaló en el discurso público sus deseos de que Roberto Martínez se “seque en la cárcel”.⁶⁶

Como hemos argumentado a lo lado de este capítulo, el control social promovido por los *movimientos de salvadores del niño* se mantendrá durante todo el siglo XX, pero ahora no sólo desde la protagónica gestión privada sino también *desde el Estado*, incluyendo su aparato administrativo y un

⁶⁶ Extraído de: (Cristino, Rosales, Varela, & Zunino, 2016).

Derecho imbuido por los postulados pseudocientíficos del positivismo criminológico.⁶⁷ Dicho paradigma ha sido el que con más fuerza en nuestros días por el discurso del derecho se ha denominado *modelo tutelar*, siendo caracterizado por una supuesta transferencia de facultades de tutela de los padres a los órganos del Estado⁶⁸, además de tener como elemento distintivo no considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho sino que en el mejor de los casos como *objetos de caridad*, teniendo éstos el exclusivo derecho de ser protegidos forzosamente de su *situación irregular*. Es así como se forjó *desde arriba* y en dirección a las cloacas un aparato administrativo dedicado a coordinar las instituciones dedicadas a la protección de los «huachos» y a vigilar los factores que indicaban su ineludible conducta delictiva.

Dicha organización administrativa será coherente con los tiempos modernos en donde el Estado expandía los servicios públicos en atención progresiva hacia las necesidades sociales, pero a su vez, como ya hemos adelantado, será un aparato administrativo que respetará el ejercicio de la *caridad privada* y verá como un poderoso aliado a los *movimientos de salvadores del niño*. Para ser más exactos, vale decir que dentro del Estado también estaba –y la verdad siempre estuvo presente– dicho movimiento; volviéndose el Estado un actor más dentro de un enfoque de Beneficencia que se mantendrá inflexible durante todo el siglo XX.

a) Organización administrativa vinculada a la protección de la infancia institucionalizada durante la vigencia de la ley 4.464 de 1928, denominada “Ley de Protección de Menores”:

Como destaca María Teresa Anríquez, con anterioridad a la vigencia de la Ley de Protección de Menores, la creación en 1913 del denominado *Consejo Superior de la infancia*, “representa el primer intento del sector público de asumir un rol coordinador frente a la acción protectora de las instituciones privadas y, al mismo tiempo, continuar con la función correccional y reformadora del Gobierno. También el Consejo se abocó al estudio de la legislación para la creación de Tribunales especiales para niños que delinquen”, extendiéndose dicha supervigilancia y fiscalización a todas las instituciones privadas, con independencia si recibían subvención estatal o dependían de la caridad otorgada por la élite (1994, pág. 157).

⁶⁷ Para una visión opuesta, que considera que la extensión del Estado supone el fin del control social y el paso a una *política social*, véase: (Goicovic, 2000).

⁶⁸ Como ya hemos argumentado, para nosotros más bien estamos en presencia de una “emancipación forzada” fundada en la remisión a disposiciones del Código Civil. Al respecto, véase el primer apartado de este capítulo.

Dicha institucionalidad ve incrementada sus atribuciones con la dictación de la Ley de Protección de Menores de 1928 (ley n°4447), en cuyo artículo primero se crea la *Dirección General de Protección de Menores*, órgano dependiente del Ministerio de Justicia, mediante el cual el Estado ejerció la “función de atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores”. Vale destacar que además de las funciones de coordinación y supervisión con que ya contaba el Consejo Superior, se le responsabilizó de orientar la atención dada por las instituciones con un claro énfasis en los aspectos morales y de Higiene (Cillero, 1994). La Ley de Protección de Menores también estableció la creación de un Consejo Consultivo, presidido por el Director de la Dirección General de Protección de Menores, el cual estaba conformado por los distintos actores que conforman a los *movimientos de salvadores del niño* descritos a lo largo de este capítulo:

- a) Un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, designado por este Tribunal;
- b) Un miembro de la Facultad de Medicina, designado por ella;
- c) El Director de Laboratorio de Psicología Experimental, que determine el Presidente de la República.
- d) El Director del Politécnico Elemental de Menores “Alcibíades Vicencio”;
- e) Un representante de las instituciones privadas de protección a la infancia masculina.

Cabe señalar que el artículo quinto de esa ley facultó al Presidente de la República para determinar “las instituciones privadas que puedan formar parte en la elección de representantes ante el Consejo”, estableciendo para éstos una duración de tres años en sus cargos, mientras que para el resto de integrantes su permanencia queda sujeta a que sigan perteneciendo a las “instituciones que los hayan designado o desempeñen los cargos correspondientes”.

Por otra parte, la Ley de Protección de Menores creó además de los tribunales de menores, que como hemos argumentado en el apartado anterior, eran parte de la Administración del Estado. La organización administrativa también estuvo conformada desde la mencionada ley por las Casas de Menores, disponiéndose su creación “en el asiento de cada Juzgado de Menores”, creándose por expreso mandato de la Ley de Protección de Menores el centro *Alcibíades Vicencio*,

correspondiente al tribunal de menores de Santiago, hasta ese momento el único tribunal de menores del país.⁶⁹

Los cambios orgánicos en lo establecido en la Ley de Protección de Menores vendrían en un par de décadas después, pero ello no supuso un cambio en el enfoque tutelar sino más bien su profundización. Manteniendo su poderío en el andamiaje administrativo de protección a la infancia, desde los promotores de la ciencia médica se obtuvo que en 1942 se fusionara la ya mencionada Dirección General de Protección de Menores con otros servicios médicos asistenciales, formando la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia (PROTINFA). Siguiendo a un reconocido exponente de la literatura jurídica chilena ligada a los Derechos de la infancia y adolescencia, Miguel Cillero (1994), dicho órgano sólo tuvo diez años de vigencia, pasando los servicios públicos vinculados a la protección de los menores en situación irregular a depender jerárquicamente del Ministerio de Salud.⁷⁰

Siguiendo Anríquez, durante este período las entidades privadas se mantuvieron mayoritariamente “dentro de un concepto de atención protectora de la infancia”, en tanto desde la Administración del Estado se “asumió la responsabilidad de la atención correccional o rehabilitadora” (Anríquez, 1994, pág. 164). Sin perjuicio de que, como hemos señalado anteriormente, conforme a los postulados del positivismo criminológico se disuelve la distinción entre infancia en riesgo social e infractores de ley, siendo difícilmente identificables un distinto tratamiento institucional, concordamos con Anríquez en que durante este período el Estado tuvo un débil interés en atender directamente la situación de la infancia considerada históricamente desde la gestión privada, reconociendo enormes potestades en quienes habían por décadas realizado una –según el discurso oficial- una encomiable labor.

⁶⁹ Vale señalar que además de un Director, de un médico y un psicólogo designados por el Presidente de la República, las Casas de Menores debían por mandato legislativo contar con visitadoras sociales, que como hemos adelantado en apartados anteriores eran las encargadas de emitir informes que den cuenta de la *situación irregular* del menor. Como señala la literatura especializada, ellas eran históricamente parte de la institucionalidad benéfica proveniente de la caridad privada, siendo la cara visible del *disciplinamiento* consistente en llevar los valores de la élite a los sectores populares a través de la asistencia. Al respecto, véase: (Moyano, 2017). Con la especialización de la atención privada y la profesionalización de los crecientes sectores medios, la labor de las visitadoras sociales será reemplazada por las asistentes sociales.

⁷⁰ Vale señalar que desde temprano fue controversial la subordinación de los servicios públicos de protección a la infancia al Ministerio de Justicia. Sin ir más lejos, durante la discusión de la ley que fijó la dependencia de estos servicios al Ministerio de Salud, se aprobó por ambas Cámaras la indicación del Senador González Madariaga, quien propuso la dependencia de dichos servicios al Ministerio de Educación. Como constata la literatura especializada, dicha indicación fue vetada por el Presidente de la República, bajo pretexto de preparar un nuevo proyecto de ley que al final de cuentas nunca llegó a conocerse (Cillero, 1994).

Ello trajo consigo la autorregulación de la actividad privada y la conformación de asociaciones público-privadas, destacándose para los efectos aquí tratados la *Fundación Nacional de Instituciones de Protección de Menores (FENIPROM)* creada durante 1958, llegando a ser conformada por cerca de 80 instituciones privadas durante la década de los noventa. También merece ser destacado el *Consejo de Defensa del Niño*, creado durante 1934 como un órgano dependiente del Ministerio de Justicia, heredero de la reconocida asociación privada denominada Sociedad Protectora del Hogar, y cuya autoproclamada misión fue, siguiendo a Anríquez, dar al “gobierno proyectos de ley que juzgue necesarios para llevar a cabo la protección efectiva del niño desvalido” (Anríquez, 1994, pág. 165).

Cuatro años después el *Consejo de Defensa del Niño* pasó a ser una fundación de Derecho Privado, teniendo como reconocida obra la construcción de la *Ciudad del Niño* en 1943, reconocido complejo asistencial que en su inauguración contaba con 19 hogares, plazas, calles, canchas de juegos, jardines y teatro. Como destaca Anríquez, dicha institución fue expresiva del paradigma presente en el tratamiento institucional del período, en sus términos:

El caso del Consejo de Defensa del Niño constituye otra modalidad especial por su porvenir como institución dedicada a la atención de la niñez. En efecto, la creación fue producto de la conjunción de preocupación de particulares apoyados por autoridades de la época; contó con apoyo del Estado tanto financiero como en su gestión; se le dotó de una directiva formada por representantes de diferentes organizaciones públicas y privadas y se le asignaron, entre otras, funciones de supervigilancia de los establecimientos, tanto de aquellos que atendían niños indigentes y abandonados como también de los que trataban con menores infractores (Decreto Ley N° 1450 del 30 de mayo de 1934) y su creación, se puede interpretar como un intento de apoyo a la Dirección General de Protección de Menores dependiente del Ministerio de Justicia creada en la Primera Ley de Menores N° 4447 y como una respuesta a la necesidad de instituir además un organismo rector en materia de atención de menores que se hacía tan relevante a la luz de las convulsiones sociales de la década, a la especial preocupación por los problemas de salud infantil y a las deficiencias del rol coordinador de la Dirección General, en referencia (1994, pág. 166).

La labor del *Consejo de Defensa del Niño* fue tal, que en su artículo cuarto la Ley de Menores, como veremos en el apartado siguiente, estableció que la Junta Directiva del *Consejo Nacional de Menores* estaría conformada, entre otros, por “tres miembros de las instituciones privadas que presente

atención o asistencia social a los menores en situación irregular”, estableciéndose expresamente en la ley que “uno de los cuales será del Consejo de Defensa del Niño”; siendo sintomático del mantenimiento de una protagónica gestión privada en la expansión del Servicio.

b) Organización administrativa vinculada a la protección de la infancia institucionalizada durante la vigencia de la ley n°16.618 de 1967, denominada “Ley de Menores”:

En 1960 se conformó una Comisión Interministerial conformada por los Ministros del Interior, Educación, Justicia, Salud, Trabajo y Previsión Social, además de otras personas expertas en la materia. Como destaca Cillero, si bien esta Comisión “no tenía las atribuciones de la Antigua Dirección, al menos su existencia revelaba la necesidad de crear un organismo especializado y único”, además de expresar la necesidad de dar un “tratamiento multidisciplinario” a la problemática de la infancia (1994, pág. 108).

Dicha Comisión será la antecesora del poco recordado Consejo Nacional de Menores (CONAME), que en el plano administrativo, en su artículo segundo la Ley de Menores lo define como “una persona jurídica de derecho público, (...) encargada de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y la organización de las entidades y servicios públicos o privados, que presente asistencia y protección a los menores en situación irregular”. El ya mencionado artículo segundo, además de establecer la naturaleza del órgano, señaló que el Consejo “estaría encargado especialmente de propiciar” fines que vienen a consolidar el reconocimiento de la doctrina de la situación irregular:

- a) Acciones preventivas de las situaciones irregulares en los menores;
- b) Medidas de asistencia y protección para atender las diversas formas de irregularidad que puedan sufrir los menores y, principalmente las sustantivas, cuando sus medios familiares adolezcan de deficiencias o no existan;
- c) La supresión de la vagancia y la mendicidad de los menores, y;
- d) La unificación definitiva de la legislación sobre menores, se encuentren o no en situación irregular.

Sin perjuicio de que desde el extracto de la ley citado se desprende un intento de superar la diferencia entre el tratamiento legislativo de los menores “irregulares” del resto de los “menores”, como destaca Miguel Cillero, dicha labor no fue cumplida, manteniéndose durante todo el siglo un régimen diferenciado para los niños «huachos» del período (1994, pág. 110).

Por otra parte, cabe señalar que por primera vez la ley establecerá expresamente que estamos en presencia de un “servicio público funcionalmente descentralizado”, el cual se “relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia”, y quedará sujeto “a la fiscalización de la Contraloría General de la República”. De esta innovación normativa se desprende una mayor autonomía y especialización del Servicio, siendo la fiscalización de la Contraloría General de la República expresiva del interés de esclarecer el ejercicio contable de la caridad ejercida desde las instituciones privadas y de la subvención otorgada por el Estado, la cual había estado –según se desprende de los escasos datos que dan cuenta de la subvención otorgada⁷¹- sujeta a una discrecionalidad de nulos límites, no correspondiente a una actuación fundada en el bien común sino más bien era indicio de un evidente proselitismo. Dichos ánimos de controlar el gasto público también se deducen de las nuevas facultades conferidas al Consejo Nacional de Menores, las cuales se encuentran enumeradas en el artículo tercero de la Ley de Menores:

- a) Planificar la protección de los menores en situación irregular, salvo en lo referente a su salud física o psíquica, en lo cual se estará a las normas que establezca el Ministerio de Salud Pública;
- b) Coordinar la protección que presten a los menores en situación irregular las instituciones fiscales, semifiscales, de administración autónoma, municipales y privadas;
- c) Elaborar los programas de tareas mínimas que deben realizar según su naturaleza y de acuerdo con sus estatutos y leyes orgánicas las instituciones a que se refiere la letra anterior y supervigilar su observancia;
- d) Propiciar la creación, mantenimiento y desarrollo de los servicios y establecimientos protectores que sean necesarios para el cumplimiento de las finalidades de la presente ley;

⁷¹ Los montos a los que nos referimos no tienen relación con cobertura, número de niños o el financiamiento de determinados proyectos, más bien decían relación con la afinidad de la institución privada con la clase gobernante. Así se deduce de las tablas y comentarios presentes en: (Valdés, 1915).

e) Adquirir y enajenar bienes de cualquiera naturaleza, administrarlos y celebrar toda clase de actos y contratos.

Los créditos que obtenga el Consejo Nacional de Menores de organismos nacionales y extranjeros deberán, previamente, ser autorizados por el Presidente de la República, y podrán contar con la garantía del Estado;

f) Destinar recursos a las entidades mencionadas en la letra b) de este artículo, que colaboren al cumplimiento de los objetivos del Consejo. El Servicio o entidad beneficiario rendirá cuenta a la Contraloría General de la República de la inversión de dichos recursos;

g) Reconocer la calidad de colaboradores a las personas jurídicas privadas que cooperen a las finalidades mencionadas en el artículo 2.º de esta ley, cuando cumplan, a lo menos, con los programas a que se refiere la letra c) de este artículo y suspenderle el reconocimiento (...);

h) Llevar un registro de los menores en situación irregular, y de las entidades existentes para asistirlos;

i) Informar, cuando el Ministerio de Justicia lo estime conveniente, las solicitudes de concesión de personalidad jurídica o modificación de estatutos a que se refieren a entidades de asistencia o protección de menores en situación irregular, y solicitar la cancelación de la personalidad jurídica de las mismas, cuando no cumplan las finalidades para las cuales fueron creadas o con resoluciones que, en uso de sus atribuciones, dicte el Consejo;

j) Auspiciar y financiar la organización de cursos permanentes o temporales de capacitación para padres de familia y reeducadores de menores en situación irregular, seminarios, congresos e investigaciones a cargo de universidades u otros organismos. En aquellos casos en que el Consejo Nacional de Menores destine recursos para los fines indicados en el inciso anterior será necesario decreto supremo del Presidente de la República que lo autorice en el cual se especifique la entidad beneficiaria, el monto del aporte y el fin a que éste será destinado;

- k) Crear y suprimir Consejos Provinciales de carácter consultivo, integrados por miembros ad honorem, pudiendo reglamentar sus funciones, y;
- l) Designar anualmente en los lugares en que no exista Casa de Menores, previo informe del Juez de Letras de Menores respectivo, a cualquier funcionario del Estado (...).

De las facultades de CONAME establecidas en la Ley de Menores también se deduce un interés en afianzar y profundizar en los postulados del discurso legitimador de los derechos del niño destinado a sancionar a los «huachos», gestado casi cuatro décadas antes. De la disposición recién citada también se deduce un claro interés en esclarecer el gasto público destinado al tratamiento de los menores en situación irregular y, por otra parte, en especializar a las instituciones abocadas a la “reeducación” o “readaptación” de los menores. Vale destacar que de ninguna de las proposiciones recién citadas se desprende que CONAME puede administrar directamente los Centros de Menores, manteniendo esta reforma el eterno descanso legislativo en la oferta dada por las instituciones privadas que son la cara más visible de los *movimientos de salvadores del niño*.

De la disposición recién citada también se desprende que el interés en especializar el Servicio conforme a los postulados de la doctrina de la situación irregular se expresa, además de las capacitaciones señaladas en la letra j recién citada, en la nueva forma de conformar la planta administrativa del creado Consejo Nacional de Menores. A diferencia de su antecesora, la Ley de Menores suprime la mención legislativa a las visitadoras sociales, principales exponentes y genuinos dispositivos provenientes de las instituciones de Beneficencia; señalando que la planta directiva, profesional y técnica del Servicio estará compuesta esta vez por: un Vicepresidente Ejecutivo –quien debía contar un título profesional de “Abogado, Médico Cirujano, Sociólogo, Psicólogo u profesor”, o en su defecto acreditar estudios universitarios en materia de tratamiento de menores en situación irregular-, un Secretario General Abogado, un Contador, un Psicólogo, un Asistente Social, un Sociólogo, un Profesor y tres Administradores Públicos; estableciéndose por primera vez que todos ellos están sujetos a las disposiciones del Estatuto Administrativo.

Sin perjuicio del evidente interés en especializar y profesionalizar el Servicio, y de la prominente presencia de funcionarios dependientes de la Administración, las instituciones de caridad siguieron teniendo un rol relevante dentro del tratamiento de los menores en situación irregular. En efecto, la Junta Directiva del Consejo Nacional de Menores estaba compuesta por, además del Vicepresidente del Consejo; representantes de Ministerios del Interior, Salud Pública, de Justicia, y

Educación Pública; el Jefe de Departamento de Policía de Menores; por tres miembros de instituciones privadas que presten atención o asistencia social a los menores en situación irregular, siendo uno de ellos, como adelantábamos, representante del Consejo de Defensa del Niño.

Otra innovación jurídica que vale la pena destacar es la *Policía de Menores*, Departamento parte de la Dirección General de Carabineros, debiendo establecerse “en cada ciudad cabecera de provincia y en los lugares que sean asiento de un Juzgado de Letras de Menores”. El artículo 15 de la Ley de Menores lo dotaba de las siguientes facultades:

- a) Recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección;
- b) Ejercer, de acuerdo con las instrucciones que imparta el Consejo Nacional de Menores, el control de los sitios estimados como centros de corrupción de menores;
- c) Fiscalizar los espectáculos públicos, centros de diversión o cualquier lugar que haya afluencia de público, con el fin de evitar la concurrencia de menores, cuando no sean apropiados para ellos, y;
- d) Denunciar al Juzgado de Letras de Menores los hechos penados por el artículo 62.

Cabe destacar que dichas facultades de Policía son bastante similares a las que se desprenden de la ya reseñada Ley de Protección de la Infancia Desvalida de 1912, apreciándose elementos de continuidad y de transferencia de competencias más que de una revolucionaria innovación.

Esta organización administrativa, de constante expansión en la atención de los menores en situación irregular, sufrirá cambios normativos considerables una vez sea desenvuelto el modelo neoliberal promovido desde la dictadura cívico-militar. Como veremos, más que un cambio de paradigma frente a esas alturas una perenne cosificación de la infancia, ello será sintomático de intereses que tienen fines que trascienden –al igual que todo el modelo anterior- a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; manteniéndose de manera considerable más elementos de continuidad y profundización de la doctrina de la situación irregular que de reforma.

c) Organización administrativa vinculada a la protección de la infancia institucionalizada durante la vigencia del Decreto Ley N°2465 de 1979, que crea al Servicio Nacional de Menores (SENAME):

Reconociendo el deber estatal de proteger y propender el fortalecimiento de la familia pensada *desde arriba*, el decreto ley aquí reseñado expone en sus considerandos la obligación de “auxiliar a los menores de edad integrantes del grupo familiar, especialmente si se encuentran en situaciones que pongan en peligro su desarrollo normal”, reconociendo que si bien hace poco más de una década el Consejo Nacional de Menores había sido creado conforme a dichos fines, se ha evidenciado “que el sistema existente adolece de numerosos vacíos e imperfecciones, que le han restado eficacia en algunos campos e impedido actuar en otros”, volviéndose imperioso “modificar la actual estructura” del Servicio, “a fin de crear un nuevo organismo con atribuciones operativas que permita la atención, por sí o por otras instituciones, de los menores cuya guarda y defensas se encuentren alteradas o en peligro de estarlo”.

Sin perjuicio de que, a diferencia de sus antecesoras, el decreto ley n°2465 suprime la referencia a los “menores en situación irregular”, que hasta ese entonces era el eje de la legitimación discursiva de la doctrina de la situación irregular, como adelantábamos, la nueva ley viene a profundizar los postulados dogmáticos presentes ya en la Ley de Protección a la Infancia. En efecto, como destaca Miguel Cillero, si bien la descripción legal del sujeto de atención de SENAME escapa de las a esas alturas tradicionales definiciones presentes en la Ley de Protección de Menores y en la Ley de Menores, el decreto ley n°2465 nos propone un concepto bastante vago e indeterminado, un modelo de riesgos consistente en identificar el “peligro” que afecte el “desarrollo normal” del menor. Sin duda existe un genuino problema hermenéutico para esclarecer cuando estamos en presencia de un ejercicio que constituya un peligro para el desarrollo normal del menor, siendo ello “una situación más amplia que las causales que permiten que se declare legalmente abandono o se prive de la tuición a determinada persona en conformidad a la Ley” (Cillero, 1994, pág. 113). Aquella problemática se vino a esclarecer por vía reglamentaria, configurándose de esa forma un claro indicio del mantenimiento de la doctrina de la situación irregular, señalando que la protección de menores está orientada a quienes:

- a) Que no tengan persona natural alguna a quien exigir la obligación de tuición.

- b) Que hayan sido abandonados por sus padres en algún establecimiento de protección o en otro lugar, circunstancia que será apreciada por el Tribunal de Menores.
- c) Que las personas obligadas a la tuición estén afectadas por alguna de las circunstancias previstas en los Nos.1 al 6 del artículo 42 de la Ley 16.618. Citado en: (Cillero, 1994)

En definitiva, si bien se suprime la referencia a la situación irregular por vía legislativa, su esencia prevalece por vía reglamentaria. Ello es sintomático de que las reformas presentes en el decreto ley n°2465, más que tuvieron por foco cambiar el paradigma hasta ese entonces existente, como se señala expresamente en los considerandos anteriormente transcritos, era una reforma orientada en gran medida a tornar operativo el Servicio.⁷² En efecto, al contrario de lo que pueda intuirse a primeras cuentas, la llegada de la dictadura cívico-militar trajo en sus primeros años una profundización de un modelo que, como vimos al momento de reseñar la Ley de Menores, confía –al menos discursivamente- en el rol que hasta ese entonces cumplía el Estado en materias ligadas a la protección de la infancia.⁷³ De esa forma, la irrupción de la dictadura trajo, al menos durante sus primeros años, una extensión del andamiaje administrativo, tal y cómo exigían los tribunales de menores, y no su disminución, como podría erróneamente deducirse del indiscutible *shock neoliberal* que azotó a nuestra historia republicana.⁷⁴

En los primeros años de dictadura, podemos identificar tres principales ejes de reformas al sistema de protección de menores.

⁷² De ninguna forma cabe señalar que estamos en presencia del surgimiento de la doctrina de la protección integral, que como veremos en el próximo capítulo es una postura dogmática de derechos del niño más robusta y que tiene como origen en nuestro país la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990.

⁷³ Ello nos señala la literatura especializada: “Todas las deficiencias que caracterizaban a CONAME evidenciaban una escasa participación operativa y activa del Estado en la asistencia a menores en situación irregular; lo cual era una excepción en lo que respecta a la administración y entrega de servicios de carácter social que efectuaba el Estado. En efecto, hasta el año 1981, incluso después del golpe militar, los diversos sectores del área social: Salud, Educación, Previsión y otros, continuaron desarrollando sus políticas y programas en base a un modelo de administración –que ya tenía 40 años de tradición- donde el Estado realizaba una función operativa e intervenía directamente en la entrega de servicios. Por tanto, el año 1977, período en que sesionó la Comisión formada en el Ministerio de Justicia, el rol del Estado aún era percibido dentro de parámetros que le asignaban una responsabilidad activa en la administración de programas sociales. Bajo este contexto, la referida Comisión analizó los problemas que originaba y caracterizaban a CONAME, considerando que la solución a ellos se perfilaba mediante un mayor énfasis en la función estatal en el área. Así, después de doce meses de trabajo y sesiones sin interrupción donde la Judicatura de Menores hizo ver la necesidad de que un organismo estatal apoyara su gestión, se envió a trámite legislativo un proyecto de Ley Orgánica que creaba una nueva entidad estatal: El Servicio Nacional de Menores (SENAME)” (Alvarez, 1994, pág. 268).

⁷⁴ La instalación de una política tendiente a disminuir el rol del Estado, dando primacía –principalmente en lo que genera grandes utilidades- al rol de los privados en desmedro de los así llamados “derechos sociales” ha sido ampliamente estudiado, y es un hecho innegable en nuestro país. Terror y neoliberalismo van unidos, debiendo ser necesario un *shock* –ya sea discurso fundado en el enemigo interno y/o irrupción de un régimen contrario al democrático- para instalar políticas de corte neoliberal. Al respecto, nos remitimos al reconocido trabajo de: (Klein, 2012).

El primero dice relación con la escasa oferta de centros que se hicieran cargo de la supuesta rehabilitación de los menores en situación irregular. Como adelantábamos, en términos legales el Consejo Nacional del Menor no había sido facultado para administrar directamente las instituciones encargadas de prestar atención a los menores, descansando el texto de la Ley de Menores en la oferta privada existente, sin dar mayores incentivos para nuevos centros; limitando dicha norma a la Administración a aspectos ligados estrictamente al control de las instituciones que prestan el Servicio, manteniendo un rol que desde el siglo XIX había sido subsidiario y subordinado a la caridad privada protagonizada por los movimientos de salvadores del niño.

Dichas limitaciones legales se encontraron en conflicto con la intensa labor ejercida por los tribunales de menores, quienes, por razones de utilidad social, vale decir, seguridad ciudadana –en el discurso, “los derechos de los niños”- se encontraban facultados para enviar a quienes estuvieran “en peligro material o moral” a una escasa oferta de centros de protección. Como nos señala Álvarez, para paliar dicha situación, en tiempos de vigencia de la Ley de Menores se dio uso de un resquicio legal para crear la Fundación del Niño Chileno (FUCICH), de personalidad jurídica de derecho privado, que tuvo como propósito crear y administrar centros a través del financiamiento estatal, es decir, a través de un subterfugio se creó “el brazo operativo de CONAME en materia de asistencia” (Alvarez, 1994, pág. 267).

Como constata nuestro autor, además de la Fundación del Niño Chileno, el Estado también entregaba asistencia a menores en situación irregular a través de otras instituciones. A través del Ministerio de Salud se financiaban proyectos de rehabilitación y diagnóstico; de Educación se mantenían Escuelas Hogares en diversas regiones del país; a través de la Secretaría de la Mujer se mantenían centros de prevención o de atención diurna; a través de Carabineros de Chile se administraban Clubes de Menores; a través de Gendarmería se mantenían cárceles destinadas a la permanencia de jóvenes con fines de diagnóstico o por medidas de protección. Sin perjuicio de lo anterior, de los “33.564 niños u jóvenes que el sistema brindaba asistencia en 1979, un 27% era asistido en el sector estatal y un 73% en instituciones de carácter privado, las cuales recibían un aporte estatal denominado “mantención institucional”. En otros términos, el protagonismo del Estado en este sector era bastante débil en comparación al sector privado” (Alvarez, 1994, pág. 267). Sin perjuicio de la abrumadora oferta privada, es dable señalar que aquella cifra no considera a los niños asistidos por FUCICH, que administraba 33 centros y atendía en dicho año a un total de 3.705 niños y adolescentes. De todas formas, si incluimos dentro de la muestra a la simulada

organización privada, en el mejor de los casos la oferta “estatal” no es mayor a un 42.39%, viéndose limitado el buen funcionamiento del Servicio por un ordenamiento jurídico que dificultaba severamente a la Administración crear centros dependientes directamente de ella.

Para solucionar dicha problemática, el decreto ley n°2465 crea el Servicio Nacional de Menores, reemplazando al Consejo Nacional de Menores, estableciendo en el numeral tres de su artículo tercero, la innovadora función de “atender en forma preferente, *por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras*, a los menores enviados por los Tribunales de Menores” (los énfasis son nuestros). De esa forma, a diferencia de la Ley de Menores, se habilitó a la Administración a crear y administrar directamente centros de protección, tal como se demandaba desde los tribunales de menores. Ello trajo resultados rápidamente la rearticulación de la oferta disponible, viéndose modificada en el primer año de vigencia del decreto ley n° 2.465:

Gráfico 6: Menores atendidos por sistema asistencial en el año 1980, según sector público y privado.

