Infancia y sistema penal

CHILE - La ley de responsabilidad penal de adolescentes en el marco de las transformaciones actuales del control social y el castigo

Julio Cortés

Lunes 29 de octubre de 2007, puesto en línea por Julio Cortés

Aclaración:

Este texto fue redactado inicialmente sobre la base de la Ponencia realizada en una Jornada de reflexión sobre la Ley 20.084, que crea un sistema de responsabilidad penal de adolescentes, organizada por el Centro de Estudios Socio-Culturales en la Universidad Academia de Humanismo Cristiano el año 2006. Con posterioridad, la ley aludida fue modificada por la Ley 20.191, en un polémico proceso de reforma iniciado desde el Gobierno y "enriquecido" con modificaciones adicionales en la tramitación parlamentaria. La profundidad de esta reforma y de algunos procesos generados en ese momento (junio de 2007) me llevaron a corregir parcialmente el texto original y agregarle un "epílogo".

"Él (el niño) tiene que conocer el porqué de sus obligaciones. Pues un día se preguntará, en parte por propia iniciativa, en parte por la presión de su entorno, con qué derecho se exige obediencia de él; y si entonces no se dirige de antemano su reflexión por la dirección debida, si esta reflexión no dispone de ideales, se verá muy previsiblemente confundida por la complejidad de esos problemas. Los fundamentos de la moral no son tan evidentes como para que bastara con preguntarse a sí mismo para conocerlos. En consecuencia, el niño está expuesto al peligro de considerarlos simplemente como una fantasmagoría, como producto de la superstición, como ocurre con bastante frecuencia; el niño acabará creyendo que fueron los gobiernos, las clases dominantes, los que han inventado la moral para tener en jaque a los pueblos" [1].

1.- Es nuestra convicción que, para realizar satisfactoriamente un análisis crítico de la Ley 20.084, es indispensable tener en cuenta, previamente, que lo que está en la base de la discusión es nada menos que la regulación o, si se quiere, la redefinición de la regulación de las relaciones entre castigo e infancia, en general, y entre violencia punitiva estatal y adolescencia, en particular. Esta relación merece ser estudiada en múltiples aspectos: la estructura y la superestructura del fenómeno, la estática y la dinámica, las funciones instrumentales y las simbólicas, las expresiones del control en el nivel diacrónico y también en el sincrónico, etc. En definitiva, todo este debe ser visto como parte integrante de una totalidad en que uno de los factores más importantes en juego es la expresión actual de la crisis del Estado y la crisis del trabajo, y el futuro de los mecanismos utilizados por este orden social (que ya es global) para garantizar el consenso y reprimir la desviación, cuando no resulta del todo claro la manera en que se va a seguir usando el sistema penal en su función de reproducción y domesticación de la fuerza de trabajo.

2.- Si se observa la superficie de esta "discusión", pareciera haber a lo menos dos representaciones o

imágenes contrapuestas.

Por un lado, algunos ven una ley tremendamente positiva debido a su “garantismo”, que viene a poner límites donde antes no había casi ninguno: el ejercicio de la potestad de tutela del Estado, mezclado en los hechos y hasta en el diseño legal con el ejercicio de la violencia castigadora: en definitiva, la opinión de los enemigos del sistema tutelar de menores [2]. En la medida que esta opinión no puede sino reconocer que la Ley finalmente aprobada no es del todo satisfactoria y que se endureció más allá de lo aconsejable, en el balance final se destaca que se trata, pese a todo, de un avance respecto al modelo anterior.

Por otra parte, y esta parece ser la percepción mayoritaria, tenemos una “rebaja de edad” -la edad de imputabilidad penal-, que vendría a poner fin a la “impunidad” de que gozaban los adolescentes hasta ahora en nuestro sistema legal. Esta posición se desglosa, a su vez, en una versión de derecha y otra de izquierda. La lectura neoliberal/neoconservadora, que es evidente que en los momentos decisivos tiene la capacidad de ser realmente hegemónica, encuentra “inaceptable” esta impunidad, y ha clamado desde hace años por ponerle fin mediante una “rebaja de edad” que sancione a los niños como corresponde, y –hay matices en esto- suele hacerse siempre al final de la alegación una suerte de apuesta difusa por la necesidad de reinsertar a los adolescentes, e inclusive a veces se reconoce también de manera vaga la necesidad de la “prevención”.

Pero desde la versión de izquierda de la lectura de la “rebaja de edad” se sospecha con buenas razones de que en definitiva lo que se persigue es un mayor encarcelamiento de niños, en sentido cuantitativo y cualitativo (más sujetos adolescentes, y por tiempos más largos) que vendría a concretar, respecto a los adolescentes del país, la amenaza de caer de lleno dentro de la avalancha de populismo punitivo que vive el país hace ya varios años, como su chivo expiatorio favorito. Hasta aquí, esta formulación es correcta, pero lamentablemente suele construirse por sobre la aceptación algo ingenua del carácter no penal de la forma previa de control social punitivo de la infancia y la adolescencia. En general, estas posiciones, cuando se expresaban en el debate, no iban más allá de la denuncia genérica acerca de lo nefasto que resulta en abstracto y por principio “penalizar” a los adolescentes y niños [3].

Claramente, la primera lectura es bastante minoritaria, y está más bien localizada en el ámbito de quienes se relacionan de manera más o menos directa con la reflexión y la acción desde y sobre dichos sistemas de control. A nivel político, mediático y del lenguaje común, son las otras dos lecturas las que se expresan con mayor fuerza.

3.- Para poder ir más allá de lo que esas posturas expresan o hacen visible, es preciso intentar comprender el contenido e implicancias de la nueva regulación de las infracciones penales de adolescentes situando la Ley 20.084 en un contexto histórico más amplio, puesto que ella se inserta como transformación y redefinición de lo que existe en realidad como un *continuum* de formas y mecanismos concretos de disciplinamiento social de los niños, capaz de expresarse en un abanico de formas que se van sucediendo y entrelazando en el tiempo. Así, esta Ley regula un sector dentro del complejo y flexible sistema legal/administrativo e ideológico que ha ido dando respuesta a la necesidad de controlar en general a todos los niños mediante la socialización como fuerza de trabajo (actual o potencial), que es el que de manera especial y más o menos intensa se dirige a los “niños problemáticos” (los que para este sector del control social son siempre los niños de las “clases peligrosas”). En este sector del control social, se han usado distintos mecanismos represivos (algunos de los cuales se definen a sí mismos como tales, mientras otros más bien ejercen su rol de disciplinamiento dentro de un encargo más amplio de “socialización”, o incluso puede que su característica principal de imposición de sanciones y/o de control sea discursivamente negada).

Tomando ejemplos de cómo se ha expresado la continuidad y variabilidad del control social de los niños en Chile en los últimos 150 años, nos topamos con la regulación del castigo originalmente contenida en el Código Civil, que no sólo autorizaba el castigo físico ejercido domésticamente por el padre de familia, sino que autorizaba a éste a solicitar al juez la internación de los hijos, de estimarla necesaria cuando el castigo doméstico “no alcanzare” [4] [5]. Como se ve, se trata de un ámbito difuso entre lo público y lo privado, donde la necesidad de imponer al niño la cultura adulta ameritaba esta especie de colaboración

entre patriarca y Leviatán-Estado, con fines disciplinarios. Por esa misma época, el Código Penal (1875) acogía una distinción por edades, a efectos de "imputabilidad" o capacidad de culpabilidad, en virtud de la cual los mayores de 16 años eran penalmente responsables, como los adultos, mientras los menores de 10 años eran inimputables, y los menores de 16 y mayores de 10 quedaban sujetos a una declaración de discernimiento que, o reafirmaba su inimputabilidad o determinaba por el contrario su juzgamiento de acuerdo a las mismas reglas que los adultos. Este esquema de diferenciación por edades se ha mantenido hasta el día de hoy, con la diferencia de que el examen de discernimiento se aplica hoy en día a los mayores de 16 y menores de 18 años [6]. Sobre esta red de controles, penales y "civiles" [7], vino a agregarse a principios del siglo XX el Derecho de Menores y su sistema legal/administrativo tutelar. Esa fecha podría situarse en 1928, con la Ley. 4.447, la primera "ley de menores" en Chile [8].

A la vez que el sistema tutelar se agrega a los controles ya existentes sobre los niños, validando por un lado el derecho del padre a pedir al juez que disponga de la "vida futura" del menor, este sistema se articula como un filtro que decide acerca de su clientela, enviando parte de ella al sistema penal de adultos (declarándolos "con discernimiento"), entregando otra al cuidado de sus padres, de personas o familias que los sustituyen, y teniendo siempre la facultad de aplicar medidas más intensas de control, desde la amonestación hasta el internamiento. La originalidad del sistema consagrado en Chile desde 1928 radica en parte en esto: no se entrega a todos los menores de edad al poder tutelar de los jueces de menores, sino que se selecciona siempre un porcentaje que es juzgado en (y encarcelado por) el sistema penal de adultos.

El caso chileno confirma la pertinencia de ciertas cuestiones señaladas insistentemente por Zaffaroni, quien al analizar el funcionamiento los sistemas penales latinoamericanos señala que existen segmentos que operan institucionalizados con un discurso penal (el "sistema penal propiamente tal"), y otros que se han institucionalizado con un discurso legitimante distinto al penal: principalmente, el discurso y el control médico y el tutelar [9].

Una expresión clásica de la forma de actuación disciplinaria específicamente tutelar se encuentra en el siguiente ejemplo reciente obtenido de la prensa:

"A.C.V. estuvo siete meses en un centro de menores. Ana María Vergara, su madre, la entregó a Carabineros. 'Yo sólo quería darle un cuco', explicó.

La pequeña A.C.V., de 11 años, tiene los ojos grandes, cabellos largos y una sonrisa con destellos de tristeza. La niña vive en Maipú con su madre y estuvo encarcelada durante siete meses en un centro de menores, por hurtarle a su progenitora dos mil pesos para comprar dulces.

