

DERECHOS DE LOS NIÑOS EN CHILE

Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile

44° período de sesiones, Ginebra, Enero 2007



Organización Mundial Contra la Tortura



Corporación de Oportunidad y Acción Solidaria OPCION

DERECHOS DE LOS NIÑOS EN CHILE

Informe Alternativo al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile

44° período de sesiones, Ginebra, Enero 2007

Investigación y Redacción por: Renata Delgado-Schenk y Janine Peter (OMCT)

Edición: Julio Cortés (OPCION) y Renata Delgado-Schenk (OMCT)

Coordinación: Cécile Trochu Grasso (OMCT)

Director de publicación: Eric Sottas (OMCT)

Ginebra – Santiago, Agosto 2006

El presente informe fue elaborado conjuntamente por la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) y la Corporación de Oportunidad y Acción Solidaria OPCION. Ambas organizaciones ya trabajaron juntas en el informe alternativo remitido al Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas en 2004, en cooperación con otras cuatro ONG's chilenas. Este informe está disponible en la página web de la OMCT: tanto en español (http://www.omct.org/pdf/procedures/2004/joint/s_violence_chili_05_2004_esp.pdf) como en inglés (http://www.omct.org/pdf/procedures/2004/joint/s_violence_chili_12_2004_eng.pdf).

La Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), con base en Ginebra (Suiza), es la coalición de Organizaciones No Gubernamentales más extensa en lucha contra las detenciones arbitrarias, la tortura, las ejecuciones sumarias y extrajudiciales, las desapariciones forzadas y otras formas de violencia. Coordinadora de la red SOS-Tortura, que comprende más de 280 ONG's a nivel local y regional en 92 países, la OMCT tiene como objetivo reforzar y acompañar las actividades de las organizaciones en el terreno. El apoyo que la OMCT proporciona a las víctimas de la tortura es individualizado gracias a los llamados urgentes (particularmente en favor de los niños, las mujeres y los defensores, así como aquellos relativos a las violaciones de los derechos económicos sociales y culturales) y a la asistencia de urgencia de tipo jurídico, médico o social. Este apoyo es también global, gracias a la permanente sumisión de informes a los diferentes mecanismos de las Naciones Unidas.

Para más información, por favor contacte con el Programa de Derechos del Niño de la OMCT en la siguiente dirección de correo electrónico: ct@omct.org.

La Corporación de Oportunidad y Acción Solidaria OPCION es una organización privada, sin fines de lucro que protege y defiende los derechos de niños, niñas y adolescentes. Promueve el ejercicio de su ciudadanía, a través de atención directa y el diseño de propuestas de programas y políticas públicas, para la implementación de la Convención Sobre Derechos del Niño.

Para más información, por favor contacte con la siguiente dirección de correo electrónico: juliocortes@opcion.cl.

AGRADECIMIENTOS

La Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) desearía agradecer a Christian Guillermet-Fernández de la Oficina Regional para la América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con base en Santiago (Chile), por sus aportaciones relacionadas con la situación actual de los derechos humanos y la acción del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

Gracias igualmente a Ana Cortez Salas de Ex-Menores que compartió con nosotros la situación de los ex-menores torturados, secuestrados y detenidos durante la dictadura militar del General Pinochet y la necesidad de aquéllos de ser por fin reconocidos como víctimas.

La OMCT agradece a Víctor Espinoza de la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU) y a Juana Calfunao Paillalef, Lonko de la Comunidad Juan Paillalef, por su valiosa información sobre la situación de las comunidades Mapuche.

Gracias a Julio Cortés de la Corporación de Oportunidad y Acción Solidaria OPCION por la información que ha compartido con la OMCT y por sus acertados comentarios sobre la aplicación de la legislación chilena relativa a los niños.

La OMCT quiere agradecer también a Gloria Sepúlveda Devia, responsable de la Unidad de Relaciones Internacionales del Servicio Nacional de Menores y a su equipo, por haber compartido con nosotros su trabajo.

Por último, gracias a Janine Peter y a Renata Delgado-Schenk, pasantes en la OMCT, por su valiosa colaboración tanto en la investigación como en la redacción de este informe.

Índice

1. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN GENERAL ACTUAL DE LOS NIÑOS	9
1.1. Situación del niño en la sociedad: enfoque sociológico	9
1.2. Estatuto jurídico del niño	10
1.2.1. Legislación	11
1.2.2. Diferentes mayorías de edad	13
1.3. La acción del Estado en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el plano legislativo, de política pública y judicial.....	15
1.4. Principios del interés superior del niño y Participación.....	18
1.5. Formas de participación: la opinión de los niños... ..	23
2. NO DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULOS 2, 20, 22, 23 Y 30 CDN).....	26
2.1. Legislación relativa a la discriminación y su aplicación.....	26
2.1.1. Legislación	26
2.2. Categorías de niños particularmente vulnerables y víctimas de discriminación de hecho y de derecho	28
2.2.1. Situación a niveles de derecho y de hecho de los niños discapacitados	30
2.2.2. Situación a niveles de derecho y de hecho de los niños refugiados	31
2.2.3. Situación a niveles de derecho y de hecho de los niños procedentes de minorías étnicas.....	32
3. DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 6 CDN).....	35
3.1. Legislación	37
3.2. Medidas que garantizan el derecho a la vida.....	37
3.3. Algunas situaciones puntuales de vulneración del derecho a la vida.....	40
3.3.1. Violaciones al derecho a la vida pendientes desde la dictadura.....	40
3.3.2. Violaciones recientes del derecho a la vida por agentes del Estado.....	40
a) Alex Lemún Saavedra	
b) Cristián Castillo Díaz	
3.3.3. Actividad de grupos fascistas o neonazis.....	43

4. PROTECCIÓN CONTRA TODA FORMA DE VIOLENCIA (ARTÍCULO 19 CDN)	44
4.1 Legislación para proteger al niño contra toda forma de violencia, de perjuicio física o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, abuso sexual o explotación	44
4.1.1. Violencia intrafamiliar	45
4.1.2. Violencia extra-familiar	51
4.2. Un grupo de niños especialmente vulnerable a la violencia: los niños y niñas homosexuales	52
5. PROTECCIÓN CONTRA LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA (ARTÍCULO 32 CDN)	54
5.1 Legislación contra la explotación económica:	54
5.1.1. Legislación internacional	54
5.1.2. Legislación nacional	54
5.2. Medidas de protección de los niños contra la explotación económica	55
5.2.1. Medidas legislativas de protección de los niños contra la explotación económica	55
5.2.2. Medidas sociales y políticas	58
5.2.3. Medidas de prevención y reparación:	58
5.3. Análisis de la explotación económica	58
5.3.1 Causas de la explotación económica	59
5.3.2 Menores especialmente vulnerables a la explotación económica	59
6. PROTECCIÓN CONTRA TODAS LAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN Y ABUSO SEXUALES (ARTÍCULO 34 CDN)	61
6.1. Medidas contra el abuso sexual	61
6.1.1. Medidas de cooperación internacional	61
6.1.2. Medidas legislativas nacionales	61
7. VENTA Y TRATA DE NIÑOS (ARTÍCULO 35 CDN)	63
7.1. Legislación contra el tráfico de menores	63
7.1.1. Legislación internacional	63
7.1.2. Legislación nacional	63
7.2. Medidas de otra índole	63
7.3. Explicación del fenómeno del tráfico de menores	64
8. PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CONTRA LA TORTURA Y OTRAS PENAS O TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (ARTÍCULO 37-A CDN)	67
8.1. Legislación contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes:	67
8.1.1. Legislación internacional	67
8.1.2. Legislación nacional	67
8.2. Casos de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes	69
8.2.1. Caso de los Ex – Menores víctimas de torturas	69
8.2.2. Casos de Tortura hacia los indígenas	73
8.2.3. Torturas dentro de los centros de internamiento de menores	74
8.2.4. Violencia policial contra movilizaciones estudiantiles	76

8.3.	Dificultades en la responsabilización del Estado por la violencia institucional.....	77
8.4.	Legislación contra la pena de muerte.....	80
8.4.1.	Legislación internacional	80
8.4.2.	Legislación nacional.....	80
9.	PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS PRIVADOS DE LIBERTAD (ARTÍCULO 37-B, C, D CDN).....	82
9.1.	Legislación	82
9.1.1.	Formas de privación de libertad que afectan a los niños	82
9.2.	La realidad de la privación de libertad en los centros de internación de menores.....	85
9.2.1	Menores en cárceles de adultos.....	86
9.2.2	Instalaciones y condiciones de vida.....	87
9.2.3	Privación de libertad en CTDs.....	90
10.	RECUPERACIÓN Y REINTEGRACIÓN DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS (ARTÍCULO 39 CDN).....	92
10.1.	Legislación	92
10.2.	Medidas de recuperación y reintegración.....	92
11.	SITUACIÓN DE LOS NIÑOS QUE HAN INFRINGIDO LA LEY: EL SISTEMA DE JUSTICIA DE MENORES (ARTÍCULO 40 CDN).....	95
11.1.	Normativa "tutelar" vigente en 2002 y sus modificaciones posteriores.....	95
11.2.	El proyectode Ley de responsabilidad penal de adolescentes: origen y tramitación	98
11.3.	Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.....	101
11.4.	Postergación de la entrada en vigencia de la Ley 20.084 y problemas detectados para su implementación.....	111
12.	RECOMENDACIONES	114

1. Introducción: situación general actual de los niños.

1.1. Situación del niño en la sociedad: enfoque sociológico.

Medir los cambios que la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “la Convención” o la “CDN”) ha generado en la posición del niño en la sociedad no es una tarea sencilla. Junto a las imágenes, representaciones e ideologías sobre la infancia (como categoría social) y sobre los niños (individual y colectivamente considerados), existen discursos oficiales, leyes, reglamentaciones, mecanismos jurídicos, disciplinarios e institucionales que se relacionan más o menos directamente con los niños y niñas y sus contextos y entornos. En este complejo entramado de relaciones entre las vidas cotidianas de los niños y los discursos y mecanismos de control que la sociedad y el mundo adulto han estructurado en torno suyo es que debemos intentar analizar los cambios que se han operado.

La que resulta indudable en Chile es que la consideración social de la infancia y los niños está cambiando. Mientras todavía perdura una imagen de los “menores” como sujetos que, de tener derecho a algo, tienen derecho a que se les proteja -entendiéndose como un dato natural el que esta protección será definido por otros, que tienen poder o potestades sobre los niños-, se asienta poco a poco la visión de los niños, niñas y/o adolescentes como personas autónomas, sujetos de derechos, que en lugar de una protección paternalista y heterónoma, reclaman la vigencia efectiva de un conjunto de garantías y derechos fundamentales que les han sido formalmente reconocidos en su calidad de personas humanas, y además, de su particular condición como niños.

No obstante, transcurridos 16 años desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, las proyecciones originales en cuanto a la necesidad de dismantelar el sistema “tutelar” tradicional para crear un sistema de protección integral de derechos todavía no se han cumplido. Así, en el plano de la regulación jurídica, la Ley de Menores Nº16.618 (anterior a la Convención no sólo por ser una Ley que data del año 1967, sino porque en rigor dicha ley reúne en un nuevo cuerpo las modificaciones hechas a la ley original de 1928) todavía continúa vigente, y es incierto el destino de su supuesto reemplazo a través de una Ley de Protección de derechos, cuyo proyecto, presentado al Ejecutivo durante el año 2004, se encuentra estancado, y cuyo contenido no garantiza todo lo necesario de plasmar legislativamente en aras de una adecuación plena a la Convención.

De esta forma, conviven actualmente en Chile normas, criterios, instituciones y mecanismos provenientes de la era previa a la Convención sobre los Derechos del Niño, con una clara inspiración tutelar, y normas y criterios posteriores que han intentado dar aplicación a la perspectiva de derechos a propósito de variados temas relacionados con la infancia, sin que se haya logrado aun una adecuación sustantiva a dicha perspectiva. Por ello, el modelo vigente es híbrido, y se podría decir que el país sigue en una fase de transición que requerirá todavía de muchos y profundos ajustes y reformas que estructuren un verdadero sistema integral de protección a los derechos de los niños.

Sociológicamente, la posición de los niños también es híbrida, dinámica y variable. Por un lado, está aún fuertemente asentada en la cultura su consideración como incapaces de regir y decidir sobre sus asuntos. Factores de tipo económico los han hecho cada vez más dependientes de las familias y sus recursos. La creación de núcleos familiares

económicamente cada vez más estables y autosuficientes, ha traído consigo el retraso las ansias de independencia, y las personas pasan un tiempo mayor bajo el techo familiar. Una de las consecuencias directas de este proceso es la expansión de las fases por las que pasa el desarrollo de una persona; en concreto, la transición de la adolescencia a la edad adulta, que antes tendía a coincidir con la adquisición de la mayoría de edad, ahora se ve extendida en general más allá de los veinte años.

Desde las instituciones ligadas al control social, la visión de los niños sigue siendo fuertemente tutelar, pese a los intentos de evolución legislativa y programática. Curiosamente, el lenguaje se ha ido adaptando a la perspectiva de derechos, pero muchas veces tras el cambio de denominación la práctica tutelar sigue casi intacta. Desde la vigencia de los trámites de discernimiento y la aplicación judicial de las “medidas de protección” (con su nada despreciable porcentaje de medidas de internación y/o control) hasta las reacciones de varios sectores del Estado y el mundo adulto frente a problemas, luchas y formas de organización de niños, niñas y adolescentes, la actitud autoritaria, paternalista, represiva y/o descalificatoria del Estado hacia los “menores” continúa existiendo.

Son pocas todavía, las autoridades que escuchan a los niños y tienen en cuenta sus opiniones cuando toman medidas a su favor. Lo que conlleva no sólo la vulneración de sus derechos reconocidos, sino también el peligro de que la medida tomada, en principio a favor del niño, sea concebida como contraria a su interés (por lo menos bajo la perspectiva del niño no escuchado o no tenido en cuenta). En algunos casos más graves, el interés superior del niño es utilizado como justificación, mediante una mera invocación ritual, para adoptar medidas que no sólo no se construyen de acuerdo a las prescripciones de la Convención, sino que pueden vulnerar los derechos en ella reconocidos.

De todas formas, resulta innegable que lentamente se está construyendo una mayor conciencia sobre la posición los niños como sujetos, como verdaderos ciudadanos, cuestión que se puede constatar en distintos niveles, entre ellos en el lenguaje empleado por algunas instituciones y sectores del mundo adulto.

Por otro lado, la autopercepción que los mismos niños y adolescentes tienen respecto a su lugar en la sociedad también está cambiando, tal y como lo demuestran sus intentos de mejora del sistema educativo y sus reivindicaciones, a las que el Gobierno se ha visto obligado a responder. Es el caso de la gran movilización de estudiantes de secundaria (y parte de los de la educación básica) en distintos momentos del año 2006. Hechos de este tipo revelan que aunque no todos los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos han sido traspasados a la legislación nacional e institucionalidad pública de una forma completa, los propios niños, niñas y adolescentes sí tienden a asumir en los hechos su condición de sujetos de derecho. Esto es, ahora sólo resta que el sistema en general, y la legislación en particular, estén a la altura de los desafíos que se le imponen en esta realidad .

1.2. Estatuto jurídico del niño.

La ambigüedad de la consideración de la infancia en el momento actual se refleja plenamente en el estatuto jurídico de los niños. La tendencia al híbrido es una característica de la legislación chilena durante todo el siglo XX, en que se pudo ver como las normas e instituciones del “derecho tutelar de menores” se construyeron superponiéndose al diseño

legal e institucional previo, más que cambiándolo de raíz, y esa característica se ha mantenido hasta nuestros días¹.

Dos ejemplos claros y relevantes de esta tendencia se encuentran en el “discernimiento” y el “poder penal doméstico”.

El “discernimiento” surgió como una institución en virtud de la cual en el marco del derecho penal de adultos se decidía si una persona menor de 16 y mayor de 10 años reunía o no las condiciones mínimas de madurez como para ser imputable penalmente. Posteriormente, con el surgimiento de la Ley de Menores (1928), en el ordenamiento chileno, a diferencia de los países que adoptaron plenamente el modelo tutelar para todos los menores de edad, el discernimiento se mantuvo, variando tanto la franja etaria de aplicación como su significado, pasando en definitiva a ser el mecanismo mediante el cual se decide con criterios de “peligrosidad” y “utilidad social” si un niño mayor de 16 y menor de 18 años de edad debe ser juzgado de acuerdo al derecho penal de adultos (en el sistema penal propiamente tal), o si debe quedar bajo la tutela del juez de menores (un sistema penal paralelo, y legitimado no como una vía punitiva, sino que de “protección”). Esta institución decimonónica ha sobrevivido no sólo a la estructuración del sistema tutelar de menores (cuyos dos principales hitos legislativos se encuentran en 1928, cuando se dicta la Ley 4.447, y en 1967, cuando se sistematiza y refunde en la Ley 16.618 todas las reformas efectuadas hasta el momento a la primera Ley de menores), sino que ha sobrevivido incluso a la entrada en aplicación de la Reforma procesal penal (desde el año 2000), a la entrada en funcionamiento de Tribunales de Familia (desde octubre de 2005) y sigue aplicándose cotidianamente hasta el día de hoy, decidiendo en base a criterios muy dudosos cómo se rompe el principio de igualdad y no discriminación, enviando a algunos niños al sistema penal de adultos en base a sus características personales.

El “poder penal doméstico”, entendido como el nivel de violencia autoritaria “legítima” que el ordenamiento jurídico permite al padre de familia en relación a sus hijos, estaba consagrado en el Código Civil del siglo XIX², autorizando el ejercicio del poder de castigo “moderado”, y la posibilidad de solicitar al juez la internación de los niños. Dos siglos después, aún subsiste en nuestra legislación lo esencial de dicho poder. El actual artículo 234 del Código Civil mantiene la facultad de “corregir” al niño, pero “cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”. El inciso final de dicho artículo se mantiene también la posibilidad de “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”.

Como se ve, la compleja tensión dialéctica entre continuidad y ruptura, dinámica y estática, se manifiesta de una manera bastante clara en la relación entre infancia, derecho y control social.

1.2.1. Legislación

¹ Tal rasgo es señalado por Miguel Cillero, en “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”, texto incluido en el volumen colectivo “Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile”, coordinado por Francisco Pilotti y editado por el Instituto Interamericano del Niño, 1994.

² Artículo 233 del antiguo Código. Sobre el tema, ver “La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno”, Jaime Couso, centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Informe de Investigación N°15, año 5, junio 2005.

a) Legislación internacional

Las principales **normas internacionales ratificadas** en Chile a la fecha de publicación de este informe en relación con los niños son las siguientes: *Convención de Derechos del Niño de 1989* (ratificada por Chile el 26 de enero de 1990) y sus protocolos facultativos de 25 de mayo 2000: *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*³(ratificado 15 noviembre 2002) y el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*⁴ (ratificado por Chile 28 junio de 2000) para los que se fija su entrada en vigor en el país en el 2003; La *Convención contra la Tortura y Otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes* ratificada el 23 septiembre de 1987; los *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ratificados el 16 septiembre de 1969); *Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional de 2000* (ratificación 29 noviembre de 2004); *Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo* (ratificado el 1 de febrero de 1999); el *Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil* (ratificación 17 julio de 2000).

Además son aplicables el resto de **normas del sistema de protección integral** de derechos de los niños, surgidas a través de la Convención de 1989, y complementadas con los otros instrumentos regionales y universales de protección de los derechos humanos que representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia. Las leyes de protección integral comprenden, además de la Convención de Derechos del Niño de 1989, a lo menos: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)-Res. 40/33 de AG de UN de 29 noviembre de 1985; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (Reglas de Riadh)- Res 45/113 de la AG de UN de 14 diciembre de 1990; Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh)- Res 45/112 de la AG de UN sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en 45º período de sesiones de 14 diciembre de 1990; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 diciembre de 1966 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 diciembre de 1966 (aprobados por la AG de UN Res. 2200 A(XXI)), ratificados por Chile en 1989; Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 noviembre 1969; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) de 9 junio de 1994 y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979.

La mayoría de la doctrina interpreta el artículo 5 de la Constitución Política en el sentido de reconocer el rango constitucional, supralegal, de los derechos fundamentales consagrados en tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En esa condición se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño.

b) Legislación nacional

³ A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, Entrada en vigor: 12 de febrero de 2002.

⁴ A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

La legislación nacional chilena tradicional es la que conformaba el Derecho Tutelar de Menores. Se trata de un conjunto heterogéneo de normas, formado por leyes tanto generales como específicas, donde se regula el estatuto jurídico de los niños o “menores”. Sobre ese cuerpo se han dictado con posterioridad a la aprobación de la CDN nuevas leyes en diversos ámbitos, sin derogar hasta ahora completamente el modelo anterior.

Terminológicamente, todas estas leyes son aplicables a “niños”, “menores” o “adolescentes”. En efecto, “niños” es una categoría genérica que engloba a todos aquellos menores de 18 años. Las nuevas leyes dictadas en el último tiempo, entre ellas la de Tribunales de Familia y la de Responsabilidad Penal Juvenil, consideran adolescentes a las personas que dentro de este universo ya han cumplido 14 años.

La legislación específica sobre los “menores” está formada, entre otras normas, por : Ley 16.618 de Menores de 3 de febrero de 1967; Ley 17.344 del año 1970 de autorización del cambio de nombres y apellidos; Decreto ley 2465 de 10 de enero de 1979 de creación del Servicio Nacional de Menores, y su Ley orgánica; Ley 18.703 dicta normas sobre adopción de menores en 1988; Ley 19.325 sobre procedimientos y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar de 1994; Ley 19.505 que concede el permiso especial a los trabajadores en caso de enfermedad grave de sus hijos de 1997; Ley 19.585 de 1998 modificatoria del Código Civil y otros cuerpo legales en materia de filiación; Ley 19.620 de 5 agosto de 1999 relativa a la adopción de menores (en la que destaca la implementación de la igualdad de derechos entre los hijos adoptivos y naturales); Ley 19.684 del año 2000, modifica el Código de Trabajo para fijar la edad mínima de contratación a los 15 años; Ley 19.711 del año 2000, regula el derecho de visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres; Ley 19.712 de 2001 del deporte que promueve especialmente el desarrollo físico y deportivo de los menores en edad escolar; Reglamento de Gendarmería 553 de 2002 sobre los menores en secciones de menores de recintos penitenciarios; Ley 19.876 de 7 de mayo de 2003 que modifica la Constitución y establece la enseñanza media obligatoria y la escolarización gratuita de la misma hasta los 21 años; Ley 19.910 modificatoria de la Ley 19.620 sobre adopción de menores, en materia de competencia de los juzgados de menores, 2003; Ley 19.947 de 11 de marzo de 2004 reguladora del matrimonio civil, que equipara la edad del consentimiento matrimonial eficaz de los menores de edad, que queda fijado en los 16 años; Ley 20.030 modificatoria del Código Civil, en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de sus medios de prueba, 2005; Ley 19.968 de 2005 que crea los Tribunales de Familia de 2004; Ley 20.032 que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Servicio Nacional de Menores; Ley 20.066 de 2005 de violencia intrafamiliar; y la Ley 20.084 de Responsabilidad de Adolescentes por infracción de la ley penal de 27 de septiembre de 2005; Ley 20.086 de 2005 que introduce modificaciones a la aplicación de la Ley de Tribunales de Familia.

Además de estas normas y cuerpos especiales, regulan la situación de la infancia en Chile disposiciones que se encuentran en **normas o cuerpos generales** como son: el Código Penal, el Código Civil, las leyes laborales o la legislación procesal, entre otras.

1.2.2. Diferentes mayorías de edad

La **mayoría de edad se alcanza a los 18 años**, desde la Ley 19.221 de 1 de junio de 1993, que viene a unificar lo que antes estaba sometido a una regulación diversa. En principio, la frontera de responsabilidad civil y penal se sitúa en los 18 años, edad a partir de la cual surge el pleno estatuto jurídico del chileno con derechos como: sufragio activo y pasivo, capacidad para obligarse civilmente por medio de cualquier tipo de contrato, el derecho al trabajo y la extinción de la patria potestad. No obstante, existen todavía excepciones a este principio general. En concreto en las materias matrimonial, sexual, laboral, y penal.

En materia de consentimiento para el matrimonio, Chile ha respondido positivamente a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, al modificar la edad mínima anterior (12 años en mujeres y 14 en hombres, en ambos casos requiriendo autorización de los padres) aumentándola a los 16 años sin distinción entre hombre y mujer.⁵

En segundo lugar, la edad del consentimiento sexual también fue modificada en este período, quedando ahora en los 14 años. La ley N° 19.927, promulgada el 8 de enero de 2004, elevó la edad de los 12 a los 14 años, con el objetivo de proteger el desarrollo e integridad sexual de un mayor número de menores.⁶ Por tanto, todo lo que difiera de este límite legal, es considerado delito sexual contra los menores. Esto incluye el acceso carnal consentido con un menor de 14 años, tipificado como delito de violación⁷.

Llama la atención el hecho de que las relaciones sexuales homosexuales consentidas entre un mayor de 18 y un menor de 18 pero mayor de 14 sigan estando penalizadas como delito de sodomía.⁸

En tal sentido, la OMCT y OPCION se preocupan ante la sanción de relaciones sexuales consentidas entre hombres por sobre la edad de consentimiento sexual, por ser abiertamente discriminatoria (dado que la misma situación fáctica, pero entre personas de distinto sexo, no resulta sancionable).

En materia laboral, la mayoría de edad se sitúa en los 15 años desde la Ley N° 19.684 de 2000 (modificatoria del Código del Trabajo de 1994) que ajusta la normativa laboral en consonancia con el Convenio N° 138 de 1973 de la OIT⁹. Así, la ocupación de un mayor de 15 años está sujeta a ciertas condiciones¹⁰, entre ellas el respeto a la educación obligatoria.

Dado que en Chile la escolaridad obligatoria fue aumentada mediante reforma constitucional desde 8 a 12 años de educación (ley 19.873 de 7 de mayo de 2003), incluyendo por tanto ahora la educación media o secundaria, el cumplimiento de los requisitos ligados al

⁵ De acuerdo con la nueva ley de matrimonio civil N° 19.947 del 11 de marzo de 2004 que vino a modificar el régimen anterior discriminatorio entre hombres y mujeres que determinaba el consentimiento de aquellos en 12 y de éstas en 14 años.

⁶ CRC/C/CHL/* °35 (24), Tercer informe periódico, 11 de octubre 2005.

⁷ Art.362 Código Penal (modificado por último en 2001 por la ley 19.696).

⁸ art.365 Código Penal: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio” (entre 61 días y 3 años de privación de libertad).

⁹ Ratificado por Chile con fecha 01 de febrero de 1999 y Promulgado mediante Dto. 227 de 17 de febrero de 1999, Publicado en D.O. de 12 de mayo de 1999. Es necesario señalar que mientras el Convenio 138 se refiere explícitamente a que regirá en todas las áreas de la economía, el Código del trabajo chileno, por definición, se refiere tan sólo al trabajo formal y dependiente.

¹⁰ Art. 13 Código del Trabajo de 1994.

cumplimiento de la escolaridad obligatoria ha hecho necesario algunos nuevos ajustes a la normativa laboral.

La última de las excepciones hace referencia a la mayoría de edad penal o límite de responsabilidad criminal. En esta materia el régimen de menores tradicional, aún vigente (por la postergación de la entrada en vigencia de la Ley 20.084 hasta junio del 2007) fija el límite de edad a partir del cual comienza la responsabilidad penal en los 18 años. Sin embargo, este límite no es absoluto, o más bien, resulta meramente formal, puesto que por disposición del propio Código Penal (artículo 10) entre los 16 y los 18 años de edad la imputabilidad o inimputabilidad de una adolescente queda condicionada a la declaración judicial del discernimiento. De esta forma, en el tramo etario comprendido entre los 16 y 18 años aquellos adolescentes a cuyo respecto se declara que han actuado “con discernimiento”, son juzgados por el mismo sistema penal que los adultos.

Esta situación debía cambiar mediante una ley que creara un sistema especial de responsabilidad penal de adolescentes, basado en la Convención sobre los derechos del Niño y demás instrumentos internacionales aplicables a la justicia juvenil. De esta forma, la edad de imputabilidad penal como adulto se fijaría definitivamente en los 18 años, y por debajo de dicha edad, las infracciones penales deberían ser entregadas a un sistema especial de justicia, con las mismas garantías del sistema penal de adultos, de ser posible reforzadas en razón de la condición especial de niños del sujeto al que se dirige, y con sanciones y procedimientos sustantivamente diferentes del sistema de adultos, en términos de menor intensidad represiva, énfasis en las soluciones alternativas y en sanciones o medidas no privativas de libertad.

El propósito de lograr una ley que creara un sistema de tales características se vio en parte frustrado durante el proceso de tramitación de la iniciativa legislativa que finalmente fue promulgada como ley 20.084¹¹. En este punto es posible detectar tanto avances como desventajas y riesgos que supone la introducción de esta Ley, asumiendo que en definitiva será su aplicación práctica y las tendencias a que de lugar lo que permita una evaluación definitiva.

Si bien la aprobación de esta ley supone en principio el avance de crear un sistema de justicia penal especializado para menores de 18 años, con lo cual cumple con recomendaciones previas del Comité en orden a enmendar el sistema de la ley de Menores, resulta preocupante la posibilidad cierta de que en definitiva esta transformación redunde en una mera rebaja de la edad de imputabilidad penal desde los 18 años a los 14 años¹².

1.3 La acción del Estado en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el plano legislativo, de política pública y judicial.

Al igual que en los otros países latinoamericanos, en Chile la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se incorporó a un marco jurídico caracterizado por el predominio de leyes,

¹¹ Por la relevancia que este tema tiene a efectos prácticos y como demostración del grado efectivo de impacto de la CDN en el ordenamiento jurídico chileno, este proceso de tramitación es explicado brevemente en el Capítulo 11 de este Informe.

¹² Como veremos más adelante, el contenido de la Ley 20.084 es ambiguo al punto que permite afirmar tanto que rebaja la edad penal, como que se fija su límite en los 18. En todo caso, la percepción casi unánime en la opinión pública, los medios de comunicación y el lenguaje oficial del Estado es que esta ley implica una “rebaja de edad”.

instituciones y una cultura social y jurídica basados en el modelo conocido como “tutelar” (o de la “situación irregular”)¹³, con lo cual la obligación de adoptar las medidas necesarias para dar aplicación a los derechos consagrados en la CDN pasaba también por la obligación de desmontar el modelo previo¹⁴, en lo que resultara contradictorio con la CDN y los derechos humanos de los niños y niñas.

En estos 17 años transcurridos, el Estado de Chile ya ha presentado 3 informes al Comité de Derechos del Niño, en cumplimiento del artículo 44 de la CDN. Además, el Estado chileno ha diseñado y ejecutado dos planes nacionales en materia de infancia: en la década de los 90, y para el periodo 2001/2010. Este último instrumento, la Política Nacional y Plan de acción a favor de la infancia 2001/2010, pretendió convertir la CDN en política pública, con el objetivo de llevar a cabo una reforma integral en materias de infancia, asumiendo la necesidad de cambios profundos en los planos legislativo, de política social, de institucionalidad pública, y cultural. La existencia de este instrumento de política pública ha sido señalada muchas veces como el principal hito en materia de adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, y supuestamente debe enmarcar todas y cada una de las acciones realizadas desde el Estado en relación a los niños.

A 5 años de la formulación de la Política nacional y Plan de Acción para la década, ha asumido en Chile un nuevo gobierno, encabezado por la presidenta Michelle Bachelet. Una de las primeras medidas de este gobierno fue nombrar una comisión de expertos para evaluar y reformular las políticas de infancia (centrada, eso sí, en la primera infancia, hasta los 8 años de edad). En el documento que contiene el informe y propuestas de esta Comisión, se señala en el párrafo 87 que *“esta política, fundamentada en un diagnóstico completo y formulada con rigurosidad, no tuvo sin embargo una traducción concreta en acciones que efectivamente pusieran como interés superior el desarrollo del niño/a. Con posterioridad no hubo avances sustantivos en el plano de su implementación”*.

Considerando que se trata ya del segundo plan decenal, en circunstancias que la CDN ya se acerca a cumplir su mayoría de edad de 18 años (es decir, los niños nacidos en 1990 ya están por salir del ámbito de protección especial que les ofrece este instrumento), resulta preocupante que no se profundice en el necesario análisis de los factores que han impedido avanzar de acuerdo a lo previsto en materia de reforma a la legislación y políticas de infancia.

Así, las proyecciones originales en cuanto a la necesidad de dismantelar el sistema tutelar para crear un sistema de protección integral no se han visto totalmente cumplidas. En efecto, pese a las modificaciones que se han realizado a la Ley de menores (16.618), ésta continúa vigente.

Un proyecto de Ley de Protección de Derechos fue presentado por el Ejecutivo durante el año 2004, pero no parece probable su pronta aprobación. Por otra parte, su contenido se fue minimizando mientras se elaboraba el proyecto, y el texto actual dista bastante de ser

¹³ Acerca del modelo llamado “tutelar”: Anthony Platt, Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia, Siglo XXI México, tercera edición, 1997; Emilia García Méndez y Mary Beloff, Infancia, ley y democracia en América latina, Editorial Temis, Bogotá, 1998.

¹⁴ Al respecto, resulta muy ilustrativo de la magnitud de las tareas asumidas al ratificar la CDN el texto de Mary Beloff, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, disponible en Justicia y Derechos del Niño N°1, UNICEF, 1998: http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf

suficiente para garantizar la vigencia de los derechos en el marco de un sistema de protección integral.

A su vez, tras una tramitación parlamentaria de alrededor de 3 años, la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes -llamada a crear un sistema de justicia penal de adolescentes acorde con la Convención-, fue finalmente aprobada a fines del año 2005 (ley 20.084), y su vigencia originalmente contemplada para el mes de junio del año en curso, fue postergada para un año más. El contenido de esta Ley resulta bastante ambiguo al intentar dar respuesta tanto a las exigencias garantistas de la Convención como a las demandas de “mano dura” y de seguridad ciudadana¹⁵.

Los Tribunales de Familia se implementaron desde octubre del año 2005, y a pocos meses de funcionamiento ya se encontraban totalmente colapsados, cuestión que ha motivado recientemente la decisión de retrasar en un año más el fin del funcionamiento de los tribunales de menores.

Además de los esfuerzos en los planos de la legislación y de la acción programática gubernamental, en el nivel judicial la existencia práctica de los derechos de los niños da cuenta de las dificultades y resistencias a la hora de dar aplicación a las normas tanto de origen nacional como internacional.

En primer lugar, se aprecia la reticencia de las autoridades judiciales a utilizar los principios y normas internacionales como fundamento principal de sus decisiones. En tal sentido, las resoluciones judiciales que los mencionan, tienden a tenerlos en cuenta de forma accesorio, y no como *ratio decidendi* o criterio fuerza, pese a la plena vigencia y aplicabilidad de los mismos formalmente en el sistema legal chileno. Una prueba sintomática del escaso valor real que se le da a la Convención en la cultura jurídica dominante es que el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas dedicado al “Derecho de Menores”, publicación que incluye normas relativas al tema, no considera la Convención entre la normativa aplicable, limitándose a referirse a normas internas.¹⁶ Por tanto, OPCION y la OMCT observan con preocupación como para el Derecho de Menores tradicional los instrumentos internacionales, en especial la Convención de 1989, sean considerados un elemento extraño y no verdadero derecho.

Aunque también existen ocasiones donde los principios y normas de la Convención han sido tenidos en cuenta y se les ha dado aplicación¹⁷, preocupa el tipo de interpretación que realizan los tribunales, quienes han aplicado discrecionalmente algunos principios de la Convención sin tener en cuenta su verdadero sentido ni los criterios de interpretación elaborados por el Comité de Derechos del Niño y otros órganos internacionales.