SISTEMA ASISTENCIAL	SECTOR PÚBLICO	SECTOR PRIVADO	TOTAL
Prevención	4.540	4.053	8.593
Protección	5.907	18.632	24.539
Rehabilitación	1.614	294(*)	1908
Observación y Diagnóstico	1.560		1.560
Total	13.621 (37%)	22.97 (63%)	36.600

(*) Incluye Rehabilitación Psíquica.

Fuente: (Alvarez, 1994, pág. 269)

El decreto ley n°2465 señala expresamente en su artículo 24 la disolución de la Fundación del Niño Chileno, siendo todos los centros de protección dependientes de esa organización privada traspasados a la administración de SENAME. En esa línea, y dada la habilitación legal, todos los establecimientos pertenecientes al Servicio Nacional de Salud y parte de los dependientes de Gendarmería pasaron a ser dependientes directos del SENAME; mientras el resto de las instituciones públicas reseñadas en párrafos anteriores se definieron como instituciones

colaboradoras de SENAME. En cuanto a las instituciones privadas, ellas mantuvieron una relación similar a la que tenían con CONAME, donde el Servicio les seguiría pagando un aporte y se responsabilizaba de la supervisión; todo ello sin perjuicio de que, como veremos, habrá cambios considerables en el sistema de subvención (Alvarez, 1994).

En segundo lugar, como adelantábamos, la pugna decimonónica entre la Administración local y Central había tenido su fin con el desenvolvimiento de la institucionalidad médica que exigía coordinar y unificar la asistencia pública, siendo ello sancionado en la Ley de Protección de Menores, que crea la Dirección General de Menores, viéndose fortalecida dicha impronta en la Ley de Menores que crea el Consejo Nacional de Menores. Como se puede deducir de los apartados anteriores, el excesivo centralismo esbozado en esta última ley era uno de los grandes problemas que evitaba la operativización del Servicio. Ello traía como problema que la fiscalización a los centros de protección a lo largo del país era realizada por inspectores que viajaban desde la capital, siendo dicha actividad sumamente onerosa y poco eficiente. Por otra parte, cuando desde los centros de protección se requerían comprar implementos tendientes a cumplir sus funciones, debían recurrir directamente a CONAME para que éste determine si ello era pertinente o no (Alvarez, 1994). El decreto ley n°2465, reconociendo expresamente en sus considerandos dicha problemática, crea por primera vez en su artículo cuarto a las Direcciones Regionales del SENAME, buscando desconcentrar el Servicio, volviéndolo menos dependiente de la Administración Central y facilitando la comunicación entre ésta y las instituciones privadas (Anríquez, 1994). Cabe señalar que la creación de Direcciones Regionales fue paulatina, comenzando en la V, VIII y Región Metropolitana, en donde se ubicaba la mayor cantidad de establecimientos que debían ser administrados directamente por SENAME (Alvarez, 1994).

Finalmente, cabe señalar que se dotó de mayor claridad el sistema de subvenciones y se caracteriza a éste como un estímulo para incentivar la labor privada (Anríquez, 1994). Con el objeto de esclarecer una política de subvenciones que había estado marcada por el proselitismo, por primera vez se establecen parámetros de atención que se autoproclaman objetivos, estableciéndose un – hasta nuestros días problemático- sistema de subvenciones que tiene como principal característica depender del *número de niños atendidos*. A su vez, se estableció por primera vez que las instituciones colaboradoras debían firmar un Convenio entre la Entidad Privada y SENAME, que, siguiendo a Anríquez, en él se deberían “estipular las condiciones bajo las cuales se atenderá a los menores, el

número total de plazas en el establecimiento, el tipo de problemas que se atenderá, el conducto de derivación y los requisitos de ingreso de los niños” (Anríquez, 1994, pág. 178).

En esa línea, cabe destacar que el cambio legislativo también supuso otorgar instrumentos legales destinados a sancionar a las instituciones que no cumplan con las normas o las medidas impartidas por SENAME. Se estableció como facultad de este Servicio recurrir a los tribunales de justicia para que éstos, conforme al artículo 17 del decreto aquí reseñado, prohíban “mediante resolución fundada, la continuación de las acciones de asistencia o protección de menores, realizadas por personas naturales o por entidades públicas o privadas (...) cuando existan indicios graves de que la forma en que las desarrollan pueden poner en peligro material o moral a los menores”.

Todas dichas reformas orientadas a profundizar el modelo gestado a inicios del siglo XX entrarán en conflicto con el arraigo y expansión de las políticas neoliberales en nuestro país desde el año 1981, década en que la hegemonía neoliberal se extenderá al resto de los Ministerios, a diferencia de los primeros años de dictadura en donde dicho experimento ideológico estuvo presente sólo en las carteras de Hacienda y Economía.

En primer lugar, la irrupción neoliberal trajo consigo una disminución del hasta ese momento creciente Servicio.⁷⁵ En conformidad al principio de subsidiaridad, el sector público sólo se haría cargo de aquellas actividades que el sector privado no tenga interés en abocarse. Como constata Álvarez, durante los años 1981 y 1982, se traspasaron a las instituciones privadas los cuarenta centros que a la fecha eran dependientes de SENAME. Para ello fue necesario realizar una modificación a la ley orgánica de SENAME, en donde sólo se entregaba la facultad exclusiva al servicio para la administración de centros de rehabilitación conductual. Ello estuvo de la mano con la reducción de las facultades de SENAME, quien se vio reducido a un órgano de control de las instituciones privadas. Como señala Álvarez, el paso a un cariz más bien fiscalizador se demuestra en que los cargos de Supervisor Técnico y Supervisor Financiero aumentaron de 11 a 46 durante el período (Alvarez, 1994, pág. 274).

⁷⁵ Ello se realizó en atención a las presiones ejercidas por los tribunales de menores. Además de exigir a quienes reciben subvención dotar exclusivamente de plazas para quienes envíen el tribunal, se crearon durante el período 1980-1982, 8 centros de Diagnóstico y 4 centros de Rehabilitación Conductual, en las regiones de mayor densidad de población del país, lo que significó una inversión aproximada de 3.500 millones de pesos. Ello significó, siguiendo a Álvarez, en aumentar en un 100% la cobertura de estos sistemas, lo cual influyó en que la Judicatura de Menores no se sintiera “desamparada” en manos del sector privado (Alvarez, 1994, pág. 273).

Por otra parte, modificaciones importantes tuvo el sistema de subvenciones. Sin perjuicio de que en un inicio la agenda neoliberal supuso un aumento de la subvención *por niño* -hasta un 130% mayor-, buscando incentivar la labor privada. La literatura especializada nos señala que ya en 1982, momentos de una conocida crisis económica de nuestro país, el sistema de subvenciones tendrá mermas considerables en sus montos:

En efecto el 1 de enero de 1982 se rebajó en un 5% el valor de las subvenciones. Luego, en julio del mismo año se suspendió su reajustabilidad automática, y en los años siguientes sólo se concedieron reajustes esporádicos. Este deterioro progresivo alcanzó en 1989 a un 135% menos de lo que se entregaba en 1981 a las instituciones por cada menor atendido (en términos reales) (Alvarez, 1994, pág. 276)

La disminución de los montos de subvención trajo consigo variadas problemáticas. Como si se tratara sólo de un asunto de oferta y demanda, se establecieron desincentivos para abocarse a la administración de los centros subvencionados; además de verse mermada la potestad fiscalizadora del Servicio Nacional de Menores, en tanto resultaba cada vez más pernicioso para el mantenimiento de la oferta disponible caducar convenios en caso de detectarse un mal funcionamiento (Alvarez, 1994, pág. 277).

En definitiva, la implementación del Servicio Nacional de Menores fue un modelo pensado en aumentar la cobertura y en volver operativas los lineamientos de la doctrina de la situación irregular, dependiendo la mayor o menor injerencia estatal de los vaivenes políticos y económicos del período. Tanto en tiempos en que se siguieron los lineamientos de los tribunales de menores, como en momentos de un seguimiento férreo del principio de subsidiaridad, se tuvo por objetivo la profundización de un modelo tutelar que requería ser operativo y descansaba mayoritariamente en la filantropía de los movimientos de salvadores del niño.

Como veremos a continuación, sin perjuicio de un considerable aumento de cobertura y de los cambios en la organización administrativa, aún estábamos lejos de tener un modelo que pusiera en el centro a los niños y los considerara sujetos de derechos, permaneciendo problemas de arrastre de impronta decimonónica y una vieja *disciplina* dirigida hacia los excluidos, la cual se evidencia en su memoria hasta nuestros días.

Capítulo III: La llegada del modelo de Derechos. Problemas (y resistencias) de largo alcance histórico presentes en el Servicio Nacional de Menores.

1.- Ser niño huacho en el siglo XXI: Problemas de largo alcance histórico presentes en el Servicio Nacional de Menores.

Creen que la solución es el Sename, y el Sename es una mierda. Yo mando a los magistrados a la mierda, ellos no entienden, no lo han vivido. No saben lo que es pasar hambre, frío, dormir en el suelo. Porque hoy vivo en una caleta, pero igual me siento mejor que en el centro, porque hay cariño, compañerismo. Aquí afuera estoy libre.

-Testimonio reciente de una joven de 16 años. Escapó de los centros de protección Galvarino y Pudahuel del Sename.⁷⁶

Durante los años sesenta fue publicada “El Río”, novela autobiográfica y escrita durante uno de sus tantos períodos en la cárcel por Alfredo Gómez Morel, cuyo relato no sólo conmovió a una cantidad considerable de lectores por sus abruptos y honestos retazos de intimidad, sino que también caló hondo en quienes tenían la sensibilidad necesaria para reflexionar frente a los cientos de niños que aún deambulaban a pies descalzos por las calles de la ciudad principal del país y, tal como en la infancia del mismo Alfredo, gestaban su *propia ley* en la ribera del Río Mapocho.⁷⁷

Volví la mirada y me encontré con una salita, frente al dormitorio. Sobre la mesa, justamente junto a la estatua de bronce que pudo despedazarme el cráneo, me miraba un antifaz escarlata, con sus ojos mudos y huecos. Los metí en mi alma para siempre. Me puse la chaqueta y salí de aquella casa. Vagué, vagué, vagué... Llegué a la orilla del Mapocho. No me di cuenta cómo (Gómez Morel, 2012, págs. 57-58).

Nuestro protagonista nos describe cómo tras escapar de su casa a los ocho años conocería el Río por primera vez. Lejos de ser la última, Alfredo seguiría *vagando*. Atraído por el magnetismo del Río conviviría en variadas oportunidades con la venerable camaradería de los niños, niñas y

⁷⁶ Extraído de: (Moreno, 2018)

⁷⁷ Son populares las fotografías de niños a pie descalzo tomadas en dicho período por Sergio Larraín. Al respecto, véase: (Palma & Mason, 2016).

jóvenes que pernoctaban en su ribera, siendo para estos efectos necesario destacar su escape, de varios tantos, tras huir producto de las severas vejaciones sufridas en una institución que hacía suyas las consignas de la protección de los niños:

Como también era el enfermero del colegio, hasta los enfermos debían sometersele. Por eso no opuse la menor resistencia cuando se acercó a mi cama y ordenó: <<Levántate>>. Estaba semidormido. Traté de ponerme los pantalones. No me dejó. No me extrañó que me hiciera levantar e camisa de dormir. Pensé: «será para curarme». Ese día, jugando en el patio, había caído de rodillas sobre unos cascajos y varios se me incrustaron en las carnes, infectándolas. Él no quiso curarme. «A la noche», me había dicho (...). Ahí estaba frente a mí. Despacio, me subía la camisa de dormir, mientras ardorosamente besaba mi cuerpo. Llegó a mi boca. Sentí asco, repugnancia y miedo. Cuando entendí de qué se trataba, pensé: «Mañana tendré que confesarme». Pero era él mi confesor” (Gómez Morel, 2012, pág. 96).

Historia similar a la de Alfredo podemos constatar durante la década de los ochenta en el caso de Roberto Martínez, más conocido como “El Tila” o el “psicópata de la Dehesa”, cuyos siniestros delitos fueron profusamente difundidos por los medios de comunicación, y cuyo suicidio en una de las celdas de Colina II fue dado a conocer con alivio espeluznante, siendo ello uno de los tantos síntomas que reproducen la cosificación presente en el tratamiento institucional de la infancia empobrecida. Investigaciones más acuciosas y recientes dan cuenta de un sujeto que no sólo había cometido delitos de alta connotación pública, develando cómo Roberto Martínez no sólo tuvo su primer acercamiento con la policía a *los cuatro años por andar vagando*, sino que además fue un símbolo en las campañas del Servicio Nacional de Menores en razón de sus destacadas habilidades literarias (Cristino, Rosales, Varela, & Zunino, 2016).

Las similitudes alcanzan también a Edison Llanos, quien después de pasar su infancia en el Servicio Nacional de Menores (SENAME), nos advierte que al igual que el testimonio de la joven que da comienzo a este acápite, la libertad la conquistó *afuera* de las instituciones que señalan en sus discursos proteger, pero que jurídicamente se ha constatado vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes.⁷⁸ Y dicha memoria perdura en nuestros días con carga simbólica considerable en el tribunal abandonado que queda a pasos del Centro de Reparación De

⁷⁸ Al respecto, además de su libro autobiográfico (Llanos, 2017), véase la entrevista que se encuentra en el anexo que está en el final del presente ensayo.

Administración Directa (CREAD) de Pudahuel, en donde residen niños que han optado por escapar de la mano extendida de quienes dicen proteger, viviendo conforme a su *propia ley* y ofreciéndonos cuestionar cómo opera la libertad en los lugares donde se enarbolan profusamente las consignas de la protección:

-Por qué cree que mis compañeras prefieren estar aquí adentro en vez de esa hueá²-, dice apuntando al Cread.

-Porque las toquetean, poh tía, así es en estos hogares, cuando yo era chico me trataron de violar dos veces, *yo mismo lo quemaría*”- se pregunta y se contesta (Rojas C., 2018)

Como se ha constatado en los capítulos anteriores de este ensayo, todas dichas historias trascienden nuestra historia republicana, la rebasan. Sujetos como Alfredo, Roberto, Edison y la amplia mayoría cuya identidad permanece sin nombre, han recibido durante siglos y en conformidad al Derecho, mecanismos de disciplina para «huachos», los cuales no tienen a la felicidad de los niños en el centro de su análisis; sino más bien, como ya hemos argumentado extensamente en capítulos anteriores, tienen por objeto resguardar valores que escapan a los sujetos depositarios del castigo: la seguridad de la sociedad en su conjunto, el respeto y resguardo de un cuestionable y vetusto orden social enarbolado desde la clase ociosa.

Denunciando dicha disciplina a través de la fría apariencia de objetividad que ofrece el discurso del Derecho, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante también como el “Comité”) ha señalado que *al menos* durante los últimos cuarenta años nuestro país ha vulnerado de manera sistemática los derechos de los niños, niñas y adolescentes que residen en instituciones dependientes directa e indirectamente del Servicio Nacional de Menores. En nuestra opinión, y en conformidad a lo expuesto en los capítulos anteriores, consideramos que las problemáticas detectadas por dicho informe están presentes en nuestra historia republicana al menos hasta hace unos 150 años.

A pesar de que reconocemos que la dogmática que nos ofrece la teoría de los Derechos Humanos sea reciente, sobre todo en cuanto a los derechos de los niños se trata, que como es sabido tiene por origen a la ratificación de la Convención de los Derechos de los niños en 1990, consideramos necesario explicitar que los problemas detectados en dicho informe son históricos y trascienden lo dispuesto en los variados informes de Derechos Humanos que han detectado la vulneración

sistemática de los derechos de los niños. Entendiendo que nuestra propuesta es un análisis histórico social, vale exponer desde las subjetividades de los protagonistas las principales problemáticas que desde el lenguaje del Derecho se ha detectado en el Servicio Nacional de Menores. Ello se realizará sin caer exclusivamente en los números que nos cuentan de niños, pero no nos expresan su sentir, ni provocan en nosotros la sensibilidad para instarnos a actuar. A continuación, se busca dar voz a la memoria de los «huachos» de nuestro siglo, dando cuenta de testimonios que son sintomáticos de un daño transgeneracional considerable. Nos permitiremos tomar prestados sus nombres, sus consignas de guerra, su ropaje, para, con aquel disfraz de vejez venerable y este lenguaje prestado, representar la nueva escena de la historia que esperamos oprima como una pesadilla el cerebro de los vivos.⁷⁹

a) [A modo de contextualizar lo expuesto en el Informe del Comité de los Derechos del Niño: el mantenimiento de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como un asunto de caridad privada.](#)

En uno de los que podríamos denominar parte de los primeros análisis históricos sociales que cuenta nuestro país⁸⁰, Cecilia Urrutia desentrañó la historia de los niños de comienzos de siglo XX hasta el período en que escribía, principios de la década del setenta. En dicha obra la autora optó *desde abajo y desde adentro* dar registro de las complejas condiciones y vivencias, entre otros aspectos, en los hogares de niñas de la época:

El edificio de tres pisos se ve blanco y fresco entre los árboles que forman un círculo a su alrededor como para protegerlo del mundo. En la puerta, varias niñas vestidas con delantales azules y blancos no se diferencian de las alumnas de cualquiera escuela pública; sonríen amistosamente y una de ellas corre con presteza al interior llamando: “Mamita..., mamita..., la buscan...”, cuando pregunto por la señora Gabriela, directora del Hogar para Niñas en Situación Irregular, a cuya puerta nos encontramos. La directora es una

⁷⁹ En ocasiones anteriores (Urtubia, 2019) hemos realizado un ejercicio similar con los hechos del caso “Panchito López vs Paraguay”. En dicha ocasión nos propusimos desarrollar, en clave histórica y social, las afrentas a la dignidad acaecidas en un centro para jóvenes infractores, realizando el giro epistemológico presente a lo largo de este ensayo: reflejar la historia de los niños desde sus testimonios, desde su memoria y no exclusivamente desde las leyes redactadas y pensadas en el mundo de los adultos. El dolor de los niños nos presenta cómo estamos frente a un asunto de justicia, de largo alcance histórico y presente en nuestro contexto latinoamericano.

⁸⁰ Sin perjuicio de que la “nueva historia social” como corriente historiográfica no se consolida en Chile sino durante la década del 80’, consideramos que en tanto su trabajo es *desde abajo y desde adentro* es posible considerarlo parte de la mencionada corriente.

profesional de jerarquía y se expresa con calor sobre esta tarea que la ocupa hace más de treinta años:

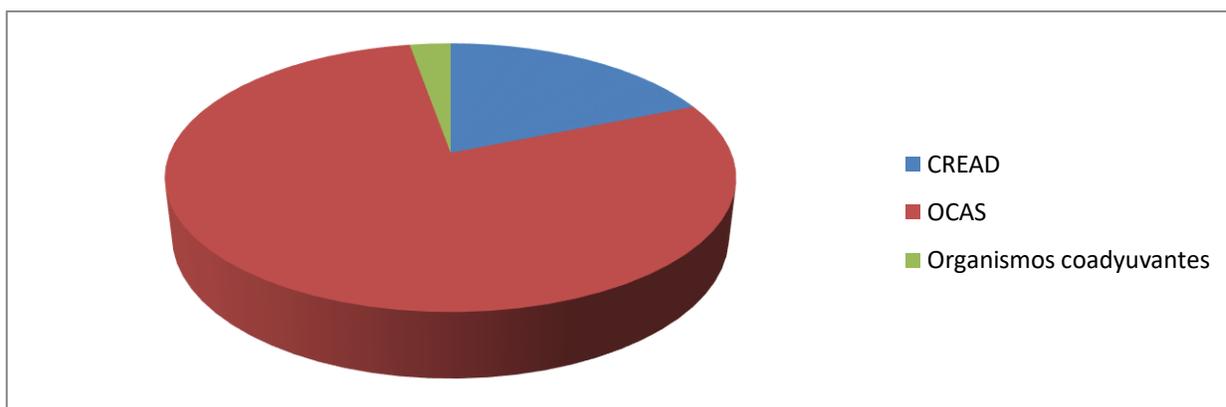
-Tenemos 50 niñas de cuatro a trece años, la mayoría viene de hogares con terribles problemas que, a toda costa, deben olvidar si queremos hacer algo por ellas, pero contamos con muy pocos elementos; el presupuesto de alimentación es mínimo y con él debemos hacer maravillas; no tenemos médicos; no hay dinero para recreación; prácticamente, lo único que logramos con estas niñas es alejarlas del ambiente fatal en que vivían y proporcionarles el alimento y la atención que nunca tuvieron. Hace falta mayor ayuda del Estado y, sobre todo, necesitamos médicos siquiátricos y pediatras (Urrutia, 1972, pág. 82).

Como hemos señalado en capítulos anteriores, el modelo tutelar se gestó en la abulia de la oferta estatal frente a la miseria de las clases populares, y descansó de forma perenne en los movimientos de salvadores del niño, quienes consideraron la actividad filantrópica como la protagonista en la labor de protección de los niños, niñas y adolescentes. A pesar de variadas reformas legislativas, ratificaciones de tratados internacionales y cambios en los discursos públicos, dicho enfoque paternalista y cosificador se mantiene en nuestros días. Así lo afirma el Informe del Comité de las Naciones Unidas, el cual advierte con preocupación el mantenimiento de una legislación fundada en un modelo tutelar que es radicalmente opuesto al modelo de protección integral de los derechos del niño, lo que en sus términos ha provocado “la inexistencia de políticas preventivas de la vulneración de derechos y ha considerado que la filantropía, el proporcionar techo y comida” o “separar de la familia”, es suficiente para proteger a los NNA vulnerados, sin preocuparse por una visión integral que permita mecanismos claros de participación, defensa y protección de derechos” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 18).

Siguiendo la línea argumental presente en el Informe del Comité, el mantenimiento de un enfoque tutelar de carácter filantrópico ha traído consigo variadas vulneraciones sistemáticas a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Además de los que en letras siguientes nos referiremos, vale aquí hacer un breve repaso a las problemáticas que aparecen más estrechamente ligadas con este modelo distanciado de la Convención de los Derechos del Niño, a modo de contextualizar el análisis presente en letras posteriores.

En primer lugar, existe una escasa oferta estatal en la prestación del servicio, lo que configura una verdadera *huida del Derecho Administrativo*. Ello se traduce en eludir aquellas normas que resguardan un correcto actuar por parte de la Administración del Estado en miras a satisfacer los intereses públicos, con respeto a aquellos principios que resultan esenciales en miras al bien común. En efecto, El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, destaca que en el año 2016 sólo once Centros de Administración Directa (CREAD) son administrados directamente por SENAME, mientras que los Organismos Colaboradores Acreditados Subvencionados (OCAS) son alrededor de 240 centros, todos ellos de administración privada; constituyendo la oferta estatal según número de centros menos del 5% del total. A lo antes dicho, debe considerarse que en ese mismo año el número de niños, niñas y adolescentes ingresados era de 11.492 correspondientes a OCAS y 2.753 en CREAD. Vale consignar que en agosto de dicho año 406 niños eran pertenecientes a los Organismos Coadyuvantes⁸¹, centros privados no acreditados por SENAME “y respecto de los cuales el SENAME no ejerce ningún control. Estos centros no están regulados jurídicamente, pero están tolerados por el poder judicial que envía NNA a los mismos por inexistencia de plazas en CREAD y OCAS” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 5). Con la información dada, el número de niños atendidos según centros responde a:

Gráfico 1: Número de niños, niñas y adolescentes institucionalizados según centro (año 2016).



Fuente: Elaboración propia en base a los datos presentes en (Comité de los Derechos del Niño, 2018).

⁸¹ Vale señalar que la intromisión de los organismos coadyuvantes se debe a que “en el artículo 80 bis de la ley que crea los Tribunales de Familia, se determina que un joven puede derivar a un menor a una residencia aun cuando no tenga cupos para recibirlo. De este modo, si el magistrado decreta una medida para la cual no existe oferta en la región, se deben adoptar las disposiciones para generarla. Esta modificación a la ley, introducida en el año 2008, buscaba asegurar la atención de los NNA en el sistema residencial; sin embargo, se ha ido utilizando en forma creciente para las modalidades ambulatorias” (Centro de Políticas Públicas UC, 2017, pág. 8) .

La innegable e histórica tercerización del Servicio ha traído variadas complicaciones. La *huida* del Derecho Administrativo ha permitido eludir principios tan básicos como el de Responsabilidad del Estado Administrador. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema, quien ha considerado que estamos frente a una *falta de servicio*, esto es, aquél título de imputación que permite atribuir responsabilidad patrimonial a la Administración, y por tanto, hacer indemnizables los daños sufridos por los niños, niñas y adolescentes de SENAME, sólo cuando la Administración no haya cumplido con su deber de supervisión ante el actuar ilícito provenientes de los organismos colaboradores (Centro de Derechos Humanos. Universidad Diego Portales, 2017, págs. 186-189).⁸² Sin perjuicio de que reconocemos que por motivos de causalidad adecuada es razonable atribuir el daño a la institución privada, y que las indemnizaciones de perjuicios no son la vía más idónea para establecer un sistema de incentivos orientados al buen desarrollo del servicio (Letelier, 2012), vale señalar que las razones dadas por la jurisprudencia desconocen las particularidades del daño sufrido por los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a la red SENAME, reflejando que los problemas de diseño institucional presentes en el Servicio permiten evitar por parte del Estado la reparación de las vulneraciones a los derechos humanos sufridas por los niños, niñas y adolescentes institucionalizados. Así se advierte categóricamente desde el Informe proveniente del Comité:

El Estado es directamente responsable de las violaciones llevadas a cabo en los CREAD, así como de las llevadas a cabo en los OCAS u otros centros. Y ello, no sólo por falta de supervisión, sino también porque dichos centros, a efectos de atribución de responsabilidad, deben ser considerados agentes del Estado, al actuar en el ejercicio de funciones públicas por delegación del Estado. Como ha señalado el Comité en su OG.16: “Los Estados no están exentos de sus obligaciones en virtud de la Convención y los protocolos facultativos cuando delegan sus funciones o encargan su desempeño a una empresa privada o a una organización sin fines de lucro” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 16).

Por otra parte, como sugiere la literatura especializada, el modelo filantrópico se sostiene en un problemático sistema de licitaciones públicas, en donde la subvención otorgada por el Estado es insuficiente para ofrecer un Servicio que sea coherente con un modelo que respete lo establecido

⁸² Además del Informe recién reseñado, para dar revisión al detalle de los argumentos de la Corte Suprema, véase: (Sánchez Pavanello, Humberto con Fisco de Chile, 2013).

en la Convención de los Derechos del Niño.⁸³ El Comité advierte con preocupación que “la máxima subvención permitida por la ley es el 65% del coste, pero ello sólo se da extraordinariamente. Los OCAS deben pues financiar el resto organizando actividades filantrópicas” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 8), lo que se traduce en un sistema de licitaciones poco atractivo y en donde existe una alta concentración de la oferta.

En el año 2011 los organismos que administraban más de cinco proyectos representaban el 21% del total, ejecutando el 75% de las iniciativas (Centro de Políticas Públicas UC, 2017). Cabe señalar que, según un estudio reciente realizado por el Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica de Chile, hay claros indicios que debido al destape de la crisis del SENAME la oferta privada podría concentrarse aún más:

El bajo interés por participar en las licitaciones se hizo más patente en el último concurso público para centros residenciales, declarado parcialmente desierto, ya que no se presentaron propuestas para 15 de los 78 programas licitados y, además, cinco propuestas fueron calificadas como inadmisibles. Según han manifestado algunas de las instituciones, el escaso interés en postular se debe a la baja subvención entregada por el Sename, sumada a los cuestionamientos públicos de los que han sido objeto en el último año y a las mayores exigencias que les han puesto como servicio. Así, en el contexto actual, la oferta se mantiene fija, debido a que año a año son las mismas instituciones privadas las que proveen la atención y están dispuestas a presentarse a las licitaciones para seguir operando (Centro de Políticas Públicas UC, 2017, pág. 8).

Vale añadir que las subvenciones no responden a la prestación de un servicio caracterizado conforme a los parámetros de la Convención, sino más bien, como hemos visto en el capítulo anterior, es expresión de la irrupción neoliberal preocupada principalmente de la cantidad de niños atendidos, construyendo la oferta del servicio bajo lógicas de incentivos como si se tratase un mercado cualquiera, sin orientarse en la búsqueda de un proyecto coherente con el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.⁸⁴ Al respecto, nos advierte el Comité que “el auxilio

⁸³ Vale señalar que el monto de subvención para programas residenciales se expresa en ininteligibles Unidades de Subvención Sename (USS), el cual comprende montos fijos y variable según niños atendidos, el cual puede aumentar cuando un proyecto tiene características de centro en condiciones de vida familiar. Al respecto, nos remitimos a: (Centro de Políticas Públicas UC, 2017)

⁸⁴ Sobre este aspecto, vale destacar que recientemente la Fundación Hogar de Cristo ha coordinado un trabajo del más alto nivel, en donde participaron más de 80 expertos provenientes de distintas disciplinas, todos ellos ligados a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Desde dicha fundación destacan que la subvención de

económico a los OCAS se da por acciones y no por resultado. La ayuda es en función de número de niños atendidos, de forma que, el egreso de cada NNA equivale a menos ayuda económica, lo que resulta en un incentivo perverso para retener al NNA y no realizar el trabajo de reintegración familiar” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 8). De esa forma, no debe extrañarnos las altas tasas de hacinamiento presentes en la red SENAME, advirtiendo el Comité que en 5 de los 11 CREAD el año 2017 se constató una sobrepoblación de 60%, 46%, 35%, 33% y 24% (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 7). Por otra parte, son preocupantes los largos períodos que pueden tener los niños dentro de las instituciones que se arrojan las consignas de la protección, lo que una amplia literatura advierte es altamente contraproducente.⁸⁵

Gráfico n°2: N° de meses de permanencia promedio de egresados de las modalidades principales, Eje de Protección de Derechos, Período 2007-2011.