Ana María Vergara, madre de la niña, relató ayer el sorprendente episodio desatado por su denuncia a Carabineros el 23 de septiembre pasado" [10].

4.- Pero tanto las formas tutelares como las propiamente penales de ejercicio de poder punitivo sobre los niños y adolescentes rara vez hacen noticia. Por eso es que todo el debate sobre esta Ley se dio en un marco en que se aceptaba la tesis de la impunidad del sistema legal vigente antes de esta reforma. Tan sólo esa hegemonía cultural es la que, creemos, permite afirmaciones tan insistentes como esta: "*...uno de los puntos esenciales de esta normativa en estudio tiene que ver con el término de la impunidad. Porque, digámoslo de otro modo: hoy día prácticamente existe impunidad respecto del joven que comete delito. Y todas las estadísticas, las mismas que han sido citadas profusamente para otros efectos, señalan categóricamente que la posibilidad de que un joven sea objeto de algún tipo de sanción conforme a la legislación actual no pasa de 2 por ciento*" [11].

Estas cifras, ampliamente invocadas y que han calado hondo en el sentido común de la gente, tan sólo dan luz sobre un mínimo sector de los procesos de criminalización de menores de edad: el de aquellos que, teniendo entre 16 años y 18 (incompletos), han sido: imputados de cometer delitos, declarados con discernimiento por ello, y condenados finalmente al cumplimiento de penas efectivas de cárcel.

La gran mayoría de los niños y niñas que entran en alguna forma de contacto con el sistema penal no

llegan hasta ese punto, es cierto. Pero el poder punitivo opera fuera del sistema penal formal de adultos de distintas maneras, unas más intensas (internación) y otras más difusas (sujeción a control de delegados, informes de diagnóstico, etc.), además de todo ese ámbito de la disciplina social al que ni siquiera pretendemos referirnos en esta discusión (familia, escuela, medicalización, etc), pero que efectivamente afecta en varias "superficies" la relación de los niños con el mundo [12], y que puede ser adecuadamente descrito en sus niveles más amplios de operación desde una perspectiva biopolítica [13].

En este punto de nuestro recorrido, ateniéndonos a la forma en que se expresa actualmente y hasta antes del 8 de junio del 2007 aquella mixtura de poder penal/tutelar que el Estado ejerce sobre menores de edad, nos encontramos, a lo menos, con las siguientes formas vigentes de control –formal y/o materialmente- punitivo:

– internación con fines de diagnóstico, particularmente, con fines de determinación del "discernimiento" (estas internaciones se producen en Centros de Tránsito y Distribución, y en Centros de Observación y Diagnóstico, ambos tipos de centro contemplados en la Ley de Menores, Nº 16.618)

– internación como medida de protección definitiva (en CERECO: centros de rehabilitación conductual)

– internación de adolescentes declarados con discernimiento en secciones de menores de establecimientos penitenciarios de adultos, a cargo de Gendarmería de Chile.

– sujeción (muchas veces tras un cierto período de internación) al control de un delegado de "libertad vigilada" (denominado "Programa de Intervención Ambulatoria" en el lenguaje de SENAME).

Pese a que no disponemos de datos sobre flujo de personas menores de edad privadas de libertad en años recientes, sabemos que, por ejemplo, al último día de septiembre del año 2004 se encontraban privados de libertad 934 menores de edad (de ellos, 25 eran mujeres, y 6 eran menores de 14 años de edad). Esta población se repartía de la siguiente forma: 261 personas en secciones de menores de cárceles de adultos; 483 en Centros de Observación y Diagnóstico, y 190 en Centros de Rehabilitación Conductual. Los menores de edad sujetos a la medida de libertad asistida son alrededor de 4 mil (Fuentes: Gendarmería de Chile y SENAME). Por otra parte, el promedio de detenciones policiales de jóvenes en los últimos años ha fluctuado en alrededor de 50.000 al año.

Este complejo legal/administrativo de poderes punitivos sobre la infancia es el que la Ley 20.084 viene a modificar. Algunas de las razones de su obsolescencia relativa se explican detalladamente en el Mensaje con que el Presidente Lagos presentó el proyecto de ley en agosto del 2002: por un lado, la no adecuación del sistema a los estándares internacionales, y por otra, la sensación de impunidad e inseguridad que genera en la ciudadanía.

5.- Entonces, resulta claro que la Ley penal de adolescentes se inscribe dentro de una relación bastante antigua ya entre los niños y el sistema penal. Al interior de ese mundo, lo que esta ley hace es redefinir el uso de los mecanismos de castigo. Por eso es que, para una valoración de lo que realmente está en juego y cambia en este nuevo escenario, resulta aconsejable seguir las recomendaciones que ya en los años 30 del siglo pasado hicieran Rusche y Kirchheimer:

"Para el propósito de ofrecer un enfoque más fructífero de la sociología de los sistemas punitivos, resulta necesario despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas, de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales (…) La pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales." (Rusche y Kirchheimer, 1984: 3) [14].

De esta forma, se deben definir dimensiones diferentes, si bien inter-relacionables, en el análisis: una cosa son las ideologías que legitiman y hacen posible ejercer ciertas formas de control, y otra cosa es lo que en cada momento histórico considerado existe en cuanto a prácticas punitivas concretas que son aplicadas directamente a cierto sector de la población (infantil y adolescente, en nuestro caso). En la evaluación de las transformaciones que sufre el sistema del control social (de la infancia y adolescencia), existe una

dinámica común a ambos elementos, a la vez que diferencias y especificidades de cada nivel en su autonomía relativa y en su interacción con el fenómeno integralmente considerado [15].

Para Rusche y Kirchheimer, el factor humanitario y reformista juega un papel secundario respecto a la relación mucho más directa y decisiva entre Economía y represión penal: "todo intento de reforma en el tratamiento del delincuente encuentra su propio límite en la situación del estrato proletario socialmente significativo, más bajo, al cual la sociedad pretende disuadir de cometer acciones criminales" (citados por De Giorgi, 2006: 61). Se trata, como es sabido, de la noción de "menor elegibilidad". Ya durante la fase de acumulación originaria del capital, luego de la expropiación de la tierra y expulsión de los campesinos a las ciudades para ser transformados en la moderna fuerza de trabajo, "muchos prefirieron el vagabundeo o una vida de 'crimen' a las condiciones opresivas y los bajos salarios de la industria capitalista. Sus luchas contra la nueva disciplina de la organización capitalista del trabajo obligó a los dueños del poder a promulgar una legislación sangrienta para obligarlos a meterse a las fábricas" (Cleaver: 189/190). Por eso, la política penal en el capitalismo cumple la función de desincentivar drásticamente el rechazo del trabajo, haciendo que se acepten condiciones que no serían aceptadas de no mediar la amenaza real de un empeoramiento mayor de las condiciones de vida mediante el encarcelamiento. Por lo mismo, las niveles de reclusión y las condiciones del encarcelamiento oscilan de acuerdo a la mayor o menor disponibilidad (y valor) de la fuerza de trabajo.

Pero esta relación entre economía y penalidad es más compleja de lo que podría parecer a simple vista. Como señala De Giorgi, la expresión "la situación del estrato proletario socialmente significativo más bajo" requiere, sobre todo hacia el final de la era fordista, "una interpretación mucho más extensa que la que consiente la referencia a la desocupación o al mercado del trabajo: reenvía precisamente a la composición de la fuerza de trabajo, a las formas de organización de la producción y a las relaciones de clase en su totalidad" (De Giorgi, 2006: 82/83).

Dentro de esta misma tradición criminológica crítica, Melossi ha explicado que "se debería establecer una relación directa entre la acrecentada demanda de *performance* dirigida a la clase obrera y el aumento de la presión penal sobre los estratos más marginales de la sociedad". Este concepto de *performance* se refiere a las condiciones generales del trabajo, los niveles salariales, de explotación, y nivel de vida impuestos a estos sectores. De tal forma, "esta presión crea un efecto de 'azote social' que hace trabajar a todos de más, especialmente a aquellos que se encuentran tan próximos al fondo que pueden sentir los gritos y lamentos de quien se encuentra azotado" (Dario Melossi, citado por De Giorgi, 2006: 85).

6.- Para entender dinámicamente el proceso, es necesario ir mucho más atrás que el momento de promulgación y publicación (fines del 2005) y entrada en vigencia de esta ley (contemplada originalmente para junio del 2006, y luego aplazada por un año). De hecho, es menester referirse a momentos que anteceden incluso en varios años el momento de presentación de este proyecto de ley al Congreso Nacional:

– 1990/1994: Chile recupera formalmente la democracia política, tras la derrota de Pinochet en el plebiscito de 1988, la reforma constitucional consensuada entre la derecha y la Concertación de partidos por la democracia, y la elección a fines de 1989 del candidato presidencial concertacionista, Patricio Aylwin. El mismo año, es suscrita y ratificada por Chile la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, creada el año anterior. Durante los 4 años de gobierno de Aylwin, las iniciativas en materia de sistema penal y menores de edad son claramente regresivas (desde el punto de vista de dicha Convención), pues apuntan a aplicar el sistema penal de adultos a una proporción mayor de adolescentes ("rebajas de edad" propiamente tales). Tales iniciativas no prosperan, y el tema queda a la espera de las definiciones más generales a adoptar en materia de reforma a la legislación y políticas de infancia. Ya desde el año 1991, se puede apreciar cómo se va construyendo con fuerza la centralidad mediático/política de los temas de "delincuencia", necesidad de "mano dura", "ley y orden", "tolerancia cero", y en definitiva, el reemplazo de la doctrina de seguridad nacional por la de seguridad ciudadana como legitimador del accionar represivo del Estado y elemento aglutinador en torno en torno a la oposición "común" frente a un nuevo enemigo [16].