Como ejemplo de este uso incorrecto, destaca el precedente sentado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema en su resolución de 31 de mayo de 2004, donde se utilizó la Convención de

¹⁵ Nos referiremos en detalle a estos problemas en la parte del Informe relativa a Justicia Juvenil.

¹⁶ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Derecho de Menores, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

¹⁷ Proceso al que han contribuido otros fenómenos existentes en la sociedad chilena, tales como algún nivel de preocupación por situaciones de violación a los derechos humanos, los aspectos garantistas del nuevo sistema procesal penal, modernizaciones de los sistemas de justicia y del Estado, etc. Un caso ejemplar en materia de dar aplicación no solo a la Convención sino que también a las Reglas para la protección de menores privados de libertad es la sentencia con que la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió en el año 2002 un recurso de amparo que cuestionaba entre otras cosas la aplicación de sanciones de aislamiento y de traslados de menores conjuntamente con presos adultos (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 53.423-2002).

los Derechos del Niño, en concreto el principio de interés superior del niño, como justificación jurídica de una medida que vulneraba claramente normas de la Convención y dicho interés entendido como la vigencia de los derechos. Se explicará este caso y sus complejas implicancias en el punto 1.4, relativo a los principios de interés superior del niño y participación.

En cuanto a **las acciones del Gobierno**, la necesidad de un mecanismo independiente y eficaz que vele por la aplicación de la Convención y resuelva de forma expedita y respetuosa las denuncias presentadas por los niños, es imperiosa. Al respecto, son pasos positivos pero insuficientes los esfuerzos realizados, entre otros, por el Servicio Nacional de Menores al establecer las Oficinas de Protección de Derechos (OPD) o los servicios de atención urgente como el Fono Ayuda, aunque todavía es necesario asegurar que los mecanismos de defensa de sus derechos sean realmente eficaces reforzando su coordinación e integralidad en la protección de los menores, cuyos derechos son vulnerados por ejemplo cuando son “protegidos” mediante el uso abusivo de las medidas de privación de libertad. Éstas no constituyen formalmente “penas”, pero son castigos reales para muchos niños considerados en “situación irregular” o “necesitados de protección” que son internados en ellos, por falta de infraestructura adecuada, otro tipo de programas, y respuestas diferenciadas para cada situación.

Mientras no se implementen las medidas necesarias para estructurar un sistema de protección integral de derechos, seguirán viéndose vulnerados cotidianamente los principios y normas de la Convención, particularmente los siguientes: el principio de no discriminación (art. 3), el derecho a la vida (art. 6) y el derecho a expresar su opinión y ser escuchado (art. 12).

1.4 Principios de interés superior del niño, y de participación.

Revisadas ya las acciones del Estado en cumplimiento de sus compromisos adoptados en virtud del artículo 4 de la Convención (que consagra el principio llamado de “efectividad”), procede referirse brevemente a la vigencia de estos otros dos principios centrales.

En el plano legislativo, diversos cuerpos han incorporado expresamente el principio del interés superior, entre ellos, el Código Civil tras la Ley de Filiación de 1998 (artículos 222 y 242 del CC¹⁸ ¹⁹, que se refieren al “interés superior del hijo”), la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal de adolescentes (artículo 2²⁰), y la Ley 19.968 de Tribunales de

¹⁸ “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades” (art. 222 CC).

¹⁹ “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez” (art. 242 inciso 2° CC).

²⁰ “En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos. 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” (art. 2 Ley 20.084).

Familia (artículo 16²¹, que lo consagra como “principio rector” conjuntamente con el derecho a ser oído).

A nivel de políticas públicas de infancia, el principio es incorporado a la Política Nacional y Plan de Acción 2001-2010. Como ya se ha señalado, actualmente está en duda el seguimiento y continuidad de estas definiciones, y el propio Consejo Asesor presidencial reconoció que el Estado no ha podido llevar el interés superior del niño a una “traducción concreta en acciones” (Párrafo 87 del Informe del Consejo Asesor).

Sin embargo, lo más preocupante es la existencia de interpretaciones del principio alejadas de los criterios y contenidos de la CDN, y del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, la ya mencionada sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile en el caso Atala se constituye en el ejemplo más claro y preocupante de una forma de entender este principio que va en desmedro de la consideración de los niños como sujetos de derechos, y en contra muy especialmente de su derecho a participación.

En este caso, en que una pareja que había estado casada intentaba dirimir la custodia de las hijas comunes, la Corte Suprema hizo su propia interpretación del contenido del principio de interés superior del niño²² (contenido los arts. 3 y 9 de la Convención de Derechos del Niño, así como en los arts. 222 y 242 del Código Civil chileno) enfrentándolo al interés de la madre. De hecho, la Corte señaló estar protegiendo el “derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familiar estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”²³; lo cual se entiende mejor si se tiene presente que dada la convivencia homosexual de la madre con otra mujer, podía generarse en las niñas, de acuerdo a su razonamiento, una “eventual confusión de roles sexuales[...]por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona de género femenino”, lo cual “configura una situación de riesgo eventual respecto de la cual deben ser protegidas”.

Esta decisión no sólo es absurda, pues implica que todo niño o niña que no habite en una familia “normal” (imaginamos que de acuerdo a estos criterios es familia normal únicamente la familia biparental heterosexual) necesita de un Estado que lo proteja y lo acoja en defensa de su interés rompiendo los vínculos que lo unen con su familia, sino que supone además el un uso de la Convención altamente subjetivo y cuestionable. Es decir, de aceptarse tal criterio, se da pie a la posibilidad de que a cualquier niño se le vulnere en su derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias y a no ser separado de su familia con el pretexto de “normalizarlo” o “protegerlo”. Esto va en abierta contradicción no sólo del principio de interés del niño, sino también del principio de discriminación del art. 2 de la Convención, que obliga a Chile a “asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares”.

²¹ “Interés superior del niño y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento” (art. 16, incisos 1º y 2º, Ley 19.968).

²² Sentencia Corte Suprema, sala 4ª, 31 mayo 2004: considerandos IX, X, XVI y XVII.

²³ considerando XX de la misma Sentencia anterior.

El principio de interés superior del niño no puede ser invocado ritualmente para avalar cualquier tipo de decisión de la autoridad; al contrario, su contenido queda definido por la plena satisfacción de sus derechos, entre los que está el ser escuchado y tenida en cuenta su opinión para tomar las decisiones que le afectan, principio general destacado por el Comité de Derechos del Niño. En referencia al caso concreto, al no tenerse en cuenta tal opinión (las 3 niñas expresaron su preferencia de continuar conviviendo con la madre), no sólo se aplicó la ley en contra de su interés superior, sino que se le dio un contenido distinto al que verdaderamente tiene, en contra de los criterios del Comité, sus recomendaciones específicas para Chile y los derechos explícitamente reconocidos a todos los niños (art.12 Convención Derechos del Niño)²⁴.

Una aplicación jurídica correcta del principio del interés superior del niño no puede hacerse en desmedro de los demás principios y derechos generales reconocidos en la Convención. Una aplicación del principio que no identifique los derechos en juego, los eventuales conflictos de derechos, que no considere la opinión de los propios niños afectados, y que no realice una ponderación detallada de las posibles medidas aplicables y las maneras en que éstas afectarían los derechos de los niños a quienes afecten, es una aplicación errónea del principio, propia de la tradicional cultura autoritaria tutelar y no de una cultura de protección de los derechos fundamentales de niños y niñas²⁵.

En el fallo de la cuarta sala de la Corte Suprema de Chile, no se realiza ninguna operación, no consta raciocinio alguno, tendientes a dar una correcta aplicación al principio del interés superior del niño. Su lógica es muy diferente: se invoca el principio, y se hacen ver ciertos riesgos de mantenerse la situación de tuición por parte de la madre. Cuando se alude a los posibles perjuicios que las hijas podrían sufrir, no se utiliza una lógica de derechos involucrados y su eventual afectación, sino que se recurre a conceptos más generales como el de “desarrollo”, “vulnerabilidad” y “riesgo”. Cuando se alude a los derechos en concreto de las niñas, que los Ministros recurridos habrían postergado, la Corte se refiere a “el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”. Tal derecho no aparece consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, y su sola formulación presenta graves problemas de prejuicio y discriminación.

Lo que tampoco es considerado en este fallo es la opinión que las niñas tienen acerca del asunto en discusión. Tales opiniones fueron escuchadas y tenidas en cuenta en el fallo de primera instancia, que concedía la tuición a la madre, y fueron tenidas en cuenta también en el fallo de segunda instancia, no expresamente, pero sí en la medida que confirmaba el de primera.

El considerando 36 de la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal de Menores de Villarrica señalaba:

²⁴ Artículo 12: “El derecho del niño a expresar su opinión libremente en "todos los asuntos que afectan al niño" y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones”. Este principio, que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención.

²⁵ En este párrafo y los siguientes seguimos de cerca el texto del Amicus Curiae presentado por la Corporación Opción a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en apoyo a la petición 1271/04 presentada por Karen Atala y sus hijas en contra del Estado de Chile.

“...se constató que la voluntad de las tres menores es que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias realizadas con fecha 8 de octubre de 2003, Regina y Victoria expresaron su deseo de volver a vivir con su madre y en el caso de Matilde solo se detectó una leve preferencia por la figura materna”.

De esta forma, el fallo original daba aplicación al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es tal vez una de sus disposiciones centrales, al punto que su contenido ha sido denominado como “principio” por el Comité de Derechos del Niño. De acuerdo al jurista y criminólogo italiano Alessandro Baratta, en esta disposición se encuentran tres derechos del niño profundamente inter-relacionados: el derecho a formarse una opinión propia; el derecho a expresarla; el derecho a ser escuchado. No es exagerado decir que es la correcta comprensión y aplicación de estos derechos lo que permite en definitiva superar la tradicional descalificación y postergación de los niños como incapaces, potenciando su rol activo, como sujetos autónomos²⁶. En el contexto del reconocimiento explícito de derechos humanos de los niños, el principio del interés superior queda determinado por ellos, y su función principal pasa a ser la de permitir tomar las decisiones que impliquen la mayor satisfacción posible de derechos.

Por ello, no resulta legítimo invocar el interés superior sin referirse a lo que desde el mundo adulto, desde la autoridad pública, se realizó para poder garantizar que los niños se formaran una opinión, la expresaran, y ésta fuera escuchada y tenida debidamente en cuenta. Por cierto que el derecho del niño a ser escuchado, conlleva el deber simétrico de los adultos (particularmente de las autoridades que toman decisiones que afectan a los niños) de escucharlos, y tener su opinión debidamente en cuenta. Esto no significa que la opinión del niño sea necesariamente determinante, pero debe existir en el razonamiento que sirve de base a la decisión una debida consideración de esta opinión, que, entonces, deberá mencionarse y utilizarse en relación a todos los demás elementos en juego²⁷.

Al utilizar el interés superior del niño de la forma en que se hizo en el fallo de la Corte Suprema, se ha vulnerado entonces tanto el artículo 3 como el 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este uso del principio calza a la perfección con lo descrito por Miguel Cillero en uno de los textos más influyentes sobre el interés superior del niño en la doctrina reciente construida sobre derechos humanos del niño: “Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico”²⁸.

Siguiendo a Cillero, hay una función hermenéutica del principio dentro del propio derecho de la infancia-adolescencia, por cuanto “permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño”, su visión holística, que potencia una interpretación que tenga plenamente en cuenta la profunda interdependencia de todos los derechos. Además, el interés superior del niño permite resolver conflictos entre derechos

²⁶ Alessandro Baratta, *Infancia y Democracia*, en *Derecho a tener Derecho*, Tomo 4, Instituto Interamericano del Niño, 1999.

²⁷ Se trata de lo que John Eekelar ha denominado “autodeterminismo dinámico” en la aplicación del principio. Ver Philip Alston y Bridget Gimour-Walsh, *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales*, UNICEF Argentina, 1997.

²⁸ Miguel Cillero, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Infancia, ley y Democracia en América Latina*, Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), Editorial Temis-Ediciones De Palma, Bogotá-Buenos Aires, 1998.

reconocidos en la Convención, en aquellas situaciones en que se hacen incompatibles. Un buen ejemplo de esta función se encuentra en el artículo 9 de la Convención.

La Corte Suprema ha mencionado también el artículo 9 de la Convención entre los fundamentos jurídicos de su decisión. Este artículo se refiere en su primer párrafo a la obligación de los Estados Partes de velar porque los niños no sean separados de sus padres “contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Se trata acá de uno de los usos del principio como criterio de resolución de conflictos de derechos. El indicador de gravedad como criterio para decidir separar a un niño de sus padres viene dado por la misma norma: “Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

La frase final se refiere a situaciones de separación de los padres, y debemos interpretar que el interés superior debería ser el criterio de decisión en relación a quien ejerza el cuidado personal del niño, ligando esto a normas como la del artículo 18, en lo que se refiere a las obligaciones compartidas de los padres²⁹. Pero son los ejemplos mencionados (maltrato y descuido) los que sirven de criterio de determinación de lo que resulta perjudicial para los niños al extremo de hacer prevalecer el derecho a la protección por sobre el derecho a vivir con sus padres.

Cillero ha señalado algunos criterios de aplicación del principio del interés superior del niño:

El concepto de interés superior del niño alude...a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art. 27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa³⁰.

Nada de esto se encuentra en el fallo de la Corte Suprema chilena. Si se pretendía aplicar el artículo 9 de la Convención, no se analizó en ningún momento las implicancias en cuanto a la satisfacción de derechos de la alternativa consistente en otorgar la tuición al padre, y los criterios que especulativamente se usaron para quitar la tuición a la madre, no guardan proporción alguna con los casos de maltrato o descuido señalados por la misma disposición, y que en la legislación chilena interna se relacionan también con las causales señaladas en el artículo 225 del Código Civil, que autorizan a cambiar la regla general en cuanto a que en caso de separación de los padres, el cuidado personal corresponde en principio a la madre: “En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga **indispensable**, sea por **maltrato, descuido u otra causa calificada**, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de sus padres” (artículo 225 inciso segundo, Código Civil de Chile. El resaltado es nuestro).

²⁹ El criterio pareciera ser el de resolver cada caso de acuerdo al interés superior, teniendo en cuenta el artículo 18. Como ya se ha señalado, en Chile el Código Civil ha establecido que en principio los niños quedan bajo la tuición de la madre, en caso de separación.

³⁰ CILLERO, *op.cit.*

Sencillamente, el criterio que el fallo sienta, como regla general, consiste en que las madres lesbianas que decidan hacer explícita su opción sexual, deberán sufrir la sanción consistente en la pérdida del cuidado personal de sus hijas. Suponemos que la misma regla sería aplicable a un padre homosexual. Lo peor es que esta regla general discriminatoria se fundamenta en una supuesta protección del interés superior de los niños.

1.5 Formas de participación. La opinión de los niños.

En la historia de los derechos fundamentales, llama la atención que se han distinguido en dos grupos de derechos reconocidos en momentos diferentes: los derechos de primera generación (de naturaleza civil y política), y los de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales). En el ámbito de la infancia, resulta curioso el hecho de que la evolución se ha dado más bien a la inversa. Las sociedades han mostrado una tendencia a reconocer primero que los niños tienen por sobre todo el derecho a ser protegidos, por el mundo adulto. Este mundo adulto es el que define los supuestos, naturaleza y formas de aplicación de esta protección, y distintos mecanismos legales y culturales han obstaculizado el que los niños puedan ser sujetos activos de tales definiciones. De hecho, tradicionalmente y hasta el día de hoy, es posible aplicar a los niños y niñas “medidas de protección” que no sólo se adoptan sin considerar su opinión, sino que muchas veces estas medidas constituyen en sí mismas una vulneración o restricción de derechos.

El reconocimiento de derechos civiles, políticos y de participación de niños y niñas, se ha ido dando lentamente, y recién en 1989, al aprobarse la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha venido a reforzar normativamente este grupo de derechos, con un cierto énfasis en la autonomía. Sin embargo, la concreción de un paradigma de los niños como sujetos activos constituye una fuerte lucha legislativa, política y cultural hasta el día de hoy.

En las representaciones culturales sobre infancia, predomina aún la idea de, por un lado, niños que son víctimas inocentes y pasivas de situaciones de violencia social y diversas formas de malos tratos, y por otro, niños y adolescentes percibidos como problemáticos, peligrosos y violentos. En gran medida, las movilizaciones estudiantiles del mes de junio del año en curso han sido uno de los eventos más importantes en términos de que la sociedad chilena y los medios de comunicación tuvieron que reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos, responsables, con opinión, capacidad de organización y de debate. No es casual el que los abordajes desde la prensa y televisión partieran desde un énfasis en señalar el descontrol y vandalismo de algunas movilizaciones callejeras, para pasar de a poco a simpatizar con los estudiantes (desde los parámetros propios de los medios: por ejemplo, tendencia a la “farandulización” del movimiento a través de sus caras más visibles).

De acuerdo a encuestas realizadas a niños y adolescentes, solo un 35% de ellos estima que en su familia siempre se les considera, un 49% declara que se les considera a veces, y un 16% que no se les considera. En cuanto a ser escuchados en la escuela, los porcentajes son de 42%, 48% y 10%, respectivamente³¹.

Una experiencia de participación de niños y niñas en el diagnóstico de su situación en el país, y elaboración de propuestas al respecto, tuvo lugar entre el 14 de octubre y el 17 de

³¹ “Situación de los niños y niñas en Chile a 15 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, UNICEF, 2005

noviembre, cuando alrededor de 10.000 niños y niñas votaron en la página de la Corporación Opción, eligiendo aquellos temas que más les preocupan. Los 3 más votados fueron:

Que se escuche y se tome en cuenta la opinión de los niños; Que se supere la pobreza que afecta a más de un millón de niños y niñas; Que ningún niño o niña sea tratado con violencia, ni física ni psicológica.

En paralelo al proceso de votación electrónica, más de 2500 niños de % regiones del país participaron de procesos de discusión, mediante talleres grupales en sus comunidades, escuelas y colegios, para hablar sobre sus problemas, proponer soluciones y elegir delegados para Encuentros Regionales. Entre los días 27 de Octubre y 7 de Noviembre, se realizaron encuentros regionales, donde los delegados prepararon sus propuestas globales y eligieron a su vez delegados para el Encuentro Nacional. El Encuentro nacional se realizó los días 17 y 18 de Noviembre en Santiago. Los delegados de las regiones elaboraron un documento y prepararon las preguntas y temas a plantear a los candidatos presidenciales el día 20, evento que se realizó en el Edificio Diego Portales y se transmitió en directo por Televisión Nacional de Chile³².

El documento que los niños y niñas elaboraron analiza 13 ámbitos temáticos: Derecho a expresar nuestra opinión y que ésta sea tomada en cuenta; Derecho a recibir un buen trato físico y psicológico; Derecho a estar protegidos contra el tráfico y uso de drogas; Derecho a recibir una salud de calidad; Derecho a recibir protección social y que nuestras necesidades básicas estén cubiertas; Derecho a organizarnos para pensar proyectos e intercambiar ideas; Derecho a recibir una educación de calidad; Derecho a no ser discriminados por ser diferentes; Derecho a no realizar trabajos que entorpezcan nuestro crecimiento y desarrollo; derecho a vivir en un medio ambiente sano y limpio; Derecho a tener nuestra propia cultura, idioma y religión; Derecho a que en los procesos judiciales sean escuchadas nuestras opiniones; Derecho a jugar, practicar deportes y participar en actividades culturales.

En cada uno de los 13 temas, se aplicaron los siguientes pasos:

VER: Que vemos con respecto a la realidad de nuestros Derechos

SENTIR: Que sentimos y nos pasa sobre lo que vemos.

JUZGAR: ¿Por qué ocurre esto?

ACTUAR: Nuestras propuestas y alternativas para mejorar estas situaciones³³.

En el documento elaborado por los niños y niñas, respecto al derecho a expresar opinión y que éste seas tomada en cuenta, se señala lo siguiente:

“VEMOS:

³² La cobertura nacional del debate tuvo un alto impacto, quedando en claro que se trataba de una iniciativa nunca antes vista en el país. Además, en el momento final del evento, los niños y niñas hicieron firmar a los 4 candidatos un documento compromiso, mediante el cual cualquiera fuera el ganador de las elecciones, éste quedaba comprometido a recibir a un grupo de niños el 14 de agosto del 2006, día que marca el 16° aniversario de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³³ El documento completo elaborado por los niños y niñas puede ser se encuentra disponible en www.opcion.cl

Que este Derecho no es respetado ya que nos hacen callar sin motivo alguno; en la mayoría de los casos, los adultos deciden y hablan por nosotros, ya que nos consideran inmaduros, irresponsables y débiles, es decir, no confían en nosotros por el sólo hecho de ser “menores de edad”. Lo anterior provoca muchas veces represión de nuestras opiniones, y cuando necesitamos de la atención de estos adultos muchas veces no nos dan el tiempo y atención necesarios para expresar nuestras opiniones y sentimientos.

También pasa que en los procesos judiciales no se nos presta la misma atención que a los adultos, nuestra opinión vale menos frente a la justicia. Finalmente, podemos decir que como niños, niñas y jóvenes nuestra opinión es tan válida como la de los adultos ya que tenemos mucho que decir y expresar.

JUZGAMOS:

Que estas situaciones se deben a que existe un traspaso cultural y de una generación a otra, que provoca indiferencia y no respeto hacia la opinión de nosotros los niños, niñas y jóvenes, esto significa que se mantienen tradiciones pasadas que afectan directamente al ejercicio y práctica de este y otros Derechos. Todo esto ocurre, porque no se conoce la Ley de nuestros derechos y tampoco se difunde. En esto el Estado es responsable de hacer leyes, pero no las respeta ni las hace respetar. Pareciera que a quienes tienen poder, les da miedo que nosotros tomemos conciencia de nuestros Derechos.

ACTUAMOS Y PROPONEMOS:

- 1. Que los adultos nos escuchen y exista un respeto mutuo.*
- 2. Mayores espacios de debate, en donde se tomen en cuenta nuestras opiniones.*
- 3. Promover a los niños, niñas y jóvenes en todas sus dimensiones como personas.*
- 4. Realizar encuentros permanentes con autoridades, especialmente a niveles comunales, para discutir directamente con ellos las mejores formas de solucionar nuestros problemas y el cumplimiento de nuestros derechos.*
- 5. Que se creen formas de financiamiento de un medio masivo de comunicación exclusivo de niños, niñas y jóvenes para promover nuestros Derechos y acciones organizadas.”*

2. No discriminación (artículos 2, 20, 22, 23 y 30 CDN)

El principio de no discriminación, formulado en el artículo 2 de la CDN, constituye según el Comité de Derechos del Niño uno de los principios centrales que estructuran este tratado³⁴. Habiéndonos referido ya a los principios de efectividad, interés superior del niño y participación -a propósito de la situación general de los niños en Chile-, nos referiremos ahora en detalle a la igualdad y no discriminación, que es uno de los ámbitos más problemáticos de la efectiva vigencia de la CDN y los derechos humanos de los niños en Chile.

2.1. Legislación relativa a la discriminación y su aplicación

2.1.1. Legislación

Legislativamente, la Constitución Política recoge el principio de no discriminación en sentido positivo como derecho a la igualdad ante y en la ley (art. 19.3 y 19.2, respectivamente)³⁵. Todos los derechos y garantías constitucionales reconocidos se relacionan con el principio del artículo 1 inciso 1º: “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

No obstante esta consagración constitucional del principio de la no discriminación, su íntegro reflejo en el resto de la legislación nacional fue señalado como problemático por el Comité de los Derechos del Niño el 2002, quien manifestó su preocupación en cuanto a la falta de una implementación plena de la Convención sobre los Derechos del Niño tanto en la legislación como en las decisiones judiciales, políticas y administrativas. De hecho, el Comité señaló que el principio de no discriminación no se aplicaba plenamente, especialmente en lo que se refiere a los niños y niñas que pertenecen a *grupos vulnerables* como los indígenas,³⁶ pobres, discapacitados, y los que viven en zonas rurales.

Desde la década pasada se han producido algunas modificaciones legislativas que intentan o posibilitan mejorar la implementación de este principio:

- Ley Indígena N° 19.253 de 1993 establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Destaca por la creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), que tiene como objetivos principales fomentar, coordinar y efectuar la acción del Estado a favor del progreso integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural.³⁷

³⁴ De acuerdo a la Observación general N° 5, de 2003, además del ya referido principio del interés superior (art.3 de la CDN) el Comité se refiere a otros 3 que considera como principios generales en la Convención: obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (artículo 2); el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6); el derecho del niño a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que afectan al niño” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones (artículo 12).

³⁵ Artículo 19º: La Constitución asegura a todas las personas: 2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo único privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

³⁶ Aymará, Atacameños, Colla, Quechua, Rapa Nui, Mapuche, Kawashkar, Yagan; www.conadi.cl. Destaca además la ratificación por parte de Chile de dos convenios en relación con la discriminación de género: el Convenio Interamericano para prevenir, erradicar y eliminar la violencia contra las mujeres de la OEA en 1998 y el Convenio sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación de la mujer en 1989.

³⁷ www.conadi.cl

- La Ley N° 19.284 establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad. Lo que a través del Fondo Nacional de la Discapacidad ha permitido financiar la ayuda técnica que promueve el desarrollo de la autonomía funcional y la integración social.
- Ley N° 19.585 sobre filiación, publicada en octubre 1998, cuyo principal hito es la supresión de la distinción vigente de los hijos en tres categorías (legítimos, naturales e ilegítimos), declarando por consiguiente la igualdad entre los hijos sin distinción alguna por razón de su origen. No obstante constituir un claro avance, esta Ley presentó dificultades en su aplicación, que la apartaban de su objetivo declarado de garantizar la igualdad de los hijos. En el año 2004, esta ley fue corregida mediante una nueva ley de filiación, que trata de corregir los defectos detectados³⁸.
- En cuanto a la discriminación de las adolescentes embarazadas en cuanto a ciertos de sus derechos, como la educación; la Ley Orgánica de la Enseñanza fue modificada por la Ley N° 19.688 del año 2000, dándose un paso hacia la eliminación de la discriminación de las adolescentes embarazadas: mediante esta ley se prohíbe que el embarazo y la maternidad constituyan un obstáculo para ingresar o continuar la educación.³⁹
- La Ley N° 19.779 favorece la prevención, diagnóstico y control de la infección por contagio del Virus de Inmuno-Deficiencia Humana (VIH); así como la asistencia de los portadores del virus sin discriminación alguna de 2002.

Existe un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación⁴⁰. Entre ellas destaca la propuesta de considerar las motivaciones racistas, religiosas o de orientación sexual como agravantes penales⁴¹ (la ley penal vigente no incluye ninguna mención hacia la discriminación ni mucho menos un delito específico que contemple tal ilícito). Actualmente, esta propuesta está siendo estudiada por la Comisión de Derechos Humanos del Senado⁴². Legislar en la materia supone en cierta medida seguir las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño en cuanto a la elaboración de estrategias que prevean medidas específicas para poner fin a todas las formas de discriminación. Sin embargo, la OMCT y OPCION observan con preocupación la posibilidad de que estas medidas se agoten en el aspecto sancionador y punitivo, que no debiera ser el único, puesto que las medidas preventivas también son parte de una lucha integral contra la discriminación, sobre todo de tipo racial y xenófoba.

³⁸ Principalmente lo que se pretendía con la nueva ley es facilitar la investigación de la paternidad. De acuerdo a datos oficiales, “de 240.011 nacimientos, el 55,56% de ellos ocurrió fuera del matrimonio. De este total, 28.169 niñas y niños no fueron reconocidos por su padre” (<http://www.presidencia.cl/view/viewArticulo.asp?idarticulo=1304>).

³⁹ CRC/C/CHL/3 §43 (28), Tercer informe periódico, 11 de octubre 2005.

⁴⁰ El Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación (presentado a la Cámara de Diputados el 14 de marzo de 2005 por Ricardo Lagos).

⁴¹ Se propone que en la categoría de conductas discriminatorias se incluya “toda distinción, exclusión o restricción fundada en cuestiones de ideología, religión o creencias, lugar de nacimiento, posición económica, cultura, etnia, raza o color, enfermedad o discapacidad, apariencia, lugar de residencia, sexo, género, orientación sexual, descendencia, edad, opinión política o de otra índole, o cualquiera otra condición social o individual y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

⁴² http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20060720/pags/20060720233338.html (información actualizada a julio 2006).

2.2. Categorías de niños particularmente vulnerables y víctimas de discriminación de hecho y de derecho.

El problema de la discriminación se expresa en el ámbito de la infancia básicamente en los siguientes temas o motivos de diferenciación: etnia, niños y adolescentes en privación de libertad, discapacidad, orientación sexual, situación socioeconómica y género.

La **pertenencia a un grupo étnico determinado** (como pueda ser una comunidad indígena) afecta a los niños socialmente de manera decisiva. En primer lugar, debido a variadas formas de maltrato, trato discriminatorio a incluso agresiones verbales y físicos que sufren por parte de miembros individuales o colectivos de la sociedad. Y en segundo lugar, por enormes desventajas en el plano educativo y social.

Los **niños y adolescentes que son reclusos en centros de privación de libertad** están discriminados también en cuanto al acceso a varios de sus derechos, especialmente debido a la falta de medios que permiten el desarrollo íntegro de su personalidad y persona (véase al respecto los puntos relativos a la detención y sus condiciones).

Respecto a los niños y adolescentes **homosexuales**, cabe destacar la discriminación que supone subsistencia de una norma penal que sanciona la sodomía (art. 365 del Código Penal), en la que se incluye todo acceso carnal con un menor de 18 años, aunque la persona tenga más de 14 años (que es la edad del consentimiento sexual actualmente). Esto supone una severa arbitrariedad respecto a los adolescentes heterosexuales, quienes no cometen ni son víctimas de delito alguno cuando mantienen relaciones sexuales consentidas, si son mayores de 14 años. A esta situación de discriminación estatal (legal), se añade la propia discriminación y violencia sociales que sufren los menores homosexuales por parte de grupos de motivación racista, xenófoba y homofóbica.

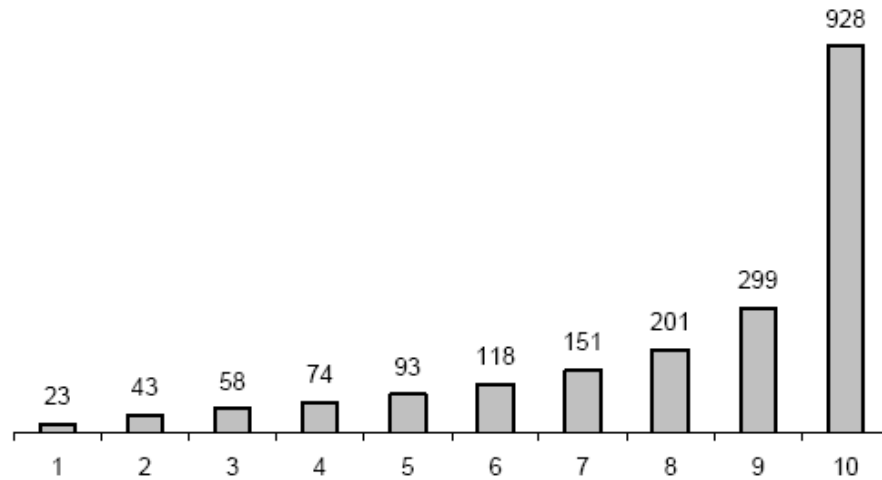
La **discapacidad** también es una situación que hace de los niños sujetos especialmente vulnerables. Especialmente en los casos en que a esto se unen las dificultades socioeconómicas. Su discriminación se centra principalmente en el acceso a la educación y a la igualdad de acceso a los lugares públicos.

La **situación socioeconómica** también es un factor que genera gran vulnerabilidad entre los menores, que en ocasiones sufren la inaccesibilidad de ciertos derechos por razón de carencia de medios.

Si bien hacia el exterior genera admiración la estabilidad política y los logros macroeconómicos del país, los promedios nacionales no dan cuenta adecuadamente de las alarmantes desigualdades socio-económicas que afectan sobre todo a la población infantil, y de precariedad del sistema para dar una protección debida a los niños y niñas.

El siguiente gráfico da cuenta de la distribución del ingreso nacional, que es una de las 10 más desiguales del mundo:

Ingreso Promedio Per Cápita (miles de \$)
Según Grupo Decil



Fuente: INE Encuesta Suplementaria de Ingresos- octubre – diciembre 2003

4 de cada 10 niños chilenos se encuentran bajo la línea de pobreza. La pobreza afecta a los niños un 43% más que los adultos, y la indigencia, un 55% más. Un quinto de los niños carece de las condiciones de vida apropiadas para crecer y desarrollarse adecuadamente.

A nivel de indicadores específicos para medir el grado de satisfacción de derechos fundamentales de los niños, se ha avanzado en el análisis de datos a través del Índice de Infancia, que permite evaluar a nivel nacional, regional y comunal los grados de satisfacción en 4 áreas fundamentales: Salud, Educación, Habitabilidad e Ingresos. En este índice, en base una serie de indicadores, el nivel de satisfacción mínimo es el 0, y el máximo 1. Como país, el promedio alcanza el 0,62. El desglose de la información por regiones y comunas permite detectar las brechas existentes, la tremenda desigualdad que existe en cuanto a la satisfacción de los derechos básicos de los niños en el territorio nacional. Así, las 6 comunas del barrio alto de Santiago se muestran aventajadas respecto de todo el resto, con un índice superior a 0,9 en todas ellas. Ninguna de las demás comunas del país alcanza valores por sobre 0,8 en este Índice. Por sobre el valor promedio (0,6) tenemos un 80,7% de las comunas en el área habitabilidad, 62,1% en salud, 23,5% en educación, y sólo 4,5% en ingresos. Los niveles de logro más bajos a nivel regional se ubican en las regiones del Maule (VII), La Araucanía (IX), y Los Lagos (X).

La desigualdad económica se manifiesta de manera muy visible en el sistema educativo, y los últimos resultados de la Prueba de Selección Universitaria así lo vuelven a demostrar:

“Según los antecedentes entregados hoy por el Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educativo (Demre), institución a cargo de la PSU, cerca del 43% de los jóvenes cuyas familias tienen un ingreso menor a los 278 mil pesos mensuales, no alcanzaron el puntaje mínimo para postular a la Universidad, otro 49 por ciento obtuvo entre los 450 y 600 puntos promedio en las pruebas de Lenguaje y Matemática, y sólo el 7,8% de ellos sacó entre 600 y 700 puntos y menos del uno por ciento por sobre los 700.

En tanto, de los estudiantes cuyos padres ganan entre 300 mil y 800 mil pesos mensuales, sólo un 20 por ciento sacó menos de 450 y casi un 60% de ellos entre 450 y 600 puntos y sólo un 3% sacó por sobre 700 puntos.

En cuanto a los jóvenes de familias que ganan por sobre los 800 mil pesos, los puntajes de los alumnos aumentan considerablemente. El grupo que no alcanza el puntaje de 450 puntos disminuye a un diez por ciento, mientras el 46%, obtiene entre 450 y 600 puntos; el 34% saca entre 600 y 700 puntos, y casi un 10 por ciento de los estudiantes obtuvo más de 700.

En cambio los estudiantes de familia ABC1, es decir que su ingreso es mayor al millón y medio de pesos, superan en puntaje a todos los demás grupos con un 16% de postulantes que supera los 700 puntos y un 44 por ciento con un puntaje entre 600 y 700 y sólo un cinco por ciento que sacó menos de 450 puntos⁴³.