Modalidad de ejecución	2007	2008	2009	2010	2011
Residencia para mayores (RPM)	37	36	34	36	36
Familia de Acogida Especializada (FAE)	s/i	39	33	39	34
Programa de Reparación de Maltrato (PRM)	13	13	16	16	16
Programa de Intervención Breve (PIB)	8	13	16	16	15
Programa de Intervención Especializada (PIE)	8	10	16	14	14
Oficina de Protección de Derechos (OPD)	6	8	8	8	8
Diagnóstico (DAM)	0.9	0.9	0.9	0.8	0.7

Fuente: (FOCUS, 2012, pág. 185).

Todo lo anterior ha contribuido a una sistemática vulneración de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Siguiendo al Comité, la naturaleza sistemática de las violaciones es provocada “por un lado, a la continuada existencia de un sistema de protección basado en una visión asistencialista y una lógica paternalista del Estado y, por otro, a la inacción e incapacidad

\$260.000 en promedio que se recibe desde las OCAS es insuficiente para seguir los lineamientos que se deducen del modelo que se desprende de la Convención de los Derechos del Niño; proponiendo –en conjunto con una rearticulación y razonable disminución del Servicio, cambios legislativos y un fortalecimiento de la oferta ambulatoria- que la subvención por niño corresponde idealmente a \$4.780.333, proponiendo un modelo piloto en donde la subvención sea de \$1.988.200, cifra similar a las que recibe actualmente un CREAD, de \$1.600.000 aproximadamente. Al respecto, véase: (Hogar de Cristo, 2017).

⁸⁵ Un análisis riguroso sobre los problemas que provocan largas estadias en los centros de protección, se encuentra en: (Hogar de Cristo, 2017)

reiterada de cambiar leyes, políticas y prácticas que se conocían, a través de varios informes de las autoridades, cómo repetidamente vulneradoras de derechos de los NNA bajo la tutela del Estado” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 16).

Ya descritos someramente desde el Derecho los principales rasgos del modelo tutelar, vale explicitar a través de la voz de los niños algunas de las problemáticas de largo alcance histórico presentes en el Servicio Nacional de Menores.

b) La vulneración sistemática al derecho al nivel más alto en la protección de la salud.

“No sé hasta qué punto el Sename lo ayudó, porque con tanto medicamento le agudizaron el consumo”⁸⁶, nos relata Carla, quien creía con optimismo que el Sename podría colaborar en la adicción que arrastraba su hijo. Con desazón, nos cuenta que cada fin de semana veía a su hijo completamente dopado:

Él toma pastillas, supuestamente para la abstinencia, pero en el fondo a todos los niños los tienen dopados. La siquiatra le daba quetiapina, clonazepam. A mí no me dijeron que las darían, me enteré después. El problema no es ese, sino las cantidades, los dañan con tantos medicamentos.

Yo tuve depresión y tomaba una quetiapina de 25 mg solo cuando estaba angustiada. Quedaba superatontada. A él le daban una de 50 mg en la mañana; otra de 100 mg en la tarde y 100 mg en la noche. Yo le decía: “Estás en tu salsa” y me decía que sí, que cuando llegaba la tía con los medicamentos todos decían: “¡Eh! Buena, vamos a volarnos” (Moreno, 2018, pág. 93).

Lo que nos relata Carla está lejos de constituir una situación excepcional. Diversos testimonios e informes han advertido la incapacidad, falta de idoneidad e insuficiencia por parte de los funcionarios de trato directo, a quienes “no los instruyen” en farmacología, además de comprobarse incorporación de funcionarios bajo lógicas político-partidistas.⁸⁷ Sin estar capacitados para ello, los funcionarios suministran una cantidad increíble de psicofármacos. Al respecto, el Comité es lapidario:

⁸⁶ Testimonio extraído de (Moreno, 2018, pág. 38).

⁸⁷ Además del Informe del Comité ya reseñado, véase el testimonio de Francisco Estrada, quien fue director nacional de Sename desde marzo a octubre de 2010, en: (Moreno, 2018, págs. 55-59)

Hay falta de cuidados en la administración de medicamentos a los NNA, sin supervisión médica adecuada, lo que resulta que se suministren más de 10.000 dosis mensuales de psicofármacos. En el Informe INDH, la mitad de los NNA reportó estar tomando medicamentos para su salud mental, aunque el levantamiento de información clínica no contempla la evaluación psicológica o psiquiátrica por un especialista, ya que son hechas por un técnico y un médico general. Son prácticamente inexistentes los dispositivos de atención residencial de carácter psiquiátrico para casos por consumo de alcohol y drogas. Los funcionarios de trato directo recurren a la medicación sin supervisión médica, muchas veces para tranquilizar a los NNA (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 13).

Siguiendo la fuente citada, entre el 35% y 44% de los NNA residentes en centros no tiene un historial médico actualizado, mientras un 68.6% de los NNA de 14 años o más presentan sintomatología que hace sospechar un cuadro depresivo; 26.2% de los NNA dijeron que hace más de un año se estaban sintiendo así y un 45.3% dijo no haber accedido a un psicólogo o psiquiatra dentro o fuera del centro. La proporción entre niños y psiquiatras es abismante, siendo una relación de un psiquiatra por cada 470 niños, y sólo estando los profesionales presentes en ocho de las quince regiones del país; lo que es gravísimo considerando que el Ministerio de Salud reconoció que un 69.1% de los niños institucionalizados tienen trastornos mentales (Comité de los Derechos del Niño, 2018); a lo que, como ya hemos adelantado, debe considerarse el recurrente uso de psicofármacos como mecanismo de control de los adolescentes, en donde el consumo de “droga legal para poder dormir o poder levantarse⁸⁸” es recurrente: “cuando me portaba mal, me amarraban con una camisa de fuerza y me metían a una pieza. Ahí me pinchaban, me dopaban. No sé bien qué me daban, pero me dejaba durmiendo todo el día, y cuando ya estaba más calmado, me mandaban a las habitaciones⁸⁹”.

En cuanto a la insuficiencia de funcionarios, vale señalar que en buena parte ello es debido a las recurrentes licencias médicas, verdaderos síntomas del estrés laboral.⁹⁰ Como advierte el Comité,

⁸⁸ Testimonio de Andrés Colque, 47 años, quien fue jefe técnico de varios centros privativos de libertad dependientes de Sename. Él también nos advierte que “la respuesta que tenía el Sename al suicidio era médica; no hay una variable socioeducativa, porque es muy cara y compleja, entonces detectan el suicidio y a los chicos les dan antidepresivos para que no se maten”. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 85).

⁸⁹ Testimonio de José, 27 años. En su infancia escapó de los centros de protección Galvarino y Pudahuel, ambos del Sename. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 61)

⁹⁰ Al respecto, José Vivanco, de 54 años y quien fuera educador durante veintiún años en el centro de internación provisoria de San Joaquín de Sename: “Me daba taquicardia de sólo pensar en ir a trabajar. Se me hinchaba la vena del cuello, me transpiraban las manos, se me salía el corazón. Me acostaba con angustia. Mi cuerpo ya no daba más. Fui al

son escasos los programas de salud mental o físicas para los funcionarios que se ven sometidos a gran estrés en el trabajo; lo que en buena parte es provocado por largas jornadas laborales de los trabajadores de 12 horas, que pueden llegar incluso a 24 o 36 horas consecutivas por la reiterada falta de personal (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 7).

A lo señalado por el Comité debe sumarse los incentivos perversos presentes en las jornadas de horas extras, que insta a funcionarios a sujetar en sus espaldas jornadas excesivas para lidiar con su situación económica, todo ello en un evidente desmedro de su salud mental. Demoledor es el sentido testimonio de un funcionario que señala haberse visto sobrepasado por el sistema:

Los funcionarios del Sename lo pasamos mal. Hacemos turnos de doce horas, pero si el funcionario del turno siguiente no llega, uno tiene que quedarse. Entonces pasas veinticuatro horas o hasta treinta y seis adentro. Los turnos extras son pagados, y hay educadores que viven haciendo turnos porque están mal económicamente. Recuerdo un verano que hice entre diez y quince, lo que significa no llegar a la casa en un mes, entonces el genio de uno es horrible. Por lo mismo, muchos funcionarios beben en los turnos o fuman pitos. Uno está chato y cansado (...)

Me sobrepasó el sistema. En 2012 empecé con crisis de pánico, pero mi límite fue cuando una vez que iba saliendo del Sename casi me lancé al metro. No sé cómo llegué a eso. Pasé de ser un tipo que entró a la educación social para proteger y terminé haciendo lo opuesto.

Sename sacó lo peor de mí. Me da miedo desdoblarme y verme, porque yo mismo me daría miedo. Fui tan maldito que no me gusta esa imagen mía, siento vergüenza de reconocer lo que hice pudiendo haber actuado distinto. Me da pena cómo los traté, me da pena haber hecho tan poco; me da rabia que me hayan convencido de hacer cosas que, por principios, yo nunca habría hecho. Siento remordimiento. Por eso, antes de irme del Sename denuncié a mi director, al jefe técnico, a los coordinadores, a los compañeros y a mí mismo.⁹¹

siquiatra. Recuerdo que llegué, me senté, lo miré y me desbordé en llanto. Empecé con licencias por depresión. Estaba totalmente hastiado. Finalmente dejé el Sename porque no me renovaron el contrato por mis licencias médicas, que duraban ocho meses”. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 135)

⁹¹ Testimonio de Rodrigo Monsalve, 41 años. Trabajó seis años como educador en el centro de internación provisoria de San Joaquín del Sename. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 33)

Como se deduce de la cita precedente, la ausencia de un trabajo idóneo de *las nodrizas* de nuestros tiempos trae consigo no sólo un problemático estrés para quienes deben lidiar con los niños, niñas y adolescentes, sino que también desencadena un clima de violencia que afecta directamente a la salud física y psíquica de los niños. Difícilmente un funcionario con las extensas jornadas laborales señaladas puede contribuir a realizar una labor que resguarde la salud mental y física de los niños, lo que además de explicar el recurrente uso de psicofármacos como herramienta de contención de los NNA ya reseñado, facilita la irrupción de mecanismos de violencia que se encuentran en las afueras de la ley. Como es sabido, se ha constatado por variados informes de derechos humanos una naturalización de la violencia dentro de los centros, facilitando la irrupción y el uso no problemático de espacios tan deleznable como las “casas de castigo”:

El castigo en el hogar consistía en encerrarte dentro de un clóset con un candado por fuera durante dos horas, tres horas, medio días, un día. Yo pasé más de un día en el clóset por sacar pan de la cocina. No era muy grato sentarte con las rodillas dobladas, porque tampoco había espacio para estirarse; o estaba separado con las piernas torcidas.

Nadie me iba a ver, y si aparecían era para decirme: “Quédate callao, cabro de mierda”. Nadie me llevaba comida, y muchas veces había que orinar ahí mismo; ese clóset era hediondo, asqueroso. Ese clóset tenía lágrimas, rasguños y sangre. Por eso le tengo miedo a los espacios reducidos. Es que tenía puras ganas de patear y golpear las puertas, tratar de salir. Era todo oscuro y si pateabas las paredes y las rompías, venían la ducha fría y los manguerazos.

Una vez nos castigaron a todos porque rompimos una virgen jugando fútbol. Nos pusieron en fila, desnudos, para entrar a la ducha, y cuando pasábamos, el tío nos pegaba con la manguera. Me dio tanta rabia el manguerazo en la espalda, que me di vuelta para defenderme y me llegó en el ojo. Me reventaron la retina. Tenía siete años. Sangré, pero nunca me llevaron a un médico, solo al centro de enfermería del hogar donde me pusieron un parche y listo. Quedé con el 40% de la visión del ojo derecho.⁹²

Las casas de castigo son espacios en donde la discrecionalidad rebasada opera de forma voraz, lugar que expresa de forma más cruda la sistemática violencia presente en las instituciones que se

⁹² Testimonio de Jorge, 22 años. Estuvo en el centro de protección Alborada (Temuco), del Sename. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 68)

arrogan injustamente las consignas de la protección de los niños. El Comité constata como en tan sólo un período de 12 meses, 8 de cada 10 NNA en los centros reportó ser castigado por el personal; con indiferencia de su edad y si estamos frente a niños o niñas. Algunos de los castigos constatados son “encierros, contención física, ducha fría, salir al patio por la noche, aislamiento social o prohibirles jugar”, a lo que debe sumarse castigos que intentan justificarse como “contención” para niños que se encuentran descompensados emocionalmente, castigos tan irracionales como introducir la cabeza de un niño de seis años en un horno para que se sofoque (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 12). Evidentemente, dichos espacios son de muy difícil control por los organismos supervisores, lo que trae consigo vejaciones increíbles:

También los castigábamos en la casa n° 9, que nunca se mostraba a los Ministerios o a parlamentarios, porque era la casa de castigo donde todo se permitía. Se encerraba a los cabros en una celda, sin ropa; para dormir se les tiraba un bóxer y una polera (si te caían bien). Para que se calmaran –si venían de una pelea y si es que no había forma de contenerlos- se les pinchaba con tranquilizantes o se les amarraba en la cama. El tiempo que estarían encerrados quedaba a criterio del adulto responsable. Yo me decía: “¿Para qué lo voy a sacar si va a molestar?” Los cabros pasaban doce horas ahí, cuando por ley solo está permitido retenerlos dos horas. Fui testigo de jóvenes que pasaron una semana encerrados.⁹³

Las deficiencias estructurales del Servicio Nacional de Menores traen consigo un clima inhóspito, de vejaciones increíbles, que atentan contra la dignidad de los niños y que fomenta la violencia, tanto entre los mismos niños, como entre éstos y sus cuidadores.

c) Explotación y abusos sexuales.

“Había un grupo de niñas regalonas de los tíos. Ellas tenían muchos beneficios, como dulces, plata, chocolates y cigarrillos. A estas cabras, que tenían entre catorce y dieciséis años, en las tardes las sacaban en un camión que iba a buscar ropa de lavandería. Salían y volvían después en el mismo camión a las dos o tres de la mañana pasadas a alcohol”.⁹⁴ Si bien el relato de Paula es de hace un par de décadas, el abuso sexual permanece como un problema histórico en los centros

⁹³ Testimonio de Rodrigo Monsalve, 41 años. Trabajó seis años como educador en el centro de internación provisoria de San Joaquín del Sename. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 33)

⁹⁴ Paula, 31 años. Estuvo en su infancia en el centro de protección Playa Ancha de Sename. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 87)

dependientes del Servicio Nacional de Menores. Sin ir más lejos, en el año 2017 la Policía de Investigaciones (PDI) desbarató una red de explotación sexual en donde figuraban niñas de Sename (Emol, 2017). Dando cuenta que estamos frente a un problema sistemático, lapidario es también el Informe del Comité:

El Informe Jeldres consignó un alto número de abusos sexuales evidenciando, por ejemplo, que en la residencia Ajillasga de Arica, existía una red de prostitución infantil afectando 24 niñas, que culminó con la formalización por explotación sexual infantil de dos trabajadores del hogar. En enero de 2016 en la ciudad de Freirina se desarticuló una red de explotación sexual con niñas de las dependencias de SENAME.

El Informe INDH identificó un total de 34 casos de abuso sexual de NNA ocurridos el año anterior, la mayoría sufridos por niñas. Los NNA que reportaron abuso sexual pertenecían a un total de 20 centros en 9 regiones diferentes. Los abusos habrían sido cometidos por otro NNA, por adultos que trabajaban en el centro o agresores no especificados. La mayoría de los NNA reportan seguir en contacto con la persona que habría cometido el abuso, y la mitad reportaron haber sufrido abusos reiterados. Dos tercios de los NNA reportaron abusos que se habían producido o iniciado cuando tenían menos de 14 años (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 15)..

Sin perjuicio de que los niños también son susceptibles de ser abusados sexualmente, en el caso de las niñas estar sujetas a dicha vulnerabilidad es más común. Eso explica en parte porque hay más niñas que niños en el Servicio Nacional de Menores (Hogar de Cristo, 2017), las que deben enfrentarse a un sistema en donde sólo el 15,9% de los centros reportaron haber realizado capacitaciones en el área de prevención de abuso sexual (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 15). Es por lo bajo indignante que residir en las instituciones de protección no permita eludir el abuso sexual que provocó la institucionalización de los niños:

Una de mis compañeras contaba que se las llevaban a una fiesta donde había gente de plata que les daba trago y después ellas tenían sexo con esas personas, las vendían. Hubo niñas que se hicieron abortos, porque estaban embarazadas. Tuvieron las pérdidas dentro del hogar, pero fue todo en silencio, nada público.

Como no hay nadie que fiscalice, las tías abusaban de su poder, nos chantajeaban y manipulaban. Eran terribles, porque si decías algo te pegaban, pero un día ya fue mucho. Había un tío que me acosaba, quería tocar mis partes íntimas, pero yo le decía que no. Tuve miedo de que no me creyeran, hasta que llegó una visita al hogar, la tomé de las manos y le dije: “Por favor, ayúdeme, quieren abusar de mí”. Le conté todo y fue esa persona quien hizo la denuncia. De no ser por ella, yo no habría salido de ahí.

En el Sename uno vive al día a día, no piensas en el mañana ni en el futuro, ni siquiera sueñas. No hay expectativas, porque no sabes si sobrevivirás a eso, esa es la verdad.⁹⁵

Siguiendo a lo señalado por Edison Llanos en el anexo de este ensayo, la libertad para los niños del SENAME es la *autodefensa, el autocuidado*, lo que se traduce en la posibilidad de dormir sabiendo que nadie te va a tocar. Grandes marcas quedan en los niños, incluso cuando el abuso no se consuma y está presente la amenaza, como se desprende del testimonio de Paula recién citado.

d) La separación de la familia sin considerar el interés superior del niño.

“Me hubiera gustado que el Estado hubiera intervenido en mi familia para no separarnos, pero no lo hicieron. Habernos dado un plazo con mi tía mientras mis papás se rehabilitaban”, nos relata María, de 16 años. Escapó del Sename y hoy vive en una caleta.⁹⁶ El Comité destaca como Chile no ha cumplido el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual exige a los Estados velar porque los niños no sean separados de sus padres, excepto cuando dicha separación es necesario en conformidad al interés superior del niño; comprendiendo la separación como una medida de *ultima ratio*. En términos del Comité: “el ingreso de un NNA en un centro residencial debe ser una medida que debe tomarse tras haber considerado todas las otras alternativas que permiten conservar los vínculos familiares y con la comunidad a la que pertenece, haciendo siempre primar las soluciones familiares, en familia extensa o ajena, a las institucionales” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 10).

Al igual que en momentos de auge de la doctrina de la situación irregular, las instituciones de protección no son consideradas como una *última ratio* para el cuidado de los niños, es más, derechamente se les reconoce como los *salvadores* de éstos, privilegiando arbitrariamente la

⁹⁵ Testimonio de Paula, 31 años. En su infancia estuvo en el centro de protección de Playa Ancha de Sename. Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 87).

⁹⁶ Extraído de: (Moreno, 2018, pág. 24)

institucionalización frente a los padres o la familia extensa, lo que provoca y e incentiva la institucionalización de la pobreza. No es coincidencia que las regiones con mayor concentración de niños, niñas y adolescentes en el sistema residencial del SENAME sean de la región Metropolitana, Biobío y Araucanía, siendo estas últimas la primera y la tercera regiones más pobres del país; constatando también el Comité que los tribunales de familia han considerado el ingreso del sistema residencial de los niños por razones económicas: “privilegiando la internación sobre otras modalidades de atención y limitando la atención y enfoque en situaciones alternativas a la internación como medida de intervención” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 5).

La ausencia de un sistema que busque la permanencia del niño con su familia también se expresa cuando éste ya está institucionalizado. Además de la alta permanencia dentro de los centros que ya hemos reseñado, debe considerarse que la alta transitoriedad de los niños entre distintos hogares implica la separación de hermanos entre residencias, genera dificultades para fortalecer lazos afectivos entre los mismos niños y suscita problemas en realizar las visitas familiares a quienes están institucionalizados. El Comité destaca que, a principios del 2017, 24.1% de los niños tenían a sus hermanos en otros centros, además de que el “57.4% de los centros no se encuentran en las mismas comunas del domicilio familiar del NNA, y 7.24% están en centros ubicados en regiones distintas a la familia. 4.84% de los alejados son lactantes preescolares. Todo ello resulta en una efectiva separación de la familia” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 10). A dichas cifras debe considerarse el preocupante problema que se suscita en materias de responsabilidad penal adolescente para las mujeres, quienes ante una escasa oferta de centros, son más susceptibles de residir en lugares retirados de sus familias.

e) Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

“Adentro del Sename había un colegio. Estaba con niños de primero y segundo básico. Yo iba en tercero y nos enseñaban a todos lo mismo. Teníamos sólo Matemáticas y Lenguaje”, nos cuenta Vicente de once años, quien estuvo en el CREAD Galvarino de la comuna de Santiago. “No hago nada. O sea, me levanto y después miro tele, hacemos los aseos y después miramos tele, almorzamos y vemos tele y eso”⁹⁷, relata en paralelo una joven perteneciente a la red Sename.

⁹⁷ Testimonio de una joven de 21 años perteneciente a uno de los centros de protección del Sename. Extraído de: (Hogar de Cristo, 2017, pág. 96).

Como adelantábamos, el modelo filantrópico que permanece vigente en las instituciones dependientes del Servicio Nacional de Menores se caracteriza por estimar que entregar “pan, techo y abrigo” a los niños es suficiente, sin considerar el mejor desarrollo posible y la realización de los sueños de los niños. El Comité destaca que la mitad de los niños en los centros tiene un retraso escolar equivalente a dos años, que el 7% de los niños no sabe leer y/o escribir y un porcentaje similar no asiste a la escuela (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 14). Por otra parte, el Comité destaca cómo la gran mayoría de los niños asiste a escuelas públicas sin que éstas estén preparadas para proporcionar una educación que considere su especial vulnerabilidad y atienda a sus necesidades; como a su vez, el Comité muestra preocupación ante las escuelas que están dentro de las instituciones de protección, en tanto funcionan como dispositivos de aislamiento, considerándose que ambas situaciones “no contribuyen a compensar, eliminar y minimizar los efectos de las vulneraciones de los NNA y tienen graves consecuencias en su desarrollo educativo” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 14).

Por otra parte, vale señalar que el desarrollo de los niños se ve truncado ante la poca variedad de espacios y actividades de ocio. El Comité destaca que sólo un 57.1% de los niños institucionalizados tienen acceso a libros, el 43.2% no reporta contar con juguetes para su uso y sólo 46% tiene acceso a computadores e internet. Es preocupante que la televisión tenga una preponderancia de un 91.9%, funcionando como herramienta que contribuye en la formación de estereotipos en los jóvenes⁹⁸, convirtiéndose en una de las principales actividades del día; lo que es sintomático de un alto sedentarismo presente en los niños, niñas y adolescentes residentes en las instituciones dependientes de SENAME (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 14).

f) Vulneración al derecho a expresar su opinión y ser escuchado.

“Igual uno tira pa` arriba aquí po, si en la calle uno está porque le gusta la libertad”, nos relata Angela, quien vive bajo el puente La Concepción, acompañada con otros niños que huyeron de Sename. Todos ellos relatan que afuera se consideran libres *porque pueden decidir sobre su propia vida*. Siguiendo las cifras del Comité, en la propuesta cosificadora presente en quienes injustamente aducen las consignas de la protección de los niños, un poco más de un tercio de los centros declara sin tapujos que los niños no pueden participar en ningún tipo de decisiones, mientras que sólo el 34.7% de los niños “reportaron tener el derecho a la participación y opinión respecto a las

⁹⁸ La televisión como espacio de educación hacia los niños ha sido sumamente criticado. Al respecto, véase: (Bustelo, 2011)

decisiones que se toman y que afectan al funcionamiento del centro” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 11).

Vale decir que problemáticamente su voz tampoco es escuchada dentro del poder judicial. A diferencia de tiempos de hegemonía y reconocimiento público de la doctrina de la situación irregular, en donde expresamente las normas vigentes a la sazón señalaban de manera explícita que el juez no tenía el deber de escuchar a los niños; en nuestros tiempos la Convención de los Derechos del Niño reconoce dicho derecho de manera expresa, comprendiéndolo como un deber para los órganos del Estado. A pesar de dicho reconocimiento en el discurso del Derecho, el Comité es categórico en señalar que el juez de familia generalmente cuando separa a los niños, niñas y adolescentes de sus familias y los entrega a las instituciones dependientes del Sename, lo realiza “con escasa o sin participación del NNA y de la familia, especialmente la familia extensa, lo que no permite evaluar sus condiciones particulares y las medidas necesarias para ayudar a la familia a salir de la situación en que estaba para que el NNA pueda volver a ella en el corto plazo” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 10).

Por otra parte, vale destacar que el Comité advierte que si bien la mayoría de los niños dice tener conocimiento de las causas de su ingreso y son informados de cuando hay audiencias para revisar su permanencia en el centro, hay deficiencias evidentes en tanto “sólo 32.1% dice tener la oportunidad de hablar con el magistrado y 30.8% con algún abogado que los represente en sus causas”, añadiendo que en cuanto a los centros “4.1% indican que los NNA no se encuentran autorizados para hablar con el/la juez directamente en caso de requerirlo, mientras 20.4% de los centros reportan que durante la última visita de los jueces de familia los NNA no hablaron con ellos y 7.5% no sabe si lo hicieron o no” (Comité de los Derechos del Niño, 2018, pág. 11)

g) Conclusiones sobre los problemas de arrastre en el Servicio Nacional de Menores
Una breve reflexión sobre la identificación de “vulnerables” por parte de la jurisprudencia⁹⁹:

La disciplina hacia los «huachos» en nuestra historia republicana se presenta en los testimonios de las nodrizas de nuestros tiempos, en el flagelo de los discursos de las familias y de los niños, niñas y adolescentes que residen en las instituciones ligadas a la protección de la infancia. Sus problemas no son recientes, tienen una carga histórica considerable y nos demandan siglos de una solidaridad honesta, una que realice los esfuerzos necesarios para garantizar el desarrollo y la máxima realización posible de los sueños de los «huachos» de nuestra época.¹⁰⁰

Lo que dogmáticamente se ha considerado como una vulneración sistemática de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no es sino cómo en el discurso del derecho se representa una perenne propuesta cosificadora, que reconoce a los niños como objetos, los calla y no los considera protagonistas –vale decir, ni siquiera partícipes- de su propia vida. Se les considera como objetos vulnerables, y en razón de esa vulnerabilidad se despliega una caridad disciplinante, que esconde bajo el velo de la protección fines que van más allá del resguardo y desarrollo integral de los niños: la criminalización de la pobreza, el mantenimiento de un vetusto orden social, buscar menguar de forma inescrupulosa y con poco sustento los delitos cometidos por jóvenes, la evasión de principios básicos como la responsabilidad patrimonial del Estado; todo ello a través de la imposición de mecanismos de control que son demoledores de la dignidad.

Como ya hemos constatado en el capítulo II de este ensayo, dicha *vulnerabilidad* es la premisa que ha permitido fundar modelos de derechos del niño que tienen un cariz tutelar, asistencialista y filantrópico; es decir, un modelo vertical y que no permite la emancipación, la realización de los sueños de los «huachos» de nuestra época. Vale preguntarnos en los apartados siguientes si en nuestros tiempos se puede subvertir dicha problemática ética, si la institucionalidad actual –que mantiene la identificación de los “vulnerables” o de la “infancia en riesgo”- puede efectivamente

⁹⁹ Vale señalar que el presente apartado se basa en buena parte en lo que previamente hemos escrito en el Informe Temático correspondiente año 2019, del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (por publicar). En nuestra opinión, la totalidad del informe –y no sólo el primer capítulo redactado por el suscrito- contribuyen a varias de las reflexiones aquí propuestas. Además de analizar las distintas problemáticas que han detectado variados informes de derechos humanos en relación a la protección de los derechos de los niños, se incorpora en dicho informe una excelente sistematización del test de vulnerabilidad ligado a infancia presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁰⁰ En cuanto a los siglos de solidaridad que nos exige la historia de los niños, véase la entrevista a Gabriel Salazar que está presente en el anexo de este ensayo.

transitar de un modelo que no acalle a los niños, niñas y adolescentes.¹⁰¹ Vale advertir que el carácter subterráneo del modelo tutelar y en particular de la doctrina de la situación irregular que funda al modelo tutelar, vuelve complejo establecer una esquematización en donde se ponga término a dicho período y se señale con exactitud en qué momento comienza un modelo de protección integral de los derechos del niño, en buena parte debido a que, como lo sostiene la literatura especializada, a pesar de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, en nuestros días estamos frente a una *mutua convivencia* entre ambos modelos (Beloff, 2009).