– 1998: A nivel latinoamericano ya se ha consolidado un discurso basado en los derechos humanos de los niños, que encuentra una amplia adhesión a nivel académico, de ONGs por los derechos del niño, y a nivel estatal, de manera que en muchos países esta visión se traduce en reformas legislativas que tienen por misión declarada dar aplicación a la Convención sobre los Derechos del Niño. En Chile, este año es conocido un proyecto de ley sobre responsabilidad penal de adolescentes, que dice basarse fuertemente en la Convención, particularmente en sus artículos 37 y 40, y que propone un sistema penal adolescente basado en la postura del derecho penal mínimo, y que, a la vez que incorpora garantías penales y procesales (inexistentes en el sistema de la Ley de Menores), construye un catálogo especial de delitos o infracciones juveniles, crea un sistema de justicia especializada para tratar con esta problemática, y contempla la posibilidad de dar respuestas privativas de libertad tan solo en el caso de unos pocos delitos que son considerados "infracciones graves", fijando en 3 años de internación el tope máximo de sanción aplicable.

– 2001/2002: La "delincuencia juvenil" se ha instalado como un componente central en el "consumo de delitos" en televisión y prensa en general. Como ejemplo del carácter en gran medida "creado" y artificial del problema, podemos considerar la siguiente versión de la historia de la Ley extraída de una nota en El Mercurio:

"*Surge la delincuencia juvenil*: El anteproyecto de la ley de Responsabilidad Penal Adolescente nació en 1995, tras ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, como un proyecto secundario a los que implicaba esa adhesión. *Nunca se tramitó con urgencia, hasta que el año 2002 comenzó a surgir el fenómeno de la delincuencia juvenil y explotó en las cifras de denuncias y victimización de 2003*" ("Cómo se controló el foco incendiario de la nueva justicia juvenil", por Claudia Guzmán, en *El Mercurio* del 8 de abril de 2007. Las cursivas son mías).

La percepción más o menos generalizada es que el fenómeno ha aumentado, y se ha puesto cada vez más violento. Las cifras de que se dispone no fundamentan tal percepción. De hecho, de acuerdo a estudios del Ministerio de Justicia, la proporción de detenciones de menores de edad en los últimos 20 años había permanecido asombrosamente estable (un promedio de 7,3%), y era comparativamente muy baja, incluso en comparación con países como Inglaterra, Francia y Estados Unidos (que al año 200 presentaban respectivamente 23, 22 y 17% de arrestos de menores de edad dentro del total de arrestos). Además, de todas las detenciones de menores practicadas entre 1995 y 2001, el 20% correspondía a "protección" y el 32% a faltas (Ministerio de Justicia, Aprehensiones de personas menores de 18 años en Chile (1980-2001), en Boletín Jurídico del MINJU, Año 1 Nº1, septiembre de 2002:55-72), es decir, más del 50% de los casos correspondían a situaciones donde un poder punitivo razonable apenas debería intervenir.

El proyecto de ley finalmente es presentado por el Ejecutivo al Congreso, en agosto del 2002, pero ya había sufrido una gran cantidad de cambios que hicieron decir en su momento a la Universidad Diego Portales, en su Informe anual de derechos humanos:

"*...con el paso del tiempo los proyectos que se hacen cargo de establecer el sistema de enjuiciamiento para los adolescentes infractores de la ley penal han sido modificados en orden a endurecer las sanciones y limitar las garantías. Ello, general y pretendidamente justificado en el aumento y gravedad de la delincuencia juvenil y las demandas de seguridad ciudadana. Sin embargo, antes de hacer ese análisis y avalar tal proceder, el que se aleja de las exigencias de intervención penal mínima, o al menos mucho menos gravosa cuando se trata de adolescentes, niños y niñas, es necesario tener en cuenta las estadísticas que, al contrario de lo que acostumbra difundir la prensa, demuestran que la tasa de aprehensiones de adolescentes se ha mantenido relativamente estable desde 1980 hasta el año 2001, que este porcentaje es ínfimo comparado con los adultos (solo un 7,3% en promedio del total de las aprehensiones) y que, además, representa un porcentaje muy inferior respecto a los niños, niñas y adolescentes aprehendidos en otros países, con respecto a los adultos*".(Informe Derechos Humanos en Chile, Facultad de Derecho, UDP, 2004: 69)

No resulta para nada despreciable, simbólicamente, el que este Proyecto se presentara el día viernes de una semana marcada noticiosamente por movilizaciones estudiantiles destacadas comunicacionalmente

por hechos de violencia, tildados de “vandalismo”. Así, en el imaginario colectivo, esta ley constituía una señal de orden [17] y, tal como en los 90 el temor de clase de los sectores dominantes lograba convertirse en hegemónico mediante un miedo generalizado hacia la delincuencia [18], se lograba ahora articular este temor como un justificador de la necesidad de contener posibles protestas y manifestaciones masivas de descontento social en la calle. En este marco, no es de extrañar que el componente “garantista” y pro-derechos del niño de la ley pasara a quedar a la sombra del énfasis atribuido socialmente a la necesidad de mayor represión.

– 2004/2005: No bastando con el considerable aumento del énfasis en lo punitivo, y el desdibujamiento del carácter especial del sistema penal juvenil, sufridos por el proyecto original en estos años, la Ley sigue siendo objeto de modificaciones que apuntan, entre otras cosas, a posibilitar la aplicación de medidas privativas de libertad en un mayor número de casos. Sin embargo, el máximo de pena privativa de libertad se mantiene durante la mayor parte de esta tramitación en 5 años (que era el plazo contemplado en el proyecto presentado en agosto de 2002). Finalmente, hay un punto decisivo en la tramitación en el Senado, en que el espíritu original de la Ley es cuestionado abiertamente. En efecto, mientras la percepción generalizada es que esta es una Ley que endurece el trato hacia los delincuentes adolescentes, lo cierto es que, a pesar de ser una Ley ya bastante alejada del momento más optimista y garantista de 1998, el ejercicio de proyectar su aplicación en la realidad permitía todavía esperar una disminución de los niveles existentes de represión, y particularmente de internación. En marzo del 2005 el senador Alberto Espina advierte esto claramente, al punto que declara:

“Esta ley viene con muchas pifias y defectos, nosotros hemos tenido que rehacerla prácticamente en su integridad.

Este proyecto no describía conductas, sino que eran a veces genéricas, figuras que no estaban claras. Además la penalidad era absolutamente subjetiva, el juez podía aplicar una graduación de 8 penas desde la amonestación hasta 5 años. Tampoco establecía un orden de graduación de los delitos, por lo tanto, podía aplicarle a un delito gravísimo una amonestación, quedando esto a su libre criterio, el juez no puede tener ese grado de amplitud.

Creo que era una muy mala ley, quizás una de las más malas que me haya tocado ver en el Congreso. Entonces, cuando el Presidente de la República anunciaba y decía que era un proyecto que tenía por finalidad poner atajo a los actos de violencia de los menores, la realidad nos decía que era mucho más permisivo que la ley que tenemos hoy. Al final era una iniciativa legal que facilitaba mucho más la libertad de los delincuentes juveniles, en vez de poner normas más claras, rígidas y dándole siempre la oportunidad a un joven de rehabilitarse”. (Declaración de Alberto Espina. Senado electrónico. Marzo de 2005)

Posteriormente, la Comisión de legislación, constitución y justicia del Senado, en un acuerdo unánime que abarcó desde la UDI al PS, aprobó una serie de modificaciones importantísimas que apuntaban a un incremento sustancial del nivel de punición. Tal acuerdo fue matizado en las negociaciones posteriores, resultando de todo ello el contenido definitivo de la Ley 20.084 [19], cuya entrada en vigencia fue postergada para un año más, es decir, para junio del 2007.

7.- La ley 20.084 refleja a lo largo de su contenido una tensión permanente entre, por un lado, sus disposiciones inspiradas en criterios garantistas y directrices emanadas del derecho internacional de los derechos humanos, que apuntan por sobre todo a la idea de restringir el poder punitivo del Estado, a través de límites y orientaciones pro-adolescente, y, por otro, en abierta oposición a dichos criterios, las convicciones político-criminales más simplistas y efectistas propias del contexto dominante de populismo punitivo. Curiosamente, o tal vez no tanto, considerando que los “niños” en abstracto movilizan una enorme simpatía de todos los sectores políticos, incluso la defensa de la mantención de los máximos de pena (5 y 10 años de privación de libertad, para los tramos etarios de 14/15 y 16/17 años de edad, respectivamente), no fue hecha mediante una defensa del encarcelamiento de por sí. Cuando se propuso en el Senado, en septiembre del 2005, bajar esos máximos a 3 y 8 años, los argumentos en contra (que fueron capaces de convocar no sólo a los partidos tradicionalmente considerados de “derecha”, sino

también votos del Partido Radical) echaron mano de la vieja y voluble idea de la “rehabilitación”:

“… es importante señalar que aquí no se trata del presidio, sino simplemente de un programa para rehabilitar a los adolescentes. Por lo tanto, el tiempo destinado a lograr efectivamente ese objetivo puede ser muy relevante.

No estamos hablando de penas de prisión que, de una manera u otra, impliquen un castigo que no rinda ningún fruto. Por el contrario, estamos frente a un programa que, llevado a cabo en la forma debida, puede ser muy beneficioso para los adolescentes. Por ello, soy partidario de mantener lo que discutimos en la Sala y que fue aprobado por la Comisión, en cuanto a mantener los plazos superiores.

Voto en contra de la indicación, porque creo que no favorece la rehabilitación de los adolescentes”. (Senador Fernández, Debate en Sala, Senado, 13 de septiembre de 2005)

Todo esto hace difícil adjudicar a esta nueva ley una coherencia que en realidad no tiene. Así, al lado de disposiciones como el artículo 18 (“Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad”), nos encontramos con límites tales como los del artículo 32 (“Medidas cautelares del procedimiento. La internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales” [20]). Por otra parte, el interés superior del adolescente es consagrado con carácter general por el artículo 2 inciso 1º, que además señala en el inciso 2º que “*en la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes*”.