Por último la **discriminación por razón de género** respecto a las niñas o menores de edad de sexo femenino se produce frecuentemente en el ámbito educativo; donde se les niega, suspende o retira el acceso a la educación cuando se da la situación de que están embarazadas. Si bien, la discriminación por razón de embarazo o maternidad está prohibida por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) después de su modificación del año 2000, no se recogió ninguna sanción hasta el 2005. En concreto se publicó el Decreto n° 79 de 24 de marzo de 2005, a partir del cual el Ministerio de Educación elaboró un Reglamento que detallaba las obligaciones de los centros escolares en materia de discriminación por embarazo y maternidad. En él se reitera que la marginación escolar a través de la cancelación, suspensión o negación de matrícula está prohibida y constituye un acto de discriminación. Además especifica que tampoco se permite el cambio de jornada o a un curso paralelo de la menor embarazada, salvo que la estudiante lo haya solicitado expresamente en beneficio de su salud; del mismo modo tampoco se permite vulnerar el derecho de las adolescentes a participar en actividades u organizaciones estudiantiles⁴⁴. La sanción que se prevé para los establecimientos que vulneren estas normas, es una multa, que será doblada en caso de reincidencia. Además, con el objeto de ayudar en el proceso de mantener a las jóvenes madres en el sistema escolar, el Reglamento dispone que los establecimientos escolares tendrán la obligación de entregar apoyo pedagógico y tutorías y flexibilizar sus normas en cuanto a asistencia y evaluaciones⁴⁵.

2.2.1. Situación a niveles de derecho y de hecho de los niños discapacitados

Especialmente en relación al derecho de acceso a la educación, los niños discapacitados no tienen en la práctica garantizado este derecho. Según el *Primer Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile* realizado en abril de 2005⁴⁶: por cada persona con discapacidad que estudia, cuatro no lo hacen. Adicionalmente, podemos señalar otras proporciones estadísticas relevantes: una de cada dos personas minusválidas ha completado la enseñanza básica; una de cada ocho ha cursado la enseñanza media completa; y sólo una de cada veinte ha logrado acceder a la educación superior. Esto es, la discriminación se presenta ya desde el acceso mismo. Como ejemplo de ello, está el caso de Martín Barros, un menor de cinco años cuyo padre postuló a 25 colegios para escolarizar a su hijo. Todas sus solicitudes fueron

⁴³ “PSU: se mantiene brecha de puntajes entre ricos y pobres”, La Nación, 8 de enero de 2007.

⁴⁴ arts.3 y 8 Decreto n° 79.

⁴⁵ art. 10 Decreto n°79.

⁴⁶ Elaborado por el Gobierno, ENDISC-CIF, FONADIS, INE. Las referencias corresponden a las páginas 55 y 19.

rechazadas, de hecho sólo consiguió escolarizarlo una vez que dio a conocer su caso a la prensa.

Un importante avance respecto al cumplimiento del derecho a la educación de las personas con discapacidad ha sido la adopción por parte del Ministerio de Educación de la “Política Nacional de Educación Especial 2006-2010” en agosto de 2005. El objetivo general de esta política es “hacer efectivo el derecho a la educación, a la igualdad de oportunidad, a la participación y a la no discriminación de las personas que presentan necesidades educativas especiales, garantizando su pleno acceso, integración y progreso en el sistema educativo”⁴⁷. Si bien la política es de implementación progresiva, durante 2005 se inició la implementación de varias medidas: el envío de un proyecto de ley, con el objeto de aumentar las subvenciones de los alumnos ciegos, sordos, con disfasia severa, autismo y discapacidades múltiples que se educan en escuelas especiales o el encargo de estudios por parte de las Unidades de Currículum y Evaluación y de Educación Especial que generasen propuestas en relación a la adaptación del programa de estudio del sector lenguaje y comunicación para alumnos con discapacidad intelectual y que presentan necesidades educativas especiales.

No obstante los avances teóricos o formales, y dada su falta de reflejo en la práctica, compartimos la preocupación del Comité respecto a la eficacia de los proyectos emprendidos. Del mismo modo que nos inquieta la falta general de recursos y personal para atender a esos niños, especialmente a los que tienen discapacidad mental, sobretodo en las zonas rurales y comunidades indígenas, cuestión que queda demostrada por la baja proporción de niños discapacitados que se encuentran matriculados en escuelas ordinarias.

A todo ello se añade, la dificultad física de acceso a edificios de uso público y colectivo, que incumplen en la mayoría de casos la ley imperativa sobre adaptación de las infraestructuras públicas, cuyo plazo de aplicación venció el 31 de diciembre de 2003. Es por ello que las Recomendaciones del Comité en materia de discriminación respecto a los niños discapacitados no han sido del todo implementadas.

2.2.2. Situación a niveles de derecho y de hecho de los niños refugiados

La regulación de los refugiados en Chile se regula por un conjunto de normas, cuya más novedosa incorporación es la Resolución Exenta N° 5.319 del 27 de octubre de 2004, a través de la cual se delega la facultad de firmar los visados de residencia para refugiados al Jefe del Departamento de Extranjería⁴⁸. Sin embargo, no hay ninguna previsión específica para los

⁴⁷ Ministerio de Educación; Gobierno de Chile; División de Educación General, Unidad de Educación Especial; “Política Nacional de Educación Especial”; Programa Nacional de Educación Especial; Nuestro Compromiso con la Diversidad; Serie Bicentenario 2005; Santiago, agosto de 2005.

⁴⁸ El conjunto de normas sobre refugiados: Decreto-Ley N° 1.094. Establece normas sobre extranjeros en Chile, Modificado por la Ley 19.476 del 21/10/1996 en materia de refugiados; Decreto N° 138 de 17 de agosto, 2002- Promulga el acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados por el cual se modifica el acuerdo marco para reasentamiento de refugiados en Chile ; Decreto N° 14 del 30 de febrero, 1999 - Promulga el acuerdo marco con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para reasentamiento de refugiados en Chile ; Decreto Supremo N° 942 de 19 de febrero, 1992 - Promulga el convenio con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con la Organización Internacional para los Refugiados y con la Organización Internacional para las Migraciones, para la realización de programas de retorno y reinserción de exiliados Chilenos que deseen regresar voluntariamente al país; Resolución Exenta N° 5.320 del 27 de octubre, 2004 - Se delega la facultad de firmar las autorizaciones de trabajo para solicitantes de asilo al Jefe del Departamento de Extranjería ; Resolución Exenta N° 5.319 del 27 de octubre, 2004 - Se delega la facultad de firmar los visados de residencia para refugiados al Jefe del Departamento de Extranjería.

niños refugiados en concordancia con el art. 22 de la Convención, lo que conlleva nuestra preocupación pues los niños sin acompañante siguen siendo considerados apátridas y su entrada en el país les puede ser denegada en virtud del art. 16.1 de la Ley de Extranjería establecida por el Decreto Ley 1094.

2.2.3. Situación a niveles de derecho y de hecho de los niños procedentes de minorías étnicas

La implementación de los derechos de los pueblos indígenas es limitada en el marco jurídico e institucional chileno; lo que los sitúa en una posición especialmente vulnerable. Chile todavía no ha reconocido en su Constitución, modificada por última vez en 2005, los derechos de los pueblos indígenas; la Cámara de Diputados incluso rechazó abiertamente una reforma relativa a los indígenas.⁴⁹ Tampoco ha ratificado todavía el Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989; el cual constituye el reflejo de la existencia de un consenso internacional que establece un contenido mínimo, así como mecanismos de protección de los derechos de los pueblos indígenas.⁵⁰

La legislación nacional en relación a la cuestión indígena se centra en la Ley Indígena N° 19.253 adoptada en el año 1993, que reúne ciertos principios fundamentales que definen el marco general de las políticas del Estado frente a los indígenas.⁵¹ La Ley crea asimismo la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) con el fin de promover y coordinar la acción del Gobierno de Chile favoreciendo su desarrollo integral. Los niños no están mencionados específicamente en la Ley Indígena, aunque quedan incluidos de forma implícita.

En la práctica la cuestión de los menores en relación con su condición de indígenas se centra en la educación, en concreto en el **problema de su deserción del sistema educativo**: donde el 30% de los indígenas abandona la educación básica y media. La respuesta gubernamental al problema se ha centrado en generar un fondo económico para que estudiantes con escasos recursos y buen rendimiento académico puedan terminar su educación. No obstante algunos progresos en la materia como el "Programa de Educación Intercultural Bilingüe"⁵², la inauguración del año escolar indígena o la concesión de becas de educación a menores indígenas⁵³, resulta atendible la apreciación del Informe sobre los Derechos Humanos en Chile de 2006, de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales⁵⁴, que señala la "discriminación institucional en materia educativa" que sufren los pueblos indígenas, que "no ha logrado superarse a pesar de los esfuerzos legislativos emprendidos".

⁴⁹ En el artículo 1.1 de la Constitución continuaba con una mención relativa a los derechos de los pueblos indígenas: "Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena." Sin embargo este añadido fue rechazado por el Congreso.

⁵⁰ Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión Entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991, de conformidad con el artículo 38.

⁵¹ La Ley 19.253 (Ley Indígena), que "Establece normas sobre la protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena", fue promulgada el 5 de octubre 1993.

⁵² Programa que surge como resultado del convenio entre el Ministerio de Educación y la CONADI y que supone la incorporación de la enseñanza de lenguas originarias en los planes educativos a nivel nacional, en particular, el mapudungún.

⁵³ Por ejemplo Mineduc entregó 1200 becas indígenas a niños de Malleco en 2005.

⁵⁴ *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2006 (Hechos de 2005)*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, junio 2006.

Es por todo ello, que reiteramos la inquietud del Comité respecto de las dificultades de acceso a la educación de los niños indígenas.

Otro problema importante, sería el de la criminalización de los actos de protesta social realizados por parte del colectivo indígena, que se ha llevado a cabo por medio de la Ley Antiterrorista⁵⁵, mediante el que se reprimen duramente ciertas conductas que ya están descritas en la legislación penal general, pero que ha sido usada para incrementar la represión a las comunidades indígenas, como si se tratara de conductas calificadas como delitos especiales (delitos de terrorismo) por razón del sujeto que las comete.

Lo más llamativo es que esta aplicación del derecho es propia de un sistema de Derecho Penal de autor, donde los actos son punibles, no por razón su ataque a bienes jurídicamente protegidos, sino en función de la persona que los ataca. Criminalizar una conducta (realizable por cualquier sujeto) exclusivamente respecto a un conjunto de personas, genera la incoherencia de sancionar una conducta sólo aplicable a los indígenas, en este caso; y no hacerlo cuando lo realice cualquier otra persona, lo cual es, además de difícilmente justificable, discriminatorio en todos los sentidos.

Como señaló Human Rights Watch en su informe “Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, los Tribunales Militares y los Mapuche en el sur de Chile”, del año 2004⁵⁶:

“Dicha ley es un legado del gobierno militar (1973-1990). El General Pinochet la introdujo en 1984 para enfrentar las acciones de los grupos políticos armados que llevaban a cabo secuestros, asesinatos y ataques contra comisarías de policía con rifles de asalto y lanzagranadas. Es la ley más dura de la legislación chilena, y sus disposiciones han sido endurecidas en cierto modo desde la llegada de la democracia. Duplica las condenas normales para algunos delitos, dificulta la libertad provisional, permite que el ministerio público retenga pruebas a la defensa durante un plazo de hasta seis meses y que los acusados sean condenados basándose en el testimonio de testigos anónimos. Estos testigos comparecen en el juicio detrás de una pantalla para que los acusados y el público no puedan verlos”.

“Los peores actos de los que se acusa a los mapuche son efectivamente delitos considerados en el Código Penal. Están relacionados con la destrucción de propiedad privada, con ataques incendiarios contra bosques, edificios, camiones y maquinaria de compañías madereras y, en ciertos casos, casas habitadas, además de amenazas de cometer dichos actos. Excepcionalmente, se ha condenado en el pasado a unos cuantos mapuche por violencia contra las personas, lo que incluye la quema de vehículos forestales cuyos ocupantes apenas lograron ponerse a salvo”.

“En la visión popular, el terrorismo evoca imágenes de rehenes civiles inocentes capturados en edificios asediados, atentados suicidas con bomba y secuestros de aviones, por no mencionar la matanza y la destrucción indiscriminadas de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La invocación por el Gobierno de Chile de la ley antiterrorista para ocuparse de los delitos cometidos por los mapuche, en el contexto de conflictos de tierra, que no alcanzan

⁵⁵ La Ley Antiterrorista N° 18.314 fue adoptada en 1984 en el contexto de la dictadura militar, y fue reformada por los gobiernos de la transición de 1991, y por segunda vez en 2002 a fin de adaptarla al nuevo procedimiento penal.

⁵⁶ <http://www.hrw.org/spanish/informes/2004/chile1004/>

esta, gravedad no solamente es inapropiada sino que refuerza los prejuicios existentes contra el pueblo mapuche”.

Actualmente se observan avances legislativos respecto a la liberación de los mapuches presos por aplicación de las leyes antiterroristas. Existen dos iniciativas legales parlamentarias presentadas ante el Senado. Los dos proyectos se centran en la inoportunidad de aplicar la legislación antiterrorista a los mapuches que luchan reivindicando tierras de propiedad ancestral, señalando que el Gobierno de Chile debe satisfacer las recomendaciones de varios organismos de derechos humanos.⁵⁷ En cuanto a la necesidad de enmendar la Ley Antiterrorista surgió un consenso generalizado donde se afirmó la indispensabilidad de mejora del proyecto legislativo presentado en mayo 2006 por el Senador Navarro⁵⁸, apoyando la decisión gubernamental de presentar un proyecto modificatorio de la Ley Antiterrorista.⁵⁹ Este proyecto de ley fue presentado por el ejecutivo el 3 de julio de 2006 con el objeto de modificar la Ley Antiterrorista N° 18.314 en busca de soluciones que permitan la liberación de presos mapuches, y así terminar con la criminalización de los actos del colectivo indígena.

El informe de Human Rights Watch “muestra su preocupación sobre las crecientes violaciones de derechos humanos, particularmente sobre casos de tortura relacionados con los mapuches que reivindican su tierra”.⁶⁰ En respuesta a ello, organismos estatales como el Ministerio de Salud, han empezado a reconocer los graves daños psicológicos que sufren los niños y niñas mapuches víctimas o testigos de actos de tortura y/o violencia excesiva ejercida por Carabineros y otros cuerpos policiales. Por lo que es necesario constatar que pese a la creación de la Comisión Valech y sus esfuerzos, los mapuches siguen sufriendo maltrato y torturas⁶¹. Tales actos de violencia no se limitan a la época de la dictadura, pues siguen siendo perpetrados en la actualidad.

⁵⁷ Dos iniciativas legales en repuesta a huelga de hambre mapuche, Lucía Sepúlveda Ruiz, 11 de mayo 2006; <http://www.mapuche.info/mapu/sepulv060511.html>.

⁵⁸ El proyecto Navarro figura solo el siguiente artículo: Artículo único.- Incorpórase en el artículo 3° del decreto ley N° 321, de 1925, el siguiente inciso final nuevo: “A los condenados a penas privativas de libertad por delitos contemplados en la Ley N°18.314, que fija la penalidad por conductas terroristas y además, en su caso, condenados por delitos sancionados en otros cuerpos legales, en causas relacionadas con reivindicaciones violentas de derechos consagrados en la Ley N°19.253, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional, siempre que los hechos punibles hayan ocurrido entre el 1 de enero de 1997 y el 1 de enero de 2006, y los condenados suscriban en forma previa una declaración inequívoca y favorable al no uso de la violencia en la reivindicación de derechos establecidos en la Ley 19.253 y en el derecho internacional de los pueblos indígenas”.

⁵⁹ www.mapuche.info.

⁶⁰ *Informe Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile*: “[...] Testimonios de testigos oculares indican que cuando numerosos efectivos de Carabineros allanan las comunidades mapuches para realizar detenciones, continúan maltratando físicamente e insultando a los residentes, incluyendo a mujeres, niños y ancianos [...]”.

⁶¹ “Los Mapuches y la Comisión Valech”, Editorial del Periódico Azkintuwe por Pedro Cayuqueo, 7 de diciembre de 2004. www.libertad.dm.cl.

3. Derecho a la vida (artículo 6 CDN)

El derecho a la vida, reconocido en el artículo 6 de la CDN, impone al Estado la obligación de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6.2). La Observación General N°5 del Comité de Derechos del Niño incluye a este derecho entre los principios generales de la CDN.

En el plano continental, la actividad jurisdiccional y consultiva del sistema interamericano de derechos humanos ha llevado en la última década a importantes desarrollos que incluyen la formulación de estándares mínimos de exigibilidad, criterios de interpretación de normas, aplicación y decisiones en materia de derecho a la vida y otros derechos de los niños, incorporando la Convención sobre los Derechos del Niño al sistema, por la vía de entender que existe un solo *corpus iuris* universal de protección de derechos, e intentando usar las normas de la Convención para llenar de contenido las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que se refieren vagamente a la protección de la niñez .

En la sentencia dictada el año 1999 contra el Estado de Guatemala en el caso “Villagrán Morales y otros”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de referirse al alcance del derecho a la vida. Alejándose de las concepciones más tradicionales que ven en los derechos humanos de primera generación (también conocidos como derechos civiles y políticos) derechos que sólo imponen obligaciones negativas del Estado (o sea, la obligación de no vulnerarlos mediante acciones positivas), a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, que se satisfacen mediante prestaciones activas de parte del Estado (y que en general no son considerados como verdaderos derechos, sino como indicaciones acerca de lo deseable), la Corte sostiene en la sección IX una concepción más compleja y amplia del derecho a la vida y su violación por el Estado, yendo más allá de la responsabilización por la violación evidente del derecho a la vida que implicó el secuestro, tortura y asesinato de niños y jóvenes guatemaltecos por parte de agentes del Estado.

Es lo que señala acertadamente el párrafo 144: *“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”*.

En cuanto a la relación de estas vulneraciones con los derechos de los niños, se expresa en el párrafo 146: *“La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción (infra, párr. 191)”*.

Posteriormente, mediante la Opinión Consultiva N°17/2002, la Corte reafirma que *“el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas”*, y señala que *“la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”* (Puntos 7 y 8 de la parte decisoria de la OC-17/2002).

Considerando este amplio alcance del derecho consagrado en el artículo 6 de la CDN, podemos afirmar que se viola el derecho a la vida tanto de manera activa, mediante hechos o acciones imputables al Estado, como pasiva o por omisión.

Un claro ejemplo del primer tipo de vulneración al derecho a la vida lo encontramos en la acción del Estado de Chile durante la dictadura militar (1973/1990), donde según la información recogida en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión “Rettig”) fueron asesinados o hechos desaparecer 83 niños y niñas (personas que al momento de su muerte o desaparición tenían menos de 18 años). Estos casos, recopilados en la publicación *“Por los niños y niñas, nunca más”* (Corporación Opción, 2003), dan cuenta de los niveles de violencia contra la vida que el Estado chileno empleó en esos años, sin importar que las víctimas tuvieran en ocasiones solo algunos días de vida, o incluso que aún no hubieran nacido. Lamentablemente, el país está lejos de poder considerar tales situaciones como superadas, en la medida que subsiste una importante cuota de impunidad (resultado de factores legislativos, sociales, judiciales, y políticos). La situación judicial de estos casos es dispar, y el listado incluye algunos casos en que la desaparición ni siquiera fue reconocida por las autoridades del momento. La vigencia de la Ley de Amnistía de 1978 ha sido un obstáculo permanente para conocer la verdad y obtener justicia, hasta el día de hoy, y la Corte Interamericana ha resuelto que el Estado de Chile debe buscar la forma de evitar que se aplique⁶².

En una situación similar se encuentran casos recientes como los asesinatos de Alex Lemún y Cristián Castillo, por parte de miembros de las fuerzas de Carabineros, y el de las personas que fueron víctimas de prisión y tortura siendo niños (situación que también se aborda en el capítulo sobre tortura y violencia institucional).

En el otro extremo, la vulneración del derecho a la vida de niños por una suma de omisiones en la estructura, políticas y servicios del Estado ha encontrado en Chile expresiones tales como la muerte de niños a la entrada de hospitales por no tener sus padres cómo entregar un cheque en garantía⁶³, hasta la reciente muerte de un niño de 1 año y medio por inanición en su propia casa, luego de haber muerto su madre 15 días antes en plena calle por un ataque de epilepsia⁶⁴.

⁶² Ver sentencia de la CIDH en *“Almonacid Arellano y otros versus Estado de Chile”*, de 26 de septiembre de 2006.

⁶³ Obligación que fue formalmente prohibida mediante la Ley 19.650 de 1999, aunque se han registrado varias denuncias posteriores que señalan la subsistencia de dicha práctica.

⁶⁴ *“Pobre indolencia”*, en www.lanacion.cl, 14 de diciembre de 2006.

Ambas formas de vulneración de derechos, y en definitiva de violencia estructural e institucional, deben empezar a ser vistas en relación al alcance amplio del artículo 6 de la CDN.

3.1. Legislación

La Constitución de Chile reconoce el derecho a la vida.⁶⁵ Los ataques contra la vida y la integridad física de los niños están sancionados en el Código Penal, donde se recogen los delitos especiales de: infanticidio, maltrato, mutilaciones o lesiones leves, menos graves y graves.

Por otro lado, toda muerte de un niño requiere por ley de certificación médica de defunción donde debe registrarse la causa y lugar de fallecimiento. Según el Estado de Chile todas las muertes de menores de 1 año son objeto de auditoría.⁶⁶

Los otros aspectos incluidos en el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo de los niños están sujetos al mismo reconocimiento débil de los derechos económicos, sociales y culturales, que no cuentan con la protección constitucional del recurso de protección contemplado en el artículo 20 de la Constitución⁶⁷.

3.2. Medidas que garantizan el derecho a la vida

Los índices de mortalidad infantil (antes de los cinco años) sitúan a Chile como el cuarto país con menores tasas dentro de la Región Americana. De hecho, sólo Cuba, Estados Unidos y Canadá tienen tasas menores. La probabilidad de morir antes de los cinco años en Chile es de 9/1000 en los niños y 10/1000 para las niñas según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁶⁸.

No obstante la tendencia positiva y decreciente de estas tasas en el país, la pobreza es uno de los problemas que más influyen en ellas. Según UNICEF, en Chile existen alrededor de 18,4% de personas en situación de pobreza (equivalente a unas 2.900.000 personas) y un 4,7% en situación de indigencia o pobreza extrema (unas 780.000 personas).⁶⁹ La pobreza e indigencia afectan de mayor manera a las zonas rurales que a las urbanas sobre todo en zonas

⁶⁵ Artículo 19: "La Constitución asegura a todas las personas: 1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona".

⁶⁶ Párrafo. 41 Informe Periódico CRC/C/58, 11 octubre 2005.

⁶⁷ Al respecto se recomienda el informe "Derechos Económicos, sociales y culturales en Chile. Informe de la sociedad civil", Corporación Forja/capítulo Chile Ciudadanía/PIDHDD, 2003.

⁶⁸<http://www3.who.int/whosis/country/compare.cfm?country=CHL&indicator=MortChildMale,MortChildFemale&language=english>

⁶⁹ <http://www.unicef.cl/indicadores/pobreza2005.htm> . La "línea de pobreza" está determinada por el ingreso mínimo necesario por persona para cubrir el costo de dos veces una canasta mínima individual para la satisfacción de las necesidades alimentarias (de esta forma se están considerando las necesidades no alimentarias también). Los hogares pobres son aquellos cuyos ingresos no alcanzan para satisfacer las necesidades básicas de sus miembros (\$43.712 en la zona urbana, y en \$29.473 en las zonas rurales). La "línea de indigencia" se establece por el ingreso mínimo necesario por persona para cubrir el costo de una canasta alimentaria. Son indigentes los hogares que, aun cuando destinaran todos sus ingresos a la satisfacción de las necesidades alimentarias de sus miembros, no logran satisfacerlas adecuadamente (\$21.856 en zonas urbanas y en \$16.842 en las zonas rurales en el 2003).

rurales (en el 2002, el 13,3% de la población nacional habitaba zonas rurales, y la población infantil rural era del 13,5%⁷⁰).

Asimismo, la pobreza e indigencia afectan más a los niños que a los adultos. Al año 2003, la pobreza afecta a los niños chilenos un 43% más que los adultos, y la indigencia, un 55% más. Se considera que a lo menos un quinto de los niños en Chile carece de las condiciones de vida apropiadas para crecer y desarrollarse adecuadamente⁷¹.

La pobreza relativa del país, calculada en relación al ingreso per capita mediano nacional, muestra muy poca variación desde 1990, y afecta a 1 de cada 4 niños chilenos. Es de destacar que la desigual distribución de la riqueza en el país es alarmante, al punto que se está dentro de los 12 países del mundo con peor distribución. El ingreso autónomo del quintil más rico de la población es en 2003 de 14,3 veces el del quintil más pobre (en 1990 era de 14 veces). Se calcula que la intervención estatal mediante subsidios monetarios y servicios públicos reduce esa desigualdad a la mitad. A su vez, la Encuesta Suplementaria de Ingresos del Instituto Nacional de Estadística, señala que para el decil más pobre el ingreso promedio per cápita es de 23 mil pesos y para el decil más rico es de 928 mil pesos, es decir 40 veces el del decil más pobre y tres veces el del decil 9⁷².

Por supuesto que estos niveles de desigualdad muestran sus efectos en el sistema educativo. Si se observan las cifras relativas a cobertura de la educación, nos encontraremos con diferencias importantes por quintiles de ingresos. En la educación básica el año 2003, la cobertura en el quintil I era de 98,5%, y de 99,5% en el quintil V. En la educación media la diferencia es mayor, con 87,5 y 98,7%, respectivamente. En el nivel preescolar, la cobertura es sólo de 45,5% en niños de 3 a 5 años.

En el último período generacional, 1992-2002, sólo el 54% de niños y niñas logró egresar de la educación básica en el período de años correspondiente al ciclo, proporción que aumenta a un 83,5% si se considerara un período de 10 años. Por tanto, un 16,5% del total de la generación no logra el objetivo. La tasa de deserción escolar en la educación media fue de un 8,5% en el año 2002. Los mayores niveles de deserción se dan en zonas rurales, siendo además mayor en hombres que en mujeres⁷³.

La política del Gobierno, tradicionalmente enfocada de forma exclusiva hacia asegurar la supervivencia y desarrollo del niño, ha añadido una nueva perspectiva: la reducción de las diferencias económicas y sociales. De este modo, se incide de una forma más directa y efectiva en las causas del problema de la mortalidad maternal e infantil, que últimamente tienen tendencia decreciente.⁷⁴ Entre los programas gubernamentales que responden a este nuevo enfoque dual, sobresale el denominado “Chile Solidario”, creado para apoyar a las familias más pobres y bajo la responsabilidad del Ministerio de Planificación.⁷⁵ En el se contienen medidas, como el Subsidio Único Familiar (SUF) para los menores de 18 años. El Ministerio prevé que al finalizar el año 2006 se hayan beneficiado del programa 290.123

⁷⁰ “Infancia y Adolescencia en Chile. Censos 1992/2002”, INE/SENAME, 2005

⁷¹ “Situación de los niños y niñas en Chile a 15 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, UNICEF, 2005

⁷² “1990-2006: 16 años de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile”, Corporación Opción, 2006.

⁷³ Situación de los Niños y Niñas en Chile a 15 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, 2005; Diagnóstico de la situación de los mecanismos de protección de los derechos del niño en Chile, UDP, 2005

⁷⁴ CRC/C/CHL/3 § 52 (40), Terceros informes periódicos, 11 de octubre 2005.

⁷⁵ <http://www.mideplan.cl/final/categoria.php?secid=1&catid=8>

familias en todo el país del cumplimiento de las 53 prestaciones sociales que comprende el programa y que hacen referencia a siete ámbitos de derecho: salud, educación, vivienda, trabajo, ciudadanía y cultura; todo lo cual redundando no sólo en el efectivo derecho a la protección social ciudadana, sino a una vida familiar plena, según el propio Ministerio. OPCION y la OMCT observan positivamente las medidas emprendidas por el Gobierno para mejorar la situación sanitaria de los niños y sus familias.

En cuanto a las medidas gubernamentales enfocadas hacia problemas sanitarios concretos como por ejemplo la lucha contra el VIH/SIDA, los esfuerzos de las autoridades de salud se enfrentan constantemente a presiones de sectores ultraconservadores que obstaculizan de raíz iniciativas que tiendan a reconocer los derechos sexuales y reproductivos de las personas, particularmente de los menores de edad. A modo de ejemplo, el Ministerio de Salud emprendió en 2005 como cada año una serie de actividades de prevención. Una de las actividades realizadas conocida como “ruta del condón”, que es una campaña diseñada para informar y educar sobre el uso del profiláctico como medida preventiva para evitar el contagio del SIDA, fue restringida en cuanto su acceso: los menores de 15 años no pudieron entrar en la Estación Mapocho, donde se celebraba el evento en Santiago, si no estaban acompañados de sus padres. Nos preocupa esta restricción para los adolescentes, que manifiesta la barrera institucional que los jóvenes en el país deben superar para poder acceder a una información veraz y completa sobre reproducción y sexualidad. Lo cual va precisamente en contra de las recomendaciones del Comité y no es justificable en base a ninguna presión por parte de los sectores conservadores, políticos o religiosos, sobre todo en circunstancias en que las cifras dan cuenta de que un 74% de los jóvenes de entre 15 y 19 años no usa condón en sus relaciones sexuales⁷⁶.

Por último destacar, el vacío que existe en esta materia en el Servicio Nacional de Menores, donde hasta diciembre de 2005 había 34 niños con enfermedades de transmisión sexual, 6 con VIH/Sida en los centros de su red⁷⁷, a los que se añaden los 21 menores en evaluación. La mayoría en edades va de los 15 a los 18 años (43 casos), aunque también se registran casos entre los 10 y los 14 años (19). Del total de 64, 46 son mujeres y 18 son hombres.

El problema reside en la falta de un plan específico de prevención de VIH y enfermedades de transmisión sexual para los niños y adolescentes, especialmente si están en conflicto con la justicia. Además no existe un catastro completo y real de los jóvenes afectados en la red (pues los casos mencionados anteriormente corresponden a los detectados), ni tampoco un estudio de las causas que las producen o aumentan.

Así las cosas, el 10 de agosto de 2006⁷⁸ ha salido a la luz un caso de un menor en la prensa, gracias a la denuncia pública efectuada por la diputada Laura Soto, donde se recoge la internación de un menor de 16 años en un hogar de menores del Sename en la Región V por ser “un niño con riesgo social” durante 13 años. En marzo de 2006 se le permitió integrar un programa de pre-egreso, que le permitía volver a casa de sus familiares “bajo la atenta mirada de un tutor del organismo”, y dos meses después se detectó que tenía VIH. Ante tal situación, la Directora del Céname, Paulina Fernández, reconoce que “sólo en los programas

⁷⁶ <http://www.atinachile.cl/node/2685>

⁷⁷ Según declaraciones de Paulina Fernández, directora de Sename, recogidas en “Sename seropositivo”, Diario La Nación, 10 agosto 2006.

⁷⁸ “Sename Seropositivo”, Diario La Nación, 10 agosto de 2006.

reparatorios y de explotación sexual se analiza el estado de salud completo de los niños, no así en los demás planes donde sólo se hacen chequeos generales”⁷⁹.

En consecuencia, la OMCT y OPCION están profundamente preocupadas porque el estado de salud de los menores no sea analizado de forma completa en los niños, especialmente respecto de aquellos que se encuentran internos en centros dependientes del Sename.

3.3 Algunas situaciones puntuales de vulneración del derecho a la vida

3.3.1 Violaciones del derecho a la vida pendientes desde la dictadura.

Como ya se ha señalado, de acuerdo al Informe Rettig, durante 1973 y 1989 83 niños y niñas fueron asesinados o desaparecidos como resultado de la acción de agentes del Estado. Dada la vigencia hasta el día de hoy de la Ley de Amnistía de 1978 y el dificultoso proceso de obtención de verdad y justicia por las violaciones a los derechos humanos desde el inicio de la democracia en 1990, muchos de estos casos siguen en la impunidad.

Un caso particularmente visible de impunidad, que sirve para ilustrar en un caso concreto la gravedad de lo que estamos describiendo, es el del niño Carlos Fariña Oyarce, asesinado a balazos en octubre de 1973, cuando tenía 14 años, por una patrulla militar, y luego rociado con bencina, incinerado y enterrado. Sus restos fueron encontrados casualmente por obreros en el año 2000. El autor de los disparos, Enrique Sandoval Arancibia que se encuentra confeso, trabaja como jefe de seguridad de la Municipalidad de Providencia, en Santiago. A 33 años de los hechos, el autor se encuentra en estos momentos procesado, y en libertad. El hecho de que desempeñe en un Municipio labores de “seguridad” ciudadana en contra de la “delincuencia común” demuestra de manera bastante dramática e inclusive irónica el alcance de la impunidad jurídica y social que existe en Chile para quienes llevaron a cabo labores de terrorismo de Estado.

En este punto, la OMCT y Opción se suman a las exigencias de la Corte Interamericana y de innumerables organizaciones de derechos humanos en orden a anular o derogar la Ley de Amnistía⁸⁰ y terminar con la situación de impunidad en que muchas de las peores violaciones de derechos humanos durante la dictadura se encuentran a más de 16 años de recuperación de la democracia, con el objetivo de obtener justicia para todos los niños y niñas víctimas.

3.3.2. Violaciones recientes del derecho a la vida por agentes del Estado.

⁷⁹ Según declaraciones de Paulina Fernández, directora de Sename, recogidas en “Sename seropositivo”, Diario La Nación, 10 agosto 2006.

⁸⁰ La sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la CIDH en el caso “Almonacid Arellano y otros versus Estado de Chile” señala entre los puntos resolutivos en el Párrafo 171:

5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.

6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia.

Al respecto, es posible mencionar dos casos en que resulta acreditada la autoría de homicidios por parte de agentes del Estado, y que no han tenido una respuesta adecuada por parte del Estado hasta ahora:

a) **Alex Lemún Saavedra:**

El adolescente de 17 años Alex Lemún, fue asesinado el 7 de noviembre de 2002 mediante un disparo efectuado presuntamente por un agente del cuerpo de Carabineros, el Mayor Marco Aurelio Treuer, durante el ingreso de un grupo de policías al fundo de Santa Alicia (propiedad de la compañía forestal Mininco) que había sido ocupada por un grupo de familias mapuche. En el lugar se produjo un enfrentamiento entre mapuches y policías. La policía hizo uso de gases lacrimógenos y disparos para repeler el ataque. Durante tal enfrentamiento, Alex Lemún recibió el impacto de un perdigón de plomo en la cabeza y murió en el hospital de Temuco cinco días después. El caso presentado en la Fiscalía regional de Temuco fue trasladado a instancias de ésta al fiscal militar⁸¹. El 29 de agosto de 2003, tras una detallada investigación interna del Cuerpo de Carabineros e Investigaciones, el fiscal militar de Angol formuló cargos contra Treuer por “violencia innecesaria con resultado de muerte”. El fiscal dio por establecido que:

“[a]l efectuarse el disparo mortal, por parte del mayor Treuer, no existía un peligro real e inminente para su integridad y la de sus subordinados que justificara efectuar disparos con la escopeta de la forma que se hizo, razón por lo que la violencia ejercida en el momento de los hechos fue del todo innecesaria y no encuentra motivo racional que la justifique”⁸².

Después, Treuer apeló a la Corte Marcial, que decidió que se retiraran los cargos, siendo el absuelto trasladado a otra región distinta a la Araucanía. La familia ha intentado reanudar el enjuiciamiento, pero no ha progresado en su propósito, por lo que la pérdida de su hijo no ha sido compensada. En la actualidad el caso sigue en la impunidad y constituye un emblema en las luchas sociales.