Como veremos con mayor detención en el próximo apartado, en razón de la indeterminación del Derecho, la pugna dogmática orientada a la protección de los niños, niñas y adolescentes es marcadamente hermenéutica, siendo la labor de la jurisprudencia el principal mecanismo para hacer exigibles los fundamentos dogmáticos que emanan de la Convención de los Derechos del Niño, permitiéndonos de esa forma distanciarnos del enfoque tutelar.¹⁰² Entendiendo aquello, y contribuyendo a la caracterización de la infancia a través de los factores de riesgo, la labor reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha dado uso de un enfoque de *vulnerabilidad* –para ser más exactos, un “test de vulnerabilidad”– para orientar su batalla por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Teniendo por origen las inquietudes ante desastres naturales, el enfoque de vulnerabilidad nace desde las ciencias sociales como un modelo de riesgo pensado para orientar las medidas positivas tendientes a prevenir las perniciosas consecuencias que tienen por causa *hechos provocados por la naturaleza*. De esa forma, a través de una migración transdisciplinaria y cual dialéctica ilustrada, la CIDH está utilizando herramientas conceptuales pensadas para prevenir desastres ambientales en la elaboración de las medidas positivas que se derivan del deber de los Estados dirigidas para con

¹⁰¹ Sin perjuicio de que el debate sobre una correcta política pública y un actuar jurisdiccional en concordancia con los principios de la Convención de los Derechos del Niño no está zanjado, vale aducir que consideramos que la protección de los derechos de los niños no se agota en quienes tienen puestos de autoridad. Rol importante tiene la sociedad civil, sobre todo los movimientos sociales que se valen del discurso de los derechos humanos para esgrimir sus consignas. De eso nos ocuparemos en los apartados siguientes

¹⁰² Sin perjuicio de que nos referiremos a ello con mayor profundidad en el próximo apartado, vale desde ya remitirnos a varios textos de consulta. Sobre la indeterminación del Derecho, comprendiéndolo como una herramienta discursiva estéril para dar coherencia a los mitos que le otorgan hermetismo y objetividad, véase: (Singer, 1984). En una línea argumental similar, reconociendo además de la indeterminación, el carácter político presente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase: (Koskeniemi, 2001). Finalmente, para un análisis crítico sobre la relevancia hermenéutica para la protección de los Derechos Humanos, véase: (Douzinas, 2006)

los niños, niñas y adolescentes. Así, en la elaboración del *test de vulnerabilidad* realizados por la CIDH, son considerados factores como la raza, la pobreza y el género.¹⁰³

Vale preguntarse, duda más que justificada, si dicha propuesta puede ser utilizada como un discurso legitimador de prácticas penocustodiales o de caridad lejana a un enfoque de derechos deseable bajo la doctrina del modelo de protección integral de derechos. O en otros términos, si al igual como sus antecesoras, las nobles consignas de la protección pueden devenir en la legitimación discursiva del castigo dirigido hacia la pobreza en miras a la seguridad de la sociedad, dando uso de herramientas que permiten identificar causas que estigmatizan a determinados sectores de la población por ser contrarios a los valores del orden social imperante.

La experiencia de los enfoques de riesgo incrementa nuestras dudas. Como demuestra la literatura especializada, en países como Inglaterra aún persisten modelos de riesgo orientados a la prevención del delito que, apoyándose en métodos que señalan ser de aplicación universal y tienen como base conceptos extraordinariamente vagos, vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes; principalmente sus garantías procesales, manteniéndose la disolución entre jóvenes infractores e infancia en riesgo social, tal como ocurría en tiempos de hegemonía de la doctrina de la situación irregular (Case, 2007). Por otro lado, vale señalar que a diferencia de sus antecesoras, en nuestros tiempos el enfoque basado en riesgos puede reproducir aún más la vulnerabilidad de los sujetos, sobre todo si consideramos que las nuevas tecnologías facilitan herramientas de estigmatización que tienen el potencial de ofrecernos ilusoriamente la promesa incumplible del positivismo criminológico: “predecir” el delito sin necesidad de una conducta positiva por el agente, siendo por tanto legítimo irrogar el castigo con anterioridad del actuar del delictual.

A pesar de su carácter problemático, pareciera ser que los modelos de riesgo no van a ser desterrados de la política pública, advirtiéndonos la literatura especializada su permanencia frente a los modelos de prevención del delito (Case, 2007). Consideramos que en coherencia con los valores democráticos y la vigencia de la doctrina de la protección integral de los derechos de los niños, los *test de vulnerabilidad* en la política pública no deben convertirse en excusa para disminuir las garantías procesales de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, ni mucho menos como una herramienta legitimadora orientada a callar la voz de los niños, esto es, negarles ser partícipes del diseño e implementación de las políticas públicas que afectan sus proyectos de

¹⁰³ En relación el *test de vulnerabilidad* utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando la identificación de los grupos vulnerables y los fundamentos de los factores de riesgo, véase: (Estupiñán-Silva, 2014).

vida. Es decir, no debe ser considerado aceptable supeditar dicho enfoque de riesgo a criterios de peligrosidad y/o utilidad social, tal como ocurre con los postulados del positivismo criminológico ya descrito en capítulos anteriores, reconociéndose discursivamente que el discurso de la protección no debe ser una excusa para legitimar la caridad-represión de los «huachos» de nuestra época. Así, consideramos que el enfoque de riesgo bajo la doctrina de la protección integral si bien puede estar orientado, entre otros aspectos, a analizar los factores de ingreso a la justicia juvenil –como lo son, por ejemplo, la deserción escolar y consumo de drogas-, dichas herramientas deben centrarse en discutir cómo contribuimos al desarrollo integral de los niños vulnerables y no en la identificación de sujetos como potenciales criminales.¹⁰⁴ Cabe señalar que reconocemos que los límites entre dichos enfoques son difusos y requieren un trabajo robusto que no contribuya a cosificar y excluir a los niños de las tomas de decisiones relativas a su propia vida, lo cual no ha sido resuelto por la literatura especializada de nuestro país.¹⁰⁵

En definitiva, hablar de vulnerabilidad en los niños, niñas y adolescentes bajo un enfoque de protección integral de derechos debe ser considerado como un sinónimo del deber que tiene la sociedad en su conjunto para discutir políticamente la realización de dichos sujetos, siendo como veremos en el próximo apartado, un ejercicio de mediación entre los niños y los adultos, pues no basta con hablar de *vulnerables* –en su forma de desvalidos, menores irregulares o en riesgo social-, sino que a su vez, como bien entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se desprende de los testimonios y flagelos que de quienes han recibido disciplina moralizante y castigos desmedidos, los oprimidos nos exigen medidas positivas para paliar su vulnerabilidad y prevenir las vejaciones que ha constatado el discurso del derecho, siendo dicha protección no una herramienta que permita legitimar otras razones que escapen del reconocimiento de su dignidad y la búsqueda de la felicidad de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁰⁴ Vale decir que en nuestro país se han realizado esfuerzos para considerar factores de riesgo, buscando identificar las causales de ingreso a los recintos de justicia juvenil para el establecimiento de medidas preventivas que contribuyan al máximo desarrollo posible de los niños, niñas y adolescentes de SENAME. Al respecto, véase: (Hogar de Cristo, 2017) y también (Álvarez, 2014)

¹⁰⁵ Un ejercicio interesante sobre el rol de los factores de riesgo en la literatura comparada se encuentra en: (Case, 2006).

2.- Dialéctica ilustrada, Derechos Humanos y Movimientos Sociales. ¿Una apuesta emancipadora?

El corazón no es algo que pueda educarse, porque no es algo que tenga vida independiente, algo que tenga un principio de acción. El corazón no es más que un pedazo de carne colorada, sujeto a desempeñar ciertas funciones en el cuerpo humano (...). Primero la causa, en seguida el efecto. ¿Queréis que el hombre ame a su familia, a la patria, a la humanidad, a Dios? Enseñadle lo que es la familia, lo que es la patria, lo que es Dios. Tales como sean las ideas que suministréis sobre esos objetos, tales serán los sentimientos que despierten en su alma.

-Discurso de apertura de la Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago
(17 de Julio de 1856).

La Teoría Crítica del Derecho ha reconocido a los Derechos Humanos como producto de la herencia del carácter dialéctico de la ilustración, develando que el origen de estas nuevas declaraciones de derechos surgió como una respuesta a la búsqueda de nuevas formas de legitimar a los Estados Nacionales tras los desastrosos hechos acaecidos durante las guerras del corto siglo XX (Douzinas, 2006). En esa línea, a pesar de los argumentos tendientes a conferir el origen a los Derechos Humanos a nuestra naturaleza humana racional o a los supuestos pactos fundantes, los análisis históricos sobre los Derechos Humanos no pueden eludir que estamos en presencia de una herramienta política, que en ocasiones es servil a intereses que están lejos de ser incondicional y genuinamente humanitarios, legitimando incluso intervenciones político-militares.¹⁰⁶

Si bien reconocemos que históricamente dichas declaraciones no tuvieron en su origen la emancipación de los oprimidos y, vale decir, han sido incluso utilizadas en momentos más que cuestionables, una variada literatura ha considerado a los Derechos Humanos como una herramienta hermenéutica útil en la protección de los intereses de quienes no están presentes en la Administración del Estado: los movimientos sociales. Como veremos en este apartado y el próximo, además de las complicaciones propias que trae consigo ser una expresión de la dialéctica ilustrada, dicha atractiva propuesta proveniente de la Teoría Crítica del Derecho nos presenta complejidades que aparentan ser insalvables en cuanto a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se trata.

¹⁰⁶ Al respecto, véase: (Zizek, 2011), (Koskenniemi, 2001) y también (Moyn, 2014).

a) Movimientos Sociales como espacios residuales del Ágora¹⁰⁷:

En su célebre “Estado, Gobierno y Sociedad”, Norberto Bobbio nos presenta como dicotomía la democracia “*de los antiguos*” y aquella propia de nuestra época: la democracia “*de los modernos*”. Para nuestro autor, aquel “gobierno de asamblea (que) no reconoce algún ente intermedio entre el individuo y el Estado”, es incompatible en nuestros tiempos en donde impera la representación de los ciudadanos mediante autoridades electas sujetas al afán pluralista y de multiplicidad presente en las sociedades intermedias (Bobbio, 1989, págs. 204-218). Sin perjuicio de su claridad conceptual, la dicotomía propuesta por Bobbio deviene en ilusión cuando en los discursos de los movimientos sociales se levantan consignas que contemplan “Cabildos abiertos” y “Asambleas Territoriales”, dejando entrever que, sin perjuicio de estar *afuera del Estado*, desde la sociedad civil se propugnan en el espacio público conceptos de gran alcance histórico, herederos del Ágora, que, siguiendo al buen historiador social, constituye la *matriz de los movimientos sociales*:

Era el lugar en cierto modo sacralizado –estaba circundado por estatuas, tumbas y símbolos que atestiguaban la tradición identitaria de ese pueblo- donde todos y cada uno de los ciudadanos podían y debían participar deliberada y responsablemente en el diseño y la ejecución del proyecto histórico de la “polis” (comunidad o ciudad). Ir a ese lugar y participar en las asambleas que se celebran allí equivalía no sólo a reafirmar una definición de identidad social, cultural y aun religiosa (la soberanía popular implicaba la fusión de todas las divinidades), sino, sobre todo, a constituir y ejercer el poder político de la comunidad. El poder, en ese contexto, surgía de la *deliberación* de la comunidad reunida en pleno en el ágora o foro, no de los individuos actuando aisladamente en privacidad y según su interés particular (Salazar, 2003, pág. 17).

La soberanía presente en el Ágora, más que un concepto abstracto y legitimador del actuar de la autoridad representada, aparece en el espacio público como un *grito de guerra* que refleja la propia historicidad de quienes participan en la deliberación.¹⁰⁸ Ella es la esencia de la *vita activa*, entendida

¹⁰⁷ Este apartado y los dos siguientes están basados en lo ya escrito en (Urtubia, 2019b).

¹⁰⁸ En el sentido expuesto la soberanía no es caracterizada conforme a autores clásicos como Bodino. Al respecto, con claridad nos señala Salazar: “La *supra-soberanía* absolutista que intentaban establecer esos reyes tuvo que aceptar la existencia objetiva de la *soberanía popular* anidada en los foros y ágoras, y en los “concejos” o cabildos. Durante siglos, coexistieron ambas soberanías en un mismo Derecho; respetándose, pero, a la vez, recelándose. De ahí el lenguaje prudente y ambiguo de las primeras leyes reales: “mandamos que las ciudades, villas y lugares obedezcan a sus propias antiguas costumbres y que se autogobiernen sin que nadie se entrometa en ello, ni nosotros mismos”. Era decir:

en un sentido histórico como la acción “dedicada a los asuntos público-políticos” (Arendt, 2003: 26). Es, también, el único espacio en donde pueda ser alcanzada la libertad, que para los antiguos era “condición esencial de lo que los llamaban felicidad, *eudaimonia*” (Arendt, 2003, pág. 44). En otros términos, el Ágora en la democracia de los antiguos es mucho más que un momento que facilita la participación política de un conjunto de individuos y otorga legitimación al actuar de la autoridad representativa, es más bien aquello que encarna el espacio público, el cual que permite alcanzar la felicidad y libertad de manera comunitaria, es en definitiva expresión de *soberanía* ciudadana.

Sin perjuicio de que en nuestros tiempos la distinción entre esfera privada y pública –pilar de los conceptos antes expuestos- se verán diluidos con el desarrollo del Estado Moderno, la soberanía presente en el Ágora aparecerá en nuestros días en lo que Gabriel Salazar denomina *espacios residuales*. En tanto matriz y de manera subterránea, la esencia del Ágora extiende sus raíces y nutre en el presente siglo las luchas contra-hegemónicas de aquellos movimientos socia

les que deliberan y promueven una *gobernanza desde abajo*, afín a la *vita activa* presente en la “democracia de los antiguos”. Siendo ello nuestro punto de partida, a continuación se reflexiona sobre algunos aspectos controversiales en torno al uso de los Derechos Humanos en el discurso de los movimientos sociales.

b) Derechos Humanos como un discurso heredado de la mitología (y las contradicciones) ilustrada(s):

Como ya hemos señalado en el primer capítulo de este ensayo, el discurso emancipador que nos ofrece la Ilustración supone, de forma inmanente y hasta ahora ineludible, un carácter totalitario que trae consigo el dominio sobre el resto; validándose de fundamentos que no pueden ser eficazmente explicadas dentro del paradigma moderno. Dicha contradicción alcanza a la dogmática de los Derechos Humanos, innegable herencia ilustrada que se vale de premisas que no pueden ser comprobadas bajo los parámetros de utilidad imperantes, contradicción que aparece solapada y constituyen parámetros aceptados en el discurso del Derecho. Nos referimos a los mitos de la naturaleza *humana*, pilar de la fundamentación de la *igualdad natural* presente en cada sujeto, y por otra parte la *universalidad* de los derechos, consecuencia de esa naturaleza.

nosotros les ordenamos que ustedes sigan siendo soberanos en lo que han sido siempre soberanos” (Salazar, 2003, pág. 20).

Como ya hemos adelantado en capítulos anteriores, la “naturaleza humana” es uno de los arquetipos de la aporía ilustrada, que en conformidad al paradigma moderno ha sido respaldada a través de las leyes del movimiento, fundando la legitimidad del soberano separado del carácter deliberativo y emancipador del Ágora. Desde las abstracciones y configurando leyes universales pensadas desde *fuera de la tierra*, la Ilustración nos propone considerar la naturaleza de la humanidad como aquella que tiene como principal característica la búsqueda de una “perpetua e incesante afán de poder, que solamente finaliza con la muerte” (Hobbes, 1940: 73). Para la Ilustración, la Humanidad –todos los hombres, *iguales* de forma universal en virtud de nuestra naturaleza- en búsqueda de asegurar su subsistencia, su propiedad, el desarrollo de la industria y su propia vida, estará sujeta conforme a los designios de la razón al acuerdo que ponga término a la “guerra de todos contra todos”, propia del mundo “natural” y bárbaro en donde existe, siguiendo la famosa frase de Thomas Hobbes: un continuo “temor y peligro de muerte violenta”, en donde la vida del hombre es “solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve” (Hobbes, 1940, pág. 103).

En esta construcción de los arquetipos que fundan la aporía ilustrada, los famosos *contractualistas* consignaron la teoría adecuada para disuadir aquél carácter comunitario y deliberativo presente en el Ágora, fundiendo la comunidad política dentro del producto derivado del supuesto acuerdo artificial –vale decir, ahistórico- entre individuos que desean poner fin a una hipotética disputa provocada por sus apetitos irracionales, abstrayéndose de –y no desde- la materialidad. Al respecto, reconoce un acomplexado Thomas Hobbes:

Acaso puede pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente así, en el mundo entero; pero existen varios lugares donde viven ahora de ese modo. Los pueblos salvajes en varias comarcas de América, si se exceptúa el régimen de pequeñas familias cuya concordia depende de la concupiscencia natural, carecen de gobierno en absoluto, y viven actualmente en ese estado bestial a que me he referido. De cualquier modo que sea, puede percibirse cuál será el género de vida cuando no exista un poder común que temer, pues es el régimen de vida de los hombres que antes vivían bajo un gobierno pacífico, suele degenerar en una guerra civil (Hobbes, 1940, pág. 104).

Desde quienes adhieren a la propuesta ilustrada es irrelevante si la premisa del “estado de naturaleza” estuvo presente en algún momento histórico, debiendo ser considerado aquello,

aconsejados por la propia razón, como una premisa ficticia orientada a dotar de legitimidad la existencia de un pacto, a su vez ficticio. La aporía es explícita, no puede ser comprobada conforme las premisas del paradigma moderno aquella naturaleza humana maligna que impide con anterioridad al supuesto pacto todo atisbo de solidaridad y el desarrollo de los valores de la libertad, igualdad y propiedad; sin perjuicio de ello, el mito indica que la razón señala –en su versión más optimista y ampliamente difundida, presente en Locke- que creer en aquella premisa es necesario para resguardar frente al Estado el carácter inalienable de los derechos.¹⁰⁹

Siguiendo a Hannah Arendt, argumentos ilustrados como los señalados cometen el error de intentar comprender la *condición humana* dando uso de aquellos métodos que permiten conocer lo *externo* al sujeto cognoscente, saltando el sujeto *en su propia sombra*. Es, siguiendo su línea argumental, despojarnos del carácter histórico de nuestra existencia para elucubrar desde la abstracción *qué somos*. Al respecto, nos señala con una excelsa percepción la autora que:

El problema de la naturaleza humana, la *quaestio mihi matus sum* de San Agustín (“he llegado a ser un problema para mí mismo”), no parece tener respuesta tanto en el sentido psicológico individual como en el filosófico general. Resulta muy improbable que nosotros, que podemos saber, determinar, definir las esencias naturales de todas las cosas que nos rodean, seamos capaces de hacer lo mismo con nosotros mismos, ya que nos da derecho a dar por sentado que el hombre tiene una naturaleza o esencia en el mismo sentido que otras cosas. Dicho con otras palabras: si tenemos una naturaleza o esencia, sólo un dios puede conocerla y definirla, y el primer requisito sería que hablara sobre un “quién” como si fuera un “qué”. La perplejidad radica en que los modos de cognición humana aplicable a cosas con cualidades “naturales”, incluyendo a nosotros mismos en el limitado grado en que somos especímenes de la especie más desarrollada de vida orgánica, falla cuando planteamos la siguiente pregunta “¿y quiénes somos?” (2003, pág. 24).

De manera ineludible, la pregunta *¿quiénes somos?* provoca una respuesta metafísica que no admite una verdad indubitable exigida por el positivismo moderno, contribuyendo a la aporía presente en la propuesta ilustrada. La Ilustración, con su carácter universal y abstracto, nos ofrece considerar como parte del mundo sensible el mito de que existen derechos anteriores a la configuración del

¹⁰⁹ A este respecto, y en una línea argumental similar a la aquí expuesta, Oscar Correas ha diseccionado la propuesta ilustrada de Hobbes, Locke y Rousseau, autores que, sin perjuicio de sus diferencias relativas a la “bondad” y “maldad” de la naturaleza humana, comparten el carácter mítico presente en la propuesta Ilustrada. Al respecto, véase: (Correas, 2006).

pacto fundante, haciendo carne a los derechos universales que emanan de la abstracción y no del carácter histórico comunitario de los sujetos. Aquella problemática bien la entendía el Joven Karl Marx, que reflexionando ante la principal concreción decimonónica de la propuesta ilustrada, vale decir, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, nos advierte de manera categórica que:

Ninguno de dichos derechos va más allá del hombre egoísta, del hombre tal y como es, miembro de la sociedad burguesa; es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada y disociado de la comunidad. Muy lejos de concebir al hombre como ser genérico, estos derechos hacen, por el contrario, de la sociedad un marco externo a los individuos, una limitación impuesta a su independencia originaria. El único nexo que los mantiene en cohesión es la necesidad natural, la necesidad y el interés privado, la conservación de su propiedad privada y de su egoísta persona” (Marx K. , 1982, pág. 480).

Al igual que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como bien sabemos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del reciente siglo XX mantiene como premisa el mito ilustrado de que los derechos emanan de la naturaleza humana y tienen un carácter universal.¹¹⁰ Postura más que cuestionable, si consideramos que, en esclarecedoras palabras de Žižek, la historia demuestra que “justo cuando se priva a un ser humano de la identidad socio-política particular que da cuenta de su ciudadanía específica –en un solo y mismo movimiento– cuando se deja de ser reconocido o tratado como humano” (Žižek, 2011, pág. 124).¹¹¹

Todo parece apuntar que la aporía ilustrada se encuentra presente en nuestros tiempos, manteniendo conforme el discurso de *igualdad natural* la disociación de las particularidades del sujeto pensante, volviéndose parte del mundo real un discurso bajo el pretexto de la universalidad,

¹¹⁰ Cabe señalar que a diferencia de su antecesor, buscan legitimar el actuar estatal tras la deleznable experiencia totalitaria, siendo ineludible la incorporación de los denominados derechos de “segunda generación”. Al respecto, Señala Costas Douzinas: “Del mismo modo que las primeras declaraciones de derechos ayudaron a frenar el poder absoluto, indivisible e ilimitado del soberano, del mismo modo la expansión de los derechos humanos posterior a la guerra convirtió en la clave de bóveda el derecho el principio de la no interferencia en los asuntos internos de los estados y puso las bases de poderosas nuevas instituciones internacionales. Las más importantes potencias estuvieron de acuerdo por unanimidad en que los derechos humanos no debían ser usados para inmischirse de la soberanía nacional. Los derechos humanos se convirtieron en una eficaz herramienta para legitimar nacional e internacionalmente el orden posterior a la guerra, en un momento en el que aquellos principios del estado y de la organización internacional se encontraban seriamente debilitados” (Douzinas, 2006, pág. 317).

¹¹¹ Dicho argumento –validándose de una amplia gama de datos históricos– ha sido sostenido de manera muy conocida por (Arendt, 2006).

ofreciendo despojar a los sujetos de su carácter histórico. Pero a su vez, como veremos, permite a los sujetos presentes en los espacios residuales del *Ágora* ejercer un discurso fundado en el Derecho emanado desde *arriba*, reinterpretando *desde abajo* los designios de la soberanía emanada desde los Estados. Adscribiendo a los postulados de la Teoría Crítica del Derecho, consideramos que allí reside su potencial emancipatorio, utilizando los movimientos sociales una nueva herramienta en su vetusto y anterior *grito de guerra*.

c) La apropiación del discurso de los Derechos Humanos en los Movimientos Sociales: ¿una apuesta emancipadora?:

Queda entonces como interrogante el carácter emancipador de los Derechos Humanos, sobre todo para quienes son parte de aquellas comunidades que ejercen soberanía en los espacios residuales del *Ágora*, comunidad política que, como ya hemos señalado, es el espacio que permite la *libertad* y *eudaimonia* de los individuos. En esa línea, desde los estudios críticos del Derecho, y de manera muy astuta, se cuestiona el planteamiento presente en la pregunta “¿*Qué son los Derechos Humanos?*” (Correas, 2006).

Generalmente aquella interrogante pareciera estar orientada a la búsqueda de una respuesta en el conocimiento sensible, asociando indiscriminadamente la historia de los propios movimientos sociales con la historia de los Derechos Humanos, la que en algunos casos –como por ejemplo, en el de las comunidades indígenas- es milenaria y rebasa aquella propuesta discursiva que tiene por origen histórico acuerdos estatales eurocéntricos que muchas veces olvidamos han sido forjados hace menos de un siglo. Siguiendo a quienes adhieren a la Teoría Crítica del Derecho, la pregunta esclarecedora más bien es del tipo: *¿Qué dice el discurso de los Derechos Humanos?* Consideramos que desde allí, y develando los mitos antes expuestos, podemos reflexionar históricamente en torno al carácter emancipador de esta herencia ilustrada.

La experiencia indica que el mito de la universalidad y de la naturaleza humana deviene contra la misma Ilustración y su propuesta atomizada de individuos replegados en sí mismos. Pues, como señala la literatura especializada, “aunque los Derechos son una de las instituciones liberales más nobles, la filosofía política y jurídica liberal se presenta incapaz de atrapar por completo el modo en el que operan” (Douzinas, 2006: 311). El mito de la igualdad natural, ahistórica y neutra ante las formas de opresión entra en pugna con el mundo sensible, en donde los hablantes están dotados de particularidades que los distinguen; demostrando el curso de la historia que la igualdad

no es natural, sino que más bien, -y tal como lo entendían los *antiguos*- es política y moldeada históricamente: sólo somos iguales cuando vivimos comunitariamente, se requiere por tanto que nuestro actuar está dirigido a garantizar dicha igualdad.¹¹²

Así entendido, la *humanidad* bajo la propuesta discursiva que ofrece los Derechos Humanos estaría dada en la medida que *podemos exigir* nuestros derechos dentro del Derecho, es decir, en la medida que podamos *tomar el discurso* emanado desde arriba. Así, el potencial emancipador de los Derechos Humanos está en cómo son interpretados y reconocidos por el Estado los derechos de la forma en que lo determina la comunidad política en los espacios residuales del *Ágora*. O en otros términos, como podemos *expandir y reinterpretar* un discurso que no puede ser monopolizado *desde arriba*.¹¹³ Al respecto, bastante esclarecedor es lo señalado por el filósofo Costas Douzinas:

Las luchas de los derechos humanos son simbólicas y políticas: su campo de batalla inmediato es el significado de palabras tales como diferencia e igualdad o similitud y libertad, pero, si triunfan, tienen consecuencias ontológicas, cambian radicalmente la constitución del sujeto y afectan a la vida de los pueblos. (...) Los derechos humanos no pertenecen a los humanos ni siguen los dictados de la humanidad; ellos construyen a los humanos. Un ser humano es alguien que puede reclamar con éxito los derechos humanos (2006, pág. 327).

El *grito de guerra* presente en los espacios residuales del *Ágora* se presenta en el mundo del Derecho como un discurso que permite exigir y modificar los derechos que permiten cumplir los fines establecidos por la comunidad deliberante. Vale decir que en esa línea han avanzado variados movimientos sociales tendientes a promover un cambio en el campo jurídico, formando redes formales e informales con jueces y abogados, configurando de esa forma las interpretaciones afines a las luchas de los movimientos sociales que generalmente se dan a las *afueras* de lo dictaminado por el Derecho.

¹¹² Al respecto, vale destacar la reflexión histórica que realiza Arendt: “La calamidad que ha sobrevenido a un creciente número de personas no ha consistido entonces en la pérdida de derechos específicos, sino en la pérdida de una comunidad que quiera y pueda garantizar cualesquiera derechos. El hombre, así, puede perder todos los llamados derechos del hombre sin perder su cualidad esencial como hombre, su dignidad humana. Sólo la pérdida de la comunidad misma lo arroja fuera de la humanidad” (Arendt, 2006, pág. 421).

¹¹³ Esta tesis asume que la indeterminación y la política están presente en el Derecho, al contrario de lo que se estima en el paradigma positivista imperante. Al respecto, véase: (Singer, 1984). Dichas características están presentes con toda claridad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase: (Koskenniemi, 2001) y también el ya citado: (Douzinas, 2006).

Sumamente reconocido es el caso del *Movimiento de los Sin Tierra* en Brasil, organización no partidista que ha *expandido* la interpretación conferida a disposiciones constitucionales relativas a la función social de la propiedad, con el objeto de exigir la expropiación de terrenos considerados improductivos. A través de las tomas de terreno y conforme al discurso de Derechos Humanos, dicho movimiento ha fundamentado desde la ley la posibilidad de realizar una acción política derivada de la *vita activa*, siendo el movimiento consciente que la historia del discurso del derecho es distinta a la *propia historia* presente en los espacios residuales del *Ágora* (Houtzager, 2007) .

En nuestro país han sido destacables los aportes recientes de los movimientos feministas, quienes reconociendo que el lenguaje propuesto por el discurso de los Derechos Humanos resulta insuficiente e incapaz de destacar la discriminación estructural de género, han esgrimido propuestas críticas tendientes a develar las problemáticas relativas a la universalidad de los derechos y la configuración abstracta del sujeto caracterizado por la propuesta ilustrada (Iriarte, 2018). De esa forma, el mencionado movimiento social –quizá, es el que con más claridad en nuestros días- reconoce su carácter comunitario, histórico, la necesidad de un actuar político orientado en la búsqueda de la igualdad –en un sentido no ilustrado- y una individualidad de los sujetos configurada con los otros; no despojándose de su propia historia y el reconocimiento de las particulares formas de opresión que deben soslayar, sino que más bien, develados los mitos aquí expresados, buscan subvertir la opresión de aquél Derecho gestado *desde arriba*, sin confundir la historia de dicho discurso con la de la propia *vita activa*.

Finalmente, y en cuanto a aquí respecta, vale destacar el interesante desafío que tienen los movimientos sociales ligados a protección de los derechos de la infancia, sobre todo porque en el Derecho muchas veces se presenta la imposibilidad de que los vulnerados se defiendan *por sí mismos*, lo que puede conllevar el riesgo de derechamente desligarse de las particularidades históricas de dicho grupo.¹¹⁴ O lo que es más preocupante aún: a través del lenguaje jurídico desadaptado de la tierra y fundado –quizás- en nobles pero paternalistas pretensiones, hacer oídos sordos a las voces de los oprimidos, decidiendo, cual movimientos de salvadores del niño, por ellos. Por su importancia para este ensayo, vale remitir dichas vicisitudes en el siguiente apartado.

¹¹⁴ Desde la dogmática de Derechos Humanos, y destacando la importancia y conflictividad dogmática de que se *exijan dichos derechos*, véase. (Villavicencio, 2008).

3.- El Derecho en Democracia para los «huachos» de nuestra época: Mediación con los niños para un horizonte sin opresiones.