8.- La ambigüedad del contenido de la Ley 20.084 es tal, que ya ha motivado enormes discrepancias en discusiones jurídicas sostenidas en el nuevo sistema procesal penal. Como es sabido, este sistema, si bien está pensado para los adultos, es aplicable a los menores de edad que tengan a lo menos 16 años, pues respecto de ellos rige aun el examen de discernimiento. Dado que la Ley 20.084 fue publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre del 2005, y la Ley 20.110 (DO 1 de junio de 2006) dispuso el aplazamiento de su entrada en vigencia hasta junio del 2007, se ha discutido en qué medida deben entenderse como aplicables sus disposiciones de fondo, o sustantivas. Lo alarmante en esta discusión es que, si bien se acepta que por aplicación de reglas generales, una ley posterior más favorable al reo debe ser aplicada, no resulta siempre claro que la Ley 20.084 contenga un régimen de sanciones que resulten más favorables al adolescente condenado que en relación al sistema actualmente aplicable (a saber, el de adultos, con la rebaja de pena contemplada en el artículo 72 del Código Penal) [21].

9.-Es posible, en este punto, hacer un paralelo entre la tendencia tradicional del análisis de los sistemas penales a sobrevalorar su aspecto discursivo, sus intenciones proclamadas concientemente, por sobre la materialidad de los cambios y sus determinantes (nos remitimos a la cita de Rusche y Kirchheimer), con la tendencia a la sentimentalización de los problemas de la niñez, que lleva también a sobrevalorar los discursos e imágenes modernos sobre la infancia y los niños, con lo cual se tiende a destacar las rupturas o grandes cambios en el plano de las representaciones de la niñez, dejando así mucho menos iluminado el sector de la realidad de la vida cotidiana de niños y niñas en un momento histórico dado. Entonces, junto a las implicancias de las recomendaciones de Rusche y Kirchheimer (1984), deberíamos considerar su posible complementariedad con el abordaje de los temas de infancia que nos siguiere Qvortrup (1991):

“nada ha cambiado en cuanto a que la realidad para los niños es que ellos son forzados a realizar actividades que son social y económicamente necesarias. Esta es la continuidad histórica de la participación de los niños en la sociedad. La escolarización sólo representa un cambio en la forma y contenido de esta participación, y es tan indispensable para la sociedad actual como otras formas de actividad impuesta a los niños lo fueron previamente”. (1991: 26. Traducción propia).

La distinción entre representaciones e ideologías de la infancia y la vida cotidiana de los niños insertos en el interior de la estructura social, podría servir para comprender que, respecto de la infancia moderna es válida hasta el día de hoy la paradoja señalada en su momento por Ariés: a mayor valoración de la infancia, mayor control sobre los niños. A lo que agregamos: no todo lo que se hace pensando en el bien de la infancia repercute positivamente sobre la experiencia de los niños.

Puesto que ha existido una distancia "vertical" entre los adultos (arriba) y los niños (abajo), el niño ha mantenido tradicionalmente una posición subordinada en la familia y en lo que lo que se refiere a la toma de decisiones en la vida social, y sus intereses -cuando son tenidos en cuenta- son representados o definidos desde la cultura adulta, que no es su propia cultura.

Esta sola razón podría bastar para que quedara claro el por qué de la paradoja de la valoración represiva: los adultos pueden, desde ciertos roles de poder (familiar, educativo, judicial, político) imponer obligaciones a los niños, y decidir sobre ellos y sus vidas sin siquiera consultarles, por eso es que muchas veces puede estar en conflicto el supuesto interés (socialmente definido) de la infancia y los intereses, necesidades o deseos de los niños sobre los cuales se decide. Es importante tener en cuenta que estas "imposiciones" no necesariamente se comprenden como tales desde la lógica de quienes las consagran, puesto que lejos de percibirlas como bienes negativos, son naturalizadas e inclusive consagradas como beneficios abiertos o derechos/deberes [22].

10.- Con este marco de análisis, podríamos esperar diversos tipos de consecuencias posibles de la aplicación de la Ley 20.084. La aplicación de la Reforma procesal penal ya nos ha dejado en claro que hoy en día el Estado es capaz de otorgar más garantías a la vez que incrementa los niveles de punición, resolviendo con eso dos exigencias en principio contradictorias, o a lo menos difíciles de conciliar.

Esta otra reforma, podría bien tener un efecto similar. Mantener un nivel de represión que es más o menos constante, y que tiende a ser exitoso, no tanto porque efectivamente encarcela a cada vez más personas, sino porque supuestamente es la propia gente la que a través de sus representaciones políticas y mediáticas pide que así sea [23]. Mal que mal, sabemos que en materias de infancia, y sobre todo en la cuestión criminal de los niños, los cambios se producen sobre un *continuum* disciplinario que es permanente, y que hace más modestos los logros de las "revoluciones copernicanas" en el plano de las proclamaciones jurídicas y políticas. En este territorio, los desfases pueden ser sorprendentes, y así como grandes cambios reales se pueden producir sin obedecer a decisiones y proclamaciones en el plano legal y discursivo, los efectos prácticos reales de grandes rupturas o proclamaciones en el plano discursivo y jurídico a veces puede que ni se noten.

Los niveles de represión penal en general, y sobre los menores de edad en especial, pueden incrementarse efectivamente de diversas maneras, sin que sea necesario siquiera modificar los marcos legales. Tal o cual interpretación de una norma, el redescubrimiento de procedimientos que habían entrado en desuso, correr un poco más para allá o para acá el margen de tolerancia de las ilegalidades del poder, etc., todo ello incide, y no poco. De hecho, citando un ejemplo en extremo actual, puede ser más molesto para las familias de los escolares movilizados, y por esa vía una presión intensa a favor de desmotivar la participación en la protesta social, la medida de multar a los padres, de hacerse efectiva la responsabilidad civil, tal como lo han anunciado y están tratando de lograr ciertas autoridades políticas. Esa forma de represión parecería, en efecto, mucho más eficaz en sus consecuencias deseadas por el poder que el procedimiento usual: arrestar niños y adolescentes por unas horas.

Durante el año pasado, la reforma procesal penal comenzó a aplicarse en Santiago y la Región Metropolitana. Se dice que el efecto inicial sobre los recintos de reclusión de menores de edad fue un notable descenso de las internaciones, producto de la introducción del elemento de racionalización y filtro inicial constituido por la actuación decisiva de los Fiscales. Pero, al igual que sucedió en las regiones donde esta reforma se implementó antes, a mediano plazo la situación se tiende a estabilizar.

Mientras esta ley espera unos meses más para entrar en aplicación, lo que podemos hacer es medirla, desde distintos criterios. Uno de ellos es el que el propio proyecto de reforma legal siempre proclamó: su capacidad de incorporar al ordenamiento jurídico nacional compromisos mínimos adquiridos por el Estado

al ratificar instrumentos internacionales para la protección de derechos humanos, en este caso principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño. No me extenderé aquí en estas consideraciones, pero la ley de responsabilidad penal de adolescentes puede ser evaluada desde las exigencias hechas por los artículos 37 y 40 de la Convención, entre las cuales se encuentra aquella de recurrir a la privación de libertad o cualquier forma de encarcelamiento de menores de 18 años tan solo "*como medida de último recurso y por el período más breve posible*". En esta evaluación, debe tratar de detectarse tanto la capacidad real del derecho de origen interno para recoger y dar concreción a estas exigencias, como también la capacidad del poder punitivo para hacer suyo el discurso de los derechos humanos, utilizándolo como mero recubrimiento de legitimidad de reformas y modernizaciones del Estado que obedecen a intereses complejos y factores múltiples.

En todo caso, no podemos olvidar que la legislación es sólo uno de los elementos que incide de manera más o menos decisiva en el volumen real de criminalización secundaria o efectiva. Pero hay muchos otros factores tanto o más decisivos. Entre ellos, como todos sabemos, las percepciones públicas, que además plantean el complejo problema del rol de la mediación que ejerce el tipo de prensa, televisión y medios de información en general en Chile. ¿Y cómo se interviene sobre este nivel? Es ahí tal vez donde se siente una mayor debilidad e incluso impotencia. Pero lo que sabemos es que hoy en día en materia político criminal, tanto el incremento de los niveles de criminalización primaria, como los aumentos reales en el volumen cuantitativo y cualitativo de la represión penal, obedecen en gran medida a la manera en que se construyen "pública"/ "publicitariamente" las demandas de la sociedad.

11.- Dejamos para el final lo que tal vez es lo más importante en este Seminario: ¿Qué pasa con el efecto de esta ley en los propios niños y adolescentes, a quienes va dirigida? La respuesta o respuestas fundamentales debieran darla ellos mismos, o por lo menos, sectores organizados de niños y adolescentes. Lo que se podría sugerir acá es que resulta innegable que esta ley viene a redefinir de alguna forma, con múltiples áreas de consecuencias, las relaciones entre Estado, sociedad e infancia. De partida, la "responsabilidad" debe ser concebida como un proceso de atribuciones mutuas, entre el individuo y el Estado. Quien es hecho responsable formalmente por el Estado, tiene también el derecho de evaluar en qué medida éste ha hecho lo necesario para que se le pueda exigir cierto tipo de comportamiento. La medida en que el Estado, a su vez, ha cumplido sus responsabilidades y obligaciones emanadas de los acuerdos suscritos, tratados internacionales ratificados, y sentencias o dictámenes de organismos supranacionales encargados de supervisar el respeto a los derechos que los propios Estados han proclamado como vigentes, resulta un tema de primer orden en este análisis. El hecho de que esta Ley, cuyo diseño final ha resultado ser tremendamente ambiguo y engorroso, sea difícil de leer y comprender incluso por los adultos, tampoco resulta un dato irrelevante. Por último, llama la atención que, si la ciudadanía de los adolescentes se reconoce de esta curiosa forma -por la negativa, es decir, concediéndoles derechos y garantías en el momento en que se enfrentan al sistema penal- no exista a nivel social la misma disposición a ampliar formal y efectivamente los niveles de autonomía, de reconocimiento de derechos, y en definitiva de "ciudadanía" en las otras áreas de la vida social de los adolescentes.