El problema principal surge a raíz del uso de la jurisdicción militar, a la que se remite la legislación chilena en todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza o maltrato físico por parte de Carabineros. Estos tribunales no ofrecen todas las garantías de un juicio debido e imparcial, y existe un fallo de la Corte Interamericana de derechos Humanos que obliga al Estado de Chile a realizar una serie de reformas en materia de justicia militar, cuyo cumplimiento se encuentra pendiente⁸³.

⁸¹ Según la jurisprudencia internacional la competencia de los tribunales militares sobre civiles viola las garantías procesales protegidas por el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. El Comité de Derechos Humanos rechaza terminantemente su uso para juzgar a civiles en cualquier circunstancia o contra militares por infracciones que no fueron cometidas en ejercicio de funciones militares. El sistema interamericano de protección de derechos humanos limita específicamente la jurisdicción militar sobre las violaciones de derechos humanos.

⁸² Citado por Human Rights Watch, *Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile*.

⁸³ CIDH, Sentencia de 25 de Noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile. En ella se señala: “En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares (*supra* párrs. 120 a 144). El Estado deberá realizar las modificaciones normativas necesarias en un plazo razonable” (Párrafo 256).

b) Cristián Castillo Díaz.

La noche del domingo 11 de septiembre del año 2005, en medio de las barricadas en un sector de la comuna de Peñalolén (Santiago, Región Metropolitana), cayó herido de muerte por una bala en el pecho Cristián Castillo, de 16 años, que participaba en las barricadas junto a otros jóvenes. Murió a los pocos minutos, y otro joven que se encontraba a su lado fue herido de bala en la pierna. Los testigos coincidieron en ese momento en señalar que la bala provino del sector donde se encontraban apostados Carabineros. Un reportaje del diario La Nación recogió declaraciones de testigos presenciales de los hechos, que dan cuenta de la exagerada violencia de la policía y las circunstancias en que ocurrieron los hechos:

"De repente se pusieron a disparar, empezamos a arrancar y el loco como que se dio vuelta así y se fue al suelo, como que trató de pararse y se fue al suelo de nuevo, y ahí empezó así como que le estaba dando un ataque de epilepsia y unos locos gritaron 'paren al loquito, que se cayó'. Entonces lo fuimos a parar. Estaba boca abajo tiritando. Lo dimos vuelta pensando que era un ataque de epilepsia. Le abrimos la boca para ponerle un pañuelo y de repente le vimos el chaleco con sangre. Le levantamos la polera y tenía un hoyo de bala".

"No había alcanzado a tirarles ninguna piedra cuando me detuvieron. Me bajaron hasta el supermercado y uno me iba apuntando con la punta de la pistola. Me decían: 'Querís que te pegue un balazo, huevón, querís que te pegue un balazo', mientras me pegaba. Me decían: 'A ver si les van a quedar ganas de seguir hueveando'. Después llegó una camioneta gris doble cabina, nos subieron atrás. Eran pacos de civil. Iba con nosotros un niño de 12 años y los miraba a los ojos y, ¡pa!, 'no me mirís', le decían y le pegaban con la luma. De la camioneta disparaban, los caché en Grecia. Cuando pasamos cerca de unos cabros protestando, los pacos dispararon. No cacho si al aire, porque ni los miraba. Me quedó un pito en el oído".

"El paco se burlaba, decía 'guaaaa, te maté al loco', y vibraba, en serio, y terrible de cagado de la risa, para él fue un logro. Después de que mataron al loco, le llegó un balazo a otro en la pierna y el loco arrancaba y los pacos le gritaban 'corrís como mujer'. Cacha, al otro día encontraron 36 casquillos de balas" (El subrayado es nuestro).

"Cuando constataba lesiones en el consultorio, un paco nos dijo que diéramos gracias de que no estábamos en el box del lado. Había un cuerpo que se veía por el reflejo de la ventana con un paño blanco amarrado a la cabeza. Después me asomé y lo habían tapado".

"Apuesto que la muerte del Mapa⁸⁴ va a quedar en el olvido. Van a decir que al loco lo mataron en un 11 de septiembre por andar protestando y por ser vándalo. Ahí va a quedar, te lo aseguro"⁸⁵.

Según informaciones de noticieros televisivos del día 16 de enero del 2007, la investigación conducida por un Fiscal del Ministerio Público logró individualizar al Carabinero y el arma usada para matar a Cristián Castillo. Lamentablemente, de acuerdo a la legislación vigente, el

⁸⁴ Apodo con que era conocido Cristián en su barrio.

⁸⁵ "Balada por la muerte de un niño", en La Nación Domingo, 18 de septiembre de 2005: http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20050917/pags/20050917193246.html.

caso en algún momento deberá pasar a la competencia de la Justicia Militar. Aparte de las informaciones señaladas, este avance en la investigación no ha sido cubierto en la prensa escrita ni ha generado declaraciones oficiales de ningún tipo en los medios de comunicación.

Los casos de Alex Lemún y Cristián Castillo, ambos menores de 18 años de edad, se suman a los de Daniel Menco y Claudia López -mayores de edad, a diferencia de los anteriores-, y tienen en común el ser consecuencia de la excesiva violencia que es usual en el accionar de los órganos represivos del Estado en su manejo de la protesta social y política, y el que en ninguno de los 4 casos se ha logrado hacer justicia hasta ahora, lo que obedece en gran medida a obstáculos legales, institucionales, invisibilización por parte de los medios de comunicación y falta de voluntad política por parte del Estado.

3.3.3 Actividad de grupos fascistas o neonazis.

En los últimos años se ha hecho visible la presencia de grupos de seguidores del nacionalsocialismo en Chile, que se organizan en pandillas que se caracterizan por ejercer amenazas y violencia callejera contra varios grupos de personas, principalmente punks, skinheads antifascistas, travestis, mendigos, prostitutas, peruanos y africanos. En los últimos tres años, por lo menos cuatro jóvenes (dos de ellos menores de 18 años) fueron asesinados por la acción de este tipo de grupos (en Santiago, Curicó y Quillota).

Estos grupos también han sido responsables de agresiones violentas contra periodistas, y en el movimiento de protesta de los estudiantes secundarios en mayo y junio del 2006 se hizo frecuente que amenazaran a los estudiantes que se encontraban ocupando establecimientos educacionales.

A raíz del homicidio de un joven antifascista a inicios del 2006, se iniciaron procesos criminales contra los responsables, y en ese marco se logró establecer la relación de algunos nazis con el Ejército, los cuales fueron dados de baja.

El problema y resulta particularmente complejo por varios factores. Uno de ellos está dado por el hecho de que en estas agresiones tanto víctimas como victimarios suelen ser jóvenes o niños. Pero no exclusivamente (no se trata tan solo de grupos juveniles, y hay vínculos con otros sectores nacionalsocialistas e incluso con miembros de las Fuerzas Armadas). Otros factores a tener en cuenta son que Chile se ha convertido en un país de destino de mucha gente que migra de sus países por razones económicas, que existe una cultura fuertemente autoritaria, militarista y xenófoba en algunos segmentos, que los grupos racistas, xenófobos y homofóbicos se legitiman a sí mismos en base a la necesidad de enfrentar en las calles a los “delincuentes”, “marginales” e “indeseables” y no sólo hacen propaganda sino que se dedican a hacer lo que llaman “barridas” en las calles, es decir, organizar y efectuar ataques sistemáticos en ciertas zonas.

Dado que este problema ha costado ya varias vidas (entre ellas de algunos menores de edad), y a que no se trata de un problema nuevo, pese a que recién durante el 2006 adquiriera centralidad mediática, estimamos necesario abordarlo en esta parte del Informe, solicitando una labor eficaz no sólo en la eventual persecución criminal de delitos cometidos por estas personas, sino que con una finalidad preventiva, en el contexto de la lucha contra todas las formas de discriminación.

4. Protección contra toda forma de violencia (artículo 19 CDN)

Concebido el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (que el Comité de Derechos del Niño eleva a la categoría de principio) en un sentido amplio, como se ha explicado más arriba, se entiende que, como contrapartida, todas las formas de violencia contra los niños atentan precisamente contra tal, afectándolo ya sea directamente o en conjunto con la violación de otros derechos más específicos.

Frente a esto es que podemos decir que, también en un sentido amplio, existe violencia contra la infancia en toda la gama de posibles formas de vulnerar sus derechos y afectar su desarrollo, y no sólo en las formas más evidentes y visibles de maltrato a los niños.

Lamentablemente, es más difícil que culturalmente se entienda que los modelos de desarrollo, las políticas de ajuste económico, lo que se hace y deja de hacer desde la política pública y la acción de las instituciones puedan ser también violencia (“violencia estructural” si se quiere), y, de ese modo, la atención de los medios de comunicación, de la opinión y de la acción pública parece centrarse casi exclusivamente en las formas de violencia privada y “directa” que sufren los niños en sus familias, escuelas, a mano de sus padres o de otros particulares. Así, enfocándose tan sólo en lo más visible y su contexto inmediato, el contexto más amplio de relaciones sociales no es cuestionado, y se recurre predominantemente a la herramienta penal para “solucionar” el problema.

En un rango intermedio entre la violencia estructural y la violencia privada se ubican aquellas formas de violencia institucional que sufren sobre todo los niños que se encuentran frente a frente con la acción directa del Estado, sea porque quedan bajo la tutela de éste en ejercicio de su *parens patriae*, porque van a parar a centros de internamiento, a por entrar en contacto con la policía u otros funcionarios del Estado y organismos de control social. Esta violencia, si bien no resulta en general tan visible y mediática como la privada, goza al menos de la visibilidad que le otorga el estar bajo el escrutinio de algunos organismos de derechos humanos y el medio académico cuando monitorean las diversas expresiones de la violencia estatal.

Este Informe intentará referirse a varias formas de violencia, con capítulos especiales para la explotación económica y sexual, además de la justicia juvenil.

4.1 Legislación para proteger al niño contra toda forma de violencia, de perjuicio física o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, abuso sexual o explotación

La regulación de la violencia contra los niños en la legislación chilena da cuenta de la dispersión normativa a la que ya hemos aludido (distintos cuerpos legales, y diferentes inspiraciones en cuanto a la consideración jurídica de la infancia). Nuestra legislación reciente se refería a este fenómeno tanto desde normas penales como civiles, de familia y de “menores”. Además, de acuerdo al tipo de violencia, eran competentes para adoptar las medidas y eventuales sanciones necesarias 3 tipos diferentes de justicia: penal, civil, y de menores. En dicho marco, existe tanto el maltrato físico constitutivo de delito (de competencia criminal) como aquel maltrato que no constituye delito penal, pero sí es constitutivo de violencia intrafamiliar (de competencia civil). La legislación, lejos de la uniformidad normativa, consideraba los siguientes tipos de violencia:

- a) **Maltrato infantil constitutivo de delito:** delitos que afectan a la vida, integridad física de los niños, niñas y adolescentes: homicidio, parricidio, infanticidio, lesiones

(menos graves y graves así como las especiales denominadas: castración o mutilaciones), todos ellos, recogidos en Código Penal;

- b) **Maltrato infantil intrafamiliar**, regulado en la Ley 19.325, de 1994, comprende lesiones leves y amenazas con armas de fuego (otras formas de lesiones, y demás ilícitos, son formas de maltrato constitutivo de delito), maltrato psicológico así como el maltrato por omisión. Una serie de insuficiencias de esta regulación motivaron la dictación de una nueva Ley de Violencia Intrafamiliar, la Ley N° 20.066, publicada en el Diario oficial el 7 de Octubre de 2005;
- c) **Maltrato infantil extrafamiliar** en la Ley de Menores (artículo 62 inciso 2°, incorporado por la Ley 19.324, de 1994), definido por exclusión de las otras dos formas: “el maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores, no comprendido en leyes especiales sobre materias similares”.

A partir de octubre del año 2005 los Tribunales de Familia, además de reemplazar a la justicia de menores, asumen las competencias antes entregadas a los tribunales civiles por la Ley de Violencia Intrafamiliar. Antes, en el 2002, ya se había derogado mediante la Ley 19.806 la competencia penal de los Juzgados de Menores (contemplada en el artículo 63 de la ley de menores). En el artículo 8 de la Ley 19.968 se señala entre las competencias de los Tribunales de Familia, las del N° 12 (“Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley N° 16.618”), y N° 18 (“Los actos de violencia intrafamiliar”). Con esto se unifican en la competencia del Tribunal de Familia aquellas formas de maltrato antes entregadas a juzgados civiles y de menores. Además, el artículo 8 N° 8 de esta Ley se refiere a la competencia del Tribunal de Familia para conocer de “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores”.

4.1.1. Violencia intrafamiliar

De acuerdo a las estadísticas del Servicio Médico Legal de Chile, el 79,9% de las agresiones son producidas por una persona conocida; de ellas el 44,1% son familiares. Por su parte, las estadísticas del CAVAS también muestran que la gran mayoría de los delitos sexuales ingresados son provocados por personas conocidas por las víctimas (89,4%). Por su parte UNICEF en un informe comparativo entre los años 1994 y 2000⁸⁶ sobre el maltrato infantil destacó como el 73.6% de los menores eran objeto de algún tipo de violencia dentro de su familia. De este porcentaje un 53.9% correspondía a violencia física, de la cual un 25.4% era violencia física grave.

Los siguientes datos del Estudio de UNICEF permiten comprender adecuadamente la dimensión y transversalidad del problema:

⁸⁶ UNICEF, *Estudio Comparativo de Maltrato Infantil 1994 y 2000*, Agosto 2000. Datos disponibles en: <http://www.unicef.cl/indicadores/maltrato.htm>

Frecuencia de Violencia Familiar
Cifras comparativas.
 Chile 1994 y 2000

TIPO DE VIOLENCIA	1994	2000
Física Grave	34,3	25,4
Física Leve	28,7	28,5
Psicológica	14,5	19,7
No hay Violencia	22,5	26,4

El universo corresponde a 1.525 niños y niñas aproximadamente, de 8vo. básicos de 103 establecimientos educacionales de 6 regiones del país.

FUENTE: UNICEF: Estudio comparativo de Maltrato Infantil 1994 y 2000

Violencia de la Madre y del Padre hacia los Hijos
Cifras comparativas.
 Chile 1994 y 2000

TIPO DE VIOLENCIA	de la Madre (%)		del padre (%)	
	1994	2000	1994	2000
Física Grave	28,3	21,3	21,0	11,9
Física Leve	30,3	28,6	20,6	15,7
Psicológica	14,5	19,5	16,3	19,7
No hay Violencia	26,9	30,6	42,1	52,7

El universo corresponde a 1.525 niños y niñas aproximadamente, de 8vo. básicos de 103 establecimientos educacionales de 6 regiones del país.

Violencia de los Padres hacia los Hijos
según Estrato Socio-Económico. Cifras comparativas.
 Chile 1994 y 2000

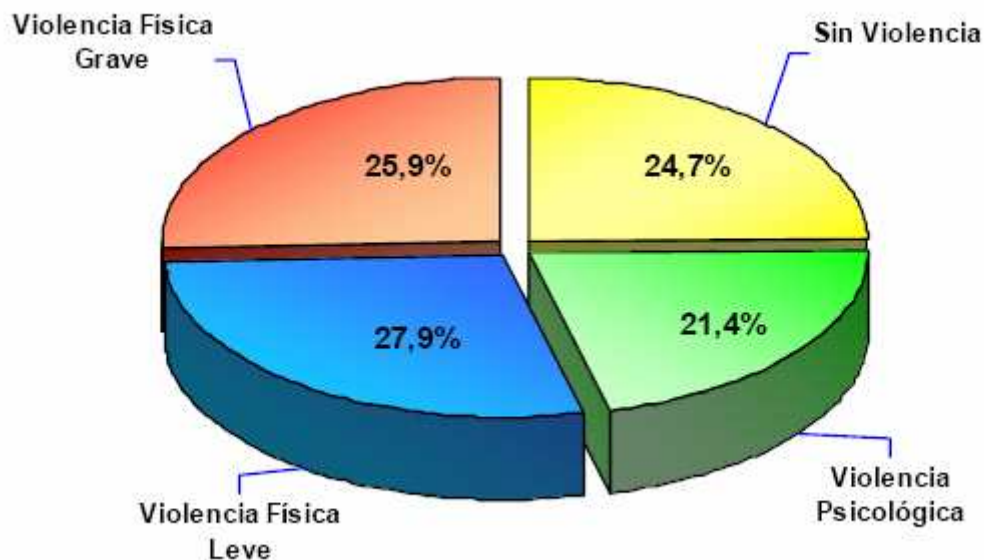
TIPO DE VIOLENCIA	Bajo (%)		Medio (%)		Alto (%)	
	1994	2000	1994	2000	1994	2000
Física Grave	39,1	31,0	31,2	23,5	24,6	16,3
Física Leve	28,0	29,0	29,3	29,0	29,8	25,8
Psicológica	11,1	14,6	15,8	22,0	24,6	26,7
No hay Violencia	21,9	25,4	23,8	25,5	21,0	31,3

El universo corresponde a 1.525 niños y niñas aproximadamente, de 8vo. básicos de 103 establecimientos educacionales de 6 regiones del país.

FUENTE: UNICEF: Estudio comparativo de Maltrato Infantil 1994 y 2000

Durante el 2006 Unicef dio a conocer los resultados de su Tercer Estudio sobre maltrato⁸⁷.

⁸⁷ Resumen disponible en: http://www.unicef.cl/archivos_documento/175/maltrato%202006%203.pdf



De acuerdo a estas nuevos datos, el 75,3% de los niños y niñas sufre alguna forma de violencia.

Entre 1994 y 2000 Unicef había registrado una importante disminución de la violencia física grave, a la vez que un aumento de la violencia psicológica. Del 2000 al 2006 la violencia física en general se mantiene (la violencia física grave disminuye en el estrato económico bajo, pero aumenta en los estratos medio y alto) y sigue aumentando la psicológica.

La violencia contra los niños, pese a ser sancionada mediante varios tipos penales, y como actos de violencia intrafamiliar, encuentra un mensaje social contradictorio se consideramos la normativa civil, que antiguamente permitía expresamente el castigo, y ahora incurre en cierta ambigüedad permisiva.

En efecto, tras las modificaciones hechas al Código Civil por la Ley de Filiación de 1998, el castigo de los menores por aquellos que tienen asignada su patria potestad (padres, tutores o cuidadores) es reconocido como una “facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”⁸⁸. Esta norma podría ser interpretada en el sentido de permitir el castigo, pero señalando criterios generales que sirvan como límite⁸⁹. Al respecto, la OMCT y OPCION expresan su profunda preocupación respecto a la vigencia de

⁸⁸ art.234 Código Civil.

⁸⁹ El antiguo artículo 233 del CC al autorizar el derecho a “corregir y castigar” a los hijos usaba como límite la expresión “moderadamente”. El que el criterio resulta vago e interpretable lo demuestran sentencias como la que sigue: “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).

normas que permiten el castigo corporal, aún de forma limitada, cuando la legislación internacional prohíbe expresamente la legalidad de cualquier forma de violencia contra los niños. Siendo así, coinciden con el Comité en la necesidad de prohibir explícitamente el castigo corporal en la familia sin excepciones ni ambigüedades de ningún tipo.

Las consecuencias de la violencia intrafamiliar están contenidas en la legislación penal (en la medida que sus formas revistan caracteres de delito), civil (efectos sobre la tuición y patria potestad) y de menores (medidas de protección).

Además de las consecuencias civiles sobre las relaciones entre padres e hijos⁹⁰, también puede surgir la responsabilidad penal, si se dan hechos constitutivos de delito. Pero la legislación de menores autoriza también al juez para aplicar al niño víctima de maltrato “medidas de protección”. Tradicionalmente han destacado de entre estas medidas aquellas que implican el internamiento en un establecimiento bajo custodia del Estado⁹¹, que es una opción escogida por los jueces de menores tanto como medida provisoria o con fines de diagnóstico, o como medida de protección definitiva, especialmente en los casos de menores pertenecientes a familias con dificultades socioeconómicas. El antiguo artículo 29 de la Ley de Menores contenía un único catálogo de medidas de protección, aplicables a la más amplia variedad de situaciones, de acuerdo a la estructura característica de los modelos tutelares de menores. Desde el año 2002, mediante la Ley. 19.806, el artículo 29 quedó reservado para situaciones de infracción a la ley penal, y se creó un nuevo artículo 30 que hace referencia a las medidas que genuinamente debieran ser de “protección de derechos”. Sin embargo, subsiste la posibilidad de aplicar medidas de internación frente a supuestos protectores.

Al respecto, OPCION y la OMCT coinciden con el Comité al recomendar de nuevo al Estado que haga todo lo posible para evitar el internamiento de los niños víctimas del maltrato (o en otras situaciones de vulneración de derechos).

El antiguo artículo 30 de la Ley de Menores permitía que las medidas de protección del artículo 29 le fueran aplicadas a menores recogidos por hechos no constitutivos de delito, “sin necesidad de llamarlo a su presencia”. Tal disposición fue derogada mediante la Ley 19.806, pero en la Ley de Tribunales de Familia, pese a afirmarse en su art. 16 la calidad de “principio rector” que tiene en estos procedimientos el derecho del niño a ser oído, al regularse el Procedimiento para la aplicación judicial de medidas de protección, el artículo 69, tras señalar que el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del niño, se dispone: “para este efecto, el juez podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto...”. Esta redacción en condicional resulta problemática a efectos

⁹⁰ El artículo 226 del CC autoriza al juez a confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas en caso de inhabilidad física o moral de los padres. El artículo 42 de la Ley de Menores señala los casos en que, a efectos de la disposición civil citada, “uno o ambos padres se encuentran en inhabilidad física o moral”. Entre ellos, el N°6 se refiere a “cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un mal ejemplo para su moralidad”. Como se puede ver, la respuesta tutelar frente a la vulneración del derecho del niño a no ser maltratado se encuentra confundida con los supuestos que accionan el circuito por razones más bien de moralidad pública. Así, la jurisprudencia ha entendido que es aplicable este dispositivo por “el hecho de convivir la madre con quien no es su cónyuge legítimo ni el padre de los menores, en el mismo hogar en que éstos habitan”, lo cual “la inhabilita” en los términos del art.42 N°6 de la Ley de Menores, “por cuanto con ello da un manifiesto y permanente mal ejemplo, que implica un necesario peligro para la moralidad de los hijos, debiendo entregarse al padre la tuición” (C. de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 1989, RDJ. Tomo LXXXVI, secc.II, pág.30, citada en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Derecho de Menores, Eitorial Jurídica de Chile, 2000.

⁹¹ arts. 29 y 30 de Ley de Menores.

interpretativos, pese a que a nuestro juicio, resulta claro que existe una obligación de oír al niño de alguna forma.

El nuevo artículo 30 intenta modificar el modelo tutelar puro introduciendo algunos criterios de diferenciación respecto a las medidas para infractores: “En los casos previstos en el artículo 26, N°7, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”⁹².

Esta redacción sugiere un alcance amplio del tipo de medidas a aplicar, lo que se confirma cuando a continuación se enumeran dos tipos de medidas, a modo de ejemplo: “En particular, el juez podrá:

- 1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y
- 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto, o en un establecimiento residencial”.

Para asumir provisoriamente el cuidado del menor en los casos en que se apliquen medidas del N°2, el juez preferirá “ a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquel tenga una relación de confianza”.

La necesidad de la intervención en estos casos viene dada por el supuesto de amenaza o vulneración grave de derechos del niño, por lo cual las medidas adecuada en cada caso deben ser analizadas a la luz de la capacidad que tengan para proteger los derechos afectados en relación a cada niño que se ha visto en tal supuesto. Por cierto que estas definiciones implican un nivel mayor de precisión en cuanto a los supuestos y forma de intervención de la justicia de menores en su función de protección de derechos, sobre todo en comparación a definiciones tan vagas como las de “riesgo moral o material” y “necesidad de asistencia y protección”. Sin embargo, la calificación de estas situaciones, y de la necesidad de las medidas aplicables, sigue entregada a los jueces de menores, con una cultura jurídica tutelar que podría perfectamente adaptarse al nuevo lenguaje sin variaciones de fondo demasiado sustantivas en cuanto a su accionar.

El inciso final de este nuevo artículo 30 contempla algunas reglas especiales para la aplicación de medidas de internación:

-La internación en un establecimiento de protección sólo procederá en los casos en que para cautelar la integridad física o psíquica del menor sea indispensable separar al menor de su medio familiar, y no haya sido posible entregar al menor a los parientes o personas de confianza (a los que se refiere el inciso anterior).

-Se señala que le medida de internación tiene un carácter “esencialmente temporal”. No podrá decretarse por un plazo superior a un año, y debe ser revisada cada 6 meses, solicitando los informes correspondientes al encargado del Centro u hogar. Sin embargo, se deja bastante en

⁹² El N° 7 del art. 26 se refiere a dos tipos de situaciones: “resolver sobre la vida futura del menor en el caso del inciso tercero del artículo 234 del Código Civil”, y “conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30”.

claro que si la causal que dio lugar a la medida subsiste, la medida podría renovarse “en los mismos términos y condiciones”, es decir, inclusive por un año más. La medida puede cesar antes del plazo decretado o ser sustituida, a criterio del juez.

En definitiva, y a pesar de las modificaciones que se han efectuado por sobre la estructura del modelo tutelar, el maltrato familiar puede conllevar sanciones directas para sus autores e indirectas para las víctimas, lo que obedece a la subsistencia legal e institucional de este sistema, donde la aplicación de verdaderas penas a los niños está disfrazada como medidas de protección.

A modo de ejemplo representativo de este problema, podemos mencionar el caso resuelto mediante recurso de amparo en el año 2003, en que un Tribunal de menores decidió internar a una niña de 13 años en un Centro de Observación y Diagnóstico del Servicio Nacional de Menores como “medida de protección” provisoria, luego de que ella misma denunciara ante la policía el maltrato físico al que la había sometido su padrastro⁹³. En este caso, como en muchos otros, la acción “tutelar” del Estado se expresa mediante una verdadera sanción disfrazada que se ejerce sobre la víctima, internada en un recinto destinado habitualmente a la internación de niñas que son acusadas de la comisión de delitos.

De acuerdo a la información oficial, los niveles de internación en el sistema SENAME han descendido, tanto en términos absolutos como relativos. En efecto, al año 2000, de los 50 mil niños vigentes, cerca de la mitad (25 mil aproximadamente) estuvo en régimen residencial. El año 2005, de los casi 68 mil, tan sólo la cuarta parte (17 mil aproximadamente) estuvo en régimen residencial⁹⁴.

Al respecto, la OMCT y OPCION, además de exigir que haga todo lo posible para evitar el internamiento de los niños víctimas del maltrato, reiteran su recomendación al Estado para enmienda su legislación e institucionalidad de manera que garantice la protección integral de los derechos de los niños.

La voluntad de protección de los menores ante la violencia intrafamiliar queda plasmada en la introducción del nuevo procedimiento de violencia intrafamiliar como un procedimiento especial dentro del sistema de justicia de familia (en el Párrafo segundo del Título IV, sobre procedimientos especiales, de la Ley 19.968), que empezó a funcionar en octubre del 2005, simultáneamente a la aprobación y publicación de la nueva Ley de Violencia Intrafamiliar (Nº 20.066). En ambos textos legales, se aprecia una preocupación por facilitar las cosas a las víctimas, así, destaca la facilidad con que se puede dar inicio al proceso, que comienza con la presentación de una demanda o requerimiento, que puede ser oral o escrito, y para el cual no se requiere asesoría jurídica (ni siquiera para el caso de la presentación oral del escrito, en cuyo caso será redactado por un funcionario del juzgado). Los sujetos que pueden presentar esta demanda son la víctima o cualquier tercero que tenga conocimiento de los hechos de violencia física o psíquica.

⁹³ Resolución 51464, secretaría Criminal de la Corte de Apelaciones de Santiago, recurso Nº9818/2003.

⁹⁴ De acuerdo a estudios efectuados acerca del funcionamiento del sistema en la década del 80, el 63% de la oferta asistencial era en sistemas de internación. El 40% de los niños y niñas atendidos no eran sujetos de atención de tales programas, y habría requerido programas diurnos de tipo preventivo. El 20% de ellos permanecía interno más de 5 años, y un 40% alrededor de un año. Ver: Jorge Alvarez, La experiencia Neoliberal en la atención de menores en riesgo social, en: Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile, Francisco Pilotti, coordinador. IIN, Montevideo, 1994.

Una vez presentada la demanda, el juez fijará la audiencia preparatoria en un plazo no superior a 10 días. En el que el juez podrá fijar medidas de protección a la víctima, como por ejemplo prohibir la presencia del ofensor en el hogar, fijar alimentos provisorios para los hijos o decretar la reserva de identidad del denunciante, entre otros. Asimismo podrá otorgar facultades a la policía para actuar, permitiéndoles el ingreso en lugares donde existan indicios de violencia intrafamiliar.

Al respecto, la OMCT y OPCION valoran el esfuerzo del Estado, que ha introducido en 2005 los Tribunales de Familia y los procedimientos específicos de violencia intrafamiliar, sin embargo, instan a superar las dificultades presentadas en la implementación de los Tribunales de familia y que se han expresado en un excesivo retraso en su labor.

4.1.2. Violencia extra-familiar

a) Violencia extra-familiar por personas sin relación jurídica con los menores

La violencia realizada fuera del ámbito de la familia o extrafamiliar, fue regulada por la Ley. 19.324 modificatoria de la Ley de Menores. Así, el inciso 2º del artículo 62 de la Ley de menores se refiere a “el maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores, no comprendido en leyes especiales sobre material similares”. Por ende, cuando estos actos son constitutivos de delitos contemplados en leyes especiales, constituyen un delito común⁹⁵.

Llama la atención que en esta disposición legal que, por definición, no se refiere a la violencia cometida por miembros de la familia, se contemple a modo de sanción aplicable la “asistencia del agresor a programas terapéuticos o de orientación familiar”, además de la realización de trabajos determinados a favor de la comunidad y multas.

Si bien en materia procesal penal se han hecho esfuerzos por dotar a los niños de voz en los juicios, y de evitar la victimización secundaria, sigue siendo una labor pendiente el garantizar una adecuada protección y reparación de los niños víctimas, además de servicios descentralizados de información, prevención y atención centrados en las características y necesidades de los niños.

b) Violencia extra-familiar por parte del Estado como garante del menor:

El Estado se encuentra en posición de garante directo respecto a niños cuando éstos son internados en establecimientos a cargo del Estado, principalmente por aplicación de la ley de menores (ya sea en virtud de haber cometido un niño una supuesta infracción a la ley penal, o en aquellos casos en que se responde con internación a una situación de amenaza o vulneración de derechos). Así las cosas, en el ámbito de la violencia extrafamiliar también se prevén las sanciones a los guardadores estatales, quienes en virtud bien de su situación irregular o bien por su situación en conflicto con la ley penal, tienen encomendada la tutela de los menores.

⁹⁵ En el penúltimo inciso de l art. 62 se señala que cuando se trate de lesiones graves o menos graves, los antecedentes serán remitidos al tribunal del crimen respectivo.

Este es el caso de Gendarmería, cuyos funcionarios, responden primero administrativamente cuando infringen las normas del régimen de cuidado de los menores internos bajo su cuidado⁹⁶. Lo que no obsta para que incurran además en responsabilidad criminal.

El cuerpo jurídico que protege a los menores frente a las agresiones por parte de funcionarios del Estado que los custodian lo forman principalmente: la Ley de Menores de 1967, el Reglamento de secciones de menores de Gendarmería (de 2002) y el Código Penal. Existen nuevas normas en la Ley 20.084 y su Reglamento (una versión de este Reglamento ha ingresado recientemente a la Contraloría General de la República para su tramitación pertinente), las cuales serán plenamente aplicables desde junio del 2007. Nos referiremos a la realidad de esta forma de violencia en el capítulo 9, sobre niños privados de libertad.

Además de la internación propiamente tal, los niños en Chile pueden estar sometidos a la violencia de la policía, sin necesidad de ser detenidos. Estas formas de violencia son abordadas en el capítulo 8 de este Informe, relativo a prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes de ese Informe.

4.2. Un grupo de niños especialmente vulnerables a la violencia: Niños y niñas homosexuales .

La violencia contra los menores homosexuales sigue siendo una realidad frecuente en el país, como se ha constatado durante dos años consecutivos en los Informes sobre Derechos Humanos en Chile, elaborados por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en 2005 y 2006.

Esta violencia abarca desde formas de discriminación legal tales como la prohibición de relaciones sexuales consentidas entre un adolescente (mayor de 14) y un mayor de edad⁹⁷, a diversas formas de discriminación y maltrato a los que se ven sometidos en su relación con diversas instituciones. Además, existen actos de violencia homofóbica perpetrada por grupos de personas organizadas normalmente bajo ideologías fascistas y racistas, como los grupos “neonazis”, y que está lejos de suprimirse, dada la frecuencia con que aparecen de noticias que la cubren en los medios de comunicación⁹⁸. Un ejemplo de ello fue el caso de un alumno del Liceo Guillermo Rivera de Viña del Mar, que en octubre de 2005 fue objeto de agresiones y hostigamiento por parte de un grupo de compañeros que integraban un grupo neonazi, llamado “los Zorros”. La dirección de cuyo centro desoyó todo tipo de denuncias respecto a la toma de medidas para prevenir y proteger al menor coaccionado y agredido, señalando además que “fuera del colegio podrían hacer lo que quisieran”⁹⁹.

Especialmente vulnerables son las niñas lesbianas quienes sufren la violencia homofóbica con más frecuencia todavía, asociada además a discriminaciones por parte de la comunidad escolar. Tal y como denuncia el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) en el informe que envió en 2005 al relator de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Vernor Muñoz : “la discriminación contra las lesbianas menores de edad en el sistema educacional es generalmente promovida en forma transversal por los diversos

⁹⁶ art. 10 II del Reglamento 553 de Gendarmería de 2001.

⁹⁷ Art. 365 del CP, que contempla el delito de sodomía.

⁹⁸ Ver en el Capítulo 3 la parte relativa a “Actividad de grupos fascistas o neonazis”.

⁹⁹ http://www.estrellavalpo.cl/prontus4_noticias/antialone.html?

actores del régimen de enseñanzas, sin embargo la gravedad más concreta es promovida por los directivos de los colegios y liceos, toda vez que tienen el poder y/o la posibilidad para expulsar y sancionar, al margen de lo recomendado por el gobierno”.

Esta asociación, Movilh, denunció además varios casos ejemplificadores de la situación. Uno de ellos se refiere a dos alumnas de 13 y 15 años del Liceo España de Concepción quienes fueron suspendidas por el centro escolar el 29 de octubre de 2005 tras ser identificadas erróneamente como lesbianas por la dirección del establecimiento. En otra ocasión, cuatro estudiantes de entre 16 y 17 años del Colegio Inmaculada Concepción de Valdivia, que lideraron en abril de 2005 un foro contra la discriminación a las minorías sexuales, fueron notificadas en noviembre que su matrícula había sido cancelada debido a su postura respecto a las relaciones lésbicas.

Un caso paradigmático es el de Gabriela Martínez (17 años) expulsada del Liceo Politécnico de San Ramón después de que el inspector Edgardo González la sorprendiera en el establecimiento educacional de la mano de su pareja, Natalia (17). La primera de ellas fue expulsada, aunque después de diversas movilizaciones fue readmitida en las clases. No obstante lo cual, las menores identificadas en el caso están siendo acosadas y amenazadas, padeciendo incluso la intimidación por grupos de jóvenes vestidos de negro y con bates de béisbol, en septiembre de 2005.