Si me dicen que el Estado de Chile es responsable por esas violaciones, eso faculta para que 700 mil o un millón de menores que alguna vez pasaron por establecimientos del Sename, empiecen a demandar al Estado de Chile por su responsabilidad por la falta de servicio. Y si hablamos de crear una comisión de Verdad y Reparación, vamos a tener que crear pensiones para todos los niños que pasaron por el Sename, incluido "El Cisarro". Porque el Estado es el responsable de lo que le pasó a ese niño.

-Dichos de Jaime Campos, ex ministro de Justicia, al responder a quienes exigían respuestas frente a la crisis presente en el Servicio Nacional de Menores.

Como es sabido, cuando Immanuel Kant señalaba que la Ilustración era la superación de la autoculpable *minoría de edad* no se refería a pasar el umbral de una determinada cantidad de tiempo, sino más bien a la posibilidad de que la autonomía de los sujetos los lleve a *pensar por sí mismos*, sin sujeciones externas a la razón (Kant, 1988). Así, la labor de los tutores fue caracterizada como emancipatoria por nuestro autor cuando respondía y estaba orientada en la búsqueda de la autonomía de los pupilos, cuestionando a aquellos que están dispuestos a reemplazar el propio entendimiento, a ofrecer –y dictaminar- a quienes están bajo su cuidado la conciencia moral.¹¹⁵

Siguiendo lo extensamente tratado en capítulos anteriores, consideramos que caminos bastante distintos a la propuesta kantiana se han ejercido sistemáticamente desde quienes injustamente esgrimen el discurso de la protección de los derechos de los niños. Desde inicio del siglo XX se configuró un Derecho pensado para la infancia que reflejó las contradicciones inmanentes del discurso liberal de la élite: disciplinar, oprimir y en definitiva silenciar las voces de los niños provenientes desde *abajo*. Como hemos argumentado, la aporía ilustrada descendió desde arriba para sumergirse y buscar el dominio del torrente de las cloacas, teniendo el objetivo de reformar y silenciar la voz de los niños pertenecientes a aquellos sectores contrarios a los valores del vetusto orden social, destrocando su labor deliberante y restarlos de esa forma del espacio público.

¹¹⁵ Todo lo mencionado es sin perjuicio de que reconocemos que la propuesta de Kant sugiere que bajo ciertas circunstancias la sujeción al gobernante es necesaria. Famosa es la frase ¡pensad lo que quieras, pero obedeced! Bajo lo aquí tratado, un argumento más cercano se encuentra en: (Ranciere, 2002).

Art. 32 (*Ley de Menores*). Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años alguna de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia que en él ha cabido al menor.

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

Como ya hemos tratado en el segundo capítulo de este ensayo, en la *Ley de Menores* la discrecionalidad del juez también se aprecia en cuestiones inconcebibles bajo el modelo “para armar”, la cual además de facultar al juez a determinar el castigo, los sujetos imputables en tanto actúan “con discernimiento” (en su art. 26 n°8), en cierta forma las penas y su duración, le permitía también apreciar la prueba “en conciencia, y *si fuera posible*, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, *cuando lo estime conveniente*” (en su art. 36). En definitiva, cuando la práctica legislativa nos hacía apreciar atisbos de mayores garantías para los «huachos» –en ese entonces, denominados en el discurso del derecho como “menores en situación irregular”-, dándoles la facultad de poder incidir en su propio destino, las sepultaba en incisos siguientes bajo figuras dependientes de una discrecionalidad exacerbada. Más lúgubre que una novela de Kafka, los niños, niñas y adolescentes se encontraban *ante la ley*, la cual no sólo estaba lejos de reconocerlos como sujetos de derecho, sino que además se esforzaba por comprenderlos como un objeto merecedor de disciplina y castigo; y que, por tanto, no se requería considerar su voz.

En definitiva, el sistema de protección instaurado con la primera doctrina de derechos de los niños en nuestro país otorgó extensas prerrogativas al juez de menores, configurándose principios como el interés superior del niño en congruencia con la creencia de que, al margen de principios tan básicos como el de legalidad, la discrecionalidad judicial sin más constituía el mecanismo más idóneo para resolver qué era mejor para el niño en “peligro material o moral”. Como adelantábamos en capítulos anteriores, en dicho contexto el juez no debía actuar en sujeción al Derecho, sino en conformidad a lo que *humanamente* él creía correcto, tomando en consideración el deber estatal de proteger a los niños y, sobre todo, a la sociedad del insoslayable peligro que suponen individuos creciendo en una miseria –un “ambiente”- que determina el actuar delictual.

Bajo ese discurso legitimador, conocido por la doctrina actual como *enfoque tutelar*, se establecieron paradójicamente los cimientos del actual modelo de protección integral de los derechos del niño, que tiene por origen a la mundialmente extendida ratificación de la Convención de los Derechos del Niño. En efecto, el establecimiento del nuevo enfoque que nos ofrece el modelo de derechos es en buena parte heredero del modelo anterior, otorgando a símbolos como el “interés superior del niño” y a la “autonomía progresiva” nuevos significados, que en el discurso del derecho bajo los postulados de la Convención suele reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, pero que el peso de la historia suele conducir a la práctica judicial a conclusiones más cercanas a considerar a los niños, niñas y adolescentes como objetos de una caridad impuesta que encubre –y vale decir, viene a legitimar- el castigo.¹¹⁶

Art 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley normal.

El desenvolvimiento de la dialéctica ilustrada trajo consigo por primera vez en la historia el deber de los Estados para escuchar a los niños, permitiéndoles ser partícipes de la toma de decisiones de su propia vida. A pesar del giro gravitante que se extrae de la Convención de los Derechos del Niño en comparación a las leyes anteriores, la indeterminación presente en el Derecho facilita que en el discurso se mantenga una perspectiva tutelar sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Vale decir, que en conformidad a dicha indeterminación, y al igual que durante todo el siglo XX, en nuestros días el discurso del Derecho puede ser utilizado para avalar el castigo, sin perjuicio de valerse de novedosas consignas que incluso están dispuestas a fundarse de manera osada en los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, principal herramienta que, según la doctrina más progresista en la materia, tiene por objeto justamente el *desarme* del modelo

¹¹⁶ En cuanto a los principios de continuidad del modelo tutelar –en especial el “interés superior del niño”., dotados de un significado distinto tras la irrupción de la Convención de los Derechos del Niño, nos remitimos al trabajo de: (Beloff, 2009) y también (Lepin, 2014)

tutelar (Beloff, 2009). Y es que ante conceptos indeterminados –sobre todo el “interés superior del niño¹¹⁷”, la labor de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes es marcadamente *hermenéutica*, y por tanto, sujeta de forma más evidente a consideraciones políticas presentes en la labor jurisdiccional; pudiendo traer ello un uso minimalista de los derechos humanos.¹¹⁸ Casos recientes como el que involucró a la Revista Paula son un claro ejemplo de aquello:

DÉCIMO CUARTO: Que luego de lo dicho y teniendo en consideración los sustentos fácticos y jurídicos mediante los cuales la Directora del Hogar Refugio de Misericordia, doña Jimena Alejandra Briones Vega, intentó justificar la medida de “prohibición de informar” solicitada, pudiendo colegirse de su propio tenor, que la decisión de efectuar este requerimiento se verificó con ocasión de una llamada telefónica de la periodista Carolina Rojas con la asistente social de la institución, doña Daniela Isler, en la que le informó haber tenido una comunicación del mismo carácter con una adolescente residente en el lugar, quien le habría pedido su ayuda tras manifestarle que se encontraba encerrada en su dormitorio porque le querían pegar, ante lo que sentía mucho temor; aparece en el entendimiento de estos sentenciadores la fundada aprensión de que lo que privilegió tal exhortación, más que intentar la protección de la vida privada de las niñas internas en el hogar, **procuró silenciar las condiciones materiales** en las que se desarrolla, en la práctica, la oferta pública de protección que ofrece el Estado de Chile a las adolescentes embarazadas que se encuentran, además, en situación de amenaza o vulneración de derechos fundamentales (...)

DÉCIMO SEXTO: Que del modo en que se reflexiona, se impone necesariamente razonar que las resoluciones recurridas no han sido efectivamente dispuestas en beneficio del derecho a la vida privada de los adolescentes y de sus hijos y, de este modo, al no recurrir en la especie una verdadera colisión de derechos constitucionales, solo resta concluir que los actos que por esta vía se impugnan son ilegales y arbitrarios, ya que pesa

¹¹⁷ Sin duda este principio, nacido bajo la doctrina de la situación irregular, ha sufrido una reconceptualización con la venida y el desarrollo de la dogmática de Derechos propuesta desde la Convención de los Derechos del Niño. Sin perjuicio de ello, en razón de su indeterminación, su caracterización no es unívoca y es un tema discutido por la doctrina abocada al análisis científico de la materia. Al respecto, véase: (Gómez, 2017, págs. 71-100) y (Lepin, 2014).

¹¹⁸ Sobre la indeterminación del Derecho y el carácter político de éste, sugerimos: (Singer, 1984) y también, en cuanto a derechos humanos y sus consideraciones políticas: (Koskenniemi, 2001). Por último, cabe remitirnos al excelente trabajo hecho por mi amiga Violeta Purán, en donde se explica de manera muy didáctica las consideraciones relativas al Derecho como un discurso, se trata sobre su carácter indeterminado y, de manera transversal a su análisis, se desarrolla el carácter político de la decisión judicial (Purán, 2019).

a que aparecen formalmente fundados en determinadas citas normativas, improcedentes en este caso, no identifican el contenido del derecho que pretenden amparar, ni efectúan, enseguida, la necesaria ponderación que se imponía a los jueces a objeto de permitirles, acaso, restringir el derecho fundamental previsto en el numeral 12º del artículo 19 de la Carta Fundamental, el que de este modo ha resultado efectivamente transgredido, al haberse efectuado de modo absolutamente ilegal y arbitrario una censura previa al reportaje realizado por la recurrente, aserto que como colofón final de las consideraciones que precedentemente y en forma secuencial han sido desarrolladas, determina resolver que la presente acción cautelar debe ser necesariamente acogida (López (Revista Paula) con Leiva , 2016).

Si bien por primera vez contamos con un Derecho que no cosifica explícitamente a los niños, niñas y adolescentes, y que, es más, los reconoce como detentadores de derechos y capaces de *ejercer sus derechos*¹¹⁹, la sentencia impugnada en la cita no sólo eludió la voz de los niños, sino que se atrevió a decidir, cual movimiento de salvadores del niño, *por ellos*. En el caso en comento, el discurso de la protección, con la osadía de fundarse en la Convención de los Derechos del Niño, buscó justamente lo contrario al espíritu que se desprende del nuevo modelo de protección integral de los derechos de los niños. Sin escuchar a las jóvenes involucradas, se esgrimieron las consignas de la protección para impedir la difusión de un ejercicio periodístico que buscaba develar las paupérrimas condiciones que deben soslayar las madres adolescentes que residen en el Servicio Nacional de Menores, incluso cuando dicho reportaje tuvo por móvil los gritos de auxilio de una madre adolescente, teniendo dicho reportaje extremo cuidado en no vulnerar su derecho a la vida privada y a la honra. Aún en nuestros tiempos, una vez más, el Derecho –en su indeterminación- avala que los niños, niñas y adolescentes presentes en las instituciones de protección sean restados de la esfera de decisiones de su propia vida, en tanto se considera que dichos aspectos son exclusivos del mundo de los adultos.

¹¹⁹ Al respecto, citamos el voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade: “Ahora, en esta Sentencia que viene de adoptar la Corte en el presente caso del Instituto de Reeducción del Menor, el Tribunal ha subrayado que la *titularidad* de los derechos humanos reside en cada individuo, o sea, en el *cas d’espèce*, en cada uno de los niños victimados por los padecimientos en el referido Instituto, -y que no admitirlo sería una “restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Así, -me permito insistir- aún en las condiciones más adversas, como aquellas en que padecieron los internos en el Instituto “Panchito López”, inclusive en medio de tres incendios (con internos muertos quemados, o heridos), y aún ante las limitaciones de su capacidad jurídica en razón de su condición existencial de niños (menores de edad), su *titularidad* de derechos emanados directamente del derecho internacional ha subsistido intacta, y su causa ha alcanzado un tribunal internacional de los derechos humanos”. En: (Voto razonado del Juez A.A Cançado Trindade. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, 2004, pág. 8).

Como tratábamos en el apartado anterior, dicha problemática tiene especial relevancia en el rol que asumen los movimientos sociales vinculados a los derechos de la infancia. Los nuevos movimientos sociales en la búsqueda de la *toma del discurso* pueden fácilmente neutralizar la memoria de los niños e inhibir el carácter emancipador de los Derechos Humanos, utilizando el discurso de derechos sólo como una nueva herramienta discursiva para legitimar vetustas prácticas de disciplina que tienen por móvil un enfoque de caridad y paternalista. Y es que vale recordar, que los movimientos de salvadores del niño configuraron un movimiento social, que la historia demuestra que con su enfoque paternalista no tuvo por objeto la emancipación ni el desarrollo de los niños, sino más bien se preocupó de acallar sus voces y apartarlos del resto de la población en búsqueda de mantener la vigencia de los valores imperantes en el orden social.

En nuestros días, vale señalar que se mantiene enfoque de riesgo ligados a la protección de los niños. Como adelantábamos, en el Derecho comparado existen modelos fundados en el riesgo que vulneran las garantías constitucionales de los adolescentes (Case, 2007), y sin ir más lejos, en nuestro país el sistema de responsabilidad adolescente no asegura un efectivo tratamiento diferenciado (Berríos, 2011) –que contemple garantías particulares- a los niños, ni una residencia que contemple las condiciones necesarias para la resocialización de los adolescentes.¹²⁰

La abogada habló conmigo y me dijo que iba a pedir una cautelar, y me dijo “una cautelar y te vai` pa` afuera, pero teni` que condenarte sí”... y lo hice igual, no quería tener problemas y el juez me dijo “yo no puedo hacer nada (...) aceptai` o no aceptai`... si aceptai` te damos la abreviada que le dicen” cuando estay` cara a cara (...) no sabía qué hacer (...) yo quería puro salir po`, tenía puras ganas de salir, ya no aguantaba más y le dije, le dije ya, acepto.¹²¹

Los movimientos sociales que reconocen la memoria de los niños debemos abogar por desatender nuestro actuar de dichas prácticas. Un movimiento en búsqueda de la protección integral de los derechos del niño debe evitar desconocerlos como actores relevantes y protagonistas de su propio destino, reconociéndolos en su autonomía progresiva y su capacidad de deliberar. Una práctica emancipatoria debe entonces ser un espacio de mediación para con los niños, uno que los

¹²⁰ Un análisis sobre *el vivir* en los centros de jóvenes infractores de ley desde los testimonios de sus protagonistas se encuentra en (Labra, 2011)

¹²¹ Cita extraída de: (Labra, 2011)

incorpore en la esfera de sus decisiones, tal y como puede desprenderse de las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño.

La propuesta histórica aquí presentada supone un ejercicio de mediación entre el mundo de los adultos y los niños, fundándose en la memoria de estos últimos. Reconoce que en cierto momento la separación entre adultos y niños devino con el desenvolvimiento del paradigma moderno, recordando que hasta hace no tanto tiempo teníamos a niños trabajando, deliberando en sindicatos y viviendo una vida que difícilmente podía distinguirse del mundo de los adultos; lo cual puede ser encapsulado de muy buena forma en la frase del literato Nicomedes Guzmán: “*Y nosotros, los chiquillos de aquella época, éramos el tiempo en eterno juego, burlando esa vida que, de miserable, se hacía heroica*” (Guzmán, 1972). Y si bien la literatura médica especializada nos sugiere que sin duda niños abocados a la escuela y alejados del mundo laboral es un avance para su desarrollo integral, no debemos sino también reflexionar que en el desenvolvimiento del paradigma moderno los adultos fueron a su vez expulsados del mundo de los niños, que como vimos en el primer capítulo de este ensayo, en buena parte en tanto el juego y los espacios de ocio en los sectores populares fueron contemplados como una figura nociva para los intereses de producción nacional:

Respecto al volantín, éste habría sido traído en el siglo XVIII. Fue tal el entusiasmo que en 1795, y nuevamente al año siguiente, se dictó una orden que prohibió el encumbramiento de volantines en ciertos lugares. En 1796 se condenó a seis días de prisión a todo el que causara daños en los techos a consecuencia de este juego. El bando, dictado por el presidente y a oídos de la Real Audiencia, ordenaba que no se podían encumbrar volantines “dentro de la traza general de la ciudad”, pudiendo hacerse, sin embargo, en cañadas y orillas del río donde el espacio lo permitía sin riesgo.

Vicuña Mackenna, en su crónica sobre Santiago, relataba la importancia que tuvo el volantín en la sociedad colonial y menciona el fervor que provocaba en la población. Era “el más hermoso i el mas querido de los entretenimientos”, una verdadera “pasión popular” de “caballeros, niños i rotos”, además de “clérigos” y “señoritas”, quienes corrían a presenciar las *comisiones* y *chañaduras* (Rojas, 2016, pág. 38).

Si bien la modernidad trajo consigo avances sustantivos –conforme a sus propias premisas, altamente aceptadas en el discurso público- en la calidad de vida de los niños, debemos ser conscientes en que los adultos fueron, en conformidad a la aporía ilustrada, expulsados de golpe

de los espacios de juego, en aquél espacio de mediación con los niños que configuraba al espacio público popular, en donde se convivía y solidarizaba en las distintas causas, las cuales eran reflejo de la propia miseria y el principal móvil de la empatía. Comprender el sentido histórico de dicha separación es también una invitación a que como adultos ingresemos al mundo de los niños, que volquemos nuestro actuar al juego pensado por los niños, orientando las consignas de la protección de los derechos en un sentido alternativo al de quienes lo esgrimieron –y aún esgrimen- para criminalizar e institucionalizar la pobreza.

En definitiva, hablar de los derechos de los niños es una tarea que nos exige escucharlos y hacerlos partícipes de su propio destino, es a su vez una tarea de pensar un futuro sin opresiones, uno en donde la infancia pueda “recibir sin rezongo de los mezquinos eso, tan odioso, pero tan socorrido de esta sociedad nuestra, que se llama *“el privilegio”*, y vivir mientras sea infancia (...) en un estado natural de acaparamiento de las cosas excelentes y puras del mundo, en el disfrute completo de ellas”. Pues, como entienden quienes genuinamente levantaron las consignas de la protección, dicho privilegio es un préstamo hecho “a la fealdad y la bajeza de nuestra vida, para excitarnos, con cada generación, a edificar una sociedad más equitativa y más ahincada en lo espiritual”.¹²² Consideramos que en la búsqueda de ese discurso alternativo reside la apuesta por el horizonte emancipatorio, desde allí y en reconocimiento de las subjetividades de los niños se debería configurar la nueva tarea histórica.

¹²² Las citas en cuestión son extraídas del texto los “Derechos del Niño”, presente en: (Mistral, 1979, pág. 62).

Reflexiones finales.

Para la Historia Social, el análisis de (y con) los sujetos supone no cosificarlos, reconociéndolos como interlocutores válidos para contarnos su propia historia. Así, la labor del investigador consiste en buena parte en reflejar la memoria de quienes (y con quienes) se estudia, considerándolos dignamente como sujetos, sin caer en las perniciosas propuestas que nos ofrece el positivismo, el cual nos invita a esconder en el velo de la objetividad el sufrimiento, el llanto y la voz de los niños.¹²³ Con el objeto de imbuirme y *sentir* lo estudiado, deliberadamente me acerqué a espacios en que pude conocer de primera fuente las problemáticas que azotan a la infancia presente en las instituciones de protección dependientes del Servicio Nacional de Menores; sin perjuicio de ello, vale decir que en una cantidad considerable y significativa de momentos ello fue dado totalmente por accidente.

Hasta hace unos meses atrás un horno de barro era ejemplo de lo que se ha denominado por la teoría económica como la “tragedia de los comunes”. Durante al menos un año en las cercanías de la estación de metro Gruta de Lourdes, dicho instrumento se encontraba abandonado en los bordes de uno de los escasos sitios eriazos del lugar. Allí, varios disputaban su acceso, utilizándolo siempre para la venta de pan horneado, entre siete y ocho panes por mil pesos.

Era un día feriado y con Camila nos acercábamos a quien se incorporaba a la lista de quienes habían osado tomar posesión del horno. Era una mujer de unos treinta y cinco años, preocupada de controlar los tiempos del pan, mientras un niño de tres años y una de dos jugaban a su alrededor. Mientras a mi mente se representaba las historias de las chinganeras que dan comienzo a este ensayo, la pareja de la mujer apareció a los minutos con madera para conservar el fuego del horno, manteniendo siempre un palo en sus manos, volviendo de forma intermitente a las cercanías del lugar. En tanto ella nos explicaba que no volveríamos a ver a quien usualmente trabaja allí, sin aducir mayores razones ante lo evidente, los niños seguían jugando a pasos de las latas calientes, caían al piso de tierra y no lloraban. En minutos la pareja de la mujer se marchó

¹²³ Sobre los fundamentos epistemológicos de la Historia Social, además de las fuentes ya citadas en el primer capítulo de este ensayo, véase la entrevista a Gabriel Salazar que es parte del anexo del presente texto.

definitivamente después de una breve discusión con ella, mientras el niño –de quien lamentablemente no recuerdo su nombre¹²⁴- se acercó a Camila.

- ¿Qué quieres?

- ¿Me da?, respondió.

Había intentado extraer, a vista y paciencia de todos, uno de los largos chicles que Camila tenía en su bolsillo. En eso su hermana apareció, trayendo en sus manos unas uvas de granos grandes, previamente tomadas del suelo, que probablemente habían quedado de los puestos de frutas que suelen estar presentes en el lugar. Su madre las limpia y la deja comer.

- No te preocupes, si quieres me puedes pedir.

El niño partió el chicle en dos, ofreciendo un pedazo muy pequeño a su hermana. Ella llora por primera vez en el rato que llevábamos allí, su madre lo retó y enseguida ambos comparten. Los niños ríen a los pocos segundos, acercándose a nosotros. Inmediatamente después de saborear el chicle, el niño pide el otro que guarda Camila en su bolsillo. Camila se negó con un “shá`, no sei` barsa”, y todos reímos.

- Tío, ¿me acompaña?

- ¿A dónde quieres ir?

- ¡Ah, venga no más!

Lo seguí sin mayores palabras, y al dar unos pasos me dijo que estuviera tranquilo, que él “no me iba a asaltar”. Yo me reí hacia adentro, a primeras cuentas me costó creer que alguien a la altura de mi rodilla me dijera eso, pero sentí que él lo entendía perfectamente: invitar a caminar a solas a alguien que recién conoces puede razonablemente asustarlo.

-No, no voy a ir.

¹²⁴ Al momento de escribir este apartado final, ha pasado un poco más de un año de lo aquí descrito.

Le dije al rato. Me explicó que quería que nos acercamos al otro extremo del terreno, en donde en sus palabras estaba “la casa de los curaos”, pequeños espacios de cartón y latas que eran utilizados para menguar el frío. Él quería ir a “molestarlos” y quitarle algunas cosas.

-Mira, ¿a ti te gustaría que alguien fuese a tu casa solamente a molestar?

-No le entiendo tío.

Me respondió a los pocos segundos, pensativo. Después de que su madre nos diera un extenso monólogo tras preguntarnos a qué nos dedicábamos con Camila, sentí que pude entender con mayor claridad su reacción -¿realmente lo habré hecho?-.

- ¿Y ustedes van a ser buenos abogados? Porque hay unos remalos`. A ellos tengo que traerlos conmigo porque en la casa no pueden estar, quedarían solos y alguien puede entrar y hacerles algo. ¿Qué pasa si alguien entra y me los viola? ¿Va a responder la que me los quiere quitar?

Nos explicó que vivían en un cité, y que recientemente había recibido denuncias a través de las cuales le querían “quitar a sus cabros chicos” por tenerlos jugando mientras ejercía su oficio. Con honor nos contó que llevaba tiempo vendiendo comida en las calles, era su trabajo, era buena en ello y lo exhibía con orgullo.

- ¿Ustedes no van a ser de esos abogados que hacen eso?

Nos preguntó y no aducimos respuesta, era como si tuviéramos un nudo en el estómago. Hasta ese entonces no había comprendido con la debida profundidad aquellas tesis que nos sugieren que la infancia tal cual la entendemos en nuestros días es una construcción histórica, una creación artificial que es producto del desenvolvimiento de variadas instituciones como la escuela, el desarrollo de una determinada forma de caracterizar a la familia, la proscripción del trabajo infantil y el rol que tiene en la educación de los niños dispositivos escasamente cuestionados como la televisión y las nuevas tecnologías.¹²⁵

¹²⁵ Si bien dichos aspectos son tratados a lo largo de este ensayo, vale destacar que una crítica muy certera sobre el rol que tiene la televisión en la educación de los niños se encuentra en: (Bustelo, 2011).

Todo el Río quedó en silencio. No calculaba los sacrificios ni los próximos peligros.

«¿Niños nosotros?»

Nos mirábamos los unos a los otros. Mirábamos al Río y hacia el Puente. Veíamos nuestras vidas huecas y vacías, observábamos los garrotes y puñales que teníamos entre las manos y nos preguntábamos: «¿niños nosotros?»

«¿En dónde está Pinocho con su narizota enorme y quebrada por el manotazo de un furioso gigante? ¿Y dónde el corazón de Pinocho, aquel que perdiera entre los bosques de Ozmur? ¿Será Mostachín? Y Caperucita Roja, ¿será Mayita? ¿En dónde está el Viejo Pascual, el de rojo chaquetín y negro cinturón, ese vejete humilde y sonriente que trae juguetes a los niños?»

«¿Niños nosotros?» (Gómez Morel, 2012, pág. 162)

Dicho extracto de *El Río* de Alfredo Gómez Morel me llevó a recordar inmediatamente el horno de barro y también la experiencia que tuve en mi afortunada visita al Centro de Internación Provisoria y Centro de Régimen Cerrado de Santiago.

- ¿Dónde está la infancia? Me pregunté.

Dicho centro de infractores de ley, como generalmente ocurre también en los centros de protección, estaba dividido en distintas «casas».¹²⁶ Suelen ser habitaciones de varios camarotes unidas por un espacio común, en donde se pueden encontrar mesas para dibujar o hacer collages - ¡pensadas para niñas incluso de dieciséis años! - y sillones. En dicha visita, todas las casas eran similares, salvo una: la que en variados testimonios los niños las denominan como “casas de castigo”.¹²⁷ Nuestra guía nos explicó con amabilidad que era un espacio destinado a la contención de los niños cuando se descompensan, y que a su vez era utilizado cuando se consideraba que la integridad de uno de ellos se encontraba en peligro por las amenazas del resto. A diferencia de los otros sectores del recinto, ese espacio se componía de celdas individuales, teniendo cada una de ellas nada más que una cama de hierro y un colchón. Nos explicaron que, para evitar suicidios, los

¹²⁶ Como ya hemos tratado en capítulos anteriores, ello se funda en el modelo estadounidense pensado por los «movimientos de salvadores del niño». Al respecto, véase también: (Platt, 1997).

¹²⁷ Al respecto, véase: (Llanos, 2017), (Cooper, 2005) y también en (Moreno, 2018).

niños entran desnudos y no se les entrega frazadas, sólo una estufa desde el pasillo se encarga de brindarles calor.

- Puedo entrar, ¿verdad?

En el poco tiempo disponible alcancé a recorrer con la mirada varias celdas por completo, intentando reflexionar sobre qué puede sentir un niño en dicho espacio, sin perjuicio de ser consciente que jamás podré sentirlo en toda su complejidad. Pensé en la ausencia de sectores comunes con las distracciones de los lápices y el papel, sólo la individualidad arrojada allí, muchas veces desnuda, escuchando las voces de los conflictos internos y percibiendo los rastros de quienes estuvieron previamente en dicho espacio. Recuerdo que me conmoví cuando descubrí que uno de los colchones tenía varios escritos a su haber, prácticamente todos ellos eran insultos y reflejos de una mezcla de rabia, sufrir y una memoria estremecedora. El dibujo que más me consternó fue el de un conejo, aquél de trazos simples que puede encontrarse en cualquier colegio del país, pero que tenía la particularidad de tener un globo de dialogo en donde se expresaba un poema - ¡tenía cuidados en las rimas y estructural! - que relataba una cruda experiencia sexual.

- ¿Somos niños nosotros? Me pregunté nuevamente, recordando al *Río*.

En otra de las «casas», tres niños de entre quince y diecisiete años jugaban a las *briscas* con un funcionario, mismo juego que comparto con mis padres y mi hermana menor cuando tengo mis gratas visitas de fines de semana. En cosa de minutos con los “quebrados” –como ellos mismos se denominan por ser infractores de ley- teníamos tema de conversación. Reímos con complicidad. Al rato nos preguntaron en dónde vivíamos, al saber que una de las visitantes era de cierto sector de Las Condes se rieron todos, y el más parlanchín respondió:

-Sí cacho, he ido a chorear pa` allá.

Les dije que era de Quinta Normal, uno vivía en Renca en una población que yo conocía de nombre, él conocía mi lugar de estudios en la comuna de Independencia, rápidamente entramos en confianza. Reímos. Nos invitaron a todos a conocer su habitación.

-Como ve, esta pieza es puro amor.

Nos dijo extendiendo sus brazos con orgullo. El cabro de dieciséis años se refería a las decenas de corazones de cartulina que cruzaban su habitación de costado en costado, era el regalo que les dejó uno de sus compañeros que había recientemente terminado su condena. Al igual que en el cruento dibujo del conejo, esa habitación estaba rodeada de infancia: peluches, fotos de familiares, zapatos ordenados en la alfombra del medio –tal como los ordenaba mi padre en su niñez- y también la foto de un bebé de meses al lado del camarote del niño mayor de la habitación.