Epílogo:

En una de las notas al pie del texto original contenido en los 11 puntos anteriores se mencionaba que "el contenido de esta Ley no ha sido revisado hasta ahora. Sin embargo, no sería de extrañar que algunos de sus aspectos más garantistas sean modificados antes de junio del 2007". Eso es exactamente lo que ocurrió en mayo y junio del 2007, y por ello resulta necesario referirse ahora brevemente a lo acontecido.

La Ley 20.084 fue modificada por la Ley 20.191, originada en el proyecto enviado por el Ejecutivo el 7 de mayo con el mensaje Nº 170/355, que siguió empujando el contenido del sistema penal adolescente en dirección a un nivel mayor de represión y en el sentido de la progresiva asimilación con el sistema penal

de adultos. Así, una de las principales innovaciones apuntó a eliminar la posibilidad de lectura "ultragarantista" del artículo 32 (ver más arriba la nota 22), y se dejó en claro que la internación provisoria procede en aquellos casos que para los adultos tienen asignada pena de crimen (es decir, mayor a 5 años). Por otra parte, el plazo máximo de 12 horas de detención fue aumentado a 24, quedando por tanto los adolescentes en la misma situación que los adultos a ese efecto (lo cual es en la práctica una cuestión nada menor: con 12 horas, el adolescente duerme en su casa; con 24, es muy probable que tenga que pasar la noche privado de libertad) [24].

Pero lo más llamativo de esta modificación final fueron dos cosas: que un sector de los parlamentarios de la Concertación se pronunció de nuevo por postergar un año más la entrada en vigencia, cuestión que no fue aceptada en definitiva, y que una indicación incorporada en el Senado terminó de endurecer la Ley en el sentido de dejar una pena única en el tramo superior del artículo 23, pues en esos casos (cuando la regla de la "extensión" arroje una sanción de 5 años y 1 día hacia arriba) el juez ya no podrá optar por aplicar internación cerrada o semicerrada sino que deberá obligatoriamente imponer primero 2 años de internación en régimen cerrado. Contra esta indicación (llamada "indicación Larraín", aunque el mismo Senador Larraín señaló que dicha idea surgió en realidad desde el propio gobierno) se presentó un requerimiento de inconstitucionalidad, que entre otras cosas objetaba que mediante dicha modificación se vulneraba la Convención sobre los Derechos del Niño. Con fecha 13 de junio del 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento en todas sus partes, en un complejo y dividido fallo en que sólo el voto de minoría del ministro Vodanovic estuvo por acogerlo.

El argumento central del Tribunal Constitucional fue que la indicación Larraín se ajusta perfectamente a los fines de la ley (los que siempre fueron "responsabilizar" y "reinsertar" a los adolescentes) y que la Convención señala sólo orientaciones generales, que el legislador puede concretar en la forma que estime conveniente. Así, en el considerando 13º del fallo se señala que la indicación impugnada "tendió a concederle al juez la sola posibilidad de imponer al adolescente (…) la pena de internación en régimen cerrado (…) al menos durante la los dos primeros años", y que esto "apunta a permitirle evaluar si, realmente, se han cumplido los fines de responsabilización y reinserción social antes de decidir su sustitución por el régimen (…) semicerrado". En el considerando 28º se dice que "la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir", y que esta legislación "sin duda" ha tenido en cuenta el artículo 37 letra b) de la CDN, que "no prohíbe la privación de libertad de adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve que proceda, a juicio del mismo legislador".

En el voto del ministro Correa Sutil se profundiza en ciertos argumentos que se refieren al cumplimiento de las exigencias de la Convención. Así, en el considerando 8º Correa señala que "no es posible concluir, de manera abstracta y anticipada, que una medida de privación de libertad en un régimen cerrado impida '*que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar*'. Ello dependerá de las específicas condiciones carcelarias a las que se le someta y si bien algunas condiciones pueden llegar a vulnerar este precepto, no corresponde a esta Magistratura, al margen de toda prueba, presumir desde ya que todas ellas impedirán el trato benefactor a que el Estado de Chile se ha obligado". En sus razonamientos Correa llega incluso a afirmar que deberá ser el principio del interés superior del niño el criterio que justifique el encarcelamiento de adolescentes.

No obstante el predominio de estas lecturas débiles o retorcidas del contenido de la Convención [25], el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas había alcanzado a referirse al tema de la ley a principios de año en las nuevas observaciones al Estado de Chile (CRC/C/CHL/CO/3), y había señalado que la misma debía ponerse en "plena sintonía" con la Convención y otras normas internacionales de justicia juvenil, sobre todo en lo referente a garantizar el uso de la privación de la libertad como último recurso. El Comité emitió además este año una nueva Observación General, la Nº 10, sobre "derechos del niño en la justicia juvenil", que ratifica y profundiza tanto esa obligación de uso mínimo de la privación de libertad, como la necesidad de que los sistemas de justicia juvenil tengan un diseño y perspectiva de integralidad, contemplen alternativas a la criminalización, e incorporen activamente todos los principios y

normas de la Convención.

Evidentemente, la modificación legal realizada se hizo exactamente en el sentido contrario al recomendado. Es de destacar también que este nuevo endurecimiento final de la Ley contó en el Parlamento con votos tanto de la derecha como del oficialismo.

El segundo elemento nuevo en este escenario estuvo dado porque durante mayo y junio los estudiantes secundarios volvieron a movilizarse mediante asambleas, marchas, ocupaciones y tomas, y en esta ocasión levantaron a nivel nacional la consigna de "no a la ley penal adolescente" [26]. Desde el poder, la fecha de entrada en vigencia de esta ley (8 de junio de 2007) fue usada como amenaza para hacer desistir a los estudiantes de su movilización, la que en esta ocasión fue tildada de "injustificada" tanto desde la clase política como desde los medios de comunicación (los que incluso se permitían mostrar las movilizaciones del año anterior como una cuestión totalmente diferente, que habría gozado desde el inicio del apoyo unánime de la sociedad y de ellos mismos).

Todo análisis de lo acontecido hasta ahora en la aplicación del nuevo sistema resultará necesariamente prematuro. Por lo mismo tal vez es mejor concentrarse en definir un instrumental conceptual y perspectivas teóricas que nos sirvan para entender bien lo que está en juego, que en el fondo no es más que uno de los aspectos centrales del funcionamiento de los mecanismos y estrategias actuales del control social en esta fase del capitalismo global donde pareciera que se ha verificado ya la subsunción casi total de la sociedad en el capital. El elemento superestructural, "ideológico", debe ser analizado tanto en su relativa autonomía como en sus relaciones directas y mediadas con la totalidad social. En este plano, debe ser resaltado el escaso poder real de una visión culturalmente "progresista" de la condición jurídica de la infancia construida desde la doctrina de los derechos humanos, que aunque pareciera dominante en algunos ámbitos, no logra permear en definitiva las iniciativas legales, decisiones políticas y judiciales, y tampoco penetra bien en el lenguaje de los medios de comunicación ni en el "sentido común" desde ellos definido.

Esta visión, entonces, no logra ser hegemónica (al punto que no es tomada en serio ni siquiera en las filas de los partidos que se autodefinen como "progresistas"), y ese déficit se traduce no sólo en una escasa capacidad de transformación sino que incluso funciona -muy a su pesar, suponemos- como legitimación ideológica de importantes transformaciones represivas –las que, a la vez que en un sentido pueden ser vistas como "regresivas", por otra parte es verdad que expresan fielmente las necesidades y orientaciones específicas del control social en el momento actual-.

Este fenómeno no es en realidad nuevo en el campo del control social y del funcionamiento del Estado y la política. En su análisis de las transformaciones del sistema penal que se verificaron en Estados Unidos e Inglaterra desde los años 70, Garland acuña la noción del "uso reaccionario de un argumento radical", para referirse a cómo las críticas progresistas y "bien intencionadas" a ciertos aspectos y excesos del control social propio del Estado de Bienestar (tal como se aprecia en películas que en ese momento se exhibían con gran éxito: "La Naranja mecánica", "Atrapado sin salida", y podríamos agregar "Brazil" y "1984") pavimentaron el camino al retorno de la punición pura y dura, que sirvió para hacer viable e incluso "populista" el proyecto neoliberal/neoconservador de la nueva derecha y su desmantelamiento del Estado social en aras de un Estado penal. En nuestro caso, entonces –proceso nacional que debe ser visto también como parte de un movimiento regional de reformas-, la ironía de la historia parece que nos ha brindado una curiosa reiteración de este fenómeno a que se refiere Garland, dentro del campo del control de la infancia, puesto que, si miramos hacia el primer gran momento de juridización moderna de la infancia, a fines del siglo XIX, en ese momento los "progresistas" creyeron que al estructurar el sistema tutelar estaban extrayendo a los niños del derecho penal, cuando en realidad lo que hacían era perfeccionar y modernizar el sistema de control social haciéndolo más flexible y mejor dirigido, para operar sobre criterios más modernos de selección "científica" del segmento infantil a ser disciplinado mediante la tutela estatal. En el segundo gran momento, nuestro momento, vivido desde la década de los 90, el discurso progresista de los derechos luchó por derrotar al enemigo tutelar en su propio terreno -el de la ideología que permite el funcionamiento de los sistemas de control- y al situar ese enemigo en el pasado, ha sido relativamente exitoso al suministrar una ideología de reemplazo a la administración del

control sobre la infancia, pero no ha logrado efectivamente poder usar el Estado y el Derecho como garantes efectivos del conjunto de los derechos individuales y sociales ligados a la infancia. Lo que sí se ha conseguido es reconocer la autonomía de los adolescentes de una manera negativa, habiéndoles regulado en detalle su derecho a ser penalizados.