La manera en que confluyen respecto de los niños y niñas diversos métodos de control, disciplinamiento y castigo, en una zona híbrida entre violencia privada e institucional, queda claramente demostrada en el caso dado a conocer por el periódico Las Últimas Noticias con fecha 2 de agosto de 2006, al cubrir la noticia de la expulsión de 11 niñas de un establecimiento educativo de tipo internado en San Felipe, en razón de ser acusadas de “lesbianas”. Dos de estas niñas se habían fotografiado besándose en lo que ellas describieron como un juego, durante una reunión mantenida por varias alumnas fuera del establecimiento y durante un fin de semana. Al oír de la existencia de dicha foto tomada con un teléfono celular, la dirección del establecimiento retiró los celulares usando un pretexto logró retirar los celulares de las niñas en cuestión, y luego de incautar la foto, procedió a expulsar a 11 niñas, y además puso los antecedentes a disposición de la Fiscalía local, para que “investigue si las dos alumnas mayores de 18 años cometieron algún presunto delito en el Liceo”¹⁰⁰.

Los casos más recientes de discriminación en el sistema escolar por razón de la condición sexual los dio a conocer el presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), Rolando Jiménez, en reunión con la Ministra de Educación, Yasna Provoste: “A una niña la están obligando a reconocer públicamente que es lesbiana, y amenazan con sancionarla si no lo hace frente a la comunidad escolar y a sus padres y eso no puede pasar, porque es parte de la vida privada de una joven”. El otro caso dice relación con el reglamento interno de un establecimiento, que considera como falta grave “todas las expresiones que promuevan o faciliten las conductas homosexuales”¹⁰¹.

¹⁰⁰ “Jueguito lésbico se escapó de las manos: once alumnas expulsadas de Internado”, LUN, 2 de agosto de 2006.

¹⁰¹ “La otra discriminación escolar”, en La Nación, 15 de enero de 2007.

5. Protección contra la explotación económica (artículo 32 CDN).

5.1 Legislación contra la explotación económica:

5.1.1. Legislación internacional

La normativa internacional ratificada por Chile en relación con el trabajo infantil está conformada, entre otras, por: el *Convenio 138 de la OIT de 26 de junio de 1973 sobre la edad mínima de admisión al empleo*, ratificado en 1999; *Convenio núm.182 de 17 junio 1999 sobre las peores formas de trabajo infantil*, ratificado por Chile en 2000; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, ratificados en 1989; *Convención de Derechos del Niño* de 1989, ratificada por Chile en 1990.

De estas normas se desprenden las tres categorías de trabajo infantil prohibidas internacionalmente: el trabajo realizado por un menor que no alcanza la edad mínima especificada para el tipo de trabajo (por cuanto le impide su educación y desarrollo plenos); en segundo lugar, el trabajo peligroso (entiéndase aquel que pone en peligro su bienestar físico, mental o moral); y en tercer lugar, todas aquellas formas peores de trabajo infantil señaladas directamente en el Convenio 182 (esclavitud, trata de personas, servidumbre por deudas o trabajos forzados, uso de niños en conflictos armados, prostitución, pornografía o actividades ilícitas).¹⁰²

5.1.2. Legislación nacional

Mediante la aprobación de la Ley N° 19.684 de 2000 se modificó el Código del Trabajo (de 1994), con la intención de adecuar la normativa laboral al Convenio N° 138 de la OIT¹⁰³, aumentando de 14 a 15 años la edad mínima para celebrar contratos de trabajo.

De esta forma, en el Código del Trabajo su art. 13 tres rangos etarios con relación al tema de la capacidad de contratar: un primer grupo, el de personas de más de 18 años, que están plenamente capacitadas; los menores entre 16 y 18 años, los cuales necesitan autorización expresa del padre o de la madre para trabajar; los menores entre 15 y 16 años, que pueden contratar sus servicios si además de la autorización paterna/materna han cumplido con su obligación escolar. Un tramo adicional y con carácter excepcional contemplado en el art. 16, respecto de menores de 15 años, que con autorización del representante legal o del juez de menores, podrán celebrar contratos de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, televisión, circo u otras actividades similares.

Esta situación, con las franjas de edad ya señaladas, se vio afectada como resultado de la reforma constitucional realizada, mediante Ley 19.876 de 2003, que hizo obligatoria la educación media (con lo cual la escolaridad obligatoria pasó de 8 a 12 años). Tal como está redactado el Código, lo relativo a escolaridad obligatoria se torna un requisito imposible de cumplir a efectos de que sea autorizado celebrar un contrato laboral.

¹⁰² Informe Mundial sobre el Trabajo Infantil de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, mayo 2006, Pág. 11.

¹⁰³ Ratificado por Chile con fecha 01 de febrero de 1999 y Promulgado mediante Dto. 227 de 17 de febrero de 1999, Publicado en D.O. de 12 de mayo de 1999.

Modificaciones legislativas en curso pretenden solucionar esta situación, compatibilizando la educación obligatoria con la posibilidad de que los adolescentes trabajen. De acuerdo al senador Juan Pablo Letelier: “Certificar que están estudiando es un requisito nuevo y contemplamos además, que haya un máximo de 30 horas de trabajo durante la semana. También establecimos que existirá un reglamento donde se contemplen las actividades peligrosas para su salud o su desarrollo pleno, que les estarán prohibidas de realizar”. Sin embargo, el criterio de que los menores de 18 años y mayores de 15 años puedan trabajar hasta un máximo de 30 horas semanales, se refiere a cuando éstos se encuentren cumpliendo su período escolar: “Eso les posibilita que puedan trabajar durante el veranos, siempre que cuenten con la autorización de los padres, sin que tengan la limitación horaria de 30 horas semanales. Esto es importante, porque en el verano hay jóvenes, sobre todo de sectores rurales, que trabajan durante sus vacaciones para ayudar en sus casas”.

Además, “excepcionalmente se podrá autorizar para trabajar a un joven que no esté estudiando, sólo cuando exista una resolución fundada en información del municipio respectivo y de la Dirección Provincial de Educación, en que se demuestre que ese joven no tiene acceso a un establecimiento educacional”¹⁰⁴.

Esta excepción a las reglas generales nos parece peligrosa, puesto que tiende a validar la no satisfacción de un derecho fundamental, en desmedro de las definiciones adoptadas al ratificar además de la CDN los Convenios de OIT relativos a trabajo infantil.

En relación al Convenio 182, está pendiente que Chile defina formalmente el listado de trabajos peligrosos a que se refiere el artículo 4.

Otro problema que subsisten en esta materia es el hecho de que, por definición, el Código del Trabajo sólo es aplicable a relaciones laborales formales, bajo vínculo de dependencia, por lo cual la adecuación del Código a la edad mínima de 15 años no basta para dar aplicación al Convenio 138, que expresamente se refiere a todos los sectores de la actividad económica, con prescindencia de que se remunere o no mediante un salario a los niños que trabajan. Por ello, todo el ámbito del trabajo informal escapa a estas regulaciones, quedando en la ilicitud o en un vacío legal, excepto por el hecho de que mientras subsista el modelo tutelar a través de la Ley de Menores siempre será posible intervenir sobre estos niños como casos de “irregularidad” o “riesgo social”. Por lo tanto, también en esta materia resulta evidente la necesidad de una Ley de Protección de Derechos que termine de derogar el sistema tutelar, en aras de un sistema de protección integral de derechos que opere en todos los niveles.

5.2. Medidas de protección de los niños contra la explotación económica

5.2.1. Medidas legislativas de protección de los niños contra la explotación económica

En el ámbito de la legislación nacional destaca la sanción de la ocupación de menores en las siguientes normas: Código del Trabajo de 1994, Ley de Menores de 1967 y Ley de alcoholes de 1969.

¹⁰⁴ “Jóvenes entre 15 y 18 años podrán estudiar si certifican que están estudiando”, www.elmostrador.cl, 7 de diciembre de 2006.

En orden cronológico de promulgación la Ley de Menores, modificada por la ley 19.806 de 2002 establece tres situaciones sancionadas con penas de prisión¹⁰⁵. En primer lugar se sanciona el empleo de un menor si el trabajo se realizare en: cantinas, casas de prostitución o de juego; además también se sanciona la exhibición de menores y/o sus habilidades con ánimo de lucro (este caso restringido sólo a los menores de 16 años); en tercer lugar, sanciona la ocupación nocturna de menores de 18 años (entendida entre 10 de la noche y las 7 de la mañana, después de la modificación hecha por la Ley 19806). Por último, la misma ley incluye la sanción a los padres que consientan que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o mendicidad¹⁰⁶.

Dejando de lado las dos prohibiciones de trabajo en ciertas áreas y la prohibición de trabajo nocturno del art. 62 de la Ley de Menores, la Ley de Alcoholes de 1969 que se refieren al empleo en lugares donde se sirven y consumen bebidas alcohólicas, añade una tercera. La ley prohíbe el empleo en éstos de menores de 18 años¹⁰⁷ con la sola excepción de que los empleados por razón de su ocupación no intervengan en el expendio del licor (es el caso de los botones, mensajeros, ascensoristas, porteros, ayudantes de cocina y encargados de aseo). Finalmente, el Código de Trabajo de 1994 se aplica para el resto de las infracciones en relación al trabajo infantil¹⁰⁸.

La vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral que incide sobre los menores que trabajan está atribuida a la Dirección del Trabajo, organismo dependiente del Ministerio de dicho ramo, encargado de apreciar y controlar todas aquellas irregularidades que se puedan producir en la contratación de menores. En general, se estima que existe una insuficiente capacidad de fiscalización de la Dirección del Trabajo -la cual es incluso patente en el plano del trabajo de adultos-, y no existen funcionarios especializados para fiscalizar el trabajo de los niños. Agravando lo anterior, se ha comprobado que del total de niños que realizan trabajo asalariado estando en condiciones de contratar formalmente la prestación de sus servicios, la gran mayoría no lo hace: de acuerdo a la encuesta CASEN de 1996, el 70,3% de los trabajadores asalariados de entre 15 a 17 años de edad no había firmado contrato de trabajo.

Un ejemplo muy claro del tipo de problemas que existen en la labor de fiscalización de las normas sobre trabajo de menores de edad, se encuentra en el dictamen 5845/365 de la Dirección del Trabajo, relativo a niños empaquetadores de mercaderías en supermercados, que innovó respecto a una serie de dictámenes anteriores que negaban el carácter de trabajadores dependientes de estos niños. Este dictamen, de fecha 30 de Noviembre de 1999, se basó en un programa de fiscalización que revisó 16 supermercados de Santiago, y en la que se hicieron varias constataciones, entre ellas las siguientes:

- El trabajo de empaque realizado por menores al interior de recintos privados se realiza con el consentimiento de sus propietarios;
- Los supermercados seleccionan a los empacadores a través de un procedimiento que dirige un funcionario de la empresa (administrador o jefa de cajas);

¹⁰⁵ art. 62 Ley de Menores de 1967.

¹⁰⁶ art. 42 Ley Menores en relación con el 226 del Código Civil.

¹⁰⁷ art. 163 Ley de Alcoholes nº 17105.

¹⁰⁸ art. 17 Código Trabajo: "si se contratare a un menor sin sujeción a los dispuesto en los artículos precedentes, el empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare; pero el inspector del trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación y aplicar al empleador las sanciones que correspondan".

- En todos los casos analizados los menores empaques estaban provistos de un delantal o pechera con los colores corporativos de la empresa, que generalmente les es proporcionado por la misma;
- En algunas oportunidades los empaques además ordenan los carros del supermercado, como también a veces reemplazan a los reponedores de mercancías;
- En algunos supermercados la jefa de cajas asigna a cada empaquetador la caja en que deberá desempeñarse en un turno determinado;
- Entrevistados algunos administradores y jefas de cajas, señalaron que la labor de los empaques es indispensable para un buen servicio al público;
- En algunos supermercados se procede a suspender hasta por tres días a los empaques que faltan sin comunicar previamente su asistencia a la jefa de cajas.

Luego de un análisis de la normativa laboral vigente, el dictamen concluye, en atención a los datos constatados en la fiscalización de supermercados, que existe en la especie una relación laboral de carácter consensual, que se inicia por el sólo hecho de que el trabajador inicie la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador.

Debe considerarse, según el dictamen, que es empleador quien efectivamente ejerce las funciones de administración y dirección. El vínculo de subordinación y dependencia estaría dado, de acuerdo a la doctrina de la Dirección del Trabajo, por manifestaciones concretas que lo materialicen, tales como la obligación de asistencia al trabajo, obligación de cumplir un horario, la subordinación a instrucciones y controles provenientes del empleador, la continuidad de los servicios personales prestados, etc.

En el caso de los niños empaques, se señala que *“se ha constatado que, por la organización industrial de los supermercados, el empaque es la etapa final de dicha industria, siendo dicho servicio una ventaja competitiva para tales establecimientos”*, y que *“lógico resulta concluir que, si el beneficiado con el servicio de empaque es el supermercado, ésta persona revestirá la calidad de empleador, respecto de quien realiza dicha labor. Y no se podrá alegar tolerancia, porque, en la práctica, el supermercado acepta expresamente la presencia de los menores, toda vez que los somete a un riguroso proceso de selección”*, y además, el ejercicio de sus funciones está sujeto a una reglamentación interna.

Las reacciones a este dictamen fueron inmediatas y ampliamente publicitadas. Por una parte, los dueños de supermercados se opusieron a la nueva doctrina, amenazando con *“despedir”* a todos los niños y contratar adultos en su reemplazo. Los niños empaques, a su vez, percibieron el dictamen como negativo en cuanto les impedía u obstaculizaba el acceso a ganancias que estimaban como totalmente imprescindibles.

Luego de un tiempo, en que el dictamen nunca llegó a aplicarse, se anunció que el asunto sería reestudiado, a petición de la Asociación de Supermercados de Chile. La reconsideración derivó en un nuevo dictamen, el 3543/0262, de 24 de Agosto de 2000. En este dictamen se señala que los fundamentos del anterior son correctos, pero que debe precisarse su alcance a fin de evitar que se generalice la interpretación en él contenida a todos los casos en que se registre el fenómeno de prestación de servicio de empaque por menores de edad en supermercados. Así, se concluye que *“media una relación laboral entre un menor y un supermercado, si la prestación de servicios del menor se verifica bajo subordinación o dependencia del segundo, elemento cuya concurrencia deberá constatar caso a caso, y a partir de la verificación de las condiciones en que se organiza y presta el servicio, conforme a los criterios reiteradamente establecidos en dictámenes de este Servicio”*.

5.2.2. Medidas sociales y políticas

La política del Gobierno chileno actual en relación al trabajo de la infancia se ha reflejado en la aprobación del “Plan de Acción Nacional para la Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Adolescente” en el año 2001 por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Esta visión programática gubernamental surgió en respuesta a los compromisos internacionales adoptados por Chile, a través de los cuales el Estado se comprometió a desarrollar acciones inmediatas, a mediano y largo plazo para prevenir y erradicar gradualmente el trabajo infantil¹⁰⁹.

Del mismo modo, y respecto al Convenio 182, el Ministerio del Trabajo en colaboración con la OIT inició el proyecto “Diagnóstico Nacional de Trabajo Infantil y sus Peores Formas” en el año 2002. Posteriormente, se hizo una encuesta entre febrero y abril 2003 sobre el trabajo infantil en la que se demostró que un 5,4%¹¹⁰ de los niños y niñas de 5 a 17 años había trabajado un mínimo de una hora a la semana. Un 3% ejerce actividades “inaceptables” y 2,4% trabajos “aceptables”.¹¹¹ La OMCT y OPCION coinciden con el Comité al recomendar al Estado una inversión de esfuerzos mayor en la vigilancia y aplicación de los planes nacionales para erradicar y prevenir el trabajo infantil.

5.2.3. Medidas de prevención y reparación:

En cuanto a la prevención, el Sename ha adquirido compromisos concretos como la creación de un sistema de registro progresivo de cobertura nacional de las peores formas de trabajo infantil y el diagnóstico de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes envueltos en ellas. Así se está implementando un proyecto financiado por IPEC-OIT, que ya ha sido implementado en las regiones II, V, VIII, IX y Metropolitana. Además da continuidad a los 3 proyectos de prevención iniciados: 2 proyectos en la Región Metropolitana (cobertura total anual de 170 niños/adolescentes) en colaboración con las ONG’s Centro de Profesionales para la Acción Comunitaria (Ceppac) y el Servicio de Paz y Justicia (Serpaj); y un proyecto en Valparaíso (cobertura anual de 30 niños/adolescentes) a cargo de la institución Raíces. Consecuentemente, acogemos con agrado la voluntad del Estado de adherirse a la recomendación del Comité a fin de establecer un sistema seguro de reunión de información sobre el trabajo infantil.

En cuanto a la reparación, en la actualidad, los centros de la red del Sename tienen asignada la capacidad de instalar mecanismos eficaces de protección para los niños y niñas implicados en peores formas del trabajo infantil, los cuales incluyen medidas reparatorias.

5.3. Análisis de la explotación económica

¹⁰⁹ Convenio 138 de 1973, ratificado por Chile en 1998, hace una referencia expresa en su art. 1 al objetivo final de la abolición del trabajo infantil.

¹¹⁰ 5,4% del total de los niños que trabajaban (196.104 niños).

¹¹¹ CRC/C/CHL/3, § 258 – 265, Terceros informes periódicos, 11 de octubre 2005.

5.3.1 Causas de la explotación económica

El trabajo infantil sigue considerándose que surge como efecto de las fuerzas del mercado, oferta y demanda. No obstante, aunque la pobreza y la crisis económica son una pieza clave, la OIT ha destacado en su Informe Mundial sobre el trabajo infantil de mayo de 2006, que es necesario añadir la perspectiva de derechos humanos. En tal sentido, la discriminación y la exclusión están íntimamente relacionadas con las raíces de este problema. Señala que como colectivos vulnerables al trabajo infantil: niñas, minorías étnicas, pueblos indígenas, clases bajas, discapacitados y niños que viven en zonas apartadas.¹¹²

En el caso de Chile, el trabajo infantil es un problema social que viene de lejos. Se da primordialmente en mercados de trabajo informal, aunque también es patente en ámbitos formales del mercado laboral; dado que es una tradición común que los niños, niñas y adolescentes trabajen en el ámbito intrafamiliar, ayudando a los padres en la producción principalmente en las actividades agrícolas, artesanales y de servicios domésticos. El problema en este último caso surge al no poderse identificar claramente un empleador; pese a la obviedad de que las tareas realizadas por los niños, niñas y adolescentes realizan tienen contenido económico y, por lo tanto, deben ser consideradas trabajo infantil.¹¹³

Como señala en relación a una investigación sobre poblaciones pobres en la VI región el premio nacional de Historia Gabriel Salazar: *“La (generosa) solidaridad de los niños con sus familias les lleva a trabajar prematuramente para aportar a la supervivencia de todos. Trabajando, ellos contribuyen también a bajar los costos generales con que opera el sistema económico. Su trabajo infantil beneficia ese sistema haciéndolo, todavía, más rentable. Pero haciendo todo eso, siendo solidarios en ambos planos (adultos) a la vez, desgastan y anulan sus propias posibilidades personales de futuro, en tanto esas posibilidades dependen de sus propias fuerzas, capacidades y tiempos de vida (...) La crisis neoliberal, en ese punto, se convierte en genocida. No porque dé muerte física a los niños pobres, sino porque degüella su futuro”*¹¹⁴.

5.3.2 Niños especialmente vulnerables a la explotación económica

En relación a las categorías especialmente vulnerables, en 2004 el Colegio de Profesores publicó un estudio, “Trabajo Infantil y pueblos indígenas en Chile”¹¹⁵, realizado en el Valle de Codpa, Colchane y Pisigachoqu (I Región) y en las localidades de Collimallín, Loncofilo, Trañi-Trañi y Puerto Saavedra (IX Región) que analizaba la realidad del **trabajo infantil en los pueblos indígenas**. En él se alegaba que niños y niñas indígenas, sobretodo de las comunidades aymará y mapuche abandonan sus estudios para trabajar en sus respectivas comunidades: los niños mapuches suelen ayudar en la siembra y cosecha, recolección de fruta originaria (como el piñón); también cuidan llamas, alpacas, cabras y venden productos en ferias libres, cargando camiones repletos de alimentos y animales. Por su lado, las niñas

¹¹² Pág.26 *Informe Mundial sobre el Trabajo Infantil* de OIT, mayo 2006.

¹¹³ Plan de Prevención y Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Adolescente en Chile, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago de Chile, 2001.

¹¹⁴ “Crisis, malestar privado y el mensaje de los cabros chicos (El caso de las poblaciones populares de Rancagua hacia el 2000), incluido en “Ser niño ‘huacho’ en la historia de Chile (siglo XIX)”, LOM, 2006, página 115.

¹¹⁵ “Trabajo Infantil y pueblos indígenas en Chile”, basado en una investigación desarrollada en 2004, que contó con el apoyo técnico de la Oficina Subregional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). <http://www.alianzaportusderechos.org/modules/news/article.php?storyid=3735>.

dedican su tiempo a la crianza de aves y otros animales domésticos, además de cuidar de los huertos. Los padres justifican el trabajo familiar como “parte de la conservación de la cultura del pueblo”. Las consecuencias de tal situación fueron puestas de manifiesto por el estudio mencionado. Entre ellas, se destacaron efectos directos e indirectos. Directamente, los niños sufrían físicamente (sequedad en la piel, aparición temprana de dolores reumáticos, etc.), viéndose con menos ganas y energía para afrontar cualquier tipo de educación (o incluso pasatiempos) debido al cansancio. E indirectamente, la tarea de los profesores rurales encargados de la educación de niños indígenas se veía obstaculizada, pues debían optar entre exigir menos o lo mismo pero con el riesgo de inducir al abandono escolar, dada la extenuación de los alumnos.

Estas afirmaciones anteriores son negadas frontalmente por la comunidad mapuche, quien alega que el problema de la educación de los niños y niñas mapuches tiene más que ver con la violencia que con el trabajo. Es precisamente esta violencia sufrida, vivida y vista por los menores, la que se interpone muchas veces en las capacidades de aprendizaje de los menores¹¹⁶. De hecho, dada su especial vulnerabilidad en el sistema, acusan al Estado de llevar una política de doble cara: creen que el Estado está más interesado en crear una visión de una comunidad indígena desinteresada en la educación y compuesta por miembros con baja formación a los que pueda “controlar” y “proteger”, que en asegurar su acceso efectivo a la educación y evitar que sean víctimas directas o indirectas de la violencia.

Independientemente de la perspectiva que se adopte, la OMCT y OPCION coinciden con el Comité recomendando al Estado que vele porque todos alumnos asistan regularmente a la escuela, especialmente en relación con los niños indígenas, garantizándose efectivamente el derecho a la educación media obligatoria.

¹¹⁶ En declaraciones de Juana Calfunao, “lonko” o jefe político de la comunidad mapuche Juan Paillalef (Cunco, Región IX) víctima de torturas por parte del Estado en varias ocasiones, presenciadas por su hija Rosa Calfunao de 8 años, quien es incapaz de aprender a leer a consecuencia de los daños psíquicos que le han dejado tal condición de testigo.

6. **Protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (artículo 34 CDN).**

6.1. Medidas contra el abuso sexual

6.1.1. Medidas de cooperación internacional

En el **ámbito internacional**, Chile ha participado en varias iniciativas, suscribiendo diversos instrumentos y declaraciones, comenzando en 1996 cuando suscribió los compromisos del Primer Congreso sobre la explotación y abuso sexual en Estocolmo¹¹⁷.

En consecuencia, la OMCT y OPCION acogen con agrado la voluntad de cooperación de Chile a nivel bilateral y multilateral con otros países de la región en la lucha contra la explotación sexual de menores.

6.1.2. Medidas legislativas nacionales

Legislativamente, Chile ha hecho esfuerzos por adaptar sus leyes a los marcos y compromisos internacionales.

Así, adoptó la Ley de delitos sexuales N° 19.617 en el año 1999 que reformula varios aspectos legales en materia de delitos sexuales.

En el 2003 aprobó la Ley N° 19.874, que “facilita la denuncia en caso de atentados sexuales y permite una mejor investigación del delito”.

Posteriormente se aprobó la ley N° 19.927, de enero 2004, para combatir la pedofilia, la pornografía infantil y sus redes en Internet, modificando el Código Penal, el Código Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal. Esta ley elevó la edad del consentimiento sexual de los 12 a los 14 años, y endurece las penas para muchos delitos sexuales ya tipificados.

Conforme a las nuevas previsiones legales, el Código Penal considera violación en “toda penetración vaginal, anal o oral de una persona menor de 14 años”, sin importar su eventual consentimiento (art. 362). También existen otros delitos penales especiales por cuanto la víctima es un menor, castigados con penas superiores a sus homólogos generales: delito de estupro, sodomía, abuso sexual, pornografía, la explotación sexual comercial infantil o el

¹¹⁷ Más adelante, en noviembre de 2001, participó en la Consulta Gubernamental sobre Explotación Sexual Comercial celebrada en Montevideo (Uruguay) y posteriormente en el II Congreso Internacional contra la Explotación Sexual de los Niños, celebrado en 2001 en de Yokohama (Japón). Entre las últimas iniciativas exteriores destaca también la participación en la Conferencia Regional del Proyecto sobre tráfico de niños, pornografía infantil en Internet y MERCOSUR, Bolivia y Chile, que tuvo lugar en septiembre de 2004 en Montevideo. Lo que sin duda contribuyó a la firma de la Declaración de Comisiones Nacionales de Prevención y Erradicación del Trabajo infantil en los países del MERCOSUR y Chile. En esta declaración se confirmó el compromiso de Chile de continuar apoyado el Plan Subregional para la Erradicación del trabajo infantil en la zona de MERCOSUR y Chile. Además de otros tres compromisos: el desarrollo de estrategias de sensibilización y movilización social a nivel nacional, el apoyo para la creación de indicadores comunes que permitan medir los avances nacionales y subregionales en materia de prevención y erradicación del trabajo infantil y el interés en fortalecer la institucionalidad de las Comisiones Nacionales.

turismo sexual¹¹⁸; todos ellos se mueven en función de la figura concreta entre víctimas de edades siempre bajo la frontera de los 18 años.

El nuevo artículo 11 del Código Procesal Penal, introducido por la Ley 19.874, concede acción penal pública para perseguir los delitos del artículo 361 a 366 quáter del Código penal, cuando se cometan contra menores de edad.

Llama la atención que el grueso de las medidas legislativas adoptadas se refieran a aspectos relativos a la criminalización de delitos (incorporación de nuevos tipos, aumento de penas, normas procesales penales), en desmedro de todo lo relativo a protección de derechos, prevención, detección, reparación. En esta materia también se hace sentir la necesidad de una Ley de Protección de Derechos, y la subsistencia de ciertos criterios y prácticas propios del modelo de la situación irregular.

Además de legislación específica se han delineado algunas definiciones de política pública. Así, el Ministerio de Justicia elaboró en 1999 en colaboración con otras instituciones el “marco para la acción contra la Explotación Sexual Comercial de Niñas, Niños y Adolescentes”. Este Plan no ha tenido seguimiento posteriormente.

La realidad de la Explotación Sexual Comercial de niños se ha revelado en los últimos años, sobre todo por el impacto de algunos casos como el de Spiniak y el descubrimiento de redes que operan en este ámbito. Un estudio encargado por la OIT estima que en Chile no menos de 3.719 niños se encuentran en situación de explotación sexual. Sólo tras estos casos de alta conmoción pública se impulsaron reformas legales y la creación de programas tendientes a dar adecuada protección a estos niños.

¹¹⁸ Arts. 363 y siguientes del Código Penal.

7. Venta y trata de niños (artículo 35 CDN).

7.1. Legislación contra el tráfico de menores

7.1.1. Legislación internacional

Chile ratificó el 29 de noviembre 2004 la *Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional* de 2000. Sus dos protocolos complementarios (“Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” y el “Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente mujeres, niñas y niños”) aún no han sido ratificados por el Parlamento. Es por ello, que la OMCT y OPCION recomiendan al Estado que la ratificación de este marco normativo internacional se lleve a cabo cuanto antes.

7.1.2. Legislación nacional

La legislación penal incluye el delito de “tráfico de menores”. El artículo 367 bis del Código Penal se refiere a “el que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, y le asigna la pena de presidio menor en su grado máximo (de 3 años y un día a 5 años). El inciso segundo del mismo artículo, agregado mediante Ley 19.927 en el año 2004 señala seis situaciones calificadas que hacen aplicable la pena contemplada en el artículo 367 a la promoción o facilitamiento de la prostitución de menores, cuando concurre habitualidad, abuso de confianza o autoridad, o engaño (la pena aplicable en estos casos es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, es decir, de 5 años y 1 día a 20 años). Una de estas circunstancias es precisamente la minoridad de las víctimas (367 bis, inciso segundo numeral 1).

Esta tipificación es limitada en varios frentes: carece de la previsión de la trata interna, situación que también puede afectar a los menores; y sólo sanciona uno de sus fines (para explotación sexual). Al castigar sólo la comercialización de personas con fines sexuales, deja impunes las sanciones de otras variantes del tráfico como la adopción ilegal o la explotación laboral.¹¹⁹

En consecuencia, la OMCT y OPCION manifiestan su preocupación porque la implementación de la normativa internacional en la legislación interna sobre venta y trata de niños ratificada por Chile, todavía no se haya producido totalmente.¹²⁰

7.2. Medidas de otra índole

En mayo de 2005 se celebró en Santiago el “Seminario Internacional contra la Pornografía infantil y Tráfico de personas, en el ámbito del comercio sexual”, donde el Estado chileno a través de la presencia del Ministerio Público y el Ministerio de Justicia pretendió promover un espacio de discusión e intercambio de experiencias con otros estados americanos y representantes de Alemania, España y Noruega, con el fin de perfeccionar la investigación

¹¹⁹ Lo que ha sido denunciado en el Seminario: Tráfico ilícito y trata de personas: La necesidad de legislar, Santiago de Chile, Embajada Británica, SCS, OIT/IPEC, ONG Raíces, 30 de marzo de 2006.

¹²⁰ Esta afirmación es compartida también por los participantes del Seminario: Tráfico ilícito y trata de personas: La necesidad de legislar, Santiago de Chile, Embajada Británica, SCS, OIT/IPEC, ONG Raíces, 30 de marzo de 2006.

policial y la persecución de delitos de carácter transnacional, específicamente aquellos asociados a la pornografía infantil y al tráfico de personas en el ámbito del comercio sexual.¹²¹

Por otro lado, se encuentran las acciones de la sociedad civil. En este sentido ONGs como Raíces, especializada en los problemas del comercio sexual de menores¹²² impulsan movimientos de lucha contra el tráfico de menores.

Un ejemplo de acción conjunta es la campaña “Sácale carné a tu hijo/a”, realizada por ONGs de infancia y el Servicio de Registro Civil e Identificaciones. En consonancia, entregaron el carné de identidad a unos 2.500 niños, niñas y adolescentes como medida preventiva de la trata infantil.¹²³

Al respecto, la OMCT y OPCION acogen con agrado la voluntad estatal de luchar contra este tipo de redes a nivel no sólo nacional, sino también internacional. Pese a lo cual, manifestamos nuestra preocupación por la limitación de tales medidas al ámbito del comercio sexual, dejando de lado el resto de fines involucrados en la trata de menores. No obstante, OPCION y la OMCT acogen positivamente los esfuerzos por parte de la sociedad civil y organismos internacionales, así como instituciones estatales, en aras a superar la impunidad de muchas situaciones de tráfico y la trata de menores.

7.3. Explicación del fenómeno del tráfico de menores

La trata de niños puede ser interna o externa, si se realiza cruzando las fronteras del país. En este último caso también puede subdividirse en dos categorías en función de los fines del traslado: dominio o explotación de menores en cualquiera de sus formas (laboral, sexual, etc.) o el traslado simple considerado como secuestro internacional¹²⁴

En relación a la primera subcategoría, UNICEF afirma que la utilización de la infancia como mano de obra u objeto sexual constituye un negocio internacional muy lucrativo. Pues la industria de explotación sexual victimiza cada año a 1,2 millones de menores de edad. En Chile no existen estadísticas sobre el tema del tráfico de personas, sólo un sondeo de la ONG Raíces realizado en el año 2001 que afirma que en solo cuatro meses del año 2001 se conocieron 17 casos de tráfico de menores en las Regiones I, V y Metropolitana.

Considerando la magnitud del problema en toda América Latina, se observa cómo la implicación de Chile en el problema aumenta cada vez más: ahora no sólo como país de origen, sino también como país de tránsito y destino. Situación que podría decirse tiene dos causas: la extensión de su frontera y su imagen como país con una economía más estable y en crecimiento dentro de la región de América Latina y el Caribe.

En consecuencia, la acción del Estado chileno se lleva a cabo en la esfera nacional e internacional. Su participación en las iniciativas internacionales contra este tipo de delitos ha sido frecuente. Destaca, en primer lugar, la participación en la “Conferencia Regional del proyecto sobre tráfico de niños, pornografía infantil en Internet de la zona MERCOSUR y

¹²¹ www.investigacions.cl/paginas/discursos/2005/seminario.htm

¹²² Esta organización impulsa desde 2001 la campaña denominada "Alto al tráfico de niñas".

¹²³ <http://www.alianzaportusderechos.org/modules/news/article.php?storyid=5491>.

¹²⁴ <http://www.alianzaportusderechos.org/modules/news/article.php?storyid=32>.

Chile” (noviembre 2004, Montevideo). Asimismo, se realizó el “Primer encuentro interfronteras para combatir el tráfico de niños y niñas entre Perú y Chile” en marzo 2005, cuyo objetivo fue el comienzo de debates para establecer normas de cooperación y colaboración bilaterales entre ambos países. Como resultado de esta reunión Chile se incorporó a la Red Latinoamericanos desaparecidos (RLD)¹²⁵. Por otro lado, como miembro del Instituto interamericano del Niño, Chile ha venido realizando un proyecto de investigación conjunta con otros países de la región de América Latina y el Caribe denominado “Tráfico de Niños, Pornografía Infantil en Internet y Marcos Normativos en Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia y Chile”. En marzo de 2005 tomó parte también en Montevideo, Uruguay, en una Reunión Consultiva sobre el Plan Estratégico para 2005-2008. En ella se consideró la “Situación de los Niños y Adolescentes en las Américas y Principales Cuestiones Emergentes”.¹²⁶

Es por ello que desde el año 2005 se viene proponiendo un proyecto de ley ante la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, que plantea el castigo del delito en sus distintos grados (no consumado o tentativa y la intención o fases internas como la preparación o conspiración), la obligación de los funcionarios públicos de denunciar este delito; así como la prevención al ingreso y salida de menores de edad del territorio nacional. Esta iniciativa parlamentaria (del Partido Político por la Democracia, PPD) también está promovida por la ONG Raíces, especializada en la atención a menores de edad sometidos al comercio sexual. Con este proyecto se pretenden abrir límites legales. No obstante existen otras iniciativas parlamentarias que se dirigen a la modificación de la Ley de Extranjería, buscando penalizar, principalmente mediante la expulsión a los que se enriquecen de la trata de personas.

Las medidas más recientes del gobierno se centran en la publicidad: el principal aeropuerto chileno exhibe fotos de personas desaparecidos para impedir que sean sacadas del país; así como en su página web (www.chilenosdesaparecidos.org), donde se encuentran también fotos y datos, especialmente de niños, niñas y adolescentes.

Así las cosas, los principales resultados del año 2005 presentados por la Policía de Investigaciones de Chile el 19 de junio de 2006¹²⁷ incluyen el control del movimiento migratorio de 10.298.315 personas (13,8% más que en el 2004), pero sin hacer mención expresa a qué parte de éste se realizó sobre menores. Así mismo la Policía de Investigaciones efectuó 765 reuniones de coordinación con otras fuerzas de seguridad y policías extranjeras para la desarticulación de organizaciones criminales.¹²⁸

Al respecto la OMCT y OPCION reiteran su preocupación por la parcialidad de las medidas emprendidas, que se centran básicamente en la trata de personas con fines de explotación sexual. Del mismo modo lamentan la falta de protección efectiva de los menores que entran en el país custodiados por adultos con los que no les une ninguna relación familiar, jurídica o otra de clase. Por otra parte, el énfasis de las medidas adoptadas hasta ahora se ha dado en el aspecto penal, y resulta necesario ahora llevar estas acciones al plano de la protección integral de derechos (incluyendo sistemas preventivos, y reacciones adecuadas ante casos de

¹²⁵ La RDL es un instrumento plenamente activo en la búsqueda y la prevención de personas tratadas y casos de tráfico en varios países de América Latina, www.chilenosdesaparecidos.org.