«¿Y nuestra escuelita? ¿Será la casucha de cartón y lata en que vivimos? ¿En dónde estará todo lo que este cura llama niñez? ¿En el solitario correr del Río? ¡Hei, don Rupa!, ¿es usted el Mago de Oz? ¿En dónde están aquellas cosas agradables y cordiales que iluminan la vida de un niño y plasman su autonomía psíquica? ¿En dónde están? ¿En dónde están? ¿Dónde es... tán... tán... tán, tán, tán, tán, tán, tán, tán, tán ¡Tan!... ¡Tan!...»

El Río repetía nuestra pregunta y la respondía con el ¡Tan! ¡Tan! ¡Tan! De los tacones policiales que ya se acercaban avanzando por las losas fluviales.

Ahí venían.

No dábamos ninguna importancia al peligro. Primero queríamos saber por qué ese cura nos había llamado «niños» (Gómez Morel, 2012, pág. 163)

Al igual que el dibujo del conejo y de los niños jugando en el horno, aquello que entendemos en nuestros días por infancia se mezclaba con una historia que asemejamos al mundo de los adultos, pero la infancia *allí estaba*: en quienes para la política pública son tratados como otros, como enemigos de la seguridad de la sociedad, como quienes atentan a destajo contra los valores que nos permiten vivir en paz. Hablar con ellos fue recordar mis tiempos en la escuela, las bromas de mis amigos, nuestros miedos e intereses de aquél entonces.

-Ella es mi mami.

Me dijo con mirada atenta una cabra de 14 años, mientras abrazaba fuertemente a una funcionaria. La mujer de unos 45 años –llevaba dieciséis trabajando en el recinto- respondía al abrazo con afecto y procedía a acariciar el cabello de la niña.

-No quiero cumplir dieciocho porque me tocaría dormir sola

Escuché al minuto. Fue lo único que le escuchamos, al igual que la mayoría de sus compañeras de esa «casa» no tuvieron interés en hablar con nosotros. La mayoría estaba estresada fumando en el patio, esperando con una ansiedad comprensible que el juez dictara condena mientras preventivamente estaban en el recinto penal.

- ¿De verdad ellos son distintos?

Me sigo preguntando. ¿Son realmente meritorios de una exclusión basada en aquello que consideramos contrario a las normas imperantes, a una pobreza que históricamente ha sido repelida por quienes deciden el Derecho?

Libertad: Peces en el mar, no en acuarios (Rosario Tapia, cuatro años).

Infinito: Volar al cielo donde hay nubes de algodón (Julieth Vilches, cuatro años).

Niños: Personas felices que juegan (Montserrat Huichaman, cuatro años).¹²⁸

En un reciente trabajo liderado por la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), se confeccionó un diccionario que recoge los dibujos e interpretaciones de niños y niñas, dando uso de la excelsa percepción de los cabros chicos para describir conceptos tan complejos para la racionalidad adulta y, cual dialéctica ilustrada, depurada del sentir: la libertad, la familia, la cordillera y los cuchuflis.

- ¿Ser libre? Significa *ser humano, es lo máximo*. Es como ser Juan Salvador Gaviota en carne humana. No tener mayores límites. Es difícil expresarlo con palabras. Yo conocí la libertad a los 16 años, desde la perspectiva de un niño no sabría decirte, yo sí podría hablarte desde la perspectiva de un hombre libre.¹²⁹

¹²⁸ Todos dichos testimonios son extraídos de: (JUNJI, 2018)

¹²⁹ Véase la entrevista a Edison Llanos que está en el anexo de este ensayo.

En el anexo de este ensayo, si bien Edison Llanos nos advierte que no se siente capacitado para definir la libertad desde la perspectiva de un niño, aduce una definición muy similar a la que aparece en el diccionario publicado por la JUNJI.

- «¿Niños nosotros?». Me respondí.

No cabe sino concluir que la honesta contracultura forjada en las calles y en las instituciones que se arrojan para sí las consignas de la protección merece –y vale decir, nos exige– un estudio profundo, uno que no cosifique, ni moldee desde afuera y verticalmente a quienes por la autoridad hoy son catalogados como otros distintos al resto; pues como ya hemos argumentado a lo largo de este ensayo, son a lo menos unos ciento cincuenta años que desde las instituciones de protección a la infancia los «huachos» son tratados injustificadamente como distintos a nosotros: son los nadies, los otros, animales que están fuera del rebaño, y que históricamente se ha considerado que merecen el encierro en razón de su pobreza.

A los muy queridísimos:

Presidente, Diputados, al congreso y al estado. Les hablan niños, adolescentes y jóvenes, en donde nosotros mismos y sin cerlo (sic) nos miramos como familiares, venimos de distintos barrios, venimos de otras ciudades, venimos de después de las fronteras, desde aquí cada monitor, cada alumno en práctica dedica de su esfuerzo y nos entregan herramientas como educación, cariño, preocupación y como nunca antes comprensión, somos eteros (sic), somos gay, somos lesbianas, somos trans, somos personas con capacidades increíbles que de no ser por pocos que creen, ni nosotros hubiésemos creído, aquí hay arte, aquí hay personalidad, hay inteligencia. Pero:

No hay libros, no hay presupuesto, no hay talleres que puedan dejar estallar nuestras capacidades, no hay deporte, porque es así como podemos aportar. ¿O la cultura no es importante? Bueno también queremos entregar nuestra cultura personal, tenemos opiniones y visiones de este mundo, de esta vida, y de la manera de avanzar, sin lastimar, solo aportando, solo comunicándonos, expresándonos, somos como somos y en lo que somos no somos el problema, somos el futuro y el futuro es el presente.

*Somos gente de abajo.*¹³⁰

La *memoria* de los niños, niñas y adolescentes se enfrenta a la retórica de quienes dicen salvarlos, mientras sus discursos veteranos reflejan la permanencia histórica de las problemáticas que los azotan. Dicha memoria deambula entre el pasado y el presente, jugando con los infructuosos intentos de encapsular en un breve período histórico o presentar como un conflicto exclusivamente jurídico los distintos problemas que disciplinan a la infancia, que vienen a moldearla conforme al dictamen de los adultos que se apropian del discurso de la racionalidad. Es imperativo reconocer que sus subjetividades vienen *desde abajo*, resultado ineludible que un trabajo honesto y que se sensibiliza frente a la historia de los «huachos» se preocupe de escuchar sus voces, interpretándolas sin desconocer que en esta historia ellos y ellas son los protagonistas; una historia en donde el Derecho bajo el paradigma positivista se encuentra incapacitado para comprender el problema en toda su complejidad.

Al respecto, vale destacar que coincidimos con aquella advertencia dada por la Historia Social, la cual nos sugiere que para escribir historia de los niños no es necesario ser “absolutamente científico”, ni “historiador todo el día” o “académico con mayúsculas”, sino que más bien se requiere “posicionarse plenamente, integralmente, de la piel humana”, hacer historia de niños es una cuestión de “piel, de solidaridad, de convivencia, de ser uno mismo, más que de métodos y teorías” (Salazar, 2006, pág. 91). Dicha tarea, consideramos, es a su vez profundamente revolucionaria: pensar con y para la infancia supone, al final de cuentas, preguntarnos cómo concebimos el futuro -siguiendo a los niños: siendo el futuro a su vez el presente-, es un ejercicio de mediación con y para los «huachos», destinado a subvertir una hasta ahora histórica y perenne cosificación legitimada por el discurso del Derecho. En definitiva, se trata de imbuirnos y descender hacia las subjetividades de los oprimidos, transformándonos al conocer su historia, buscando construir un futuro que no nos exige, como diría certeramente el autor de *El Río*, caridad ni dádivas, sino más bien cariño, amor y “solidaridad edificante” (Gómez Morel, 2012). En eso consiste la nueva tarea histórica, y la deuda sin duda es enorme.

¹³⁰ Carta de niños, niñas y adolescentes en situación calle. Extraído de (Fundación Infancia, 2019, pág. 21).

Anexos (entrevistas).

Edison Llanos: “Ser huacho fue mi nombre, mi apellido, mis zapatos, mi ropa”.

A continuación, se exponen extractos de un extenso diálogo entre el suscrito (F.U) y Edison Llanos (E.L), autor del libro autobiográfico “Mi infierno en el SENAME. Ansias de libertad” (2017). Después de un poco más de una hora, también se incorpora a nuestra conversación Sofía Aliaga (S.A), estudiante de periodismo y quien dirige la parte final de esta entrevista. El dialogo fue distendido, con camaradería y por mi parte una profunda admiración por sus historias de resiliencia y los ánimos de Edison de mejorar la labor de las instituciones ligadas al Servicio Nacional de Menores, lo que se expresa en su encomiable trabajo realizado en Fundación Infancia y actualmente en Fundación YNES (Ya no están solos).

En este documento se ha reconocido a Edison como sujeto y no objeto de investigación. Considero que su sentir expresa la memoria de quienes han sido vulnerados en sus derechos, siendo presentar su voz un aspecto clave para reflexionar –vale decir, desde abajo- sobre el cambio social que nos exigen las problemáticas que azotan a los niños, niñas y adolescentes de nuestros tiempos.

I. Sobre ser niño *huacho* en el Servicio Nacional de Menores: “La autodefensa, el autocuidado, la agresión y la agresividad. Esa era la libertad que nosotros teníamos”.

F.U: Me interesa que ahora hablemos en un sentido incluso filosófico, de tu *sentir*. Si los consideras adecuado, agradecería me señales qué significa para ti haber sido tildado como *huacho* dentro del SENAME.

E.L: ¿Ser huacho? Fue mi nombre, mi apellido, mis zapatos, mi ropa.

F.U: Podríamos decir que fue una respuesta institucional.

E.L: ¡Claro! Mucho de mis compañeros quedaron *limitados y validados emocionalmente*. Sé que suena raro unir estos dos conceptos, pero se sienten validados por lo que le dicen estas personas que los cuidaron, a pesar de que les pegaban, los gritoneaban y no lo alimentaban bien. Resulta que mis compañeros nunca más se quisieron educar. Por ejemplo, tuve una compañera que tiene cinco

hijos, se dedicó a la prostitución, vendió droga y estuvo presa. A ella nunca la instaron a estudiar, y resulta que la tienen agradecida limpiando pisos. Es como si fuera un síndrome de Estocolmo.

Yo mucho tiempo estuve agradecido creyendo que te hacen un favor, pero cuando te das cuenta de que por cómo te cuidaron no tienes empatía frente a tu prójimo, que no tienes emocionalidad, *entiendes muy bien el daño que te hicieron*. Aquello no lo percatas hasta que estudias. Yo lo entendí cuando empecé a estudiar Derecho, empecé a entender muchas cosas del sistema, comprendí que lo más importante es preguntarse el *por qué*. Allí tú bien entendías que ellas *no te querían salvar*, lo que querían eran salvarse ellas económicamente.

F.U: También está el riesgo de aquellos que “son salvados” reproducen la violencia con la que fueron educados dentro, ¿no?

E.L: Claro. Yo después de escribir el libro perdí amigos y perdí familia. Cuando decidí hablar curiosamente los amigos ya no aparecieron. *Se fueron cerrando puertas*, de gente que se decía mi familia. El precio de haber contado la verdad es alto, y eso me ha hecho entender por qué muchos de ellos no quieren hablar, no es grato estar exponiéndote. Cada vez que tú te expones es un recuerdo, no llegas bien a tu casa.

F.U: Volviendo a tu sentir: ¿Qué significa ser libre para ti?

E.L: ¿Ser libre? Significa *ser humano, es lo máximo*. Es como ser Juan Salvador Gaviota en carne humana. No tener mayores límites. Es difícil expresarlo con palabras. Yo conocí la libertad a los 16 años, desde la perspectiva de un niño no sabría decirte, yo sí podría hablarte desde la perspectiva de un hombre libre.

F.U: ¿Por qué crees que no podrías hablarnos desde la perspectiva de un niño?

E.L: Porque yo egresé del SENAME recién a los 16 años. Desde la perspectiva de un niño no te sabría responder. Toda mi infancia y parte de la adolescencia la pasé en el SENAME. Mientras los niños de mi edad celebraban sus cumpleaños yo estaba defendiéndome o me preocupaba de no

ser abusado. Esa es la libertad interna que yo conocí. La *autodefensa, el autocuidado, la agresión y la agresividad*. Esa era la libertad que nosotros teníamos.

Esto lo pude entender muy tarde. Hoy tengo cuarenta años. Que es lo que les pasa a mis compañeros, que siguen siendo agresivos. Pero yo con esta imagen pública, intentar hacer lo correcto para defender a una causa. Porque esto supera al Edison Gallardo¹³¹, supera al libro. Lo que estoy haciendo es mucho más grande. He tenido que compartir mesa con partidos que no los quiero, con partidos que son responsables de vulneración de Derechos Humanos de los niños, que tienen contactos con Fundación Opción. Esa libertad hoy se expresa en la lucha que estoy haciendo para cambiar las cosas.

F.U: ¿Cómo crees que nace esa agresividad dentro del SENAME?

En las instituciones no tienes lineamientos y te da miedo caer, y si te da miedo caer recibes un grito. Esos no son lineamientos, son frustrantes. En cosas así nace la agresividad. Cuando uno egresa tiene miedo a ser pobre, compensas la carencia afectiva con lo material. El miedo a volver a ser pobre te hace agresivo. No sabes cómo reaccionar ante situaciones determinadas porque no tuviste lineamientos, no tuviste un padre que te diga: “si no puedes subir una escalera, inténtalo de esta forma o de esta forma”. A mi hija, por ejemplo, le enseñé a bajar la escalera sentada.

II. Sobre la adopción: ¿un nuevo comienzo?

F.U: Me gustaría que te refieras qué implica la posibilidad de ser apadrinado. ¿Fue una forma de escapar de las instituciones? ¿Un nuevo comienzo?

E.L: No era un escape, era lo que había vivido toda mi vida. No tenía que escapar nada, tenía todo asimilado. No era una vía de escape, al contrario, tenía mucho que conocer, tuve como una esponja que exprimir todo lo que estaba viviendo. Sí debo reconocer que significó un cambio rotundo. Llegué siendo una especie de *mogli o un tarzán* y terminé siendo un señor de glastoire. De no saber a hablar terminé aprendiendo hasta para qué sirve la segunda cuchara en una mesa de

¹³¹ En sus libros Edison utiliza el apellido de su madre, en los medios de comunicación se ha utilizado reiteradamente su nombre de cédula: Edison Gallardo.

banquete. Pude aprender a hablar con quienes tienen mucha influencia política hasta con el más pobre. Conocí los dos estilos de vida, gente muy adinerada. A tal punto que fui a un cumpleaños a la Dehesa en donde el regalo del cumpleaños lo bajaron desde un helicóptero. *Tuve las dos aristas, y eso me pulió.* Entonces cuando debo hablar en público tengo la dicción, la educación, en donde es muy difícil rebatir. La gente se pregunta cómo lo hizo porque está estigmatizado el niño del SENAME. Cuando me invitaron los medios de comunicación a contar mi historia esperaban a alguien que vaya a llorar, que vaya mal vestido, que utilizara mucho el coa y que lo único que hiciera fuera transmitir pena.

F.U: Al final los medios de comunicación también reprodujeron un enfoque de caridad.

E.L: Exactamente. Yo lo que estoy haciendo es cambiar ese paradigma, y que entiendan que lo único que nosotros buscábamos era una oportunidad, y que *hemos tenido que hacerla nosotros mismos.* Imagínate que no he podido terminar mi carrera de Derecho por falta de recursos. Tuve una hija con condición especial, debiendo gastar mucho dinero para su mejor futuro. Las oportunidades son tan pocas cuando eres institucionalizado, que terminas rindiéndote. De eso me sirvió la familia de acogida. Para pensar y ser paciente, más paciente que Job. ¿Tú sabes lo que realmente me ayudó? ¿cuándo descubrí que podía ser alguien?

Yo tenía 12 años y unos evangélicos me mostraron la Biblia. Uno tiene tanto tiempo para leer y contar que, me di el tiempo de revisar en la Biblia cuantas veces está la frase "yo estoy contigo". Descubrí que aparece 365 veces, una para cada día. Eso me enseñó a creer en Dios, sin ser evangélico, sin ser católico.

F.U: Eres muy creyente, ¿a pesar de lo que han hecho las instituciones ligadas a infancia? ¿Considerando que varias de ellas están ligadas a la Iglesia?

A pesar de eso. Si estoy aquí, como dice mucha gente, siendo la voz de muchos es porque Él me puso acá. Si de 160 uno haya logrado entrar una familia muy adinerada, que se haya logrado pulir, no parecer del SENAME pero ser de SENAME. A menos que no exista un ser superior, yo no tengo otra explicación, las cosas se han dado, yo no las he pedido. Tengo que creer en Dios. Debo creer y reconocerlo, es lo que pienso.

F.U: Volviendo a nuestro punto de partida, ¿qué rol atribuyes a la adopción?

Siento que la adopción es una puerta. Pero ya cuando ya se han hecho todos los despejes, cuando la familia es la que vulnera y se sabe que el niño no tiene tercero significativo. Cuando se sabe y se han hecho responsablemente todas las investigaciones habidas y por haber sobre el núcleo familiar, ahí la adopción es una oportunidad. Antes no. La adopción se ve como el medio mercantil rápido.

E.L: ¿Por qué mercantil?

Porque para que el niño salga al extranjero, el proceso cuesta entre cuatro y catorce millones de pesos. Estas organizaciones ganaron en el año 2016 ganaron seis mil millones de pesos por concepto de adopción. 514 niños fueron enviados al extranjero mientras que 164 en Chile.

Y dicen que para los chilenos no hay niños. Es un negocio, exportamos niños. ¿Por qué no en Chile? Arrebatan a los niños de sus raíces. ¿Por qué no hacerlo en Chile? ¡Hay profesionales solteros! El orden de prelación según la ley establece que los solteros quedan al final. La familia compuesta por madre y padre, y después la familia extranjera. El soltero queda en último lugar, busca adoptar a alguien de dos años y le entregan un niño de siete u ocho años.

F.U: En tu caso, ¿alguna vez intentaron enviarte al extranjero?

Sí, a Alemana Federal.

F.U: Y mantenías contacto con tu madre biológica...

E.L: Sí, de hecho, eso estará en el segundo libro.¹³²

¹³² Prontamente Edison publicará su segundo libro “Esperanzas en el infierno”, continuación del primero.

III. Sobre ser activista de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

F.U: Debo decir que cuando hablas de todo esto lo haces con mucha pasión.

E.L: Cuesta, porque para el Estado chileno eres el enemigo del Estado.

F.U: Un mal agradecido.

E.L: ¡Pero si el Estado no me dio nada!

F.U: A eso me refiero, siguen la lógica de la caridad.

E.L: Así es. Mientras ellos vean la situación infantil como caridad y no como una política pública de integración, pero sobre todo de inclusión, nunca el SENAME realmente va a cambiar. Y ojo, integración e inclusión son conceptos distintos. Tú integras acá, y el grupo puede estar allá ¡y no se mezclan! Pero si tú incluyes este niño del Servicio Nacional de Menores, perfectamente puede ser un médico prestigioso, un abogado de la Corte Suprema, un director de Carabineros. Si buscas en la historia de los postulantes de la Corte Suprema ¡ninguno solo del SENAME!, que trabaje en un cargo importante en un hospital público, un director de un SESFAM, un alto cargo en las Fuerzas Armadas o en un Registro Civil ¡ninguno! Las entidades públicas son las que más hablan de inclusión y ellos son los que más excluyen. Deben darnos las oportunidades.

F.U: Cuéntame cómo comenzó tu trabajo en Fundación Infancia¹³³

E.L: Nosotros la formamos.

F.U: ¿Cómo fue ese proceso?

E.L: Fue raro. Yo comencé en una organización civil que se llamaba Unión Nacional por la Infancia. Y la persona que me había escogido, empecé a notar que su interés era figurar más que pelear por mejorar las cosas. Peleaba y no daba ninguna propuesta concreta, era un robotín que

¹³³ Al momento de la entrevista, Edison era parte de Fundación infancia.

repetía la Convención de los Derechos del Niño. No era convincente, a tal punto que a mí me llamaron para exponer en la Comisión Sename II.

Con él tuvimos conflictos. Me di cuenta de que incluso en este ambiente existe mucha desidia hacia quien logra poner el tema en la palestra. No es por tirarme flores, a la prensa le interesaba al hijo adoptado del Tío Memo. A la prensa amarillista eso era lo único que le interesaba. Siendo ajedrecista, utilicé el interés de la prensa en utilizar esa instancia para luchar con argumentos y poner el tema en la palestra. Uno debe alejarse de quienes buscan sólo figurar, es una carga psicológica y laboral tremenda. Yo podría decir "esto no me interesa", perdí amigos, yo no busqué figurar. Los grandes próceres de las luchas corren riesgos. Acá en Chile los activistas son asesinados. Entonces es mucho lo que uno arriesga.

Hoy en día me llaman desde los medios de comunicación. Si revisas base pública te das cuenta de que mis columnas son de las más leídas. Y todo lo hago ad honorem, a diferencia del funcionamiento de otras fundaciones en donde los dirigentes reciben una remuneración.

F.U: ¿Consideras que la falta de financiamiento dice relación con que la problemática del SENAME está invisibilizada?

E.L: Puede ser eso, pero también es porque esto se ve como caridad, no como derecho. No se considera que los derechos del niño deban ser respetados, lo que supone una obligación para el resto. Así como el movimiento feminista levantó una lucha, que lo mismo sea para los niños. Allí es cuando yo me pregunto. Aborto en tres causales, marihuana libre, ley cholito: 15.000, 20.000 y 30.000 personas en las calles ¿y el SENAME?

Yo entiendo, el aborto afecta tu cuerpo. La marihuana tu libertad. La ley cholito tu libertad con tu mascota. ¿Y los niños del SENAME en que te afectan? Cuando lo pregunto en las charlas todos me dicen: en nada. Y entonces pregunto ¿qué hace tu padre? Mi papá es taxista, tiene un negocio. Entonces claro que te afecta, con tus impuestos se están vulnerando derechos, si te callas eras tan responsable, un cómplice silencioso. Allí es donde está el compromiso social.

IV. La formación de la identidad de los niños dentro del SENAME.

F.U: ¿Recuerdas que te hablé del Río de Alfredo Gómez Morel? Una de las similitudes que pude percatar con tu historia es que en cada lugar que iba a él le cambiaban el nombre. Su identidad dependía en buena parte dónde se encontraba.

E.L: Es lo que te comenté al principio cuando me preguntaste qué significa ser huacho. Era la identidad, tu apellido, vestimenta, zapatos. Esa palabra para ahora que uno es grande y tienes mayor conocimiento para entender el significado y el trasfondo que eso implica sientes que fuiste *vulnerado de palabra*, verbalmente. Pero a la edad de dos a cinco años lo naturalizabas, *era tu identidad*. Hace poco tuve una discusión con quienes alardeaban de que habían llevado a niñas del SENAME directo a la Universidad. Entonces yo voy y les pregunto ¿cómo es que una niña de dieciocho años sale del SENAME? ¿Cómo una niña está institucionalizada, sin familia, durante dieciocho años? ¿De verdad creen que ella terminará fácilmente una carrera? Es lo que me pasó a mí: alcancé mi libertad y me costó tener una relación afectiva, relación con lo emocional.

Te lo explico de la siguiente forma. René Spitz, cuando hizo experimentos con niños abandonados en hospitales, descubrió que si un niño hasta los seis años no tiene relación afectiva, éste puede morir. De hecho, si no existe esa relación afectiva, la sustancia gris y la sustancia blanca nunca logran coordinar en niveles óptimos. La sustancia gris es emocionalidad, es la que te permite sentir empatía, amor cariño; mientras la sustancia blanca es la que te da sentido de protección, sentirte integrado a una comunidad, la que te da sentido de pertenencia. Es como lo hacen los lobos, en manada, cuando un lobo pelea con su grupo es expulsado de la manada. Ese sentido de pertenencia lo logra la sustancia blanca, el sentido de pertenencia a una respectiva comunidad, familia, como quieras llamarlo. Si no logras una familia que te da eso, vives desadaptado toda tu vida, y eso es lo que nos pasa. De hecho, cuando tú egresas te dan un papel blanco, en donde están anotados todos los números de residencias de albergues asociados y los números de emergencias por si algo te pasa. En la otra mano tu ropa, ¡como *al chavo*, cuando lo acusan de ratero! Una bolsa negra. ¡Qué más indigno que eso! Te tratan indignamente, te quitan a tu familia y más encima te echan indignamente.

S.A: Por lo que nos cuentas, pareciera que no existe ninguna conexión emocional entre los cuidadores y los niños.

E.L: No existe conexión emocional. Es lo que te decía del afecto, del experimento de dejar una huella genética de los niños. A los dos años el niño va a saber quién lo quiere, quien no, como mi hija, que sabe a quienes darle los brazos. Si vas a un internado, te darás cuenta de que los niños le levantan los brazos al primero que ven, y la planta de su mollera es completamente plana porque las únicas veces en que lo sacan de la cuna es para darles comida. Cuando les dan la mamadera se quedan mirando el techo. No hay ningún tipo de estímulo, ningún tipo de estímulo para su desarrollo cognitivo ni afectivo.

René Spitz descubrió que estar institucionalizado es ser proclive a la depresión endógena, la anorexia, la bulimia, el insomnio, los instintos suicidas. Él propuso la teoría del apego seguro, el apego equivalente. Eso es lo que se está creando en las instituciones de protección del Servicio Nacional de Menores, está creando posibles máquinas de delinquir, máquinas de matar, está creando niños completamente apartados del mundo.

V. Sobre las reglas dentro del Servicio Nacional de Menores: “o te *adaptas* o te *adaptas*”.

F.U: Una forma de paliar todos aquellos problemas, y que expresa nuevas formas de vulnerabilidad es la medicación de los niños. ¿No?

E.L: Eso siempre ha existido. Como no se cuenta con psiquiatra constantemente, se da uso de la última receta. Es una forma de contención, la cual te hace adicto. Yo salí adicto al rabotril, ansiolíticos, a la proxitina, eurindacina, al froxalam. Yo tenía cajas.

S.A: ¿Cómo las conseguías?

E.L: Las conseguí dentro del centro, no por un médico. Allí aprendí a abrir autos, cómo no iba aprender a tener remedios.

F.U: ¡¿Dentro del Centro?!

E.L: Aprendí a abrir autos, a robar billeteras. Y no por querer, porque *estás obligado. Te adaptas o te adaptas.*

F.U: Si no te adaptas, ¿no sobrevives?

E.L: Es que a eso le llamo la adaptación. Es el medio que conoces. ¿Has estado en Paraguay? Yo viví en Hohenau, una provincia que queda al interior de la selva amazónica, en la triple frontera entre Paraguay, Argentina y Brasil. En Hohenau hay una colonia alemana, que sólo vende productos alemanes. Los yogurts que venden tienen que ser “colonial”, si te ven comprar de otra marca la misma Colonia te cierra las puertas, pierdes trabajo, pierdes todo. *Eso es adaptarse*, es la misma temática que existe dentro de los centros: o te adaptas, o te obligan a adaptarse. Te adaptas o *te obligas a adaptarte*. Es un comportamiento social implícito, no está escrito en ninguna parte. Pero *son las reglas*. Y las reglas se cumplen, el que no está con ellos está en contra de ellos. Es el sapo, por ejemplo.

F.U: Al final de cuentas crean *su propio Derecho*. ¿El castigo por romper las reglas es la exclusión?

E.L: Yo siempre cuento esta historia, espero que la entiendas, no es grato contarla. Cuando yo tenía 16 años, todavía tenía la mente y el pensamiento de un niño de 10 años aproximadamente. La familia que me acogió vivía en uno de los barrios más acomodados de la ciudad, tenían muchos recursos, lugar que se llama *Cuatro Esquinas*, arriba del barrio San Joaquín. En aquel entonces era como la Dehesa.

Para tomar el colectivo debía bajar de Cuatro Esquinas, una bajada inmensa, me demoraba unos veinte a cuarenta minutos aprox. Yo bajaba corriendo y todavía creía que como *Superman* podría llegar volando a mi destino. Imaginaba que no tenía que tomar el colectivo, sino que podía cualquier fin de semana podía llegar volando a mi casa. Rompía camisas, me abría el pecho, hasta que me rendí, después de 15 o 16 intentos. Y me rendí, me dije: no voy a volar.

Empecé a admirar a Flash, y empecé a correr. Bajaba corriendo. Yo creía que corría rápido, porque había un auto que curiosamente siempre me veía y bajaba la velocidad. Nunca entendí por qué él lo hacía, quizá le daba pena, creía que estaba loco o era para hacerme un favor, no te podría explicar la motivación de ellos. Yo creía que corría rápido, hasta que me di cuenta de que no podía correr como Flash.

Hasta que leyendo un día conocí a Luke Cage. Es un personaje que cayó preso por un delito que no cometió, experimentaron con él, haciéndolo resistente a los golpes y con una fuerza descomunal. Ahí me identifiqué con él, era de barrio pobre, moreno, migrante, tenía todo en

contra. Y yo dije, bueno, yo también pagué por un delito que no cometí, que fue la pobreza. Me volví agresivo, y empecé a echarle la choria` a la gente, la falta de control de impulsos.

Es lo que te decía. Cuando no tienes lineamientos, te frustras cuando algo no lo pudiste lograr. Te frustras a tal manera que descubres la forma de hacerlo, por tu mérito, por tu actuar. Hasta que un día me sacaron la cresta y media, y me di cuenta de que no podía ser Luke Cage.

Ahora de viejo pienso todas las veces que quise ser superhéroe, con el pensamiento de un niño de 10 años. Es lo que te dije hace un rato, la institucionalización te atrasa.