Siguiendo la tradición de la Economía Política de la pena enriquecida con elementos aportados por la perspectiva "biopolítica" foucaultiana, De Giorgi nos recuerda lo adecuado de distinguir entre funciones instrumentales y funciones simbólicas del control. Las primeras son "las finalidades materiales que se pueden atribuir a un sistema punitivo en un contexto histórico y socialmente definido, (…) los objetivos 'útiles' que se pueden atribuir a la pena", o en otro sentido, "aquellos objetivos cuya persecución predefine los criterios de organización y de gestión de las estructuras y de las instituciones del control social". Por funciones simbólicas, en cambio, se entienden "los universos políticos de discurso a través de los cuales determinadas prácticas punitivas son legitimadas mediante una representación que las sitúa como una superación positiva de otras prácticas, a fin de producir un consenso social frente a las mismas".

En el primer nivel de análisis, entonces, "conviene reflexionar para comprender por qué determinadas formas de castigo prevalecen históricamente respecto de otras (por qué, por ejemplo, en determinado momento el encarcelamiento sustituye al suplicio)". En el segundo ámbito, el trabajo de la crítica apunta a "descodificar las dinámicas que dan lugar a la sucesiva estabilización de estas nuevas formas de castigar y, sobre todo, permite indagar acerca de las modalidades de interiorización social de la cuestión criminal que, a su vez, legitiman las nuevas formas del castigo". Pero esta perspectiva debe también abordar las relaciones entre ambos niveles, los que en la praxis se encuentran entrelazados, pues "si la evolución del sistema punitivo es la plasmación en el tiempo de estrategias que desarrollan una función de conservación de las estructuras económicas y sociales predominantes, y de adecuación del castigo a sus transformaciones, resulta fundamental poner de manifiesto las diversas articulaciones de la relación entre vertiente instrumental y simbólica del control".

En el caso de la reforma al sistema penal de adolescentes que se ha materializado en la Ley 20.084/20.191, pareciera que existe un cierto desfase entre el nivel instrumental y el simbólico.

En el primero, como ya se ha señalado, podríamos incluso arriesgarnos a afirmar que las transformaciones acaecidas no son tan profundas como se percibe desde el nivel simbólico, puesto que en definitiva el sistema "nuevo" funciona como un reacomodo de la relación entre sistema penal de adultos y sistema de control tutelar de menores, en la que los adolescentes desde los 14 años ahora quedan sujetos a algo que en el fondo es la continuidad de la relación "directa" que hasta el 8 de junio tenían con el sistema penal de adultos las personas desde los 16 años, y por otra parte, en cuanto existe también la pretensión de haber construido un sistema especial, no puede desconocerse que existen importantes figuras (internación semicerrada, posibilidad de que en cualquier momento de la ejecución de la sanción de internación se solicite la sustitución por una pena no privativa de libertad) que hacen una cierta diferencia con el sistema de adultos, en una pugna entre autonomía relativa y asimilación casi completa que se definirá en la práctica y sólo será posible de evaluar en el mediano plazo. Las razones históricas concretas (económicas y culturales o superestructurales) del agotamiento del modo anterior de castigar (mezcla de derecho tutelar de menores y derecho penal atenuado) deberán ser analizadas con criterio histórico, y abarcando todos los ámbitos del problema [27].

Por de pronto, entonces, no parecen haberse verificado en el plano instrumental del sistema en su funcionamiento concreto ni las predicciones catastrofistas de derecha (colapso del sistema) ni las de izquierda (un encierro masivo de adolescentes).

En el plano simbólico, no puede sino ser señalada la tremenda importancia que la amenaza de aplicación de la nueva ley tuvo como un arma retórica muy efectiva en manos del Estado, que sin necesidad de ser aplicada directamente en un proceso de criminalización "secundaria" (o concreta) de estudiantes movilizados, surtió efectos innegables de temor y desincentivo para la realización de acciones que pudieran ser criminalizadas con la nueva ley. Por lo mismo, resulta muy valioso el hecho de que los

estudiantes secundarios organizados y movilizados hayan sido los únicos en oponerse en bloque a la nueva ley y en lograr expresar ese rechazo a nivel nacional. Ante una ley que simbólicamente se planteaba como el "final de la impunidad adolescente" [28] (aunque técnica e instrumentalmente sepamos que no se trata de eso exactamente [29]) y como una amenaza que buscaba un efecto desmovilizador, este rechazo da muestras de cordura y dignidad tremendas. Era fácil incurrir en la crítica cínica que señalaba que, cuando se intentaba fundamentar dicha consigna, los voceros estudiantiles en los medios se limitaban a manifestar su molestia por el hecho de que su accionar sea equiparado con la delincuencia, señalando que el "estudiante que lucha" no puede ser "tratado como delincuente". Pero a pesar de la posible debilidad de la fundamentación -que por lo demás difícilmente podría escapar del todo a la concepción hegemónica que ve siempre en el delincuente a un "otro" - no le quita un ápice de potencia a lo tremendamente acertado del rechazo a un acuerdo que unía a la casi totalidad de la clase política y medios de comunicación en la ofensiva represiva (si se clamaba por más o menos garantías, más o menos "rehabilitación" es, a estos efectos, y sobre todo para el nivel simbólico, un factor secundario).

Pero la verdad es que, si la ley se hubiera aplicado, ninguno de los "delitos" en los que es posible para el poder criminalizador encasillar las protestas y movilizaciones "pingüinas" habrían ameritado encarcelamientos (la internación provisoria en esta ley sólo es posible de ser aplicada cuando se trata de delitos graves, con pena de crimen –es decir, mayor a 5 años-, y por cierto el desorden público, la usurpación, eventuales daños e inclusive el porte de bombas incendiarias tienen penas menores), y así, el grueso de los casos sólo habría llegado a citaciones o detenciones de hasta 24 horas. La forma principal de represión que los niños y adolescentes sufrieron luego de las movilizaciones ha sido el poder disciplinario de los establecimientos educativos y las Municipalidades, amparados en la muchas veces dudosa "legalidad" de sus reglamentos internos (los que entre el movimiento del 2006 y el 2007 han sido revisados concienzudamente y endurecidos).

También en esto se comprueba el desfase señalado entre lo instrumental y lo simbólico, y se impone entonces a una teoría crítica ligada a una praxis emancipatoria el poder avanzar en el plano del análisis de lo que la Ley realmente es y, por ende, de lo que efectivamente implica a efectos prácticos hoy en día como forma especifica de criminalización, de restricción de libertades, y de imposición del orden, ya que es evidente que este mecanismo -nuevo o no tanto- puede ser y es aplicado también para evitar y/o reprimir las muestras de disconformidad y protesta social que se expresan en la calle. Habiendo sido formulado y comunicado en el momento justo un rechazo -que, por lo demás, podía incluso construirse desde el propio discurso de derechos humanos con que inicialmente se había legitimado la necesidad de esta ley-, corresponde ahora conocer bien las formas en que es posible resistir y defenderse de los procesos de criminalización en el escenario presente.

En este proceso, deberíamos volver a apuntar al plano más general y profundo de las transformaciones sociales en curso. Según De Giorgi, y con esto acaba este epílogo, asistimos hoy en día a nivel global "a una reorganización de las funciones simbólicas e instrumentales del control, de una rearticulación que se desarrolla a través de formas renovadas de desigualdad social. En un nivel de integración social medio-alto, parece prevalecer el aspecto simbólico del control, en su función de cohesión moral en torno a la necesidad de seguridad, de reducción de los riesgos y de acceso al mercado. Donde en cambio se propaga la marginación social, el plano simbólico se mantiene en segundo término y prevalece la incapacitación, la selección de categorías sociales de riesgo que son las destinatarias del control y de la cárcel, la *less elegibility* como medio extremo para forzar a aceptar condiciones de vida cada vez más dramáticas".

Referencias bibliográficas

Adorno, Theodor. 2004. *Escritos Sociológicos I*, 1ª edición, Madrid: Akal.

Bavestrello, Yolanda y Hoecker, Loreto. 1992. "Delincuencia y seguridad ciudadana: construcción ideológica y hegemonía", en *Revista Chilena de ciencia penitenciaria y derecho penal* 18, pp. 37-52.

Bustelo, Eduardo. 2007. *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Carli, Sandra (Compiladora). 2006. *La cuestión de la infancia. Entre la escuela, la calle y el shopping*.

Buenos Aires: Paidós.

Cleaver, Harry. 1985. *Una lectura política de El Capital*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

De Giorgi, Alessandro. 2005. *Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Madrid: Virus.

De Giorgi, Alessandro. 2006. *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de sueños. Disponible en la red: http://www.traficantes.net/index.php/trafis/editorial/catalogo/coleccion_mapas/el_gobierno_de_la_excedencia_postfordismo_y_control_de_la_multitud

Fuchslocher, Edmundo. 1983. *Derecho de Menores: De la tuición*. 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Garland, David. 2005. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

Guzmán, Juan Andrés y Ramos, Marcela. 2000. *La Guerra y la Paz Ciudadana*. 1ª edición, Santiago: LOM Ediciones.

Qvortrup, Jens. 1991. "Childhood as a social phenomenon – An introduction to a series of national reports", en *Eurosocial report* 36, European Centre Childhood Program.

Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto. 1984. *Pena y estructura social*, 1ª edición, Bogotá: Editorial Temis.

Zaffaroni, Eugenio y Pierangeli, Enrique. 1999. *Manual de direito penal brasileiro. Parte general*, 2 edición, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais.

Textos legales y otros

Ley 20.084

Ley 20.191

Boletín Jurídico del MINJU, Año 1/Nº1, septiembre de 2002.

Compilado de normas de Derecho de familia. 2005. Santiago: Editorial Lexis Nexis.

www.lanacion.cl

www.lun.cl

www.emol.cl

www.poderjudicial.cl

Julio Cortés Morales es abogado de la Corporación Opción y Profesor de Criminología en la Escuela de Derecho de la Universidad Arcis.