¹²⁶ Informe anual sobre el Combate contra el delito de la trata de personas, especialmente mujeres, adolescentes y niños en las Américas, Organización de los Estados Interamericanos, mayo 2005.

¹²⁷ www.investigaciones.cl/páginas/noticias/notjun_06/19junio06/19jun06.htm

¹²⁸ Chile es miembro de la Organización internacional de Policía Criminal (INTERPOL).

vulneración de derechos). En tal sentido recomienda al Estado que tome las medidas que sean necesarias para proteger efectivamente a los niños víctimas del tráfico ilegal.

8. Protección de los niños contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 37-a CDN) .

Como ya señalamos en el encabezado del capítulo 4 (sobre la protección contra toda forma de violencia), una de las expresiones que reviste la violencia contra los niños es la institucional, que ejercen diversos agentes del Estado, particularmente aquellos ligados al funcionamiento del sistema penal.

De acuerdo a las definiciones adoptadas por el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la violencia contra niños, niñas y adolescentes, “se entiende por violencia institucional las diferentes formas de violencia practicadas por las instituciones del Estado, sus órganos y agentes en función del mantenimiento de la ley y el orden, esto es del control social”¹²⁹.

A esta forma de violencia nos referiremos en este capítulo, abordando tanto la legislación vigente en la materia como problemas actuales y otros que provienen del pasado y no se han resuelto adecuadamente.

8.1. Legislación contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes:

8.1.1. Legislación internacional

Respecto a la normativa internacional general, Chile ratificó la *Convención contra la Tortura* el 30 de septiembre 1988. En el plano de la infancia, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, vigente en Chile desde 1990, también contiene disposiciones sobre la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes hacia los niños (principalmente en su artículo 37).

8.1.2. Legislación nacional

El artículo 150 A del Código Penal¹³⁰ consagra el delito de tortura (sin mencionar específicamente a los niños o menores como víctimas). El maltrato de menores, si su resultado no es mayor que el de lesiones leves, puede ser constitutivo de una clase de maltrato extrafamiliar (art.62 inciso 2º de la Ley de Menores). Por sobre lesiones leves, el maltrato debería subsumirse en el tipo penal que corresponda.

La tortura y maltrato institucional contra los menores de edad es recogida también en el art.8 del Reglamento de Gendarmería para secciones de menores en establecimientos penitenciarios (Decreto 553 de 2001).

El nuevo Código Procesal Penal incluye la prohibición de la tortura en su art.93h.

¹²⁹ La violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas, 2006.

¹³⁰ Introducido por la Ley N° 19.567 de 1 de julio 1998, define el delito de tortura en los siguientes términos: “el empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación”.

La ley 20.084 también se refiere a la prohibición de estas prácticas¹³¹. El Reglamento de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes que se dicte se hará cargo en detalle de estas regulaciones, sobre todo en lo relativo a la ejecución de sanciones privativas de libertad.

Las penas previstas para la tortura o malos tratos cometidos institucionalmente son de dos tipos: administrativas y penales; cada uno de los cuales tiene un abanico de medidas variadas. Respecto a las primeras se incluyen: expediente sancionador, multas, suspensión o pérdida de empleo o destitución y la censura. Respecto a la censura, ésta consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario y de la cual queda constancia en su hoja de vida mediante una anotación de demérito. La multa, por su lado, supone una privación de un porcentaje de la remuneración mensual del funcionario sancionado (entre 5-20%). La suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce del 50-70% de las remuneraciones y la imposibilidad de hacer uso de los derechos y prerrogativas del cargo. La destitución, por último, implica el término de los servicios prestados de manera permanente. Por su parte, las sanciones penales previstas para la tortura parten de la pena de presidio menor en su grado medio (desde 3 años y 1 día), y desde el grado mínimo (partiendo de 561 días) en el caso de quienes no impidieren las prácticas de tortura teniendo conocimiento de ellas y autoridad para hacerlas cesar (art. 150 A del Código Penal).

La insuficiencia de la legislación nacional ha sido señalada detalladamente en el Informe ante el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, presentado el año 2004 por la Organización Mundial contra la Tortura junto con las ONGs Corporación Opción, La Morada, CINTRAS e Instituto de la Mujer¹³².

De partida, la definición contenida en el artículo 150 A del Código Penal es mucho más restringida que la definición de tortura en la Convención contra la Tortura.

La Convención entiende por tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Además, obliga a los Estados Parte a velar “por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura” (artículo 4).

La legislación penal chilena se refiere tan sólo a situaciones de privación de libertad como contexto en que se produce la tortura, y no incluye la tentativa.

¹³¹ Art. 46 Ley Responsabilidad de los adolescentes de 2005 que contiene la prohibición de aplicar medidas disciplinarias que consistan en “castigos corporales, encierro en celda oscura y penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del adolescente o sea degradante, cruel o humillante”.

¹³² “Violencia estatal en Chile. Un informe alternativo presentado al Comité contra la tortura de Naciones Unidas”, 2004. Disponible en: http://www.omct.org/pdf/procedures/2004/joint/s_violence_chili_05_2004_esp.pdf Existe también una versión en inglés: http://www.omct.org/pdf/procedures/2004/joint/s_violence_chili_12_2004_eng.pdf.

Además de una legislación insuficiente, el problema de la tortura enfrenta además el obstáculo de la existencia de una Justicia Militar que es competente para conocer de las denuncias y querellas de civiles en contra de militares y policías.

Considerando estos elementos y otros¹³³, se puede afirmar que no existen en el país mecanismos idóneos y confiables para que las personas denuncien este tipo de situaciones, panorama que no ha cambiado significativamente, ni siquiera con la reforma procesal penal.

Diversas informaciones coinciden en señalar que la cantidad de casos resueltos con sanciones para los responsables son muy bajos¹³⁴.

8.2. Casos de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

Como es sabido, la práctica de la tortura fue parte habitual de la labor de los organismos de seguridad durante los casi 17 años de dictadura militar. Con posterioridad, tras el retorno de la democracia en 1990, se siguen produciendo prácticas problemáticas, señaladas en diversos informes de derechos humanos e investigaciones realizadas sobre todo en el ámbito del monitoreo del funcionamiento del sistema penal chileno.

En relación a las personas menores de 18 años de edad, es necesario diferenciar dos ámbitos principales de preocupación. Por un lado, las llamadas “violaciones del pasado”, es decir, todos aquellos casos y situaciones de vulneración de derechos fundamentales ocurridos durante la dictadura que no se han resuelto aún. En ese ámbito, el mayor problema que se ha presentado es la situación de los llamados “Exmenores” víctimas de prisión política y tortura.

Por otra parte, nos enfrentamos a la existencia actual de prácticas que constituyen tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que afectan sobre todo a los niños, niñas y adolescentes que entran en contacto con el sistema penal, además de afectar de manera especial a los niños y niñas mapuche que viven de cerca las consecuencias de la represión ejercida en contra de su etnia.

8.2.1. Caso de los Ex – Menores víctimas de torturas

En septiembre del año 2003 el Gobierno de Chile creó una Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (en adelante, “Comisión Valech”), con el objetivo de que se identificara, reconociera y reparara a quienes habían sido víctimas de tales violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar encabezada por Pinochet.

En la década anterior, había funcionado la Comisión Rettig, que se encargó de los casos de ejecuciones y desaparición de personas. A inicios de esta década, la voluntad de algunas autoridades oficialistas se manifestaba claramente en el sentido de concentrarse en este tipo de violaciones de derechos humanos, restando relevancia a la tortura, la prisión política y el exilio. Así, en el 2001, el Ministro del Interior José Miguel Insulza señalaba que a partir de 1973 *“los hechos de violencia, de encarcelamiento indiscriminado de personas, el exilio, fueron hechos comunes, frecuentes. Si entramos a perseguir toda esta temática, ciertamente*

¹³³ Entre ellos, poca voluntad de las autoridades políticas y judiciales para dar mayor importancia al tema, y factores culturales que hacen que mucha gente no se motive a denunciar este tipo de hechos.

¹³⁴ Información detallada al respecto en “Violencia Estatal en Chile”, OMCT y otros, 2004; Informes anuales de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

entraríamos a una situación distinta y difícil...me preocupa que en este país todo el mundo se ponga a denunciar, porque creo que sería negativo...¿Queremos ir a buscar 5 o 20 mil autores?”.

En el mismo sentido se expresaba el senador socialista José Antonio Viera-Gallo: “...si se multiplicaran los procesos por tortura se produciría un atochamiento judicial imposible de sobrellevar porque los casos son miles...abrir hoy en día un debate judicial sobre las torturas es verdaderamente inconducente...la causa de los derechos humanos debe centrarse en los hechos que terminaron con la muerte o la desaparición de personas”¹³⁵.

Es interesante tener en cuenta que este tipo de declaraciones se efectúan en medio de una marea de clamores por el supuesto aumento de la delincuencia, y una avalancha de presiones por “mano dura” y “tolerancia cero”, que ha redundado en un incremento sostenido de la cantidad de personas privadas de libertad en los recintos carcelarios del país, una obsesión mediática con algunas formas de delincuencia común, el crecimiento de la industria de seguridad, y otros efectos de lo que se puede denominar como “populismo punitivo”.

Entre noviembre del 2003 y mayo del 2004 esta Comisión recibió antecedentes de las personas que optaron a ser reconocidas como víctimas de las situaciones de prisión política y tortura. Los resultados de esa labor se publicaron en diciembre de 2004.

Un anexo del informe publicado contenía los casos de 102 personas denominadas “menores de edad nacidos en prisión o detenidos junto a sus padres”. La publicación de estos casos como “anexo” dejó ver una importante omisión en el trabajo de esta Comisión, que no estaba preparada para enfrentar la especificidad y gravedad de este problema, y no contó con directrices adecuadas para identificar casos en que las víctimas fueron menores de edad.

Además de afectar a quienes eran menores de edad y participaban o eran sospechosos de participar en movimientos sociales y políticos, la represión estatal afectó también a niños y niñas en diversas situaciones tales como:

- encontrarse en gestación al momento de ser detenidas y torturadas sus madres
- niños y niñas que nacieron en prisión
- niños y niñas cuya gestación fue producto de violaciones de sus madres, empleadas como forma de tortura
- niños y niñas que fueron detenidos en sus propios hogares
- niños y niñas secuestrados desde sus hogares o escuelas, para presionar a sus padres a entregarse
- niños y niñas que sufrieron interrogatorios y maltrato al ser allanadas sus viviendas
- niños y niñas torturados delante de sus padres para obligarlos a entregar información

De esta forma, existieron distintos criterios en los encargados de recoger y calificar los casos, desde quienes sostuvieron que el mandato de la Comisión no incluía los casos de menores de edad, hasta quienes consideraron que bastaba al efecto con la declaración efectuada por los padres, y una minoría que estimaba que quienes fueron víctimas siendo niños debían entregar directamente su testimonio a la Comisión.

¹³⁵ Respectivamente, La Nación de 15 de febrero de 2001, y El Mercurio de 14 de Febrero de 2001. Ambos citados en “Violencia estatal en Chile”, OMCT y otros, 2004.

Posteriormente, tras constituirse una “Agrupación de Exmenores” que tuvo que hacer ver el problema y exigir y proponer soluciones, durante un período adicional de reconsideración entre enero y marzo del 2005, en que la Comisión recibió y calificó nuevos casos, 87 menores de edad fueron incorporados al listado, con lo cual el reconocimiento oficial de la condición de víctimas de prisión política y tortura alcanza a 189 personas que al momento de haber sufrido tales violaciones de derechos eran menores de edad¹³⁶.

Incluso en este período de reconsideración de casos, no existió un criterio claro y uniforme en relación a los casos de menores de edad. Algunos miembros de la comisión estimaban que no podía considerarse que hubieran estado privados de libertad niños que habían sido mantenidos junto a sus madres tal cual ocurre en las cárceles de mujeres¹³⁷.

Al concluir este informe complementario, la Comisión se disolvió. De acuerdo a datos de la Agrupación de Exmenores, al menos unos 200 casos que ellos han registrado quedaron sin reconocimiento oficial.

Las medidas de reparación a las víctimas reconocidas por la Comisión fueron establecidos en la legislación, en particular, la Ley N° 19.992 que instauró las medidas indemnizatorias. El Ministerio de Trabajo reguló la concesión y el pago de las pensiones y bonos de reparación, mientras el Ministerio de Educación reguló las reparaciones en el ámbito de la educación.¹³⁸ La misma ley abolió el servicio militar para los hijos de las personas reconocidas como víctimas de prisión política o tortura.

Además, mediante la Ley N° 19.980 se instaló el “Programa de Reparación y Atención Integral en Salud” (PRAIS) garantizando su continuación y financiamiento. El Ministerio de Vivienda y Urbanismo dispuso mediante la Ley N° 19.962 el acceso a subsidios de vivienda y la eliminación de anotaciones prontuariales en casos de condenas dictadas por tribunales militares.¹³⁹

La Agrupación de Ex -Menores de Edad Víctimas de la Prisión Política y Tortura en Chile critica tanto los resultados, como la propia denominación del anexo. Al respecto alegan que supone un engaño pensar que aquellos menores nacidos en prisión o detenidos con sus padres, no fueron víctimas de la dictadura y sus actos de tortura y detenciones arbitrarias e indiscriminadas; pues la detención de tales menores no fue casual ni fruto de un intento de “suavizar” los arrestos; al contrario, constituyó un método de tortura en sí mismo dentro de la política del Estado dictatorial.¹⁴⁰

Al respecto, cabe señalar que para la OMCT y Opción es evidente que desde el punto de vista de los derechos humanos de la infancia, la violencia ejercida sobre los niños directamente constituye una violación grave del derecho a la vida, con prescindencia de si tal violencia se

¹³⁶ Hay que señalar que no se realizó un llamado público tendiente a rectificar las omisiones constatadas a fin de orientar a los posibles interesados en orden a efectuar estos trámites.

¹³⁷ Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006 (hechos de 2005), Universidad Diego Portales, página 286.

¹³⁸ El Ministerio de Trabajo lo hizo mediante el Decreto Supremo N° 17 de 2004, y el Ministerio de Educación por su parte promulgó el Decreto Supremo N° 32 de 2005.

¹³⁹ www.comisiontortura.cl

¹⁴⁰ Cortez Salas, Ana, “Niños y niñas torturados y presos políticos en Chile: una verdad incipiente y una deuda de la justicia”, Agrupación de Ex Menores de Edad Víctimas de Prisión Política y Tortura, Santiago, Septiembre 2005.

ejerció con la intención de reprimir o intimidar directamente al niño o niña, de si se usó para obtener otros resultados o como forma de presionar a sus padres, o de si afectó a los niños como efecto adicional de la represión ejercida sobre sus padres. Además, en virtud del principio que expresa que los niños tienen derecho a un nivel mayor de protección en razón de su peculiar condición de personas en desarrollo, que merecen una protección especial, no se comprende el que la violencia sobre los niños en forma de tortura y encarcelamiento sea vista como de menor gravedad que en relación a víctimas adultas.

Debido a esta situación, la propia Agrupación de Exmenores considera imprescindible no sólo la modificación de la Ley de Reparaciones, sino la creación de una comisión permanente que recoja los testimonios de las víctimas sin presiones temporales, a fin de recibir sus denuncias cuando se encuentren en condiciones de dar su testimonio.¹⁴¹

En relación a las reparaciones existen además otras dificultades añadidas, como son la parcialidad de las reconstrucciones: los hechos denunciados sólo pueden reconstruirse en parte, pues únicamente cuentan con la base de los testimonios que proceden de organismos de derechos humanos, agrupaciones de familiares de víctimas y los propios supervivientes; sin contar con las versiones ni de los organismos represivos ni de las instituciones de las Fuerzas Armadas y/o policiales implicadas, que se negaron sistemáticamente a colaborar con las investigaciones de la Comisión, y que en momentos anteriores como por ejemplo la “Mesa de Diálogo” que existió durante el gobierno anterior han revelado información que posteriormente se reveló falsa. La OMCT y OPCION lamentan profundamente la obstaculización de la investigación de delitos graves llevada a cabo por las fuerzas del Estado, quienes no sólo deben no impedirla, sino que tienen el deber de asumir sus responsabilidades y cooperar activamente en su desarrollo.

Por su parte, la Ley de Reparaciones N° 19.992 de 2004, que fija una pensión de reparación y otorga otros beneficios, establece el principio de secreto de los documentos y testimonios (art. 15), lo que conlleva el silenciamiento de los hechos acaecidos y su consiguiente impunidad durante 50 años.¹⁴²

¹⁴¹ Cortez Salas, Ana, “Niños y niñas torturados y presos políticos en Chile: una verdad incipiente y una deuda de la justicia”, Agrupación de Ex Menores de Edad Víctimas de Prisión Política y Tortura, Santiago, Septiembre 2005.

¹⁴² El Artículo 15° establece: “Son *secretos los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, creada por decreto supremo N° 1.040, de 2003, del Ministerio Interior, en el desarrollo de su cometido. En todo caso, este secreto no se extiende al informe elaborado por la Comisión sobre la base de dichos antecedentes. *El secreto establecido en el inciso anterior se mantendrá durante el plazo de 50 años*, período en que los antecedentes sobre los que recae quedarán bajo custodia del Ministerio Interior. Mientras rija el secreto previsto en este artículo, ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura tendrá acceso a lo señalado en el inciso primero de este artículo, sin perjuicio del derecho personal que asiste a los titulares de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos en ellos, para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia. Los integrantes de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, así como las demás personas que participaron a cualquier título en el desarrollo de las labores que se les encomendaron, estarán obligados a mantener reserva respecto de los antecedentes y datos que conforme al inciso primero de este artículo tienen carácter secreto, durante todo el plazo establecido para aquel. Estas personas se entenderán comprendidas en el N° 2 del artículo 201 del Código de Procedimiento Penal o del artículo 303 del Código Procesal Penal, según corresponda. La comunicación, divulgación o revelación de los antecedentes y datos amparados por el secreto establecido en el inciso primero, será sancionada con las penas señaladas en el artículo 247 del Código Penal”.

Por otro lado, estas compensaciones establecidas por dicha ley¹⁴³ para los ex-menores, concebidos como “víctimas indirectas”, se limitan a la entrega de un “bono”, el cual es muy inferior a las reparaciones recibidas por el resto de víctimas compensadas por el Estado.

Así las cosas, y como ya fue señalado al inicio, en estos momentos, el Senado ha aprobado por unanimidad la reapertura de la Comisión Valech, para intentar remendar los fallos del pasado y permitir que las víctimas previamente excluidas puedan entregar sus testimonios.¹⁴⁴ Esta iniciativa de 16 julio de 2006 ha sido suscrita por otras organizaciones no gubernamentales, así como algunas comunidades indígenas.¹⁴⁵ La OMCT y OPCION valoran la cooperación de diversas organizaciones de la sociedad civil en la defensa y reparación de los derechos de los niños torturados durante la dictadura. Espera asimismo, que el Estado reaccione positivamente y responda tomando todas las medidas necesarias a favor de las víctimas.

8.2.2. Casos de Tortura hacia los indígenas

La práctica de la tortura hacia miembros de pueblos indígenas, especialmente hacia los mapuche, es denunciada por la ONG Human Rights Watch, que expresa su preocupación por los crecientes casos de tortura en relación a mapuche que reivindican su tierra: “[...] testimonios de testigos oculares indican que cuando numerosos efectivos de Carabineros allanan las comunidades para realizar detenciones, continúan maltratando físicamente e insultando a los residentes, incluyendo mujeres, niños y ancianos [...]”¹⁴⁶. En respuesta a tales denuncias, algunos organismos estatales, tales como el Ministerio de Salud, han empezado a reconocer el impacto y daños psicológicos que sufren los niños mapuche víctimas o testigos de actos de tortura ejercidos por Carabineros y otros cuerpos policiales.¹⁴⁷

Un caso que sirve de ejemplo de las formas que asume la violencia policial fue el que afectó a Daniela Ñancupil, una niña mapuche de 13 años, que fue herida en enero de 2001 por los tiros que se dispararon en un desalojo de tierras en el distrito de Galvarino, por un miembro de Carabineros que disparó a la niña al bajarse de un autobús policial que pasaba por delante de su casa. Aunque las circunstancias anteriores al disparo no están claras, lo cierto es que los carabineros del autobús autorizados para llevar armas fueron identificados y trasladados a otras partes del país, dificultando con ello la investigación.

En julio de 2002, personas no identificadas secuestraron a Daniela durante varias horas, poco después de que su abogado hubiera presentado una petición de cargos contra el policía presuntamente responsable del disparo. Los secuestradores vendaron los ojos a la niña y le preguntaron por la participación de miembros de su familia en la Coordinadora Arauco-

¹⁴³ La Ley de Reparaciones N° 19.992, que establece una pensión de reparación y otorga otros beneficios, fue publicada el 24 de diciembre 2004.

¹⁴⁴ La senadora Soledad Alvear tomó la iniciativa, suscrita por otros Senadores, con el objeto de volver a reconstituir la denominada Comisión Valech a fin de recopilar nuevos casos de tortura y prisión política de personas que no osaron tomar la decisión antes de presentarse ante la Comisión.

El Senado aprueba por unanimidad la reapertura de la comisión el 6 de julio de 2006.

<http://boletinrsf.blogcindario.com/2006/07/00364-chile-senado-respalda-reapertura-de-comision-sobre-prision-politica-y-tortura.html>

¹⁴⁵ el Senado aprueba por unanimidad la reapertura de la comisión el 6 de julio de 2006.

<http://boletinrsf.blogcindario.com/2006/07/00364-chile-senado-respalda-reapertura-de-comision-sobre-prision-politica-y-tortura.html>

¹⁴⁶ *Informe Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuches en el sur de Chile*, Human Rights Watch, vol. 16. no.5B, octubre 2004.

¹⁴⁷ Pedro Cayuqueo, *Los mapuches y la Comisión Valech*, ed. Periódico Azkintuwe, 7 diciembre 2004

Malleco (CAM.) Amenazaron también con matar a su abogado si no retiraba el caso contra la policía, y a los pocos días del secuestro, el vehículo de tal abogado fue incendiado¹⁴⁸. Hasta hoy, nadie ha sido acusado del secuestro de Daniela.

OPCION y la OMCT expresan su profunda preocupación a raíz casos como este, que demuestran cómo los niños y niñas indígenas, en especial los de las comunidades mapuche, sufren directamente y son testigos de actos de tortura por parte de las autoridades del Estado. En concreto, esta violencia es cometida por funcionarios de cuerpos especiales y militarizados pertenecientes a las policías, de forma tal que no es posible hablar sólo de excesos individuales. Esta forma de proceder ya ha cobrado la vida del adolescente Alex Lemún, caso en que tampoco se ha hecho justicia (ver Capítulo 3).

8.2.3. Torturas y malos tratos en los centros de internamiento de menores

Los niños y adolescentes en contacto con el sistema penal han sido históricamente un grupo tremendamente vulnerable a las torturas y malos tratos por parte de agentes del Estado. Dentro de ellos, resulta particularmente compleja la situación de los que sufren diversas formas de internación propias del sistema legal vigente en Chile (al respecto, ver Capítulos 9 y 11).

Una forma de trato cruel, inhumano y degradante que ha sido motivo constante de preocupación en el país es el uso de “**celdas de aislamiento**”. Tal medida es permitida por reglas nacionales vigentes, como el Decreto 553 de 2001, que contiene el Reglamento de las secciones de menores de Gendarmería, y el Reglamento sobre casas de menores e instituciones asistenciales contenido en el Decreto 730 de 1996. Ambos cuerpos contemplan la sanción disciplinaria consistente en el aislamiento en “celda solitaria” con un límite de 5 días¹⁴⁹, además de la medida de restricción de visitas, también prohibida por la normativa internacional.

Un ejemplo claro de aplicación de dicha medida es el de la Comunidad Tiempo Joven (COD y CERECO), donde existe una casa entera (casa 5) que ha sido tradicionalmente destinada al aislamiento de los menores. De acuerdo al Informe de Derechos Humanos 2006 de la UDP: “Se trata de doce celdas individuales, de cemento, de dos por dos metros, con una puerta de fierro con una ventana de veinte por veinte centímetros. Las celdas son oscuras y la ventana se encuentra tapada por cartones desde afuera. Tienen mal olor, pues carecen de baño y cuentan con una pequeña cama pegada a la muralla”¹⁵⁰.

En general, estos encierros en aislamiento son utilizados como una medida sancionadora respecto de quienes infringen las reglas de disciplina del centro. Por ejemplo, tras el motín del 6 de mayo de 2005 en el Centro Antuhú los menores involucrados fueron encerrados a modo

¹⁴⁸ Informe *Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuches en el sur de Chile*, Human Rights Watch, vol. 16. no.5B, octubre 2004.

¹⁴⁹ el art. 84 del Decreto 730 establece que el comité de disciplina puede proponer al director del centro la permanencia del menores en una “dependencia individual” por no más de 3 días si se trata de un CTD y hasta 5 días si es un COD. Por su parte, el art. 40h) del Decreto 553 prevé como sanción disciplinaria a un menor la “internación en celda solitaria”.

¹⁵⁰ Informe de DDHH 2006, UDP, página 85.

de sanción en las “celdas de segregación” del establecimiento, donde permanecieron 48 horas seguidas¹⁵¹.

Sin embargo, estas medidas de celda solitaria no sólo son utilizadas como sanción, sino que además se utilizan “como medida de protección ‘a favor’ de algunos menores en circunstancias complicadas o desfavorables, este es, son encerrados como mecanismo de tutela”¹⁵².

Pese a que en la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal de adolescentes, el artículo 45 señala la “prohibición de aplicar medidas disciplinarias que constituyan castigos corporales, encierro en celda oscura y penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del adolescente o sea degradante, cruel o humillante”, manifestamos nuestra preocupación por la efectiva implementación de tal mandato. En efecto, la versión de Reglamento de la Ley de RPA enviada recientemente a la Contraloría General de la República, contempla una medida disciplinaria equivalente a esta sanción prohibida por las reglas internacionales. Así, tras señalar en el artículo 112 que “Las faltas graves serán sancionadas únicamente con alguna de las medidas siguientes:...”), y agregar un listado en que no se incluye la sanción de celda oscura, solitaria, ni forma alguna de aislamiento, a continuación el artículo 113 se refiere a la “medida de separación del grupo”. En esta norma se señala que esta medida podrá ser aplicada frente a la comisión de faltas graves “cuando la seguridad personal del infractor o de los demás adolescentes así lo exija”. Esta medida podrá aplicarse hasta por 7 días (es decir, dos días más que los 5 permitidos por la regulación actualmente vigente), y no puede ser acumulada a las sanciones del artículo 112. De esta forma, estamos frente a una sanción adicional al listado aparentemente cerrado del artículo 112, que tiene la capacidad de excluirlas¹⁵³.

Otras formas habituales de violencia sufrida al interior de los recintos de internación de niños en Chile de que da cuenta el Informe 2006 de la UDP son agresiones físicas y psicológicas por parte de Gendarmes y educadores, las que revisten particular intensidad sobre todo en los operativos con que se enfrentan motines¹⁵⁴.

Entre las causas que explicarían las agresiones cometidas por gendarmes o funcionarios a cargo de menores privados de libertad se encontraría la falta de preparación que reciben los funcionarios para tratar, estar en contacto con los menores y resolver situaciones complejas que se presentan. Además de que en muchos casos se produce un enfrentamiento por el poder, dada la escasa diferencia de edad entre los menores recluidos y los gendarmes a su cargo. Sin

¹⁵¹ Información recogida en el reportaje publicado por The Clinic sobre el centro Antuhú, “Centro Juvenil Antuhú: Alcatraz para niños”, jueves 26 de mayo de 2005, año 6, n° 153, citada en Informe de DDHH 2006, UDP, página 86.

¹⁵² Informe de DDHH 2006, UDP, página 87.

¹⁵³ En relación a su procedencia, el artículo 105 agrega que esta medida “deberá ser aplicada sólo en los casos en que la seguridad de los demás adolescentes internos y el normal funcionamiento del centro sean afectados seriamente” (nótese que el supuesto en esta frase es diferente a la frase citada en el párrafo anterior, que autoriza también que la medida se aplique en aras de la seguridad del infractor, no de los demás internos).

La medida de separación “será cumplida en la habitación individual del adolescente, o en otro recinto de similares características”, y deberán “programarse actividades diarias que se llevarán a cabo al interior de la misma”.

¹⁵⁴ Informe DDHH 2006, UDP, páginas 81 y siguientes.

olvidar que las sanciones administrativas, que parecen ser las realmente aplicadas (pues no se persiguen penalmente por falta de acción) no son lo suficientemente disuasorias.

Por otro lado, es importante destacar los bajos índices de denuncia que presentan estos actos constitutivos de delitos de tortura o de malos tratos. En general, las acciones para la sanción de presuntos responsables no prosperan principalmente por la reticencia de los propios menores o de sus familias a presentarlas, además de la ya señalada subsistencia de la competencia de la justicia militar.¹⁵⁵

De acuerdo a cifras publicadas por el Sename entre enero de 2003 y abril de 2006 se dieron 40 situaciones de maltrato (subsumibles como tratos degradantes, inhumanos o incluso tortura), los que dieron lugar al mismo número de sumarios administrativos. Los resultados de estos sumarios fueron: 3 funcionarios censurados, 4 sancionados con multa, 5 suspendidos temporalmente (menos de 3 meses) de empleo y 16 sancionados con destitución del cargo. Por el contrario, 7 funcionarios fueron absueltos y 5 sobreseídos; restando 3 procesos pendientes. Las mayores tasas de denuncia se encuentran en la Región Metropolitana, que registró 14 del total de 40 que refería a las 13 regiones.

Con todo, no fue posible constatar si los hechos que motivaron los sumarios administrativos por maltrato a menores fueron puestos a disposición del Ministerio Público o de la Judicatura del Crimen para investigar la eventual responsabilidad penal de los funcionarios involucrados, cuestión a la que legalmente se encuentra obligado el Sename. De acuerdo al art. 61k) del Estatuto Administrativo vigente es obligación de cada funcionario público “denunciar ante el Ministerio Público o ante la policía [...] con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular de que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo”. En vista de lo expuesto, la OMCT y OPCION lamentan profundamente que el Estado no vele por la correcta aplicación de la ley que impone el deber de investigar los delitos conocidos por un funcionario en el ejercicio de su cargo. Reiterando la recomendación del Comité en velar por que existan procedimientos claros y bien conocidos para que los niños puedan presentar quejas sobre el trato que reciben.

Además OPCION y la OMCT observan con mucha preocupación cómo la práctica de estos malos tratos es una realidad frecuente; lamentando la aceptación que tienen este tipo de castigos entre los propios funcionarios del Estado y la invisibilidad de que gozan en los medios de comunicación. Recomiendan, por tanto, tomar medidas en cuanto al control del cumplimiento de la normativa vigente que los prohíbe, así como el refuerzo de la capacitación y formación de los funcionarios en contacto directo con los niños y adolescentes, que permita tanto la persecución como la investigación de los actos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

8.2.4 Violencia policial contra movilizaciones estudiantiles

Durante el año 2006, y sobre todo en los meses de mayo y junio, el movimiento reivindicativo de los estudiantes secundarios de todo el país en contra del modelo educativo vigente se

¹⁵⁵ Al respecto, es destacable el caso de un menor recluido que fue apaleado por Gendarmería a raíz de unos desórdenes en el centro; caso que no fue ni denunciado por la víctima ni perseguido por las autoridades competentes. De hecho, en el reportaje “Centro Juvenil Antuhué: Alcatraz para niños” se señala como tanto el menor como su familia se negaron a presentar denuncia de los hechos, debido principalmente al miedo a las represalias.

expresó con masivas movilizaciones callejeras, marchas, ocupaciones de establecimientos educativos, asambleas y variadas formas de protesta y ejercicio de la libre expresión.

En dichos eventos la reacción estatal incluyó un uso desmedido de las medidas de represión, con violencia excesiva por parte del cuerpo de Carabineros en contra de los niños y niñas manifestantes, a la vez que el uso de detenciones masivas y desalojo violento de liceos y escuelas.

En los mayores incidentes la acción policial dejó varios heridos (afectados por los gases lacrimógenos y uso excesivo de la fuerza) y cerca de mil detenidos en todo el país, la gran mayoría de ellos menores de 18 años. Muchos de los detenidos sufrieron violencia y abusos al ser detenidos, cuestión que esta vez fue evidente y ampliamente televisada. Pero también hubo casos de violencia y malos tratos al interior de dependencias policiales.

En concreto, destaca el caso de María José Romero, de 16 años de edad, quien fue detenida por Carabineros mientras marchaba en forma pacífica junto a otros estudiantes. En la querrela que ha presentado la ONG CODEPU (Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo) ante el Juzgado de Garantía de Puente Alto, en representación de María José y dos niñas más, que fue admitida a tramitación el 2 de junio de 2006, se persigue la responsabilidad de funcionarios de Carabineros por detención ilegal, lesiones, abuso sexual y apremios ilegítimos¹⁵⁶.

En esta querrela se señala que una funcionaria policial ordenó a María José seguirla a una habitación oscura, donde le realizó tocamientos genitales, tras ordenarle que se desvistiera. Además fue llevada a un Consultorio para constatar lesiones, donde no pudo hablar con el médico y se certificó que no tenía ninguna lesión, pese a que la niña presentaba lesiones visibles dado que al momento de ser detenida fue arrojada al suelo por un carabinero, quien acto seguido le golpeó con un bastón o “luma” en la cara (en la zona de la nariz) y después la pateó en los glúteos.

En la querrela se da también cuenta de que durante las horas que duró la detención a la niña jamás le fueron leídos los derechos y de que tampoco se le permitió a nadie beber agua o comer algo. Al final, la niña fue puesta en libertad después de ser obligada a firmar un papel que no pudo leer.

Los incidentes causaron conmoción pública y fue removido de su cargo el encargado de las Fuerzas Especiales de Carabineros. 8 carabineros de fuerzas especiales fueron suspendidos de sus cargos hasta el fin de los sumarios respectivos. Hasta el momento no se dispone de información acerca del resultado de estas investigaciones administrativas, y tampoco de la eventual existencia de acciones penales.

8.3 Dificultades en la responsabilización del Estado por la violencia institucional.

El problema de la violencia institucional contra los niños en Chile, en sus distintas aristas (violencia policial, en centros de internamiento, etc.), ha venido siendo señalado como un

¹⁵⁶ Con fecha 2 de junio de 2006, rol número 0610008769-1(RUC) y rol interno del tribunal de Garantía de Puente Alto número 3672-2006.

problema grave por varios investigadores y organismos de derechos humanos¹⁵⁷, sin que hasta ahora haya existido un reconocimiento del problema ni mucho menos una respuesta estatal seria y contundente frente al mismo.

Un estudio realizado por CEJIL y la Universidad Diego Portales en el 2002 daba cuenta de practicas habituales de la policía en relación a menores, tales como golpes con puños, patadas, uso de palos y hierros, y registraba incluso casos de ahogamiento con bolsas plásticas, o mediante sumergimiento de la cabeza en un tambor de agua, aplicación de electricidad y otras formas de tortura y malos tratos.