Cuando mi hija tuvo su pieza le compré un espantacucos. Y entonces me di cuenta de que no era para ella, era para mí. Y fue en uno de esos análisis que hice cuando estaba escribiendo el segundo libro, llegué a la conclusión de que siempre voy a ser un superhéroe. Cuando logre hablarle al niño que tengo en el interior, y apagar el espantacucos, y decirle, ya nadie va a tocar, duerme tranquilo, ya nadie va a taparte la boca porque nadie va a saciar tus apetitos sexuales contigo. Ese día, cuando logre apagar el espantacucos y duerma abrazado con mi hija, sabré que soy un superhéroe. Pero de mí mismo, de nadie más.

Entonces, volviendo a tu pregunta. Creo que esa es la mejor forma de explicar o te adaptas o te adaptas. No hay opciones, porque convives con ellos 24 horas al día, y en algún momento vas a dormir. Nadie puede estar despierto una semana seguida. Tuve que aprender no más. Nunca lo utilicé, yo les llamé habilidades –hay que ser hábil para abrir un auto-, hoy otros hicieron de eso su vida y están pagando condena. Pero yo ya no puedo hacer nada por ellos, si por los que vienen, los que están, los que van a estar.

VI. Sobre la lealtad y la solidaridad como valores en el Servicio Nacional de Menores.

S.A: ¿Con respecto al trabajo que estás haciendo, estás actualmente vinculado a alguna fundación?

E.L: Hace poco le dimos forma a Fundación Infancia. Tenemos Sede, antropólogos, sociólogos, abogados, asistentes sociales, psicólogos. Todos ad honorem. Mi trabajo es otro, soy gestor comercial en un centro médico que, por cierto, fue la única empresa que me dio la posibilidad de trabajo.

S.A: ¿Te costó ser parte de una empresa?

E.L: Siempre trabajé individualmente. Cuando administré la empresa familiar éramos pocas personas, dirigíamos todos desde una Central. La empresa familiar tiene 46 radios en todo Chile, todo es por teléfono. Trabajar acá en el Centro Médico con más gente, significa participar de actividades. La próxima semana es el paseo de la empresa, y es primera vez que tengo algo así.

Yo soy desconfiado con el resto de la gente en cuanto al comportamiento, no con mi grupo de amigos, con quienes no tenemos confianza. Pero para llegar a ese punto, yo por lo menos necesito entablar una relación con la persona unos dos o tres años. Y a pesar de eso, no es seguro que yo lo ingrese a mi círculo, mi grupo es muy chico. Y la gente me pregunta, ¿no confías en mí? Y claro, no porque yo tenga tu confianza tienes la mía. Soy muy selectivo, lo que no soporto es la deslealtad. Yo no transo con la deslealtad, porque ese es uno de los códigos que uno aprende institucionalizado, la lealtad. Muchas veces, gente de tus enemigos, los que te golpearon te los ganas por deslealtad. Cuando algo ocurre y no lo acusas te ganas su lealtad y te ganas la protección. Es un sentido que yo no transo, la lealtad para mí es el único valor intrínseco que puede dar a conocer lo mejor de una persona. Para mí, yo las personas las conozco en dos oportunidades: en la mesa y en el juego. Eso lo aprendí en el internado, si la persona no sabe comer es porque no tiene una familia constituida que le enseñó valores para sentarse a compartir con otro, y si alguien en el juego no sabe perder es porque no tiene dignidad. Y en esa gente yo no confío.

F.U: Y esa lealtad que nos cuentas, ¿consideras que trasciende a todos los niños institucionalizados?

E.L: A todos.

F.U: ¿Incluso a los actuales “delincuentes”, por ejemplo?

E.L: A todos. Un delincuente que sale del Servicio Nacional de Menores no va a asaltar a otro que lo vio o conoció. Y me ha pasado. En Castro me pusieron una navaja al cuello, y el gallo me reconoció como el “Chuñusco”, ese era mi apodo. Me dijo, ¿Chuñusco, soy yo? Y se puso a llorar. Me contó la vida de dos compañeros que habían muerto, otro que estaba pagando condena. Y en Castro, ¡nosotros éramos de Coquimbo! ¿Qué posibilidades tienes de encontrar a un excompañero en Castro?

Yo tuve la oportunidad que muchos amigos no tuvieron. Viví en Brasil, Paraguay, fui de vacaciones y buscando horizontes. Pero ¿qué posibilidades tiene un niño del SENAME de conocer Chile de extremo a extremo? Yo creo que, de mis compañeros de internado, somos dos los que conocemos Torres del Paine. ¿Me entiendes? ¿Y encontrarte a otro allá? ¡En Castro!

VII. Sobre escribir el libro “Mi infierno en el SENAME: ansias de libertad”.

S.A: ¿Cuándo surgió en ti esta necesidad de relatar tu testimonio, tus ganas de ayudar al resto?

E.L: Yo no quería ayudar a nadie. Yo quería seguir mi vida, ya me había identificado como el hombre de sangre azul, ¿cachai?

F.U: ¿Podrías explicarnos por qué?

E.L: Porque la familia que me había adoptado de muchos recursos era de Vitacura, todas mis compras las hacía en el Parque Arauco, yo me codeaba con lo más alto de la sociedad, de la farándula. Como tú sabes, quien me adoptó es una persona respetada y honrada de la televisión chilena. Yo en 2011 creí que no tenía pasado. Era algo que me faltaba, yo era feliz, viajaba por todo Chile, me quedaba en los mejores hoteles, todas las posibilidades.

F.U: Entonces, ¿qué te llevo a escribir el libro?

Yo no quería dejar esa vida cómoda. Era muy respetado en el ambiente de la radiodifusión, uno de los más respetados de la ARCHI. Tanto así, que un día Movistar no nos pagaba a pesar de que nosotros le arrendábamos una torre en la Serena y Antofagasta. Yo llamé y les dije, si ustedes no me pagan a las 4 de la tarde les voy a cortar la señal. Sin mentirte y te lo juro por Dios, a las 12.30 del día el pago estaba en la puerta, con un correo pidiéndome disculpas. Entonces cuando logras ese poder, el ego se adueña de ti de una forma que no sabría explicarte. Yo me olvidé de mi pasado, para mí es como si siempre hubiese sido sangre azul, a pesar de ser moreno y chico.

Lo que me faltaba era formar familia. Y a mi señora, después de 37 años, me dijo que quería ser mamá, y yo sin intenciones de ser papá. Obviamente tenía una historia que nunca fue tratada psicológicamente, y el poder que había tenido se llevaba la poca conciencia que me quedaba. Le dije que no quería ser papá. Y ella es tan comprensiva que me dijo: entiendo tus miedos. Y esa noche no pude dormir. ¿Qué miedos tengo? Hice una lista, era más grande la cantidad de miedos que tenía que enfrentar que lo que estaba viviendo. Fueron dos páginas completas, piensa que

llevábamos siete años juntos, y que una mujer te hubiera aguantado con todas tus trabas siete años juntos, y que más encima te diga que seamos padres, y que te aguanta porque tú no estás preparado. Me puse en su lugar y le dije: seamos papás.

Quedó embarazada, vamos a la segunda ecografía y el ecógrafo nos dice que hay un problema: “su hija no va a resistir fuera del vientre materno”. Mi mujer lloraba a mares, no te sabría explicar con palabras el contexto de esa escena. Era incontenible, y cómo te explico, la falta de emocionalidad, me hacía no abrazarla. ¡Cuando ella más lo necesitaba! ¡No sabía cómo actuar! No sabía si agarrarla del pelo, abrazarla, por mi falta de emocionalidad. Recién ahí me di cuenta del tremendo daño que me habían hecho en el SENAME.

Le tomé la cara y le dije que no se preocupara, que esa niña iba a cumplir 15 años. Y cuando estuviese en plena aborrecencia (como le digo a la adolescencia) yo le iba a entregar el libro del papá, y que ella iba a saber que estaba en una situación mucho mejor que la que vivió su padre. Me dijo, ¿qué libro?, yo le dije el que se empieza a escribir hoy mismo. Esa fue la motivación.

No sabía cómo empezar a escribir. Empiezo a subir extractos a mis redes sociales, y me contacta una periodista que en ese entonces trabajaba en Revista Qué Pasa. Empiezo a hablar con ella, y me empieza a contar la historia del libro, y en la tercera reunión me dice “no puedo seguir juntándome si no me presentas al autor del libro”, con él estás hablando, le contesté. En el reportaje hablaron más de mi vida que del libro, pero nunca fue la intención de hacerlo para Chile. Nació para mi hija y para mis amigos cercanos. Eso significó perderlo todo.

Por eso te decía recién, es una mochila demasiado pesada. Si me hubieran preguntado en 2015 que quería cargarla, diría que no. Pero cuando veo el desarrollo, que diputados utilizan el libro como argumento para defender sus tesis, cuando veo que hay una sociedad que está dispuesta a respaldarme, entonces, lo hice bien. Y quizá no perdí lo honesto, perdí lo deshonesto. Y me limpié. Cuando yo descubrí que lo que yo viví hace tres décadas aún sucedía, me pregunté qué estaba pasando en Chile. El libro está de mucho antes que estallar el tema de SENAME.

Gabriel Salazar: “Es muy importante escuchar el llanto, el sufrimiento de los niños, interpretarlo y asumirlo como su voz”.

Agradecemos una vez más al profesor Salazar por haber sido participe de la entrevista aquí anexada. La transcripción se ha separado en III bloques: (i) una introducción, en donde se esboza a grandes rasgos la estructura del ensayo aquí expuesto y los puntos a tratar en la entrevista; (ii) se discute sobre los fundamentos epistemológicos de la historia social y las particularidades de hacer historia de niños; para finalmente (iii) discutir sobre el rol que tiene el Derecho en la (auto)educación de los niños (y también de nosotros, los adultos).

I. Introducción

F.U: La tesis parte con un, podríamos decir, título preliminar. En él se utiliza lo que Horkheimer y Adorno denominaron “la dialéctica de la ilustración”, para a través de dicha tesis realizar un análisis transversal a cómo la idea de libertad *para los de arriba* de alguna u otra forma supone la disciplina para *los de abajo*. Analizo las principales leyes relativas a infancia en tres periodos, siglo XIX, XX, XXI, pero no solamente me aboco a un análisis normativo...

G.S: ¿En general o sobre Chile?

F.U: Sobre Chile.

G.S: Ya.

F.U: Es un análisis desde abajo. Parto desde los testimonios de los sujetos, que de alguna u otra forma han tenido un vínculo con estas instituciones, para después llegar a la ley; porque bueno, la ley habla de protección cuando lo que hace derechamente es castigar.

Entonces, si bien durante el siglo XIX me percaté que no existe una ley específica para la infancia, desarrollo cómo dentro del paradigma moderno, de incesante búsqueda de la producción nacional, se realizan distintos paliativos para subvertir la intensa mortalidad infantil que es bastante conocida. Y desde ahí surge, desde ese movimiento principalmente higienista, el discurso de los derechos de los niños. El problema es que, al ser un discurso ligado a la ciencia médica, y

cual dialéctica ilustrada, va a estar inexorablemente unido con el positivismo criminológico, que nos viene a decir: "bueno, nosotros podemos, analizando el ambiente de los sujetos, anticiparnos a las conductas delictivas; entonces este niño va a tener el derecho a ser encerrado a pesar de que no haya cometido delito previo". Esa es la gran problemática que se extiende durante todo el siglo XX. De allí surgen las leyes de los derechos de los niños, explícitamente para sancionar la infancia empobrecida, no para protegerla. Y desarrollo eso en el segundo capítulo, analizo el diseño institucional de protección a la infancia, siguiendo siempre el desenvolvimiento de la dialéctica ilustrada. Dicha dialéctica se expresa finalmente en el discurso de los Derechos Humanos, y ese es el tercer capítulo.

La pregunta final de la tesis, y lo que hasta ahora me ha traído mayores dificultades, es si un Derecho gestado desde arriba puede contribuir en una emancipación para los de abajo. Sobre todo, considerando que es un Derecho que no fue creado por los niños, quienes si bien no crean un Derecho positivo, *sí tienen sus propias normas*. Me pregunto si el Derecho puede permitir esta vez su emancipación y subvertir las históricas opresiones que han sufrido. Ese es el gran esquema.

GS: El esquema gordo...

FU: Y finaliza con la entrevista a un niño huacho –bueno, hoy tiene cuarenta años- que, cuando leí su autobiografía, pude percatarme que varias veces dentro del SENAME les decían huachos, y en una ocasión él señaló explícitamente "como nos dijeron una vez, nosotros éramos los huachos hechos un cacho del sistema". En buena parte desde la lectura de ese libro surgió la idea de analizar el SENAME desde la perspectiva de los niños huachos.

Lo ideal es discutir en este tiempo en torno a los fundamentos epistemológicos de la Historia Social, que en verdad yo los tengo bien manejados, pero sería bueno tenerlo sistematizado como forma de entrevista; la sensibilidad frente a los niños para un análisis histórico-social; y finalmente, y eso es lo que en realidad más me interesa, tengo mis problemas hasta el momento respecto al capítulo que estoy terminando, es cómo entendemos el Derecho desde la Historia Social, cómo caracterizarlo, si es posible reinterpretar el Derecho a pesar de no ser los creadores de las normas.

II. Sobre los fundamentos epistemológicos de la Historia Social y las particularidades que implican escribir la historia de los niños.

F.U: Me gustaría que nos aclare cuáles son los fundamentos epistemológicos de la Historia Social, y bueno, sé que el tiempo es escaso, pero por qué podemos decir que es una teoría revolucionaria. A grandes rasgos, metodológicamente hablando. Sé que da pa` tres horas y más...

G.S: Para hacerlo resumido, y partir de una cápsula como le dicen, la Historia Social se caracteriza o se ha caracterizado hasta ahora, porque intenta alterar la distancia gnoseológica o cognitiva sujeto - objeto. Que es una distancia construida desde la perspectiva de las ciencias naturales, ciencias físicas y ciencias duras, por el concepto de la distancia sujeto - sujeto. Es una distancia más bien comprensiva, no de conocimiento objetivo.

F.U: Sí.

G.S: Y, partir de una concepción epistemológica de ese tipo, sujeto - sujeto, uno parte del hecho de que tú no eres para mí un objeto que yo no pueda conocer por dentro, porque tú eres por dentro igual que yo por dentro. Tienes sentimientos, tienes ganas, tienes instinto, memoria. Te puedo comprender por dentro, que no es lo mismo que conocer, o conocer de otra manera, porque el conocimiento clásico, en palabras de Kant, es fenoménico, un fenómeno está allá y yo estoy acá. La otra palabra que dice Kant es si el conocimiento es fenoménico objetivado es porque yo no puedo conocer el objeto por dentro, o sea, neuméricamente. La recepción de la Historia Social, al contrario del positivismo, parte por la idea de que es posible que yo te comprenda, porque eres un ser humano igual que yo, sufres igual que yo; entonces partimos de un concepto neumérico, no fenoménico. Y eso implica la posibilidad de que el conocimiento sea un diálogo. Tú eres una mente, tú eres un sentimiento, tú eres un sujeto, yo también: dialoguemos. Entonces el conocimiento no es la construcción de una verdad desde un lado, del científico frente al objeto que no hace nada salvo dejarse conocer, sino que aquí en el conocimiento hay dos lados, hay dos sujetos en diálogo. Entonces el conocimiento se construye: "me interesa conocerte, pero en la medida que te hago hablar de ti mismo, tú muy pronto vas a comenzar a investigar a mí mismo entonces muy pronto nos vamos a conocer los dos".

F.U: Claro.

G.S: En ese sentido, la Historia Social frente a problemas como el del niño, se sitúa en una posición de comprensión. No sé si te acuerdas, si es que leíste alguna vez el discurso del Niño Huacho que yo lo escribí.

F.U: Sí.

G.S: Termina diciendo al final, el tema del conocimiento del niño es una cuestión entre el niño y yo. Los dos allí nos entendemos. Es cuestión de nosotros, los dos, ustedes no se metan. La Historia Social tiene esa particularidad, por eso que trata de comprender al sujeto como sujeto en sí mismo, ojalá que hable el mismo sujeto de sí mismo. Eso es lo ideal. Nos preocupamos de eso, del diálogo, que el otro se exprese, que vaya construyéndose a sí mismo a través de lo que se expresa. Por eso la Historia Social *acompaña* los procesos, lo acompaña, es como un espejo, y al reflejarte tú en ese espejo te vas desdoblado en cierto modo y vas logrando objetivarte a ti mismo en un conocimiento que cada vez es más sistemático. Por ese lado la Historia Social plantea una revolución epistemológica, con respecto al positivismo histórico, que se plantea nada más que trabajar con documentos, datos objetivos, con críticas de cada documento para demostrar su objetividad; y plantea esta otra posibilidad que lleva hacia la comprensión de dos sujetos, el sujeto que estudia y el sujeto estudiado, que al final es un autoconocimiento en la idea que ambos al conocerse mejor actúen de consuno como un sólo sujeto o sujeto social, como proyección a futuro. No solo la retribución del pasado sino proyección a futuro. Esa es la gracia de Historia Social, dicho en cápsulas.

F.U: Comprendo, pero me surge la siguiente duda: ¿qué complejidades tiene hacer una historia de niños cuando, quizás, puede ser muy difícil dialogar con los niños en comparación a un adulto? Ello puede apreciarse semánticamente en la delimitación de los conceptos, o la deliberación de los niños, por ejemplo. ¿Cómo se diferencia, por ejemplo, metodológicamente hablando, hacer un trabajo grupal con pobladores que con niños?

G.S: Claro, el gran problema de trabajar con niños es que ellos no tienen ni la memoria extensa que uno tiene, ni el lenguaje evolucionado que uno tiene. Pero lo que uno aprende ligerito de los

niños es que *sienten más y mejor que uno*...en directo. Es una perceptividad directa que es muy profunda, es muy profunda, y va muy lejos, es muy penetrante, y para muchos es difícil dar cuenta de eso. Una de las cosas que más aprende uno de los niños en este trato con ellos, es que ellos, como te dijera, tienen una perceptividad más amplia y rica que la de uno. Entonces uno vive preocupado de que los niños no saben esto, no saben lo otro, no entienden esto, no entienden lo otro, entonces se les cuida de apartarlos de los problemas de los adultos. Porque los adultos siempre se van a un costado a hablar cosas de adulto para que no escuche el niño, el niño no debe saber esto. Pero todo indica que los cabros puede que no lo sepan en palabras de uno.

F.U: Pero lo entienden...

G.S: Las cachan igual. Lo perciben igual, y con mucha profundidad. Entonces, yo he hecho varios experimentos en este sentido con últimamente, sobre todo, con dos nietas nuevecitas que tengo, un nieto y una nieta, nuevecitas. Y me doy cuenta de que tienen una percepción, sobre todo las mujeres, las niñitas, es increíble. O sea, he aprendido al revés, de cómo ponerme en su mente, en su perceptividad, en sus sensaciones, y adaptarme a su lógica, y meterme en ese juego donde ellos mandan. Oye y se logra una complejidad, una comprensión, una complicidad con ellos increíble. Increíble. Pero uno tiene que ponerse en actitud de comprenderlo y seguir su juego, y aportando en que la entiendan muchas cosas.

F.U: O sea, siguiendo esa línea argumental, cuando termina de escribir “Ser niño huacho en la historia de Chile”, usted señala que esto no es una tarea de académicos con mayúscula, no es una tarea ni siquiera de grandes historiadores, sino una tarea de sensibilidad humana.

G.S: De sensibilidad humana, claro. No hay mayor sensibilidad humana que la del niño...que la del niño y con cierta edad, ya no la del lactante sino un poco más grandecito, ya a partir de los dos años pa` arriba. Es increíble, los cabros son una esponja.

III. Sobre el Derecho y (auto)educar a los niños (y a nosotros también).

F.U: ¿Cómo podemos entender el Derecho desde la Historia Social?

G.S: El derecho desde la Historia Social...

F.U: Desde la Historia Social...pues en contraposición con este análisis positivista, que nos viene a decir que los proyectos evolucionan debido a los cambios institucionales, parece ser que la Historia Social... no quiero decir que desprecia al Derecho, pero no lo ve como la principal herramienta de análisis, como su principal objeto de análisis...

G.S: Hay un montón de cosas involucradas en eso. Una parte que hay que tomar en cuenta que la norma aparece en el mundo adulto, ¿verdad? Y aparece en función de un cierto estado de los problemas, un cierto nivel si tú quieres de los problemas. Los problemas van cambiando con la historia y es un permanente cambio. La norma se ejerce en un momento por el mundo adulto en función de una racionalidad colectiva, que trata de coger la realidad en un momento de su proceso de cambio. Entonces qué pasa con eso: que uno vive en función del flujo real de la vida, que va, evoluciona, va cambiando muy rápidamente. Depende del nivel en que te muevas, porque el movimiento puede ser rápido, lento, así. Y ocurre que el Derecho entonces siempre va quedando un poquitito atrás, tiene tendencia a cristalizar un momento del tiempo, pero el tiempo sigue, entonces va corriendo el riesgo que se desajusta para el tiempo o para algunos, porque además algunos viven el tiempo al día y otros no, lo viven desde el pasado y otros proyectándose a futuro. Entonces, entre el Derecho y la vida real, la vida histórica, el proceso vital, hay siempre una tensión por el desajuste que se va produciendo, sobre todo con respecto a los niños. Los niños y los jóvenes están viviendo a ras de tierra por así decirlo, no a ras del Derecho, y por tanto perciben los cambios que la tierra en ese lugar donde están experimentando. Hay un dicho muy lindo pa` simplificar, no sé si alguna vez lo mencioné en clases, es un dicho árabe.

F.U: No, no recuerdo.

G.S: Es un proverbio árabe, dice: "los niños se parecen más a su tiempo que a sus padres". La juventud tiende a tener un desajuste con el derecho vigente, o con la forma en que ese Derecho se hace presente en su vida, porque ese es otro problema, ese es otro problema. Y por eso que el Derecho para el historiador es un dato importante de la realidad en cuanto obliga, estructura, impone, limita, pero no es esencial porque la historia sigue el curso de la vida. Por eso que cuando me dieron el curso de ustedes en la Facultad de Derecho, yo no partí por la cosa del Derecho,

siempre comencé con todo lo contrario. Y aquí lo mismo, en este curso de “Derecho y Ciudadanía”¹³⁴, lo discutimos, ya quedó claro en esta clase de hoy que vamos a seguir el curso de los ciudadanos reales, independientemente de lo que digan las leyes sobre lo que es la ciudadanía.

F.U: Sí, lo entiendo.

G.S: Hay una tensión entre la Historia y el Derecho. El Derecho tiene a ser ahistórico.

F.U: Claro, además de plantearse universal y aplicable a todo caso.

G.S: Tiende a intemporalizarse. Ojo que tiende, no es que sea intemporal tampoco.

F.U: Debido a la cristalización de ciertos momentos que nos señala, ¿usted considera al Derecho como un dispositivo que, en esta tensión -en este contacto con la tierra- tiene que encontrar nuevas razones para seguir disciplinando? Para seguir con su pretensión universal y de mantenerse vigente en los tiempos es necesaria su modificación, ¿no?

G.S: Bueno, yo creo que el Derecho siempre tiene, por un lado, la obligación de validarse, por tanto, de hacerse obedecer o disciplinar; pero por otro lado tiene una obligación anexa de saber evaluar que tan desajustado está con la vida real, y saber autorreformarse. Hay una tensión permanente que es un dato de realidad ¿no?, la realidad cambia por sí misma independientemente de la ley, de las estructuras, del Derecho, del Gobierno, de todo. Entonces, es un dato de realidad que más tarde o más temprano las sociedades asumen como una cosa propia: “hay que cambiar esto”. Es un dato permanente. Entonces yo creo que el Derecho no debe encasquetarse en la idea de "cúmplame" o "obedézcanme", porque hay un factor ahí dinámico, activo, detrás, que lo acecha, y que sobre todo se da en los niños y los jóvenes, sobre todo en los jóvenes.

F.U: Qué tan importante es escuchar la voz de los niños y los jóvenes para esa tarea de autorreformarse, ¿tienen que ser partícipes, tiene que ser su propia deliberación...?

¹³⁴ Actualmente Gabriel Salazar se desempeña como profesor, entre otros espacios, en la Universidad Metropolitana de las Ciencias de la Educación (UMCE). En ella dicta el curso “Derecho y Ciudadanía”. La entrevista aquí anexada fue realizada con posterioridad a la dictación de su clase.

G.S: Yo creo que... es muy importante escuchar el llanto, el sufrimiento de los niños, e interpretarlo y asumirlo como su voz. El cabro nunca va a hacer un discurso que explique por qué llora el cabro chico, entonces muchas veces la angustia del niño, el llanto, su disconformidad, que lo puede somatizar o no, uno tiene que estar muy atento a interpretar por qué ocurre eso, cuáles son los factores. Y lo que yo he observado en mi larguísima vida como docente, es que los niños lo primero que comienzan a percibir como un peligro pa` sí mismo es la estabilidad de la pareja de los padres. En pensar tener los dos, luego la estabilidad. Los problemas empiezan cuando no está uno, más grave cuando no hay ninguno.

F.U: ¿Y cuándo está institucionalizado?

G.S: Claro, aunque esté institucionalizado, el matrimonio, lo que tú quieras, en la vida real eso lo rompe, y el cabro chico está sujeto a eso. Entonces el cabro chico llora, o internaliza la crisis, y la somatiza en actitudes de rebelión, de escapismo, de cualquier cosa, y eso hay que reconocerlo, los niños rebeldes, niños indómitos, etcétera, qué se yo. O se enferman.

Entonces el problema es que claro, no es la norma la que falla para él, o la norma lo que lo hace sufrir. Es la realidad de sus padres que no encuentran la forma óptima de resolver el problema de su relación con el hijo. Y eso es una obligación ética abierta, más que una norma rígida que se aplica.

F.U: Pero ¿qué ocurre con los niños que están dependiente de las instituciones del Estado? Servicio Nacional de Menores, ya sea niños en protección o encarcelados.

G.S: Ah, bueno. Lo que yo veo ahí es un niño que entran dañados por una situación que una institución fiscal no puede reemplazar. La mamá no la puede reemplazar, o el papá, o los dos, o la familia, cualquiera que esta sea. Entonces el niño que entra dañado a una institución del Estado, si permanece en una institución que es otra cosa que no es lo que el cabro perdió... ¿te fijas? Las posibilidades de resolver su crisis son muy bajas, son muy bajas. Lo más probable es que el niño persista, persista en una actitud de rebelión o de rebeldía sin causa, y genere un problema. Entonces ahí entra la segunda actitud de la sociedad "este delincuente hay que castigarlo". Una institución correccional de conductas. O hoy día ¿no cierto? están bajando la edad de ¿cómo se llama?

F.U: Responsabilidad penal.

G.S: De responsabilidad penal...exacto. Ese no es el problema, el problema es que el cabro perdió algo que la ley y el castigo no le pueden dar. ¿Cómo le restituimos eso? Es fregao ¿no? Yo hice un estudio sobre los niños pobres y las escuelas pobres de Rancagua, en ese entonces las profesoras me decían: "si estos niños necesitan afecto y cariño, y entre que darle al niño, obligarlo a aprender aritmética, matemática pa` que pase la prueba equis, yo les doy cariño porque es lo que necesitan; entonces qué problema: los cabros vienen pa` acá porque encuentran aquí la madre que ya perdieron o el papá ya perdieron, y encuentran ese afecto que no tuvieron, pero los cabros no aprenden a leer y escribir, entonces me castigan a mí porque no aprenden a leer y escribir".

F.U: (ríe) ¡El caos del SIMCE!

G.S: La cosa no es fácil, el tema educacional también tiene que ver con eso. Hoy día formamos profesores para enseñar materias, no enseñamos a los profesores a entregar afecto. ¡Cuando tenemos niños huachos hasta la pared del frente maestro, tenemos un 70% de niños huachos!

F.U: Sí, entiendo.

G.S: De nuevo tipo si tú quieres y necesitan afecto, pero nuestros profesores no saben dar afecto. Van a pasar materia. Y lo evalúan porque saquen buenas notas lo cabros en esas materias. Entonces el chiquillo queda igual con el problema. Y en instituciones como el SENAME menos todavía, porque es más correccional que afectiva.

F.U: Los funcionarios tampoco están muy capacitados...

G.S: Claro. Está ese problema de que en Chile no se educa para nuestros niños reales. Ninguna escuela de pedagogía te enseña a los profesores a tratar a nuestros niños reales. Hoy día te enseñan para que tu tengas resultados en las pruebas internacionales del nivel de Finlandia, y si no logras eso te castigan ¿no cierto?, no te dan el ascenso, te califican mal, te pagan menos, tienes que irte, chao. Entonces es un círculo vicioso. Y ahí el Derecho diga lo que diga, te fijas, las leyes estén

actualizadas o no estén actualizadas, si no resuelve el problema, por decirlo así, de dar afecto en las instituciones públicas tan bueno como el que da la familia real, estamos marcando el paso.

F.U: Pero ¿qué pasa cuando el Derecho -esto es lo que he podido percatar en mi investigación- establece que el Estado se configura como una “caja de pagos”?

G.S: Una caja de pagos...

F.U: Es que al final de cuentas, históricamente se ha mantenido una oferta privada, muchas veces ligadas con instituciones eclesiásticas, pero privada, al fin y al cabo, en buena parte que vulneran los derechos de estos niños. Según los informes de derechos humanos, los agreden sexualmente, los medican constantemente como forma de tranquilizarlos, no tienen tratamientos médicos adecuados, no tienen alimentaciones adecuadas. Y el Derecho de alguna u otra forma permite eso, estableciendo un sistema de subvenciones problemático, en vez de utilizar otras estrategias que pueden ser más validas comparativamente hablando. El Derecho igual puede, de alguna u otra forma solucionar, o de alguna u otra forma complejizar aún más la situación de los niños del SENAME, a pesar de que no las solucione.