Correo electrónico: juliocortes[AT]opcion.cl

Notas

[1] Emile Durkheim, “L’efficacité des doctrines morales”, 1909, en Adorno, 2004: 231-232.

[2] La Ley de menores, aún vigente (como Ley 16.618) vale como ejemplo de esta zona limítrofe entre castigo y tutela, en que en vez de delito y pena tenemos situaciones de riesgo y medidas de protección. Esta ley, de 1928, refundida y resistematizada con sus modificaciones en 1967, ha sido alterada en su estructura por las reformas introducidas por la Ley 19.806, y luego por la ley 20.084. Pese a estas modificaciones, podríamos decir que en su texto actual subsiste un poder tutelar que se ha restringido parcialmente, y que está ahora en manos de los Tribunales de Familia.

[3] Esta lectura o posición mayoritaria en cierto “progresismo” no es en realidad una postura crítica, o más bien, no llega a ser en realidad una crítica radical. De hecho, podría ser definida sumariamente como una mezcla de neotutelarismo con un “abolicionismo de etiquetas”, que se conforma con “descriminalizar” ámbitos de los comportamientos humanos endosándoselos a otros sistemas más invisibles e hipócritas de control social punitivo. No desaparece el castigo, pero se le designa de maneras más nobles (“tratamiento”, “medida de protección”, “educación”, “rehabilitación”, “socio-educación”, etc.) y nos quedamos así todos con la conciencia muy tranquila. De paso, se ayuda así a que la prensa y el público ni siquiera noten que existen estos mecanismos de control social en manos del Estado.

[4] “*El padre tendrá la facultad de correjir i castigar moderadamente a sus hijos i cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la demanda del padre i el juez, en virtud de ella espedirá la orden de arresto. Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos y podrá estenderlos hasta por seis meses a lo más. El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto*”. (Artículo 233, Código Civil de 1855).

[5] La formulación actual de estas normas demuestra que las cosas cambian por sobre un cierto sustrato que permanece:

“*Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal*” (inciso 1º, art. 234, CC actual, modificado por la Ley de Filiación en 1998).

“*Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad*” (inciso 3º del artículo 234 del Código Civil).

“*Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 7.- La vida futura del niño, niña o adolescente, en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil*” (artículo 8 de la ley 19.968, publicada en el *Diario oficial* el 30 de agosto de 2004).

[6] La ley de Menores de 1928 dejó esa franja intermedia entre los 16 y los 20 años. Un supuesto aumento de la delincuencia juvenil llevó a bajar el tope superior de 20 a 18 años en 1953.

[7] ¿Cuales eran los límites del castigo patriarcal sancionado por el Derecho civil? Una sentencia de hace dos décadas entiende que lo “moderado” del poder de corrección y castigo que se autoriza a ejercer al padre de familia puede ser bastante excesivo sin por ello dejar de ser “legal”:“*No es posible hacer responsable del fatal resultado al reo como autor de parricidio, por cuanto no aparece que su obrar hubiera estado impulsado por el propósito de causar la muerte de su hijo, sino de corregirlo conforme a la facultad que le conceden los artículos 233 y 234 del Código Civil*” (sentencia de la Corte de Apelaciones de PAC, 12 de Julio de 1984).

[8] Las recetas de la escuela positiva de la Criminología son acogidas expresamente por este tipo de leyes: “El delito en el niño, mirándose como un sistema o consecuencia de su estado moral, no es castigado. Debe aplicársele un tratamiento médico y pedagógico, tratando de transformarlo en un

elemento útil, y a la vez defender a la sociedad de él, conforme a su grado de temibilidad" (Exposición de motivos proyecto de ley de protección de menores presentado por el Ejecutivo el 4 de agosto de 1927, en Edmundo Fuchslocher, 1983:154).

[9] Por ejemplo, al acotar el objeto de su "criminología", como un saber necesario sobre el funcionamiento y posibilidad de cambio de nuestros sistemas penales, Zaffaroni y Pierangeli han dicho que "*a fin de encuadrar la función del derecho penal dentro del sistema penal y de control social, nos limitaremos al concepto más estricto de 'sistema penal', pero ni por eso dejamos de advertir acerca de la necesidad de estar permanentemente atentos al fenómeno punitivo como realidad, porque es la única manera de no caer en la ficción de que se respetan los Derechos Humanos en el ámbito penal, cuando en realidad las violaciones se cometen por medio de la sustracción a lo penal de aspectos materiales de la punición, poniéndolos al amparo de otros discursos*" (Zaffaroni y Pierangeli, 1999. Traducción propia).

[10] "Niña de once años presa por sacarle 2 mil pesos a su mamá", *Las Últimas Noticias*, 30 de Mayo de 2006.

[11] Senador Coloma, UDI. En sesión de debate en sala sobre la Ley de responsabilidad penal de adolescentes, 13 de septiembre de 2005.

[12] Un buen ejemplo del análisis de varias de estas superficies, en Carli (2006).

[13] Como la que emplea Eduardo Bustelo en su obra más reciente (ver Bustelo, 2007).

[14] Para esta tradición marxiana de la Economía Política de la penalidad, en el sistema penal moderno se expresa una nueva concepción del tiempo -la que emana del tiempo de trabajo para la producción de mercancías, que es un tiempo lineal y homogéneo, cuantitativo, medido por el reloj- y la "universalización del principio de intercambio de equivalentes", lo que explica "la sedimentación histórica paralela del *contrato como fijación del tiempo de trabajo y de la sentencia como fijación del tiempo de reclusión*" (De Giorgi, 2006: 62).

[15] Para más reflexiones desde esta distinción, ver más adelante el epílogo de este texto.

[16] El proceso se encuentra contundentemente explicado en publicaciones como La Guerra y la Paz Ciudadana de Guzmán y Ramos (Guzmán y Ramos, 2000), y antes de eso, por el artículo "Delincuencia y seguridad ciudadana: construcción ideológica y hegemonía", de Yolanda Bavestrello y Loreto Hoecker (Bavestrello y Hoecker, 1993: 37-52).

[17] Ya el año 2001 los estudiantes secundarios habían protagonizado el llamado "mochilazo", una masiva movilización por demandas asociadas al pase escolar. Estos conflictos no sólo no se han apaciguado, sino que ha sido este año, 2006, cuando el nivel de movilización alcanzado pasó a adquirir una centralidad tal que el Estado tuvo que poner algunos temas en agenda que previamente no lo estaban, y en los medios de comunicación se pasó en pocas semanas de una actitud de descalificación del movimiento por su "vandalismo" a una simpatía light con intentos de "farandulización" de sus rostros más visibles.

[18] Como señalaban Bavestrello y Hoecker a inicios de los 90: "Al ligar delincuencia y terrorismo, el discurso hace una asociación en que los temores de la mayoría se confunden con los de estos sectores (la derecha), generando a partir de allí identidad y cohesión en torno a determinados valores" (Op.cit: 46).

[19] El contenido de esta Ley no ha sido revisado hasta ahora. Sin embargo, no sería de extrañar que algunos de sus aspectos más garantistas sean modificados antes de junio del 2007.

[20] Leyendo esta disposición en armonía con el artículo 21, equivalente al actual artículo 72 del Código penal, que procedería en todos los casos de acuerdo al artículo 21 de la Ley, tenemos acá uno de los aspectos más valiosos desde el punto de vista de los límites al internamiento de los adolescentes durante el proceso. "*Para los efectos de la presente ley, se entenderá que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente*" (Artículo 21).

[21] Una demostración concreta de este problema y sus alcances se aprecia de la lectura de algunos fundamentos de una sentencia relativamente dictada en el 2006:

"*4º Que, en el caso de autos, el hecho fue cometido el 12 de agosto de 2004 y la ley nº 20.084 fue promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada 7 de diciembre del mismo año, fijando su entrada en vigencia para seis meses después de su publicación. Entonces, si este nuevo cuerpo legal fuere mas beneficioso para el imputado, debe serle aplicado.*

5º Que para determinar lo favorable u odioso de la nueva ley, la doctrina y la jurisprudencia ha señalado algunos criterios rectores: a). La ley mas favorable, debe aplicarse en su globalidad, pues, No está permitido que el tribunal cree una ley, distinta a la anterior y la nueva, o sea que seleccione determinados preceptos de una y otra y los aplique en conjunto, creando, en el hecho, una tercera ley (inexistente) para el caso de que se trata (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, T. I, pág. 108). b) La ley mas favorable debe hacerse siempre para el hecho punible al cual se va a aplicar, debiendo, para ello, tener en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y que sean relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. (Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Parte General, pág. 227 y siguientes, edición marzo 2005). Así, será mas favorable aquella que, en la situación fáctica, al ser aplicada, deje al autor desde un punto jurídico-material en mejor situación. c). La determinación de cuál ley es más favorable corresponde al juez, por razones de orden público, (Luis Cousiño Mac Iver, Derecho Penal Chileno, T. I, pág. 129), sin perjuicio que deba oírse al afectado.

6º Que para aplicar los criterios anteriores, cabe dejar previamente establecido, que el delito investigado en autos es el de homicidio, cometido por un menor de 18 años y mayor de 16, declarado con discernimiento, y que se le reconocen dos atenuantes y no le perjudican agravantes. A este caso, debe aplicarse los dos sistemas legales y dilucidar cual resulta más beneficioso al afectado.