Dos años antes, el estudio de Jiménez sobre adolescentes infractores de la Región Metropolitana daba cuenta de: 120 niños que declaraban haber recibido golpes por parte de la policía; 33 casos de niños mojados con mangueras con agua helada durante la noche; 27 casos de ahogamiento con bolsa plástica; 17 casos en que se había colgado al niño desnudo de un árbol o fierro; 14 casos de hundimiento de la cabeza en tambor de agua; y 11 casos de aplicación de electricidad.

El Informe de Derechos Humanos de la UDP del año 2004 (hechos de 2003) da cuenta de la opinión de actores del nuevo sistema de justicia penal que reconocen que si bien estas prácticas no serían habituales en relación a adultos, subsiste como una practica habitual el maltrato policial de menores de edad, al punto que un Juez, tras declarar que *“en general no hay una situación de apremio físico que haya que destacar”*, hace la excepción con los menores de edad: *“sí hemos tenido inconvenientes y constatación de ese tipo de problemas de apremio en relación a los menores de edad, fundamentalmente con Carabineros, las razones la verdad es que las desconozco...pero ahí yo he notado que hay un inconveniente, o sea, que derechamente hay una falencia clara”*¹⁵⁸.

Dicho informe concluye su acápite sobre violencia policial señalando que ***“la situación de los menores de edad imputados de cometer delito es especialmente preocupante desde la perspectiva de su derecho a la integridad en el trato policial”***.

Durante el año 2001 se produjeron una serie de movilizaciones estudiantiles donde la excesiva violencia policial fue la tónica, sin que esto generara reacciones importantes en los medios ni la opinión publica. Dicha situación se alteró en las movilizaciones estudiantiles del año 2006, ya mencionadas, donde tras actuaciones extremadamente violentas e injustificadas de la policía fuera removido el Jefe de las Fuerzas Especiales de Carabineros, cuestión que tal vez se explica por la simpatía que generó el movimiento estudiantil en la ciudadanía, y por el hecho de que la policía agredió a periodistas, con lo cual la cobertura de su violencia desproporcionada pasó al primer plano noticioso (cuestión que no suele ocurrir cuando se reprimen otro tipo de movilizaciones). Sin embargo, aun no se conoce si se aplicaron sanciones a los directamente responsables, y algunos sectores políticos reclamaron por el

¹⁵⁷ Entre ellos: Riego y Tsukame, Estudio de atención a niños y adolescentes vinculados al sistema de justicia (1998); Jiménez, Adolescentes privados de libertad y justicia de menores (2000); UDP/CEJIL, Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile (2002); UDP, Informe anual de DDHH 2003; DNI/Opción, Diagnostico sobre justicia juvenil (2003).

¹⁵⁸ Baytelman y Duce, Evaluación de la Reforma procesal Penal. Estudio de una reforma en marcha. Citada en Informe de DDHH 2004 ¿hechos de 2003?, pagina 160.

hecho de dar con esa remoción una señal “blanda” en la lucha contra la delincuencia (como si los ilícitos cometidos por agentes del Estado no fueran también un tipo de delincuencia)¹⁵⁹.

Como ya se ha señalado, el marco legal y varias razones de orden cultural y político dificultan el denunciar con éxito estas situaciones. De partida, es la Justicia Militar la que en definitiva conoce de estos casos, lo cual no ofrece ninguna garantía de imparcialidad¹⁶⁰.

Otro factor a considerar es la practica existente en el país que consiste en que cuando los hechos de violencia policial son graves y causan conmoción publica, se suele optar por apartar a los acusados de la institución para la que trabajan, con lo cual ésta y el Estado deslindan responsabilidades, dejándolas en el plano personal al quedar el problema queda construido como un exceso individual de cada agente, sin que se entre a cuestionar la responsabilidad institucional y estatal por la selección, formación y fiscalización de sus funcionarios.

Para terminar, mencionaremos que hace un tiempo, de modo preventivo, un grupo de abogados hizo llegar una carta al General Director de Carabineros en vísperas de movilizaciones callejeras masivas a realizarse en noviembre del 2004 para manifestarse en contra de la visita del presidente norteamericano George Bush a Chile. En ella se señalaba a la máxima autoridad policial la preocupación por una serie de acciones habituales de la policía estimadas ilegales y/o que implican el uso de violencia innecesaria contra manifestantes¹⁶¹.

¹⁵⁹ “Para (el Senador) Espina, ‘la medida se debe a la presión de la izquierda concertacionista contra Carabineros de Chile y es la razón por la cual la policía termina no haciendo nada frente a los desórdenes, porque sabe que a la primera situación que se produce los dan de baja, en circunstancias que la policía uniformada ha tenido que enfrentar actos de violencia’ ”. “Espina critica remoción del jefe de fuerzas especiales”, en www.lanacion.cl, 31 de junio de 2006.

Indicó que “por este tipo de situaciones aumenta la delincuencia en Chile porque siempre se corta el hilo por lo más delgado. Lo que correspondía era investigar los excesos puntuales pero no dar de baja a personal policial o separar de sus cargos a jefes policiales”.

¹⁶⁰ Desde el contexto del llamado “conflicto mapuche”, Human Rights Watch se refiere en estos términos al problema: “Se trata de procesos muy largos, burocráticos, donde prácticamente no existe derecho a la defensa. Ello, porque el período de investigación es secreto y no existen instancias frente a las cuales hacer valer argumentos y evidencias, sino cuando ya se encuentra formada la convicción del juez... En la mayoría de los casos que involucran a *mapuche*, los Carabineros desarrollan una investigación interna que es considerada como parte del sumario y constituye un antecedente fundamental para el Fiscal y para el Juez. Esta investigación es realizada por el superior del (los) funcionario(s) involucrado(s), lo que afecta nuevamente la posibilidad de esclarecimiento de los hechos investigados, puesto que la condena eventual de uno o varios Carabineros por denuncias de torturas o malos tratos puede provocar un daño a la imagen institucional”. (Informe “Indebido Proceso”, en: http://www.hrw.org/spanish/informes/2004/chile1004/6.htm#_Toc86063134)

¹⁶¹ En concreto: 1- Abundancia de insultos, garabatos, desinformación y amedrentamientos. 2- Golpes de luma, puñetazos, patadas. 3- Amontonamiento innecesario de manifestantes al interior de vehículos policiales. 4- Utilización de esposas de manera que causen daño y heridas cortantes en las muñecas del esposado. 5- Utilización de carros lanzaaguas que no sólo utilizan ese elemento como disuasivo por sus cualidades normales, sino que se le agrega componentes químicos desconocidos con capacidad de generar irritación y picazón en los cuerpos a los que alcanza el chorro de agua, e incluso de afectar todo un sector de la ciudad por bastantes horas. 6- Utilización de perdigones de goma, de acero, e incluso de balas, sin que su uso guarde relación ni proporción con el nivel de violencia que algunos manifestantes pueden estar ejerciendo contra los funcionarios policiales. 7- Lanzamiento de piedras por parte de la policía. 8- Utilización de un medio disuasivo como son las bombas lacrimógenas en una función de arma muy peligrosa, por la vía de lanzarlas directamente al cuerpo, siendo potencialmente capaces de generar por esa vía graves lesiones corporales e incluso la muerte de manifestantes.

Se señalaron otras prácticas y problemas más o menos habituales tales como: 1-No identificación por parte de los agentes policiales, sobre todo de las Fuerzas especiales, que suelen no portar placa identificatoria durante su acción represiva, con lo cual se torna imposible identificar funcionarios individualmente responsables de “excesos” y eventuales delitos. 2-Práctica masiva de la detención por sospecha. 3-Negativa a informar acerca de la causa de detención de una persona y de la comisaría a la cual será llevado alguien, frente a consultas hechas por abogados u otras personas. 4-Detención de abogados en circunstancias en que se encuentran ejerciendo su profesión. 5-Negativa a permitir el ingreso de abogados a comisarías, o demoras absolutamente irracionales (de hasta varias horas) en permitir dicho ingreso. 6-Detención de gente fuera de las comisarías, en circunstancias en que se encuentran a la espera de obtener información sobre detenidos. 7-Negativa en comisarías y postas a estampar constancias o recibir denuncias si es que se refieren a ilícitos cometidos por la policía. 8- Demoras irracionales en la comprobación de domicilio, etc.

Esta carta¹⁶² señalaba además la preocupación especial por los criterios de utilización de la privación de libertad de menores como ultimo recurso, y por la excesiva disparidad de criterios policiales existentes en cuanto a los requisitos para la puesta en libertad de los menores de edad.

Dicha carta recibió como única respuesta hasta el momento una carta del Jefe de Gabinete del Director General, donde afirmaba que había sido derivada a la Dirección de Orden y Seguridad “**para su estudio e instrucciones**”.

8.4. Legislación contra la pena de muerte

8.4.1. Legislación internacional

Chile ha firmado, aunque no ratificado, los tratados internacionales para abolir la pena de muerte. Entre ellos, el *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo a la abolición de la pena de muerte* que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y el *Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*.¹⁶³

8.4.2. Legislación nacional

En la legislación nacional, la publicación de la Ley n° 19.734 el 5 de junio de 2001, abolió la pena de muerte para delitos comunes, sustituyéndola por el presidio perpetuo, que se extiende a un mínimo de 40 años y sólo es aplicable a mayores de 18 años. La pena de muerte, se retiene no obstante en el Código de Justicia Militar para crímenes cometidos en tiempo de guerra.

Curiosamente, el impacto de la abolición de la pena de muerte es bastante contradictorio, puesto que esta medida no se había aplicado en Chile desde principios de la década de los 80, y lo que sí ha resultado un efecto real es que el presidio perpetuo aumentó su mínimo de 20 a 40 años, medida que sí se ha aplicado bastante. A la vez, el hecho de que no exista pena de

¹⁶² Suscrita por los abogados Julio Cortes, Alvaro Molina, Claudio Fierro, Rodrigo Velásquez y Cristian Alarcón, con fecha 18 de noviembre de 2004.

¹⁶³ Documentación de Amnesty International: Ratificación de tratados internacionales para abolir la pena de muerte (1 de enero de 2006). www.amnesty.org.

muerte ha servido para dar argumentos a los sectores duros en materia de seguridad ciudadana.

Respecto a los menores de edad en concreto, en el marco legal vigente, por aplicación del artículo 72 del Código Penal, no resultan aplicables a los adolescentes declarados con discernimiento ni la penal capital ni la prisión perpetua.

Con la nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes se contempla que las penas máximas imponibles son las de privación de libertad con un límite superior de cinco años para los menores de entre 14 y 16 años y de 10 años para los menores de 16 a 18 años¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Art.18 Ley de 20.084, de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

9. Protección de los niños privados de libertad (artículo 37-b, c, d CDN)

La definición de privación de libertad contenida en las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (RPMPL), al atender a la materialidad del hecho de estar privado de libertad antes que a la denominación formal de la internación, resulta de gran utilidad en el contexto chileno, en que por no haberse producido aún una adecuación sustancial y plena a la CDN subsiste en las normas y en la práctica el modelo tutelar o de situación irregular, y con él distintas formas de internación de niños y niñas que no se reconocen abiertamente como penas o sanciones. De hecho, gran parte de estas internaciones siguen fundándose en la idea de “diagnóstico” o de “protección”.

Interesa en este capítulo señalar las formas de privación de libertad de niños que existen en Chile, y lo que se conoce acerca de sus condiciones. Este último punto es muy relevante, puesto que el Estado ha mantenido en los últimos años una actitud de hermetismo en relación a lo que sucede al interior de sus cárceles, incluidas las de niños. Durante el 2004 Gendarmería de Chile se negó reiteradamente a proporcionar información solicitada por investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, lo que llevó a dicha casa de estudios a entablar acciones judiciales en defensa del acceso a la información, petición que fue acogida tanto en primera como en segunda instancia¹⁶⁵.

9.1. Legislación

9.1.1. Formas de privación de libertad que afectan a los niños

La privación de libertad ilegal o arbitraria está prohibida por la Constitución Política de la República de Chile¹⁶⁶. Esto implica que está limitada exclusivamente a los casos previstos en las leyes.

En el ámbito de los menores de 18 años de edad, la “legalidad” y “arbitrariedad” de los casos en que se producen privaciones de libertad queda sujeta a las características normativas e institucionales del modelo tutelar. De esta forma, tenemos que en relación a niños y adolescentes la taxatividad de los supuestos que habilitan la privación de libertad en el mundo adulto no rige, y los supuestos de intervención son difusos y abiertos, pese a los intentos de acotarlos mediante conceptos tales como “amenaza o vulneración de derechos”, que han venido a reemplazar gradualmente a las denominaciones tutelares puras como “riesgo moral o material” y “situación irregular”. La falta de garantías mínimas en la justicia de menores es precisamente una de las características centrales de dicho modelo. Por ello es que cuando el Informe del Estado señala que no existe privaciones de libertad ilegales en Chile, pues se basan en la Ley de Menores, la afirmación puede resultar engañosa.

Así, tenemos que legalmente son aplicables a las personas de menos de 18 años de edad diversas formas de privación de libertad:

-las mismas que afectan a los adultos (detención, prisión preventiva, cumplimiento de condena), en la medida que son imputables los adolescentes de 16 a 18 años declarados con

¹⁶⁵ “Corte de Apelaciones ordena a Gendarmería entregar información a Universidad Diego Portales”, Comunicado de Prensa de la Clínica de acciones de interés público y de DDHH de la UDP, en: <http://www.udp.cl/comunicados/0906/08/acceso.htm>

¹⁶⁶ Art.19.7 b Constitución Política de la República de Chile, versión de 2005.

discernimiento. En estos casos, los recintos de privación de libertad son, además de las comisarías no especializadas (es decir, la gran mayoría, pues solo hay dos comisarías de menores en la ciudad de Santiago), las secciones de menores en cárceles de adultos.

-las formas de privación de libertad propias del sistema de menores, que presentan dos grandes ámbitos: el de niños y adolescentes infractores, y el de niños y adolescentes en protección. Además de COD s y CERECOs, nos encontramos aquí con los CTD (Centros de Tránsito y Distribución).

Los COD, CTD y CERECO son regulados en la Ley de Menores. Esta incorpora desde 1994 los COD y CTD como diversos tipos de “Casas de Menores”, y del texto de la Ley (artículo 51) se desprende que los CTD no están concebidos como lugar de privación de libertad, aunque en la práctica lo sean. Los CERECO son englobados en las medidas de protección aplicables, pues se consideran un “establecimiento especial de educación”, a los que se refiere el N° 3 del artículo 29, y desde el 2002 se los menciona también en el artículo 51 como un tipo de Casa de menores .

Existe un Reglamento de las Casas de Menores (Decreto 730 del Ministerio de Justicia, de 1996), y un Reglamento de las secciones de menores en recintos de Gendarmería de Chile (Decreto Supremo 553, de 2001).

Hasta antes de las modificaciones introducidas a varios cuerpos legales por la Ley 19.806 del año 2002 los adolescentes declarados con discernimiento eran mantenidos en privación de libertad en los mismos recintos que los adultos, pero separados, para la eventualidad de cumplir condena. Al cumplir 18 años pasaban a convivir con la población adulta. Las modificaciones introducidas por la Ley 19.806 a la Ley de Menores incluyeron un nuevo artículo 58, que señala que “la pena privativa de libertad que el tribunal con competencia en lo criminal aplique al menor de edad declarado con discernimiento, será cumplida en un Centro de Rehabilitación Conductual”.

Centros de internamiento de menores

De acuerdo a lo señalado, existen los siguientes tipos de recinto en que pueden ser privados de libertad los niños:

- Comisarías u otras dependencias policiales,
- Centros de Tránsito y Distribución (CTD),
- Centros de Observación y Diagnóstico (COD),
- Centros de Rehabilitación Conductual (CERECO),
- secciones de menores en cárceles de adultos.

Los Centros de Tránsito y Distribución (CTD) se encargan de atender a los menores que requieren diagnóstico, asistencia y protección, mientras se adopta alguna medida a su respecto (por ejemplo cuando se toma una medida cautelar de separación del menor de su medio familiar para proteger su integridad física o psíquica)¹⁶⁷. Del art. 51 de la Ley de Menores,

¹⁶⁷ Art. 16bis Ley Menores.

introducido en 1994, se desprende que este tipo de centros no está concebido como privativo de libertad¹⁶⁸, aunque en la práctica lo sea.

Los Centros de Observación y Diagnóstico (COD) están actualmente destinados menores de entre 16 y 18 años detenidos (cuando han cometido un delito flagrante y el Juez de Garantía ha ampliado el plazo de detención a petición del fiscal) o en prisión preventiva a la espera de que se decida sobre su discernimiento.

En tercer lugar, los Centros de Rehabilitación Conductual (CERECO) tienen por finalidad declarada “procurar la integración definitiva del menor en el medio social”, y se usan tanto para los adolescentes declarados con discernimiento y condenados penalmente (a partir de la Ley 19.806, de 2002), como a los declarados “sin discernimiento” cuando el tribunal de menores ha decretado respecto a ellos una medida de encierro, como para los niños menores de 16 años a quienes se imputen hechos punibles (de acuerdo al artículo 8 N°.10 de la Ley que crea los Tribunales de Familia).

Pese a que 1994 se aprobó la ley llamada “de erradicación de los niños de las cárceles de adultos” –que modificó, entre otras normas, el artículo 51 de la Ley de Menores-, es la misma ley la que no sólo mantiene la posibilidad de internar a los adolescentes en las cárceles de adultos una vez declarados con discernimiento, sino que también se contempla la internación en secciones de menores al interior de algunas cárceles públicas como medida de “excepción” para aquellos lugares en que no existan CODs.

Todos estos centros son determinados por el Presidente de la República mediante decreto supremo.¹⁶⁹

Como ejemplo de lo señalado, tenemos el Decreto Supremo exento n° 2367 de 2 julio de 2004, que en relación a la Sexta Región del país señala que los establecimientos en “que podrán ser internados los menores de edad que pudieren ser sometidos a examen de discernimiento, por no existir Centros de Observación y Diagnóstico en el lugar”, deberán ser cárceles de adultos: el Centro de Cumplimiento Penitenciario de San Antonio, Los Andes o Isla de Pascua para los jóvenes de sexo masculino, y el Centro Penitenciario Femenino de Valparaíso para las niñas.

En la práctica, existen centros que cumplen a la vez funciones de CTD, COD y CERECO (un ejemplo de ello es el COD/CTD/CERECO Santiago, para niñas en la Región Metropolitana).

A nivel administrativo y judicial, han existido algunos esfuerzos por diferenciar los supuestos de privación de libertad, y respetar edades mínimas para la internación. Así lo demuestran el gran número de recursos de amparo presentados a su conocimiento, sobre todo en los años 2002 y 2003. En general, las Cortes de Apelaciones al fallar estos recursos han recordado a los jueces de menores que el art.51 de la Ley de Menores “señala dos tipos de centros independientes y autónomos entre sí. Uno de ellos, el COD, está destinado a acoger

¹⁶⁸ Ello se desprende del 51 en su inciso III donde tras señalar que los COD se destinarán a los menores detenidos o sujetos a prisión preventiva durante el examen de discernimiento, aclara que “con todo, estos menores [...] podrán ser atendidos en un Centro de Tránsito y Distribución cuando no proceda su privación de libertad”.

¹⁶⁹ Así por ejemplo el diseño del sistema de la Región Metropolitana fue determinado por el Decreto Supremo exento n° 2372 de julio de 2004 que estableció los CTD y COD existentes en virtud del Art. 71 Ley Menores, y se complementa con la resolución exenta n° 888 de 17 agosto de 2005 que instauró el CERECO Tiempo Joven, en un complejo en que desde hace años funciona un COD.

únicamente a los menores que hubieren cometidos hechos constitutivos de crimen o simple delitos, mayores de 16 y menores de 18, en los que los supuestos hechores han de permanecer mientras el tribunal competente emite una resolución relativa a la plausibilidad de hacer recaer sobre ellos la responsabilidad penal. En cambio, el CTD está destinado a la atención de niños que requieren de diagnóstico, asistencia y protección, con miras a adoptar alguna medida para su bien futuro. Como es fácil advertir, en los COD el régimen es de internación, ingreso o permanencia, mientras en los CTDs, el sistema es de atención”¹⁷⁰.

Otros fallos que han acogido recursos de amparo a favor de niños y niñas se han fundamentado en que la privación de libertad es ilegal y/o arbitraria ya sea porque han sido objeto de medidas de detención indefinidas (sin determinación clara y precisa de su duración)¹⁷¹; porque han sido internados en lugares no aptos para la protección de los menores confundiendo atención con internación (CTDs con CODs)¹⁷²; o porque incluso están internados en prisiones para adultos¹⁷³.

9.2. La realidad de la privación de libertad en los recintos de internación de menores

Como se indicó arriba, no ha sido fácil ni siquiera para los investigadores académicos acceder a las cárceles y a la información oficial disponible sobre su uso. Los últimos informes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales han tenido que recurrir a fuentes secundarias tales como reportajes de la prensa y entrevistas a personas que por razones profesionales acceden a los recintos de privación de libertad de menores. El Informe del año 2204 (hechos de 2003) incluso da cuenta de que algunos investigadores tuvieron que hacerse pasar por abogados particulares de los niños para poder acceder a ellos.

Respecto a las condiciones de los centros de privación de libertad de menores es preciso destacar que la teoría legislativa dista enormemente de la práctica. Así, mientras el Reglamento n° 553, recoge uno de los principios que deben regir el trato de los menores bajo custodia de Gendarmería muy al principio de su articulado: la garantía del cumplimiento de las “exigencias de higiene y resguardo de la dignidad humana”¹⁷⁴, al que se añade posteriormente la previsión general de velar por la “vida, integridad y salud de los menores internos”¹⁷⁵ permitiendo el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta su “situación

¹⁷⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rec., 13532/2003-Resolución 73740 Secretaría de lo Criminal.

¹⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rec. 13530/2003-Resolución 723483 y Rec.1531/2003, resolución Secretaría de lo Criminal- resuelven dos casos diferentes de menores, ambos de 13 años, internados en el COD San Miguel de Santiago sin plazo alguno. Declarando en ambos la ilegalidad de la medida de internación.

¹⁷² Corte Apelaciones de Santiago, Rec. 1352/2003 resolución 73740: “toda medida que adopte un tribunal con respecto a menores deberá necesariamente tener en consideración su interés superior, y como resulta evidente que este no ha sido cautelado por parte de la juez de menores, al disponer la internación del menor en un lugar no apto para ello [un COD donde el régimen es de internación, frente al CTD donde el sistema es de atención] *sin que se explicita con claridad el término de la misma y los motivos que la han ocasionado, todo lo cual constituye una privación arbitraria de la libertad del menor. [...] Debiendo el Primer Juzgado de Menores de Santiago dejar sin efecto la orden de permanencia del menor en el COD y disponer su atención en un CTD y si no existiere una adecuado al cual pueda ser derivado, deberá decretar la libertad inmediata del amparado”.*

¹⁷³ Rec. Amparo contra Gendarmería de Chile ante la Corte de Apelaciones de Santiago, 17 septiembre 2002, rol n° 53423-2002.

¹⁷⁴ Art.2 Reglamento 553 de 2002.

¹⁷⁵ Art. 7 Reglamento 553 de 2002: “la Administración velará por la vida, integridad y salud de los menores internos y permitirá el ejercicio de los *derechos compatibles con su situación procesal*, los que podrán restringirse sólo por razones fundadas de seguridad”.

procesal”, la realidad es que las condiciones de internamiento en general distan de cumplir dichas premisas y mucho menos los derechos específicamente mencionados¹⁷⁶, llegando en ocasiones a condiciones y situaciones calificables de tratos crueles, inhumanos o degradantes (específica y expresamente prohibidos en el art. 8 del mismo Reglamento)¹⁷⁷.

El último Informe anual de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UDP, en la parte relativa a privación de libertad de menores de edad, identifica los siguientes “núcleos problemáticos”:

- Menores internados en recintos penitenciarios de adultos.
- Separación (de los menores y adultos en los recintos penitenciarios, y entre menores en los recintos de SENAME).
- Capacidad de atención y condiciones básicas de vida. Dentro de este núcleo encontramos los siguientes problemas: instalaciones, alimentación, ubicación geográfica de los centros y problema de las visitas, acceso a la salud.
- Violencia, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- Ineficacia de la rehabilitación.
- Consumo de Drogas.
- Privación de libertad al margen de la ley en los CTDs.

9.2.1 Menores de edad en cárceles de adultos

El hecho de que aún existan menores de edad internos en cárceles de adultos, a más de una década de la llamada “ley de erradicación de menores de las cárceles de adultos”, es en efecto un problema grave, en cuya existencia tiene un rol la propia legislación vigente (que, como hemos señalado, no impide la internación en cárceles de adultos de los adolescentes declarados con discernimiento, y autoriza que en ciertas ciudades los menores sean internados en lugares determinados mediante decreto, lo cual incluye la posibilidad de internación en dichas cárceles).

Las modificaciones legales más recientes (nuevo Código Procesal Penal, Ley 19.806 y otras) han generado al respecto algunos efectos curiosos. Así, de acuerdo a la Ley 19.806, el nuevo artículo 58 dispone que las condenas privativas de libertad en contra de adolescentes declarados con discernimiento deben ser cumplidas en un CERECO. Esta solución, que no se ha implementado efectivamente en todo el país, resulta un diseño curioso, pues al momento de ser declarado con discernimiento, el adolescente en prisión preventiva debiera ser trasladado desde un COD a una sección de menores de una cárcel de adultos, para regresar a un centro de menores a cumplir condena.

En la práctica, nos encontramos con que por un lado, no se da aplicación en todos los casos a la obligación de cumplir condena en CERECO (de acuerdo al Informe más reciente de la UDP, citando datos de Gendarmería, al 31 de marzo de 2005 nada menos que 52 menores de edad se encontraban en calidad de “condenados” en cárceles de adultos). Por otro, muchas veces los adolescentes declarados con discernimiento permanecen cumpliendo la prisión

¹⁷⁶ Art. 6 Reglamento 553 de 2002: libertad ideológica y religiosa, derecho al honor, a ser designado por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación, al acceso a la cultura, al desarrollo integral de su personalidad.

¹⁷⁷ Art. 8 Reglamento 553 de 2002: las “torturas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra o de obra”, se prohíben específica y expresamente.

preventiva en COD sin ser trasladados a secciones de menores en recintos penitenciarios de adultos.

En esa misma fecha, el número total de menores de edad en cárceles de adultos ascendía a 297.

Ligado a este problema, nos encontramos con el de la separación. En efecto, la CDN y demás instrumentos internacionales no prohíben absolutamente el ingreso de menores de edad a cárceles de adultos, pero exigen una separación adecuada entre ellos y el resto de la población. Esta separación en Chile no es totalmente efectiva, pese a que se han realizado importantes esfuerzos en ese sentido, y es así que el contacto entre menores y adultos se produce de todas formas, vulnerando con ellos las exigencias de la CDN. De acuerdo al Informe de la UDP “el contacto entre menores y adultos se produce de todas formas, ya sea en los patios o en los edificios de la unidad”, siendo entonces una separación más nominal que efectiva. Entra las causas principales del problema se menciona “la deficitaria infraestructura de los penales, cuya capacidad imposibilita la segregación”.

Una de las áreas más peligrosas de contacto con adultos se produce en los traslados a tribunales. De acuerdo a un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2002, en adelante Gendarmería debía abstenerse –entre otras cosas- de realizar dichos traslados conjuntos de menores y adultos¹⁷⁸. No obstante, estas situaciones siguen produciéndose. El Informe de la UDP cita al respecto a un Defensor Penal Público de la Región Metropolitana: “Los mismos jóvenes dicen que uno de los espacios más complicados, donde se generan más conflictos, y al que los jóvenes primerizos le tienen mucho temor, es el traslado al tribunal. Ahí se generan peleas y abusos de todo tipo. Por eso habitualmente le llaman ‘el carnicero’. Ciertamente hoy todavía se juntan menores con adultos ahí, básicamente por la falta de autos y, además, se juntan en los mismos tribunales. Yo te diría que el traslado a tribunales es el momento en que se generan mayores abusos. Hay abusos de gendarmes también”¹⁷⁹.

9.2.2 Instalaciones y condiciones de vida al interior de los centros

En el Informe de la UDP se afirma que “invariablemente, en todos los centros del país tanto las casas como los espacio comunes y las instalaciones en general (baños, salas, etc.) se encuentran en evidente y creciente deterioro”. Como ejemplo se menciona al Centro Antuhué, que no obstante haber sido inaugurado en el año 2003 -siendo presentado por el Sename como centro modelo para la rehabilitación de menores-, parece ya tener varias décadas de funcionamiento. Citando una reportaje del periódico The Clinic: “las lámparas de los pasillos están quebradas y los cables al aire, los techos de latón están rajados en muchas partes y, además, abollados [...]. En cuanto a los baños, en uno de los inodoros no cuentan con separaciones y son usados por los menores a la vista de todos, las tazas están quebradas y los restos de loza se encuentran esparcidos por todo el lugar[...]; el piso de otro baño se halla cubierto de orina y presenta un olor insostenible”. También se destaca la carencia de

¹⁷⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de septiembre de 2002, Rol N° 53.423-2002, en que se falló –entre otras cosas- lo siguiente: “Gendarmería de Chile extremará las medidas de seguridad para que los menores no alternen o se vinculen de modo alguno con los internos adultos de los Centros de Detención Preventiva o Cumplimiento Penitenciario, especialmente el denominado Santiago Sur, ex Penitenciaría. Tanto al ser tratados en el hospital penitenciario como al concurrir a otras dependencias del establecimiento, ocasiones en que se les aislará y atenderá en forma preferente”.

¹⁷⁹ Informe de DDHH 2006 (hechos de 2005), UDP, página 68.

utensilios básicos para mantener la higiene personal¹⁸⁰, falta de medicamentos y recintos para hacer las curaciones menores. “El centro no cuenta con agua durante ocho horas cada día”, añadiendo que “la comida es de baja calidad e insuficiente cantidad”.

Respecto al problema de la **alimentación**, éste se centra más que en la calidad en la cantidad, recortada conforme va avanzando el año, debido al sistema de autogestión de recursos de cada centro, que suele adolecer de falta de previsión y capacidad de acogida de los aumentos de número internos¹⁸¹. La OMCT y OPCION solicitan al Estado la revisión de los sistemas de gestión de recursos de los centros de internamiento, a fin de garantizar tanto la calidad como la cantidad suficientes y adecuadas de alimento para los niños internos.

Un problema práctico que se produce principalmente en la Región Metropolitana, es la **ubicación geográfica** lejana en que se encuentran emplazados algunos centros de menores. Dado que hasta finales de 2005 no fue habilitado un CERECO cerrado en la Región Metropolitana, los menores eran internados en centros ubicados fuera de Santiago (Centro Antuhúe en la Sexta Región o CERECO Lihuén, en la Quinta Región). Tal situación fue constatada por el diario The Clinic en su reportaje sobre el centro Antuhúe, situado a unos 90 Km. de la ciudad de Santiago en una zona aislada y de difícil acceso¹⁸². Esta situación en concreto se revirtió habilitando como CERECO cerrado una parte del COD Tiempo Joven, después de los graves incidentes surgidos en el CERECO de Antuhúe, pero hasta el día de hoy es posible que un juez decida enviar a los niños a centros ubicados en otras regiones.

En otras regiones, los niños y adolescentes son internados en centros excesivamente alejados de sus comunidades o en lugares de difícil acceso, lo que dificulta la comunicación con sus familiares, incapaces de asumir los costes de tiempo y económicos que implica trasladarse hasta dichos centros de forma regular.

El **acceso a la salud** es otra de las insuficiencias serias del sistema de internamiento de menores. Si bien en la gran mayoría de los centros existe formalmente una enfermería, por regla general ella sólo cuenta con capacidad para otorgar una prestación muy básica y de carácter ambulatorio, descartando intervenciones más complejas. Carencias a las que se añaden la falta de remedios y personal especializado. La gravedad de la situación se incrementa si tenemos en cuenta los constantes y frecuentes conflictos que suceden en el interior de los centros, que no sólo tienen consecuencias sobre la salud física, sino también sobre la mental. Un ejemplo de esto, se encuentra en el COD de Santiago donde no hay enfermería, aunque existe un enfermero que está en el centro varias horas al día.

En el centro Antuhúe, el 14 de mayo de 2005 un menor inconsciente fue trasladado de urgencia hasta el hospital de Rancagua. De acuerdo al informe de de The Clinic, el menor llevaba una semana aproximadamente quejándose de intensos dolores abdominales y los

¹⁸⁰ “se entrega sólo una máquina rasuradora por casa, siendo que la ocupan hasta 18 [personas]”.

¹⁸¹ De acuerdo a un funcionario del centro CTD Pudahuel: “a fin de año, la plata se comienza a acabar porque cada director de centro administra sus platas. Por ejemplo, si nos llegan niños con problemas alimentarios, ahí no podemos hacer nada. Si el número de menores aumenta, lo único que nos queda es echarle agua a la sopa”. Intervención recogida en el *Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2006, junio 2006*, pág. 75.

¹⁸² “Centro Juvenil Antuhúe: Alcatraz para Niños”, The Clinic, 26 de mayo de 2005, año 6, nº153: “el centro se encuentra al interior de la cordillera de la costa, a los pies de un cerro que cada invierno se cubre de nieve [...] la mayoría de los chicos son de Santiago, y cuando sus padres los van a ver, los días de visita, deben viajar 90 Km. hasta un cruce carretero cercano a Graneros y luego internarse 10 minutos por un camino de tierra sinuoso, sin ninguna construcción en kilómetros a la redonda. Cuando al final aparece Antuhúe con sus garitas de vigilancia y sus alambres de púa, impresiona por su aislamiento”.

funcionarios del centros le habían diagnosticado una hernia inguinal, restándole importancia al asunto. Después de ser operado en el hospital se descubrió que presentaba una “virulenta infección” producida por gonorrea, una enfermedad venérea.

Especial importancia tiene este problema en relación con los niños discapacitados mentales, con SIDA, esquizofrénicos o en niñas embarazadas. De acuerdo la investigación realizada por La Nación¹⁸³, en el CTD Pudahuel, que sí cuenta con una enfermería permanente, el tratamiento común para esos niños consiste en amarrarlos a sus camas con el objetivo de evitar la generación de violencia durante sus crisis nerviosas, pues los funcionarios a su cargo, no tienen la preparación suficiente para enfrentarlos: han existido casos en que funcionarios del centro han terminado con lesiones de importancia, como fracturas derivadas de golpes propinados con palos. De acuerdo al coordinador nocturno del centro, Pablo Fuentes, el problema se origina en primer lugar porque nadie quiere hacerse cargo de ellos, pues las instituciones colaboradores del Sename “no quieren problemas”, siendo derivados entonces a centros donde no se cuentan con los recursos necesarios, como en el CTD Pudahuel.

La OMCT y OPCION recuerdan que la falta de un acceso idóneo a las prestaciones efectivas de salud acarrea consecuencias nefastas para la vida e integridad física y psíquica de los menores privados de libertad. En consecuencia, recomiendan al Estado que adopte las medidas apropiadas, incluida la asignación de recursos suficientes, que garanticen un adecuado acceso de los niños a su derecho a la salud, especialmente respecto a los niños con necesidades especiales.

Las deficiencias en materia de atención de salud pueden explicar en parte los suicidios e intentos de suicidio que se producen en los diversos recintos carcelarios de menores. El último suicidio de un menor de edad preso se produjo el 27 de septiembre de 2006 en una sección de menores, al interior de la cárcel de Huachalalume, en La Serena (IV Región), inaugurada en enero del mismo año, y que forma parte de las nuevas cárceles que se están abriendo, con participación del sector privado. En tal fecha Eric Melo, de 17 años de edad, se quitó la vida ahorcándose con una sábana, aparentemente afectado por una fuerte depresión y síndrome de abstinencia¹⁸⁴.