G.S: A ver, cómo veo yo ese problema. Lo que yo veo claramente es que en Chile tenemos como dos grandes gigantescos problemas respecto los niños. Uno, que tenemos un pueblo mestizo que estuvo cuatro, cinco siglos, sin derechos ¿no? Y que tuvo que vivir sin derecho, por tanto, significaba a veces... imagínate, gente sin derechos yo puedo azotarla, violarla, hacer lo que quiero, abusarlo tranquilamente. Y tenemos un pueblo entonces que tiene cinco siglos a la espalda de ese tipo de cosas, tiene lo que los sociólogos o lo psicólogos llaman un «daño transgeneracional» de este porte, gigantesco. ¿Cómo resuelvo eso yo?, pa` empezar, es muy difícil resolverlo en una generación, porque tienes que montar un siglo o dos siglos por lo menos en que esta gente sienta todo lo contrario.

F.U: Claro, entiendo.

G.S: Pa` decirlo en palabras casi religiosas: necesitan ahora un siglo de amor, de amor real. Pero resulta que en el estado actual de las familias no. Resulta que, en el estado actual de los profesores,

de los docentes, de los pedagogos, de los psicólogos, que puedan hacer esto en realidad tampoco, porque son muy profesionales, y se les evalúa a cada rato por los resultados, los productos. Cuando el cabro lo que necesita es el amor. La ley no puede decir... no lo dice, por más que lea las leyes no aparece ningún..."désele amor".

Una de las cosas buenas que tenía la educación teóricamente, la educación católica, es que estaba la idea del amor al prójimo, amor al niño huérfano, al niño botado. La disposición de la Iglesia era dar amor a las madres abandonadas, a los niños abandonados, desde vestirlo, educarlo, darle cariño, etcétera. Pero qué paso con todo eso, todos sabemos, todos sabemos, la iglesia no tenía los recursos para extender eso a todo Chile. En segundo lugar, las monjitas por su frustración que podemos denominar "erótica" se pasaban al extremo, y entendían eso como corrección penal, castigo, pecado, lo que fuera. Y luego los curitas agarraban al cabro chico con lo que tú ya sabes... O sea, esto se distorsionó y se convirtió en algo peor todavía. Eso explica por qué las tasas de mortalidad infantil y del suicidio dentro de las casas de huérfanos eran tan altas. Y lo que pasa con el SENAME hoy día es casi lo mismo. Yo tuve bastante contacto tiempo atrás con exalumnos que comenzaron a hacer clases en los jóvenes presos, cárceles para menores, y me contaban los problemas que hay ahí. Yo mismo hice clases en un colegio supuestamente cuico, pero que era para cabros reventados, y llegaba ahí lo que botó la ola. Yo estaba recién comenzado y tenía un afán de tener plata, y para ello hice clases ahí. Oye, pero me encontré con un tipo de gente...

F.U: (ríe).

G.S: Y caché al tiro "o yo estoy de acuerdo con ellos o mejor me voy". Ellos empezaron desafiantes "¿podemos fumar profe?", "fume" le dije yo al tiro, violando la ley del colegio, "fume, qué problema hay". Y por ahí logré meterme en su lógica y funcionar bien con ellos. Pero no seguiría ahí por supuesto, me fui a otra parte. Pero, es que eso es lo que pasa, el daño transgeneracional es tan grande que no basta con -por decirlo así- con momentos de amor, momentos de comprensión. Es una cosa que tiene que marcar muchas cosas y por mucho tiempo. El daño transgeneracional requiere generaciones para des-dañarse. Y eso no lo podemos lograr en el poco tiempo, tiene que ser política de largo plazo.

F.U: Debe ser política, no caridad...

G.S: Exacto, y tenemos que formar de nuevo profesores como formaban antes las escuelas normales. Las escuelas normales, mientras existieron, formaban profesoras para niños reales. Eso yo lo sé porque tengo una hermana que estudió en una escuela normal, fue profesora normalista, y lo que le enseñaban ahí era desde, uno, pescar el cabro chico, lavarle la cara, despiojarlo, sacarle los mocos, enseñarle lo básico y darle cariño, por eso la profesora que investigué ahí en Rancagua me decía "yo prefiero mil veces las profesoras normalistas que una universitaria, pero ya no quedan normalistas", "porque esas saben, saben ser madres, las universitarias no". Entonces tú tienes que formar una generación de pedagogos dedicados a eso, entrenados en eso. Y no puedes porque te exigen rendimiento en las pruebas.

F.U: Entiendo perfectamente.

G.S: Claro.

F.U: Me acordé de Alfredo Gómez Morel cuando dice "yo no requiero caridad ni dádivas ni ese tipo de ayudas que es tan grandilocuente, sino una solidaridad que sea edificante".

G.S: Y hay todo un tremendo problema, él tenía sólo a su madre, y su madre que era buena mozona, practicaba la prostitución a alto nivel, ¿él se enamoró de ella?, ¿no?

F.U: Sí, el libro es crudo. Se llega a revolver el estómago cuando uno lo lee...

G.S: (ríe) Claro.

F.U: Volviendo a Alfredo, y ya para finalizar, ¿se puede decir que el pueblo mestizo no tuvo infancia en cierto momento? En *El Río*, cuando baja el sacerdote al Río para advertir la llegada de policía y les dice a los muchachos que usualmente pernoctaban en la ribera "mis niños váyanse de acá, los van a llevar a todos detenidos", en ese momento Alfredo se pregunta: ¿somos niños nosotros?, ¿dónde está mi profesor?, ¿dónde están mis muñecos de Walt Disney?, ¿por qué somos niños nosotros?, ¿cómo se le ocurre a este tipo que yo que robo, que estoy con prostitutas, que he violado, cómo se le ocurre que yo soy un niño?. Sobre todo, en el siglo XIX, si uno lo piensa, que

es un momento cuando no se ha masificado la escuela, los niños trabajan desde los 7 años e incluso menos, ¿existe en ese momento aquello que llamamos “infancia” realmente?

G.S: Este es el problema de que los niños normales nacen dentro de una familia que a su vez está dentro de una comunidad y esta comunidad tiene tradiciones. Tradiciones, que son como normas, tú sabes, pueden que estén escritas o puede que no, da lo mismo, pero se practican. Entonces un pueblo que tiene tradiciones sabe muy bien cómo educar a sus niños, y el niño reconoce esas tradiciones en las prácticas de todo y todos. Por eso es que el pueblo mapuche sin tener escuela mapuche tiene tradiciones, ¡y los cabros se van formando en esas tradiciones que tienen siglos...! ¡que tienen siglos! ¿Qué pasa con el pueblo mestizo? No tiene tradiciones que no sea estar fuera de las tradiciones ¿no? Entonces no se reconoce la tradición occidental que reconoce a Europa y le saca el sombrero al papa qué se yo, y les da lo mismo, entonces rayan la Iglesia de San Francisco, ¿no cierto?, rayan todas las estatuas que encuentran, etcétera, etcétera, pescan el crucifijo, lo patean y lo destruyen, no están ni ahí con eso porque no tienen tradiciones, ¿me entiendes? Y ese es el problema, y no hemos creado para ese pueblo tradiciones válidas. Por eso que uno, con respecto al pueblo mestizo actual, en Chile uno encuentra al tiro un cabro desafiante.

F.U: Claro.

GS: Entonces, eso es un problema enorme porque nuestros niños requieren tradiciones. Dentro de todo eso los derechos del niño podrán estar muy de acuerdo con la cosa internacional, ¿no? Yo siempre me he reído un poco con la cosa de "¡ah, resulta que ahora los niños son sujetos de derecho!". En la ONG donde yo trabajaba en el año ochenta y ocho, ochenta y nueve, cuando eso se difundió, "¡ah los niños sujetos de derecho!", todos andaban felices. Entonces yo les dije un día: "hay un historiador que dijo lo siguiente... ¿de qué sirve tener derechos si no tienes poder?", y el niño no tiene poder. Puede tener derechos, pero si no tiene poder va a dar lo mismo, vulneran sus derechos igual.

F.U: Sí, entiendo.

G.S: Entonces...

F.U: Requieren de la solidaridad de los adultos también.

G.S: Claro, requiere la solidaridad y tradiciones profundas, aparte de lo que dice el Derecho. *El Derecho puede ser palabra escrita no más.*¹³⁵

F.U: Entiendo.

G.S: Además escrita en inglés... (Ríe).

F.U: (Ríe)...La Convención justamente parte con esta idea del sujeto de derecho, y es la primera norma en nuestra historia desde donde podemos desprender la posibilidad de que los niños exijan por sí mismos sus derechos. Porque antes, por ejemplo, en 1912 hubo un Congreso de médicos donde se dijo –ante el problema que eran los niños huachos- explícitamente "queremos que este Congreso proclame..." - levantó una persona en la asamblea y dijo- "quiero que este Congreso proclame que Chile reconoce los derechos de los niños, la posibilidad de que los niños exijan sus derechos y que el Estado actúe en la protección de ellos". Lo que ocurrió: bueno, lo acallaron y le dijeron "no po, este es un problema de caridad privada, cómo se te ocurre que estos huachos van a exigirnos los derechos". La Convención es la primera herramienta que viene a criticar ese enfoque, aquél que no reconoce a los niños como sujetos de derecho. Pero como bien usted dice, aquí hay un asunto de solidaridad, los niños no pueden por sí mismos ir y dar un gran discurso...

G.S: En mi curso de Derecho y Ciudadanía lo primero que dije fue: "los cursos tradicionales de educación cívica, de Derecho es darle a conocer a los estudiantes, a los niños, quien sea, sus derechos. Lo que significa qué es lo que la Constitución te concede como derechos".

F.U: Claro, las prerrogativas.

G.S: Y yo les dije: "este curso no, este curso no es para dar a conocer los derechos del ciudadano sino para discutir cómo vamos a construir el poder ciudadano, vamos a educar para el poder

¹³⁵ Es interesante que a una conclusión similar llega Mary Beloff (2009) quien, al analizar la Convención de los Derechos del Niño, nos advierte que su uso puede reducirse a ser una mera declaración de principios, lejanos a tener relevancia en la política pública que trata sobre la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

ciudadano, no para conocer los derechos escritos; sin perjuicio de que los vamos a conocer también, pero más importante que eso es lo otro". Yo creo que también está la educación del niño, tiene que ser orientada a que construya su propia capacidad de raciocinio, deliberación y decisión. Y eso reforzado con la emotividad, el afecto, la pertenencia a un grupo. Pero una educación que "estos son tus derechos" pero resulta que en la práctica al otro le han negado sus derechos durante siglos, ¿no?, es ridículo.

F.U: Sí, entiendo. ¿Podemos decir que educar a los niños es una tarea revolucionaria?

G.S: Yo diría que sí, pero en ese sentido. A construirlas como personas. Eso hablábamos antes, construirlos como personas. En el sentido que se hablaban los años sesenta y setenta ¿no?, porque la educación católica quería construir su alma, pero a costa del cuerpo. Pero después viene la revolución del pensamiento cristiano y la persona incorpora al mismo nivel el alma y el cuerpo. Entonces eduquemos la persona. Del personalismo, todo aquello que se habló en los años sesenta, setenta, en la época de Erich Fromm, todo eso. En ese entonces fue muy bonito porque nosotros educábamos a los chiquillos para que fueran personas conscientes, responsables, que pensarán por sí mismos. De ahí que hubo todo un movimiento muy lindo también en los años sesenta al respecto que se practicó en el colegio donde yo trabajé, Colegio San Ignacio del Bosque, y también en la Escuela Consolidada de Buin hizo lo mismo, y es muy lindo eso. Y de ahí después al educar a las personas vinimos a educar a las personas dentro de su comunidad, y educamos a la comunidad.

F.U: Claro.

G.S: Que fue lo lindo que se hizo en la educación popular en la época de la dictadura. Y que ya como el Estado no educaba y la ley no corría (ríe). Entonces todo dependía de cómo nos auto-educamos dentro de una comunidad.

F.U: Pero es con ellos.

G.S: Con ellos, y de ellos. Y de ellos...claro.

F.U: No es una idea preestablecida, algo que pueda crearse sin ellos...

G.S: Allí es donde surge la Historia Social. Porque todo eso fue una respuesta a ese requerimiento: auto eduquémonos en base a nuestra memoria, no en base a los archivos del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS DE REVISTA

- ÁLVAREZ, J. (2014). Factores de riesgo asociados para ingresar al circuito de justicia juvenil del SENAME. *Revista Señales*, 6-24.
- ARIÈS, P. (2011). El niño y la vida familiar en el antiguo régimen. *El Observador*(8), 82-110.
- BERRÍOS, G. (Junio de 2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política criminal*, 163-191.
- BRITO, A. (1995). Del rancho al conventillo. Transformaciones en la identidad popular femenina. Santiago de Chile, 1850-1920-. En C. d. autores, & E. H. Lorena Godoy (Ed.), *Disciplina y Desacato. Construcción de identidad en Chile, siglos XIX y XX* (págs. 27-69). Santiago: SUR/CEDEM.
- CAMACHO, G. (2016). La legitimidad de la potestad administrativa sancionadora. *Revista de Derecho Público*, 69, 9-23.
- CASE, S. (2006). Young people 'At Riks' of What? Challenging Risk-focused Early Intervention as Crime Prevention. *Youth Justice*, 171-179.
- CASE, S. (2007). Questioning the "Evidence" of Risk that Underpins Evidence-led Youth Justice Interventions. *Youth Justice*, 91-105.
- CORREAS, O. (Jul/Dic de 2006). Los Derechos Humanos, entre la historia y el mito. *Revista Crítica Jurídica*, 269-292.
- CORTES, J. (1999). A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente. En B. y. (cord), *Justicia y Derechos del Niño*. Santiago: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- CORTÉS, J. (2009). La ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones de largo plazo en el ámbito del control social punitivo. *El Observador*(5), 57-82.
- COUSO, J. (2006). Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. *Justicia y Derechos del Niño*(8), 51-63.
- DELGADO, M. (2001). La infancia abandonada en Chile, 1770-1930. *Revista de Historia Social y de las mentalidades*(5), 101-126.
- DOUZINAS, C. (2006). El fin(al) de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época.* , 309-340.

- ESTUPIÑAN-SILVA, R. (2014). La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología. *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, 193-231.
- GOICOVIC, I. (2000). Del control social a la política social. La conflictiva relación entre los jóvenes populares y el Estado en la historia de Chile. *Última década*(12), 103-123.
- HOUTZAGER, P. (2007). El Movimiento de los Sin Tierra, el campo jurídico y el campo legal en Brasil. En B. d. Rodríguez, *El derecho y la globalización desde abajo* (págs. 197-239). Barcelona: Anthropos Editorial.
- IRIARTE, C. (2018). La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 55-76.
- KOSKENNIEMI, M. (2001). Human rights, politics and love. *Mennesker & Rettigheter*, 33-45.
- LABRA, T. (2011). Experiencias y significados de un grupo de adolescentes sancionados en torno al sistema de justicia juvenil. *Revista Señales*, 21-40.
- LATHROP, F. (2017). Crisis institucional en Chile: acogimiento residencial como vulneración del derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar. *Anuario de Derecho Público*, 365-387.
- LEPIN, C. (2014). Los nuevos principios del Derecho de Familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 9-55.
- LETELIER, R. (2012). A modo de presentación. La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes. En R. (. Letelier, *La falta de servicio* (págs. 1-26). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- LETELIER, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, 12(24), 622-689.
- MAÑALICH, J. P. (2007). La pena como retribución. *Estudios Públicos* , 117-205.
- MATUS, J. P. (2007). El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente. *Revista de Derecho*, XX(1), 175-203.
- MOYANO, C. (2017). Visitadoras sociales en la industria: creación de un campo de de expertos del "bienestar", 1920-1950. *Historia*(1), 171-199.
- MOYN, S. (2014). El futuro de los d201erechos humanos. *SUR. Revista de Derechos Humanos*(20), 61-69.
- NEIRA, M. (julio-diciembre de 2004). Castigo femenino en Chile durante la primera mitad del siglo XIX. *Historia*, II(37), 367-390.

- PALMA, M., & Mason, P. (2016). La ventana indiscreta de Sergio Larraín. Genealogías fotográficas y construcciones etnográficas de lo marginal. *Diálogo Andino*, 155-165.
- QUIJANO, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina.
- ROJAS, J. (2007). Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930. *Historia*, 40(1), 129-144.
- SALINAS, R., & Delgado, M. (1986). Los hijos del vicio y del pecado. La mortalidad de los niños abandonados (1750-1930). *Proposiciones*(19), 44-54.
- SINGER, J. W. (1984). The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. *The Yale Law Journal*, XCIV(1).
- URTUBIA, F. (2019). A 15 años del caso "Panchito López". Lecciones para el presente. *Anuario de Derechos Humanos*, 113-124.
- URTUBIA, F. (2019b). Movimientos sociales, Derechos Humanos y Gobernanza Democrática: ¿La promesa del Ágora en el siglo XXI? *Actas de la I Bienal Latinoamericana de estudios sobre derecho internacional de los derechos humanos*.
- VALENZUELA, J. (2009). La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil. *Revistas de Estudios de la Justicia*, 235-261.
- VARGAS, N. (2003). 170 años de la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile: su aporte a la salud infantil y del adolescente en Chile. *Revista Chilena de Pediatría*, 74, 141-148.
- VILLAVICENCIO, L. (2008). ¿Derechos Humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas. *Revista de Derecho*, XXI(2), 33-51.
- ZÁRATE, M. S. (1995). Mujeres viciosas, mujeres virtuosas. La mujer delincuente y la Casa Correccional de Santiago. *Disciplina y desacato. Construcción de identidad en Chile, Siglos XIX y XX*, 149-180.
- ZIZEK, S. (2011). En contra de los derechos humanos. *Suma de Negocios*, 115-127.

ARTÍCULOS Y REPORTAJES PERIODÍSTICOS

- COOPERATIVA. (1 de Marzo de 2017). Cómo murió Lissette Villa: El relato de Fiscalía. *Cooperativa*.
- EMOL. (20 de Enero de 2017). PDI desbarata red de explotación sexual infantil en Freirina integrada por niñas del Sename. *Emol*.
- LA NACIÓN. (2018). *Ministro Chadwick ratificó reforma a la ley de responsabilidad penal adolescente*. Santiago: Diario la Nación.

ROJAS, C. (28 de agosto de 2018). Los olvidados: La historia de los niños que escaparon de Sename para vivir en el 'Tribunal' abandonado. *El Desconcierto*.

FUENTES PRIMARIAS

ALFONSO, J. (. (1936). *La Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago de Chile: su vida - su obra: 1856-1916: Antecedentes históricos*. Santiago: Casa Nacional del Niño.

AMUNÁTEGUI, M. (1937). Instalación de la sociedad de instrucción primaria, 17 de julio de 1856. En J. A. Alfonso (Ed.), *La Sociedad de Instrucción Primaria de Santiago de Chile: su vida - su obra: 1856-1936* (págs. 235-241). Santiago: Casa Nacional del Niño.

CALVO MACKENNA, L. (1913). Lo que deben saber las madres para criar bien a sus hijos. *Congreso de Protección a la Infancia. Trabajos y actas* (págs. 6-20). Santiago: Imprenta Barcelona.

CAVIERES, R. (1913). Tribunales para la infancia delincuente. *Congreso de Protección a la Infancia. Trabajos y actas*. (págs. 493-497). Santiago: Imprenta Barcelona.

CONGRESO DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA. (1913). Enseñanza y perfeccionamiento de los médicos en la Higiene y Patología de la infancia en la primera edad. En C. d. Infancia, *Primer Congreso Nacional de Protección á la Infancia. Trabajos y actas* (págs. 147-152). Santiago.

CONGRESO DE PORTECCIÓN A LA INFANCIA. (1913). *Primer Congreso Nacional de Protección á la Infancia. Trabajos y actas*. Santiago.

DEL RÍO, R., & ALDUNATE, E. (1913). Enseñanza y perfeccionamiento de los médicos en la Higiene y Patología de la infancia en la primera edad. *Primer Congreso Nacional de Protección a la Infancia. Actas y Conferencias*, (págs. 147-152). Santiago.

FERNÁNDEZ, A. (1913). Prevención de la criminalidad infantil. *Primer Congreso de Protección a la Infancia. Actas y conferencias* (págs. 437-454). Santiago: Editorial Barcelona.

GAJARDO, S. (1929). *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente*. Santiago: Editorial Nacimiento.

GAJARDO, S. (1957). *Memorias de un juez*. Santiago: Editorial Divulgación.

GÓMEZ MOREL, A. (2012). *El Río* . Santiago : Tajamar Editores.

JUNJI. (2018). *El ABC de los niñ@s*. Santiago de Chile: Ediciones de la Junji.

LLANOS, E. (2017). *Mi infierno en el SENAME (ansias de libertad)* . Santiago: CEIBO Ediciones.

MISTRAL, G. (1979). Los derechos del niño. En G. Mistral, *Magisterio y Niño. Selección de prosas y prólogo de Roque Esteban Carpa* (págs. 62-65). Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.

MORENO, R. (2018). *Huellas imborrables. Testimonios de niños, padres, jueces, gendarmes, directores y funcionarios de centros del SENAME*. Santiago: Editorial Planeta .

VALDÉS, I. (1913). La protección legal del niño en Chile. *Primer Congreso Nacional de Protección a la Infancia. Trabajos y actas* (págs. 373-397). Santiago: Imprenta Barcelona.

VALDÉS, I. (1915). *La infancia desvalida*. Santiago-Valparaíso: Soc. Imprenta-Litografía Barcelona.

INFORMES

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. Universidad Diego Portales. (2017). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC. (2017). *Protección a la infancia vulnerada en Chile: la gran deuda pendiente. Propuestas desde la UC*. Santiago de Chile: Centro de Políticas Públicas.

FOCUS. (2012). *Evaluación del Gasto Institucional del Servicio Nacional de Menores*. Santiago de Chile: Focus. Estudios y consultorías.

FUNDACIÓN INFANCIA & Observatorio para la Confianza (2019). *Niños, niñas y jóvenes en situación de calle. Análisis y recomendaciones para una política pública.*. Santiago de Chile: Fundación Infancia.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (2018). *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. Organización de las Naciones Unidas.

HOGAR DE CRISTO (2017). *Del dicho al derecho: Estándares de calidad para residencias de protección de niños y adolescentes*. Santiago de Chile: Dirección Social Nacional.

JURISPRUDENCIA

VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A CANÇADO TRINDADE. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, Serie C No.12 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de septiembre de 2004).

SÁNCHEZ PAVANELLO, HUMBERTO CON FISCO DE CHILE, Rol N° 2848-2012 (Corte Suprema 19 de Junio de 2013).

LÓPEZ (REVISTA PAULA) CON LEIVA, 19.503-2016 (Corte de Apelaciones de Santiago 29 de Abril de 2016).

LIBROS O SECCIONES DE LIBROS

ÁLVAREZ, J. (1994). La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social. En F. (. Pilotti, *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico* (págs. 265-292). Montevideo: Instituto Interamericano del Niño.

ANRÍQUEZ, M. T. (1994). La atención privada a la infancia en Chile. En F. (. Pilotti, *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su*

relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. (págs. 153-213). Montevideo: Instituto Interamericano del Niño .

ARENDE, H. (2003). *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós.

ARENDE, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.

BASCUÑÁN VALDÉS, A. (1974). *La responsabilidad penal del menor*. Santiago: Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas .

BELOFF, M. (2009). Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de los derechos del niño vs. modelo de la situación irregular. En M. (coord). Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano* (págs. 1-47). Buenos Aires: Del Puerto.

BOBBIO, N. (1989). *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

BUSTELO, E. (2011). *El recreo de la infancia: argumentos para otro comienzo* (Segunda ed.). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

CILLERO, M. (1994). Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile. En F. (. Pilotti, *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico* (págs. 75-153). Montevideo: Instituto Interamericano del Niño.

COMTE, A. (1984). *Curso de filosofía positiva* . Buenos Aires: Orbis.

COOPER, D. (2005). *Delincuencia y desviación juvenil*. Santiago: LOM Ediciones

CRISTINO, C., Rosales, D., Varela, F., & Zunino, N. (2016). *El Tila. Un sicópata al acecho*. Santiago: Catalonia.

EGAÑA, M. L. (2000). *La educación primaria popular en el siglo XIX en Chile: una práctica de política estatal*. . Santiago : LOM Ediciones.

FOUCUALT, M. (2004). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

GARCÍA MÉNDEZ, E. (2007). Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social. En E. García Méndez, *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia* (tercera edición (reformada y ampliada) ed., págs. 33-57). México: Fontamara.

GARCÍA, A. M., & Verdugo, M. (2010). *Manual de Derecho Político*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

GONZÁLEZ, M. (2011). *De empresarios a empleados. Clase media y Estado Docente en Chile, 1810-1920*. Santiago: LOM Ediciones.

- GÓMEZ, M. (2017). *Sistema filiativo. Filiación biológica*. Santiago de Chile: Editorial Tirant lo Blanch.
- GUZMÁN, N. (1972). *La sangre y la esperanza*. Santiago de Chile: Editorial Quimantú.
- HOBBS, T. (1940). *Leviatán*. (M. S. Soto, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- HORKHEIMER, M., & Adorno, T. (1998). *Dialéctica de la Ilustración* (3ª Edición ed.). (J. J. Sánchez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- VÍCTOR HUGO. (1998). *Los Miserables*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- ILLANES, M. A. (2010). *En el nombre del pueblo, del Estado y de la ciencia... Historia Social de la Salud Pública en Chile 1880-1973. (Hacia una historia social del siglo XX)* (segunda ed.). Santiago: Ministerio de Salud Ediciones.
- JIMÉNEZ DE LA JARA, J. (2009). *Angelitos salvados. Un recuento de las políticas de salud infantil en Chile en el siglo XX*. Santiago: Uqbar Editores.
- JOCELYN-HOLT, A. (2012). *La independencia de Chile. Tradición, modernización y mito* (tercera edición ed.). Santiago: DeBOLSILLO.
- KANT, I. (1988). Respuesta a la pregunta "¿Qué es la Ilustración?". En E. y otros, *¿Qué es la Ilustración?* (A. M. Romangosa, Trad., págs. 197 - 198). Madrid: Tecnos.
- KANT, I. (2001). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (L. M. Velasco, Trad.) Madrid: Espasa.
- KLEIN, N. (2012). *La doctrina del shock: el auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Editorial Paidós.
- LEÓN, M. (2016). *Construyendo un sujeto criminal. Criminología, criminalidad y sociedad en Chile. Siglos XIX y XX*. Santiago : Editorial Universitaria.
- MARX, C. (1977). El 18 brumario de Luis Bonaparte. En C. Marx, & V. Hugo, *Napoleón el pequeño y El 18 brumario de Luis Bonaparte* (págs. 217 - 322). Madrid : Ediciones Felmar.
- MARX, K. (1982). Sobre la cuestión judía. En K. Marx, *Escritos de juventud*. México: Fondo de Cultura Económica.
- MAUSS, M. (2009). *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*. Buenos Aires: Katz Editores.
- MILLAS, J. (2009). *Idea de la individualidad*. Santiago: Ediciones Diego Portales.
- MOLINA, C. (2010). *Institucionalidad sanitaria chilena. 1889-1989*. Santiago: LOM Ediciones.
- MONTECINO, S. (2007). *Madres y Huachos* (Sexta edición ed.). Santiago: Catalonia.

- ORELLANA, M. (2011). Arribismo epistemológico, ciencia y tecnología. En M. (. Orellana, *Prójimos lejanos* (págs. 144 - 158). Santiago: Ediciones UDP.
- PINTO, J., & Valdivia, V. (2009). *¿Chilenos todos? La construcción social de la nación (1810-1840)*. Santiago: LOM Ediciones.
- PLATT, A. (1997). *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia* (tercera ed.). México: siglo xxi editores.
- PONCE DE LEÓN, M. (2011). *Gobernar la pobreza. Prácticas de caridad y beneficencia en la ciudad de Santiago, 1830 y 1890*. Santiago: Editorial Universitaria.
- PURÁN, V. (2019). *La noción de parrhesía dentro de la práctica judicial. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- RANCIERE, J. (2002). *El maestro ignorante*. Barcelona: LAERTES.
- ROJAS, J. (2016). *Historia de la infancia en el Chile Republicano. 1810-2010* (Segunda Edición ed., Vol. I). Santiago: Ediciones de la JUNJI.
- ROMERO, L. (1997). *¿Qué hacer con los pobres? Elite y sectores populares en Santiago de Chile 1840-1895*. Santiago: Editorial Sudamericana.
- RUIZ-TAGLE, P., & Correa, S. (2010). *Ciudadanos en democracia. Fundamentos del sistema político chileno*. Santiago: Debate.
- RUSCHE, G., & Kirchheimer, O. (1984). *Pena y estructura social*. Bogotá: Editorial Temis.
- SALAZAR, G. (2000). *Labradores, peones y proletarios. Formación y crisis de la sociedad popular chilena del siglo XIX*. Santiago: LOM Ediciones .
- SALAZAR, G. (2003). *Ferías libres: espacios residuales de soberanía ciudadana*. Santiago: Ediciones Sur.
- SALAZAR, G. (2006). *Ser niño "huacho" en la historia de Chile. Siglo XIX*. Santiago: LOM Ediciones.
- SALAZAR, G. (2010). *Patriciado mercantil y liberación femenina* . Santiago: SERNAM (Servicio Nacional de la Mujer).
- SALAZAR, G. (2017). Historia Popular, Chile, S. XIX: Una experiencia histórica y metodológica . En G. Salazar, *La historia desde abajo y desde adentro* (págs. 11-29). Santiago: Taurus.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2013). El método de la ciencia en el Derecho Administrativo. En J. (. Barnes, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (págs. 33-84). Sevilla: Global Law Press.
- TODOROV, T. (2000). *Los abusos de la memoria*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

URRUTIA, C. (1972). *Los niños de Chile*. Santiago: Editorial Quimantú.

VEBLEN, T. (2014). *Teoría de la clase ociosa* (2º Edición ed.). Madrid: Alianza Editorial.

WOLKMER, A. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA.