7º.- Que la legislación vigente declara exentos de responsabilidad a los menores de 18 años (artículo 10 nº 2 del Código Penal), pero cuando cometen un delito, el Juez de Menores (o de Familia) debe aplicarle alguna de las medidas de protección establecidas en el artículo 29 de la ley nº 16.618, con la excepción de que si los menores de 18 y mayores de 16 fueron declarados que obraron con discernimiento, se les sanciona con la pena inferior en un grado al mínimo establecido para ley para el delito (artículo 72 del Código Penal). La ley nº 20.084 establece una serie de medidas que resultan mas favorable al menor infractor, como por ejemplo, despenaliza las faltas para los menores de 16 años y a los mayores de esa edad y hasta los 18, reduce las infracciones y morigera las penas (art. 3 y 6), indica un régimen más benigno para sancionar los delitos sexuales (art. 4), reduce los plazos de prescripción (art. 5) fija un límite máximo de la pena privativa de libertad, en 10 años, cualquiera sea el delito cometido (art. 18), señala un marco penal abstracto para los delitos cometidos por adolescente, en un grado inferior al mínimo de la pena asignada a los delitos (art. 21); pero, en lo que interesa , es que se le aplica un pena, la de libertad asistida, indicada en el artículo 23, nº 3 de la ley en comento. Analizado globalmente ambos cuerpos legales, resulta más beneficioso para el afectado el sistema en actual vigencia, pues no penaliza los delitos de los menores de 18 años, en cambio la nueva ley si lo sanciona.

8º Que, ahora, **aplicado al caso concreto, con la legislación vigente, al imputado le correspondería un pena de 541 días a tres años de presidio menor en su grado medio, en cuyo caso cumple con los requisitos para concederle la remisión condicional de la pena, que consiste en la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo** (art. 3, ley nº 20.084) debiendo cumplir las obligaciones indicadas en su artículo de la citada ley y Reglamento, quedando sujeto a

cumplir residencia en un lugar determinado, sujeción al control administrativo y asistencia a la Sección de Tratamiento del Medio Libre de Gendarmería de Chile, ejercer un profesión u oficio en caso que carezca de medios conocidos y honestos de subsistencia y no sea estudiante y satisfacer las indemnizaciones civiles, costas y multas, salvo eximisión. **En cambio, con la nueva legislación, que le aplicó una sanción de tres años de libertad asistida, la que consiste en la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social**. El control del delegado se ejercerá en base a las medidas de supervigilancia que sean aprobadas por el tribunal, que incluirán, en todo caso, la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos, los que deberán ser propuestos al tribunal. (art. 13 ley nº 20.084). **De lo anterior cabe concluir que también es más beneficiosa al menor la normativa vigente, porque, con la medida alternativa no cumple la pena, se le suspende, de manera que dicha condena no se toma en cuenta para la reincidencia específica. Asimismo, las obligaciones impuestas para gozar de la remisión condicional son menores que las indicadas en la nueva legislación, que lo hace cumplir con los programas socioeducativos que considera la libertad asistida, bajo sanción de sustituírsela por una de mayor gravedad** ". (Corte de Apelaciones de Concepción, fallo del 27 de marzo de 2006, rol recurso 88/2006, resolución 9660. Los destacados son míos).

[22] Al respecto, resulta muy ilustrativa de este tema propio de la modernidad una de las fábulas más conocidas en la industria de la entretención infantil, nos referimos al Pinocho de Carlo Collodi, donde casi al inicio se produce el siguiente diálogo:

"Pinocho se volvió, y vio un grillo que subía lentamente por la pared.
– Dime, Grillo, y tú, ¿quién eres?
– Yo soy el Grillo-parlante, y vivo en esta habitación desde hace más de cien años.
– Pues hoy esta habitación es mía –dijo el muñeco- y, si quieres hacerme un favor, vete en seguida, sin mirar atrás.
– No me iré de aquí –respondió el Grillo-, sin decirte antes una gran verdad.
– Dímela y acaba de una vez.
– ¡Ay de los niños que se rebelan contra sus padres y abandonan caprichosamente la casa paterna! No conseguirán nada bueno en este mundo, y, tarde o temprano, tendrán que arrepentirse amargamente.
– Canta, Grillo, canta lo que quieras. Yo sé que mañana, de madrugada, quiero irme de aquí, porque si me quedo, me pasará lo que les pasa a todos los demás niños: me enviaran a la escuela y, de grado o por fuerza, tendré que estudiar. Y, en confianza, te digo que no me apetece estudiar y que me divierto más corriendo tras las mariposas y subiendo a los árboles a coger nidos de pájaro.
– ¡Pobre bobo! ¿No sabes que, portándote así, de mayor serás un grandísimo burro y todos se reirán de ti?
– ¡Cállate, Grillo de mal agüero! –gritó Pinocho.
Pero el Grillo, que era paciente y filósofo, en vez de tomar a mal esta impertinencia, continuó con el mismo tono de voz:
– Y si no te agrada ir a la escuela, ¿por qué no aprendes, al menos, un oficio con el que ganarte honradamente un pedazo de pan?
– ¿Quieres que te lo diga?- replicó Pinocho, que empezaba a perder la paciencia- Entre todos los oficios del mundo sólo hay uno que me apetezca de verdad.
– ¿Y qué oficio es?
– El de comer, beber, dormir, divertirme y llevar, de la mañana a la noche, la vida del vagabundo.
– Pues te advierto –dijo el Grillo-parlante, con su acostumbrada calma-, que todos los que tienen ese oficio acaban, casi siempre, en el hospital o en la cárcel.
– ¡Cuidado, Grillo de mal agüero!... Cómo me enfade, ¡ay de ti!
– ¡Pobre Pinocho, me das pena!
– ¿Por qué te doy pena?
– Porque eres una marioneta, y, lo que es peor, porque tienes la cabeza de madera…"

[23] No tenemos espacio acá para referirnos en detalle a algo que en realidad es obvio: en Chile

tenemos distintos sistemas penales. El que encarcela proletarios y "lumpenproletarios" en esos campos de concentración que constituyen el sistema carcelario actual es uno; hay otro que se encarga de los delincuentes "no malvados", también conocidos como delincuentes "de cuello y corbata"; otro muy diferente se encarga de los delitos cometidos por militares y funcionarios estatales que estuvieron involucrados en el "sistema penal subterráneo" de la dictadura. Delito económico y violación de derechos humanos parecen ser entidades tan extrañas al sistema penal propiamente tal, que hasta han ameritado la construcción de recintos especiales para la reclusión de su clientela. Y además de todo eso, tenemos el peculiar sistema penal de niños y de adolescentes.

[24] La justificación de este aumento de 12 a 24 horas en este proyecto es una interesante pieza para el análisis, tanto en lo formal del texto como en la relación con su contenido:

"*Otro aspecto central del que se hace cargo esta ley, dice relación con cuestiones procesales que resultan especialmente relevantes para el buen funcionamiento del sistema de aplicación de justicia penal adolescente.*

En tal sentido, se modifica el artículo 31, que regula la detención por flagrancia.
Se propone, como medida de garantía, establecer obligaciones para el fiscal y las policías durante las horas previas a la puesta a disposición del tribunal del adolescente, lo que en ningún caso podrá exceder de 24 horas.

Para ello se establecen cuatro elementos que dan cuenta de estas garantías: el deber de disposición directa al tribunal; la necesidad de que ello ocurra en el menor tiempo posible; con preferencia en la programación de la audiencia y, con presencia del defensor cuando la diligencia exceda de la simple acreditación de identidad. **Lo anterior se estima, cumple de mejor forma los fines de la ley, que establecer un mero plazo máximo, subsanando los problemas de operatividad a que la norma podría dar origen** " (del mensaje Nº 170/355, las negritas son mías).

[25] En esa segunda categoría podemos señalar otra sentencia tremendamente importante: la del "caso Atala", mediante la cual la Corte Suprema quitó la tuición de 3 hijas a su madre lesbiana invocando la Convención sobre los Derechos del Niño y en particular el principio del "interés superior", el que a juicio de los sentenciadores implica el derecho a vivir en una familia "estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio" (considerando 20º. Sentencia de la cuarta sala de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004). Las niñas habían manifestado en el juicio y mediante entrevistas psicológicas que deseaban seguir viviendo con su madre. Por lo visto, el poder ha avanzado en términos de que logra perfectamente violar derechos a la vez que los está invocando. Este caso está siendo actualmente tramitado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[26] *La Nación* del 7 de julio informaba: "Al menos 7 colegios de la capital, en las comunas de Santiago centro y Maipú, amanecieron ocupados esta madrugada. Además de estimar insuficientes las reformas al sistema cuestionan la nueva Ley Penal Juvenil" ("Educación descarta 'razón objetiva' para nuevas tomas", en www.lanacion.cl). Respecto de la toma del Liceo de Aplicación, el mismo medio informaba que en cuanto a demandas "externas", se plegaban a lo acordado en la Asamblea Nacional de Estudiantes Secundarios: "Fin a la municipalización, críticas a la ley de educación, y rechazo a la ley de Responsabilidad Penal Juvenil" ("Seguidilla de tomas 'express' en colegios emblemáticos de Santiago", www.lanacion.cl, 7 de junio de 2007).

[27] En este sentido, una sentencia reciente de la Corte Suprema nos da una visión bastante calificada de una de las lecturas que puede tener la transformación expresada en la nueva ley penal adolescente: "A mayor abundamiento, no puede olvidarse que **la Ley Nº 20.084 no crea una suerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados**; al contrario, rige plenamente el estatuto penal de los adultos y la normativa de los adolescentes no cambia ni muta sus penas, ni sus delitos, ni su forma de participación, ni su desarrollo, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, no sustituirlas; para luego proceder a efectuar la conversión en relación con la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso, pero siempre sujeto a

ese contenido mayor que no ha dejado de regir” (Segunda sala de la Corte Suprema, sentencia de 21 de agosto de 2007, Rol Nº 3498-07. Las negritas son mías).

[28] La Biblioteca del Congreso Nacional estrenó en esos momentos un sección sobre el tema en su sitio web, bajo el significativo título de “El fin de la impunidad adolescente” y utilizando junto a dicho título una imagen: la fotografía de un grupo de 5 o 6 adolescentes que se encuentran al interior de un establecimiento educativo y se han cubierto el rostro. Ver sitio aquí: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-04-11.5081711610.

[29] Puesto que los adolescentes ya era penalizados en el sistema anterior: como adultos cuando eran declarados con discernimiento, o encubiertamente como “menores” en el resto de los casos.