Dentro de los recintos de privación de libertad de menores también se producen problemas con la adecuada separación de grupos de niños. Por regla general, los centros se dividen en “casas”, en donde se intenta separar a los niños según categorías de comportamiento, edad, etc. No obstante, el dinamismo propio del funcionamiento de los centros, unido a las deficiencias en la infraestructura, facilitan el contacto entre niños de diversas casas, con nefastas consecuencias para la vida e integridad física de sus habitantes. Esta situación fue constatada por la investigación del diario La Nación¹⁸⁵ acerca del CTD Pudahuel: “al poco tiempo de llegar al centro, niños primerizos imitan conductas carcelarias de sus compañeros más avezados cortándose las venas como protesta”. Respecto a las casas de niñas y adolescentes, se señala que la Casa A (destinada al género femenino) acoge tanto a menores que ingresan por prostitución y las que han sido víctimas de violencia sexual. Además existen contactos frecuentes entre las casas de diferentes géneros. De acuerdo al reportaje citado, “la existencia de relaciones sexuales en las denominadas *convivencias* fueron informadas por medio de una carta que los funcionarios del COD El Arrayán enviaron a la dirección del Sename en octubre de 2005”. Los contactos sexuales son de todo tipo, siendo muchos de ellos

¹⁸³ “Peras con manzanas”, La Nación Domingo, semana del 18 al 24 diciembre de 2005.

¹⁸⁴ <http://www.diarioeldia.cl/imprime.asp?id=11375>

¹⁸⁵ *Peras con manzanas*, La Nación Domingo, semana del 18 al 24 diciembre 2005.

violentos o no consentidos; según el informe, que señala a los propios educadores del centro como fuente de la denuncia, “las violaciones entre mujeres son bastante comunes”. Como consecuencia de la denuncia, el Sename tomó medidas de restricción de contactos, no obstante lo cual dos jóvenes estaban embarazadas en diciembre del mismo año.

A fines del 2006, como parte del trabajo de la Comisión de Expertos creada por la Ley 20.110, que tiene a su cargo la verificación de las condiciones de aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, se realizaron visitas a centros de privación de libertad de menores administrados por SENAME en la Región Metropolitana y en las regiones VIII y IX.

En el Primer Informe de esta Comisión, entregado en octubre de 2006, se manifiesta “su preocupación por el estado en que se encuentra la actual infraestructura con que cuenta el sistema cerrado y semicerrado para jóvenes infractores, la que constituirá una parte importante de la capacidad del nuevo sistema para la aplicación de sanciones”, dado que se pudo constatar que “las condiciones generales, especialmente en algunos centros, son precarias y todavía insuficientes para la correcta aplicación de la ley y, más aún, para el logro de los fines educativos y preventivos que se pretende”.

Tras detallar una serie de problemas detectados en los centros visitados, la Comisión agrega que “no todos los problemas descritos son pura consecuencia de carencias ‘físicas’ del sistema, sino que ellas están vinculadas a un diseño normativo que pone énfasis en objetivos altamente exigentes y a una estructura organizacional de las instituciones, generándose así una asimetría demasiado pronunciada entre el diseño normativo de la nueva ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes y las condiciones del sistema observadas actualmente. La brecha entre lo que existe y lo que se pretende quedó de manifiesto tras la visita realizada” (el subrayado es nuestro).

9.2.3 Privación de libertad en CTDs

Aunque en la Ley de Menores desde 1994 se introdujo una clara distinción entre los CTD (destinados a diagnóstico y acogida de niños y adolescentes necesitados de protección) y los COD (destinados a la privación de libertad de los menores infractores detenidos o sometidos a diagnóstico de discernimiento), distinción dirigida especialmente a terminar con la privación de libertad del primer grupo, esta separación se ve burlada porque algunos de los CTD funcionan de hecho en condiciones de privación de libertad, y a veces en el mismo recinto en que existe un COD y/o CERECO.

En muchos casos a los niños en CTD se les aplica “una práctica de encierro encubierta, fundamentalmente mediante el endurecimiento del régimen y la introducción de reformas en las infraestructuras a los CTD”¹⁸⁶, como por ejemplo al CTD Los Acacios en la Región Metropolitana, adonde la nueva judicatura de familia tiende a internar a niños para poder diagnosticarlos. En la mayoría de los casos éstos superan los límites de brevedad de internamiento para el diagnóstico.

¹⁸⁶ La cita corresponde a la pág. 95, *Informe Anual sobre los derechos humanos en Chile 2006*, Facultad Derecho de la Universidad Diego Portales, junio 2006, que además añade las palabras de Francisco Estrada, Jefe del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia, quien reconoce la habilitación del CTD Los Acacios por parte del Sename como pie forzado por los jueces: “[...]Lamentablemente estos criterios han sido mantenidos por la judicatura de familia, han mandado a los niños allá, bajo la premisa de que solamente internados es posible diagnosticarlos”.

Si bien la Ley 20.084 incorpora garantías que el Estado debe respetar antes de privar a un adolescente de su libertad (condenas sólo por delitos graves y exclusivamente después de tener la oportunidad de alegar su inocencia y defenderse en un juicio), ésta ley no afecta de por sí la situación de los niños en “protección” ni la de los infractores de menos de 14 años de edad, que seguirán sujetos a la posibilidad de que se adopten a su respecto medidas judiciales por parte de los jueces de familia que los consideren necesitados de control o diagnóstico, y que por ende podrán enviarlos a establecimientos del de la línea de “protección” pero con características de centro carcelario o privativo de libertad, en directa contradicción con su diseño legal y la normativa internacional.

10. **Recuperación y reintegración de los niños víctimas** (artículo 39 CDN)

10.1. Legislación

Estas temáticas no resultan adecuadamente reguladas en el ordenamiento jurídico chileno, en el que todavía rige la Ley de Menores¹⁸⁷, basada fuertemente en el modelo de la “situación irregular”, a cuyas características centrales responde pese a las reformas legales de que ha sido objeto en los últimos años (ver al respecto el capítulo siguiente).

Al respecto, resulta evidente que no se han implementado plenamente las Observaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño en su sesión N°29, del año 2002, en cuanto llamaba a derogar esta legislación tutelar y reemplazarla por una inspirada en los principios y normas de la CDN. Las implicancias prácticas de esta ambigüedad que se mantiene, entre la vigencia de la CDN y la subsistencia de leyes y prácticas basadas en el modelo tutelar (o, como decía el punto 7 de tales Observaciones: “la persistencia de actitudes autoritarias y paternalistas hacia los niños, particularmente los pobres”), son fáciles de detectar, y es así como hasta el día de hoy es posible que los niños víctimas de vulneración de derechos reciban una respuesta que no sólo no es adecuada para reparar y restituir derechos, sino que puede muchas veces tratarse de una respuesta punitiva encubierta, que incluya internación en CTDs.

Pese a modificaciones puntuales en la Ley de Menores que establecen un catálogo de medidas de protección diferenciado para los casos en que no se trata de infracción de ley sino que de “vulneración o amenaza de vulneración de derechos”¹⁸⁸, y a que se entrega a los nuevos Tribunales de Familia la competencia para la adopción de dichas medidas, mientras no se genere una Ley de Protección de Derechos y una institucionalidad adecuada al modelo de la Protección integral, la confusión tutelar/punitiva subsistirá, con el consiguiente riesgo de revictimización de niños y niñas.

Las modificaciones a la Ley de Menores hechas por la Ley 19.806, además de la diferenciación de las medidas de protección según supuestos (infracionales o protectores), reserva el artículo 16, que regula las primeras intervenciones de la policía, para los casos de infracción de ley penal en el contexto de la Reforma Procesal Penal, y agrega un artículo 16 bis para el resto de las situaciones.

El lenguaje más clásicamente tutelar es desplazado por una descripción del supuesto que tiene en cuenta la vulneración de derechos de la persona menor de edad: “en aquellos casos en que aparezcan gravemente vulnerados o amenazados los derechos de un menor de edad...”. El primer inciso establece que en principio en estos casos los niños deberán ser conducidos por la policía al hogar de sus padres o cuidadores, y ser entregados a ellos, a quienes se les informará de los hechos que dieron motivo a la intervención policial.

La posibilidad de generar una internación por razones de protección de derechos se contempla en el segundo inciso del 16 bis: “Si, para cautelar la integridad física o psíquica del menor, fuere indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieron bajo su cuidado, Carabineros de Chile lo conducirá a un Centro de Tránsito y Distribución e informará de los hechos a primera audiencia al juez de menores respectivo”. Como se puede

¹⁸⁷ Ley n° 16.618 cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el Decreto con fuerza de ley n° 1 de 16 mayo del 2000. La última modificación del texto se verifica en enero del 2004 por la ley 19.927.

¹⁸⁸ Ver al respecto el Capítulo 4.

apreciar, en el fondo la calificación de la situación sigue quedando entregada al criterio policial para después ser ratificada o no por el juez de menores, tanto lo relativo al supuesto como a la necesidad de continuar con la intervención tutelar.

Si el menor es víctima de un delito, el inciso segundo del 16 bis establece la obligación de la policía de poner además los antecedentes a disposición del Ministerio Público, de acuerdo a las reglas generales.

La alusión a menores involucrados en la comisión de ilícitos dentro de este artículo 16 bis está al final del segundo inciso, que señala que se operará de la misma forma en relación a los menores de 16 que sean imputados de haber cometido faltas (es decir, ser conducidos a CTD). Además, el inciso cuarto hace aplicable el mismo procedimiento, internación en CTD, en el caso de menores de 16 años que sean imputados de cometer crímenes o simples delitos, con la obligación de informar inmediatamente al juez de menores.

Curiosamente, con estas disposiciones queda en mejor situación frente al sistema penal el adolescente mayor de 16 años que es imputado de la comisión de una falta, puesto que será dejado en libertad y citado ante el Fiscal, a diferencia de la persona menor de 16 imputada de hechos similares, que será conducida a un CTD, y en definitiva quedará sujeta a las medidas de protección que decreta el tribunal de menores.

10.2. Medidas de recuperación y reintegración

Tanto la recuperación como la reintegración de los derechos de los niños se sitúa como deber del Servicio Nacional de Menores (Sename). Entre las últimas reformas que se han producido en el Sename, en 2004 la atención se ha centrado en el desarrollo de una oferta especializada para víctimas de graves vulneraciones de derechos. Según datos del propio Gobierno, el número de programas de reparación ha aumentado en un tercio desde 2001, (cuando se realizaron 41 programas) hasta 2003 (cuando se llevaron a cabo 61)¹⁸⁹.

En general, estos proyectos ofrecen una atención ambulatoria y residencial a las víctimas del abuso sexual y sus familias. El objetivo general es el apoyo al proceso de reparación e integración familiar y social. Entre los objetivos más específicos se incluyen la interrupción de las prácticas de explotación sexual comercial, así como la preocupación de proteger a las víctimas englobando las acciones legales pertinentes; también el apoyo a la reparación del daño o el acceso a redes institucionales y socio comunitarias.¹⁹⁰ Sus acciones en concreto se dirigen principalmente a reparar las consecuencias de: el trabajo infantil, el maltrato, la explotación sexual comercial o las condiciones de los niños de la calle

Respecto a la reparación de la explotación comercial de menores, actualmente se está ampliando la oferta de nuevos proyectos gubernamentales: Iquique (I Región), Antofagasta (II), Valparaíso (V), Puerto Montt (X), así como en la Región Metropolitana, donde la prevalencia de esta problemática es mayor.

Este último proyecto en la Región Metropolitana tiene una cobertura de 50 casos y está a cargo de la ONG Raíces.

¹⁸⁹ *Proceso de Reforma en materias de infancia en Chile, Estado actual y proyecciones*, Servicio Nacional de Menores, Abril 2004.

¹⁹⁰ Sename, "Conferencia Explotación Sexual Infantil", Septiembre 2004.

En cuanto al maltrato, actualmente se encuentran en ejecución por el Sename 28 proyectos especializados en la reparación del maltrato infantil grave en todas las regiones de Chile. Lo que supone que brindan una atención de entre 12 y 18 meses. Además el Servicio Nacional de Menores financia el “**Programa de Intervención Infanto-Juvenil, Cavas**” de la Policía de Investigaciones, destinado a la reparación y a la ejecución de peritajes con niños, niñas y adolescentes que han sufrido abusos sexuales. Además el Servicio Médico Legal en lo que se refiere al maltrato infantil realiza peritajes médicos a los menores lesionados por maltrato a requerimiento de los tribunales. En la actualidad este servicio cuenta con una unidad especializada: la Unidad de Maltrato y Psiquiatría de la Infancia y la Adolescencia, creada en el año 2000.

Así las cosas, las prestaciones de protección y restablecimiento de derechos para los menores vulnerados han dado lugar a la creación de los siguientes servicios: prestaciones de diagnóstico, intervención de familias, intervención reparatoria de derechos de los menores, la intervención comunitaria o la prevención de vulneración de derechos de los niños mediante proyectos ambulatorios, integración activa de las familias, promoción de derechos a nivel comunitario.

No obstante, el Gobierno ha reconocido sus propias carencias, entre las que se encuentran la consolidación de la nueva oferta especializada y el impulso a los sistemas locales, que permitan una atención de mayor calidad.¹⁹¹

¹⁹¹ *Proceso de Reforma en materias de infancia en Chile, Estado actual y proyecciones*, Servicio Nacional de Menores, Abril 2004.

11. Situación de los niños que han infringido la ley: el sistema de justicia de menores (artículo 40 CRC)

11.1 Normativa “tutelar” vigente en 2002 y sus modificaciones posteriores.

Cuando a inicios del 2002 el Comité de Derechos del Niño revisó el Segundo Informe del Estado de Chile y emitió sus recomendaciones, en materia de justicia juvenil regía aún en Chile plenamente el modelo tutelar de menores, expresado en la Ley de Menores (16.618 de 1967, cuyo texto refundido se fijó en el 2000) y en el sistema judicial, administrativo y penitenciario propio de dicho modelo, los que desde la ratificación de de la CDN en 1990 no habían sufrido modificaciones esenciales.

El sistema normativo aplicable en materia de infracciones a la ley penal cometidas por menores de edad, que a grandes rasgos sigue vigente hasta el año 2006, consistía en la inimputabilidad absoluta de los menores de 16 años; y la imputabilidad condicionada al discernimiento entre los 16 y 18 años. Es decir, los menores de 16 y los mayores de 16 y menores de 18 declarados sin discernimiento quedan sometidos a la competencia del juez de menores y a la posibilidad de que éste aplique a su respecto “medidas de protección”; mientras los mayores de 16 y menores de 18 declarados con discernimiento quedan sometidos a la competencia de la justicia criminal, siendo juzgados como adultos. En este último caso, al momento de determinación de la pena aplicable rige siempre por el sólo hecho de ser menores de edad una atenuante calificada contenida en el artículo 72 del CP (“...se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable”¹⁹²).

Tal sistema de regulación de la respuesta estatal frente a la infracción de leyes penales por parte de personas menores de edad, aún vigente a más 16 años de haberse ratificado la CDN en el país, constituye la expresión contemporánea de la confluencia de distintas formas de control punitivo sobre la infancia, que en Chile se han ido amalgamando desde el siglo XIX. A grandes rasgos, estas formas o más bien niveles de control se encuentran de partida en el ámbito familiar (donde las normas civiles han autorizado y siguen legitimando un cierto poder de corrección y castigo por parte del padre o los padres)¹⁹³, y luego en la combinación de dos tipos superpuestos de respuesta punitiva institucionalizada: las formas de intervención penal

¹⁹² El sistema penal de adultos en Chile contiene un sistema de penas privativas de libertad divididas en 2 niveles rangos, “mayor” y menor”, que a su vez se subdividen cada uno en 3 “grados”. Así, el presidio mayor abarca desde 5 años y 1 día a 20 años, con presidio mayor en grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años), grado medio (10 años y 1 día a 15 años) y máximo (entre 15 años y 1 día y 20 años). El presidio menor abarca desde 61 días a 5 años, con un grado menor (61 a 540 días), medio (541 días a 3 años) y máximo (3 años y 1 día a 5 años). En virtud del artículo 72 del CP, si un adolescente declarado con discernimiento es condenado por un delito que en relación a adultos tiene asignado como límite inferior, por ejemplo, el presidio mayor en grado mínimo, el juez deberá aplicar una pena dentro del grado inferior, es decir, en este caso, en presidio menor en su grado máximo, bajando desde los 5 años y 1 días para moverse dentro entre 3 años y 1 día y 5 años.

¹⁹³ “El padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos i cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la demanda del padre i el juez, en virtud de ella 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). La formulación actual de esta norma 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, según modificación introducida por la Ley de Filiación en 1998).

propiamente tal del sistema penal de adultos aplicado a los adolescentes declarados con discernimiento, y las del sistema tutelar de menores.

Como resulta evidente al contrastar el régimen descrito con los artículos 37 y 40 de la Convención, en ambas posibilidades (aplicación de la justicia penal de adultos, o de la justicia de menores) se contraviene abiertamente estas normas:

-Por una parte, en cuanto se permite juzgar a los niños de acuerdo a los procedimientos, instituciones y leyes de los adultos, al enviar al sistema penal de adultos a los adolescentes declarados con discernimiento, lo cual vulnera la obligación de adoptar “leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos” en esta materia (artículo 40.3 de la Convención).

-Por otra, en cuanto los menores de edad que permanecen en el sistema de menores quedan sujetos a la posibilidad de diagnósticos y medidas de protección que se efectúan en condiciones de privación de libertad, o de diversos grados de restricción de otros derechos fundamentales, en procedimientos en que no rigen las garantías de fondo y procesales señaladas en el artículo 40.2 de la Convención.

-Además, el régimen descrito vulnera de manera evidente el principio de no discriminación (artículo 2 de la CDN), el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la CDN), el artículo 37 letra b que consagra la excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad, y se aleja bastante de los requerimientos generales que el artículo 40.1 señala para el trato de los infractores de ley menores de 18 años.

La década del 90 no implicó ninguna reforma sustantiva que modificara este panorama legal. Hubo, de todas formas, modificaciones puntuales a ciertos aspectos del modelo, tales como la manera de efectuar el trámite del discernimiento (CPP, inciso segundo del artículo 347 bis A, modificado por la ley 19.343), la posibilidad de ingresar menores de edad a cárceles de adultos (Ley 19.343, de 1994, y su Reglamento), y algunas normas puntuales de la Ley de Menores (por ejemplo la introducción de un nuevo artículo 51, que se refiere a las “casas de Menores” distinguiendo dos tipos: CODs y CTDs).

El grueso de estas modificaciones intentaba limitar o hacer más razonable la respuesta penal frente a los menores de edad, pero se asumía en general que era necesaria una reforma de fondo, que debía expresarse en una nueva regulación de las infracciones penales juveniles.

El mismo año 2002, mediante la Ley 19.806, que introdujo un cúmulo de modificaciones a varios cuerpos legales en el marco de la Reforma Procesal Penal, la Ley de Menores sufrió las modificaciones más importantes de todo este período, que alteran en cierta forma la estructura del modelo tutelar más “clásico”.

En efecto, el catálogo de medidas de protección era hasta ese momento uno sólo, contenido en el artículo 29, y consistía en: devolución a los padres previa amonestación; libertad vigilada; confiar al menor a establecimientos especiales de educación (es así como esta ley se refiere al internamiento); y por último, la medida de confiar al menor al cuidado de alguna persona que se preste para ello, quedando además sometido al régimen de libertad vigilada.

El encabezado del artículo 29 señalaba que estas medidas se aplicarían “en los casos de la presente ley”, con lo cual se avala la no diferenciación entre las situaciones infraccionales y

otro tipo de situaciones no infraccionales, o abiertamente supuestos que ahora se considerarían de “protección especial” de derechos (el mismo artículo señalaba que estas medidas eran aplicables a niños víctimas de maltrato)¹⁹⁴.

Las normas adecuatorias de mayo de 2002 hicieron un intento por separar lo infraccional de lo proteccional, a lo menos en cuanto a las medidas aplicables. Así, el artículo 29 quedó reservado a los infractores, y se agregó un artículo 30 que señala las medidas aplicables “para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”.

El actual encabezado del artículo 29 dice “En los casos previstos en el artículo 26, N°10 de esta ley”, con lo cual se refiere a “...todos los asuntos en que se impute un hecho punible a menores de dieciséis años, o mayores de esa edad y menores de dieciocho que hayan obrado sin discernimiento”.

La medida del N°3 del artículo 29 ahora está señalada como: “Confiarlo a los establecimientos especiales de tránsito o rehabilitación que esta ley señala, según corresponda”. Se introdujo un inciso que señala, en relación a las medidas, que estas “durarán el tiempo que determine el juez de letras de menores, quien podrá revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias que hubieren llevado a decretarlas, oyendo al director o encargado del centro o programa respectivo. Tratándose del N°3, la medida de internación sólo procederá en los casos y por el plazo que sea estrictamente necesario”. La calificación de la existencia de dicha necesidad en el caso concreto sigue quedando entregada a la apreciación del juez y los demás órganos del sistema de control.

Además, esta Ley señaló modificaciones relativas a la forma de practicar el trámite del discernimiento, el que en los casos de delitos más leves pasó a ser directamente determinado por los órganos de la Reforma Procesal Penal (en concreto, por el Juez de Garantía), en vez de por el Juez de Menores (nuevo artículo 28 de la Ley de Menores).

Posteriormente, se dictó la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, los cuales comenzaron a funcionar en todo el país en octubre del 2005. Estos Tribunales reemplazan en su competencia a los de Menores, y además conocen de todos los asuntos y materias que se señalan en el artículo 8 de dicha Ley.

La puesta en marcha de estos nuevos tribunales, pilar fundamental del modelo de reforma integral en materias de infancia diseñado en el año 2001, tropezó a poco andar con una serie de dificultades que han llevado a un colapso del sistema expresado en un enorme retraso de su funcionamiento. Los tribunales de menores han ido cerrando gradualmente sus casos de arrastre.

En materia penal juvenil, si bien el numeral 10 del artículo 8 entrega a los tribunales de familia el conocimiento de “todos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal, y aplicar, cuando corresponda, las medidas contempladas en el artículo 29 de la Ley de Menores”, la Ley 19.968 no contiene

¹⁹⁴ En todo caso, no se trataba tampoco de un catálogo totalmente cerrado, puesto que dada la amplia gama de atribuciones que la ley entregaba al juez, era posible aplicar otro tipo de medidas (por ejemplo, en aplicación del artículo 26 numeral 7, que autorizaba al juez a “resolver sobre la vida futura del menor”, cuando éste se encontrare en “peligro material o moral”), abriendo el sistema a programas y mecanismos que no necesariamente calzaran en el artículo 29.

reglas aplicables específicamente a estas situaciones. En materia de medidas de protección, esta Ley contempla un procedimiento que se refiere únicamente a las del artículo 30 de la Ley de Menores, es decir, para casos de vulneración o amenaza de vulneración de derechos. Dicho vacío se trató de salvar mediante un Auto Acordado relativo al funcionamiento de los tribunales de familia, emanado del Pleno de la Corte Suprema y publicado en el Diario Oficial el 8 de octubre de 2005, es decir, cuando la entrada en funcionamiento de los nuevos tribunales era inminente. El párrafo cuarto de los acuerdos contenidos en este auto acordado señala algunas normas y criterios para la aplicación de medidas de protección en relación a infractores¹⁹⁵.

11.2 El proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes: origen y tramitación.

La breve revisión hecha más arriba da cuenta de las modificaciones efectuadas a la normativa tutelar en materia de justicia penal juvenil desde el año 2002 (momento en que el Comité de Derechos del Niño emitió sus observaciones finales en relación a Chile) a la fecha.

En el mismo año (2002) el Gobierno envió finalmente al Congreso Nacional su proyecto de ley de responsabilidad penal de adolescentes (RPA). Este proyecto estaba en estudio desde -a lo menos- mediados de los 90, y era parte fundamental de las leyes anunciadas por el Presidente Lagos en la Política nacional y Plan Nacional de Infancia 2001/2010. Por razones de espacio, no es posible referirse aquí en detalle a la historia de esta ley, pero es necesario remarcar algunos de sus hitos fundamentales¹⁹⁶.

-En 1998, fue dado a conocer por UNICEF y el Ministerio de Justicia un texto del anteproyecto de Ley de RPA, que se declaraba inspirado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el “derecho penal mínimo”. En este modelo se construía un sistema penal especial para personas de 14 a 18 años, con un catálogo especial de infracciones juveniles, dentro de las cuales se distinguían algunas llamadas “graves”, que eran las únicas frente a la cual era posible (no obligatorio) aplicar medidas privativas de libertad, por un tiempo máximo de 3 años. Además, este anteproyecto se atrevía a incursionar en ciertas formas de descriminalización, sancionado en general sólo delitos consumados, excluyendo del sistema las faltas, y también la participación en grado de encubridor. Otro rasgo interesante en este diseño es que las medidas privativas de libertad no eran aplicables a los menores de 16 años, excepto si a consecuencia directa de la comisión del delito se provocara la muerte de una persona.

-El proyecto presentado en agosto del 2002 difiere en varios puntos del conocido en 1998. Una comparación entre ambos textos permitiría señalar que a grandes rasgos los cambios introducidos van en el sentido de:

-debilitamiento de las garantías y los criterios y mecanismos de intervención penal “mínima”;
-endurecimiento de las penas (el máximo para la pena privativa de libertad pasó de 3 a 5 años);

¹⁹⁵ En cuanto a señalamiento de límites, el N°4 de dicho Párrafo cuarto señala que el juez “deberá examinar la verosimilitud del hecho denunciado”, y el N°5 se encarga de exigir en caso de imponerse alguna medida de protección, que se determine “su duración y la periodicidad de los informes de cumplimiento”.

¹⁹⁶ Un revisión detallada de este proceso se encuentra en De Ferrari, Luis Ignacio, “Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes en Chile”, en: Justicia y Derechos del Niño Número 8, UNICEF, 2006.

- aumento del catálogo infraccional en general (por vía de remisión general a normas de adultos) y de las infracciones graves en particular (que siguen siendo señaladas en un catálogo especial dentro de la Ley);
- pérdida de la especialidad del sistema de justicia, pasando de una especialidad orgánica a una más bien funcional.

El Informe de Derechos Humanos 2004 (Hechos del 2003) de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales da cuenta acertadamente del desarrollo de tales tendencias:

“Durante los cuatro años siguientes (desde 1998), el anteproyecto sufrió una serie de modificaciones, las que se manifiestan en que el proyecto contenido en el Mensaje del Ejecutivo sea bastante más restrictivo en términos de garantías y más severo en cuanto a las sanciones que las versiones anteriores¹⁹⁷”.

“...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 adultos¹⁹⁸”.

-Posteriormente, las mismas tendencias ya señaladas no hicieron sino acentuarse, pues la tramitación de esta Ley tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado estuvo marcada por un creciente predominio de los aspectos funcionales a la concepción hegemónica sobre la inseguridad urbana, en desmedro de los aspectos “garantistas” y propios de la normativa internacional en materia de derechos del niño y justicia juvenil. De esta forma, no es causal que para la tremenda mayoría de las personas en Chile, incluyendo periodistas y políticos, esta Ley siempre tuvo por objetivo “rebajar” la edad de imputabilidad penal, antes que cualquier otra cosa.

-De esta forma, en la versión de esta ley aprobada por la Cámara de Diputados en el mes de julio del año 2004 se había producido:

- una asimilación casi total al catálogo de delitos adultos (con la excepción de las faltas no expresamente incluidas en esta ley), pero manteniéndose un catálogo cerrado de “infracciones graves”,
- el crecimiento del catálogo de infracciones graves,
- la posibilidad de aplicar sanciones privativas de libertad a infracciones no graves,
- y, a su vez, la imposibilidad en principio de aplicar a las infracciones graves sanciones no privativas de libertad.

¹⁹⁷ Informe Derechos Humanos en Chile, Facultad de Derecho, UDP, 2004, página 69.

¹⁹⁸ Ídem, pag. 74.

-El 11 de mayo de 2005, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado fue mucho más allá en el proceso de endurecimiento y asimilación del régimen contenido en esta ley al sistema penal de adultos. En declaraciones previas del presidente de dicha comisión, el senador Alberto Espina, recogidas en el Boletín Electrónico del Senado en el mes de marzo, éste criticaba duramente la calidad técnica de este proyecto, señalando que el sistema de sanciones contemplado era “inconstitucional” en razón de su flexibilidad¹⁹⁹, por lo que anunciaba un cambio drástico del contenido de la Ley²⁰⁰.

-Los cambios introducidos en la Comisión pertinente del Senado en mayo fueron principalmente dos:

1) elevación de los máximos aplicables de sanción privativa de libertad, a 5 años en el caso de adolescentes de 14 y 15 años de edad, y 10 años para adolescentes de 16 y 17, y

2) eliminación del criterio o modelo contenido en todas las versiones previas del proyecto y el anteproyecto, que diferenciaban las infracciones graves del resto de las infracciones (con dos implicancias fundamentales: autonomía frente a los procesos de criminalización primaria de adultos, y limitación considerable del uso de la privación de libertad), pasando ahora a remitirse esta ley en general a los “crímenes y simples delitos” del Código Penal y leyes penales especiales de adultos además de las faltas incluidas en la Ley (el resto quedaría en definitiva entregado a la competencia infraccional de los Tribunales de Familia²⁰¹) y contemplando en base a esto, un particularmente engorroso sistema de determinación de sanciones²⁰².

¹⁹⁹ Esta afirmación resulta más que discutible, no sólo porque refleja un profundo desconocimiento de los instrumentos internacionales relativos a la justicia juvenil, que, precisamente, recomiendan bastante flexibilidad en este punto, sino porque lo que sí ha sido “inconstitucional” durante todo este tiempo es la existencia misma del examen de discernimiento, la ausencia de garantías en los procedimientos de la justicia de menores, el juzgamiento de niños como adultos, y el uso irracional de la privación de libertad, todos ellos temas que han podido convivir tranquilamente con el funcionamiento normal del sistema legal y político chileno.

²⁰⁰ “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”.

²⁰¹ En su momento, se hizo mucho énfasis en el hecho de que este proyecto de ley descriminalizaba las faltas. Luego, consideraciones “realistas” aconsejaron ir incluyendo las faltas de mayor connotación pública, para llegar en definitiva al modelo definitivamente aprobado, en que se sanciona el grueso de las faltas: algunas en este sistema, y otras en el sistema de justicia heredero del de menores, es decir, el de los tribunales de familia.

²⁰² Este sistema se remite a las normas pertinentes del Código Penal. Así, tras la aplicación de una rebaja en un grado (equivalente a la situación vigente hasta ahora de aplicación del artículo 72 del CP a los menores declarados con discernimiento, en virtud del cual en caso de sentencia condenatoria debe aplicar una pena concreta que esté dentro del grado inferior al mínimo señalado por la ley para el mismo delito en relación a adultos), deben aplicarse las normas del Libro I, Título III, Párrafo 4 (artículos 50 a 78). De tal forma se calcularía la “extensión” de la sanción aplicable. La naturaleza de las sanciones a imponer se determina aplicando, tras la operación anterior, una tabla de 5 niveles, que señala los tipos de sanción aplicables, permitiéndose en 4 de esos 5 niveles la aplicación de sanciones de tipo privativo de libertad (internación en régimen cerrado y en régimen semicerrado).

-Tras esos acuerdos del mes de mayo, una Comisión compuesta por CONACE y varias otras organizaciones (entre ellos Corporación Opción, ACHNU, Hogar de Cristo), intentó morigerar en parte este endurecimiento punitivo realizando un conjunto de propuestas. Entre ellas, se propuso reducir los máximos de pena de cárcel, a 3 y 8 años en vez de 5 y 10, propuesta fue rechazada en votación en el Senado el día 13 de septiembre de 2005. Así, los plazos máximos de encarcelamiento, y el sistema de determinación de sanciones incorporados en mayo, permanecieron. Fue aceptada la idea de la Comisión de agregar al catálogo de sanciones una libertad asistida más intensa, llamada “especial”. Con esto y algunas modificaciones finales en la Comisión Mixta de senadores y diputados, terminó zanjando un consenso en el que, al menos a nivel parlamentario, todos se mostraron satisfechos, dando así lugar a la aprobación de la Ley 20.084, a cuyo contenido pasamos a referirnos.

11.3 Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

La descripción breve del marco normativo previo a esta Ley y de los principales momentos de la historia de la misma hasta el momento de ser aprobada y finalmente publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005, tiene por objeto servir como marco para poder comprender el contenido de la misma, sus contradicciones, ambigüedades e incoherencias internas, la medida en que se ajusta a los requerimientos de la CDN y normas internacionales aplicables, y la complejidad de las proyecciones que es posible realizar en cuanto a cuales serán sus efectos.

En este sentido, resulta útil para ilustrar las tensiones en juego señalar dos partes del Mensaje Presidencial (68-347) con que se dio inicio a la tramitación de la Ley 20.084: “Desde el punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos”. “Por su parte, desde un punto de vista social, es evidente que la preocupación pública por la seguridad ciudadana y el perfeccionamiento de la justicia en todos los ámbitos ha crecido. La actual justicia de menores es objeto de críticas no sólo porque no se somete a los límites y controles que la Constitución establece para la jurisdicción criminal general, sino también, porque no satisface las exigencias de protección de los derechos de las víctimas de la delincuencia”. Este doble fundamento determinó también una doble finalidad, y a la larga, la existencia de normas y mecanismos que, dentro del mismo cuerpo jurídico, atienden a uno u otro fin, en un escenario en que el segundo pasó a ser claramente preponderante en relación al primero.

No nos referiremos en detalle en este Informe al contenido de la Ley 20.084, sino a los aspectos que consideramos más preocupantes o problemáticos desde el punto de vista de los derechos de los niños y la manera en que esta Ley los afectará.

En cuanto a su estructura, esta Ley contiene 5 Títulos, uno Preliminar, los Títulos I, II y III, un Título Final, y 3 artículos transitorios.

En el Título preliminar se señala el ámbito de aplicación de la Ley, que “regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas” (artículo 1). Resulta claro en esta disposición el

abandono de la noción de “infracción”-que en el Anteproyecto de 1998 y en el Proyecto de 2002 se usaba como una forma de desmarcar este sistema del derecho penal de adultos dotándolo de cierta autonomía-, para acoger en definitiva la noción de “delito”.

El límite inferior de edad en este sistema es de 14 años, y el máximo son los 18 años (incompletos). Dentro de ese rango etario las personas son consideradas “adolescentes” por esta Ley. Para el caso de que un delito se inicie antes de que el imputado cumpla 18, y se consume después de tal momento, este sistema opta por aplicar la legislación penal de adultos (artículo 3). Tal opción restringe la aplicabilidad de este régimen especial marcando una preferencia por aplicar la legislación de adultos, a diferencia, por ejemplo, de la fórmula usada en la legislación española, en que en ciertas circunstancias el régimen penal de los “menores” es aplicable también a quienes tienen entre 18 y 21 años al momento de cometer el delito²⁰³.

El Título I se refiere a las “consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, es decir, lo que en diferentes momentos ha sido llamado “medidas”, “sanciones”, o “penas”. Es tal vez en esta materia donde la Ley 20.084 muestra las diferencias más grandes con el modelo originalmente diseñado. El artículo 6 señala que “en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, las sanciones que se aplicaran a los adolescentes serán las de la siguiente Escala General”, y a continuación distingue “penas de delitos” y “penas de faltas”. Como se puede apreciar, existiendo una remisión completa a todos los delitos que el ordenamiento jurídico contempla para los adultos, lo que cambia son solo las penas aplicables. En el caso de “delitos”, éstas son:

- a) internación en régimen cerrado con programa de reinserción social
- b) internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social
- c) libertad asistida especial
- d) libertad asistida
- e) prestación de servicios en beneficio de la comunidad
- f) reparación del daño causado

A su vez, las “penas de faltas” son:

- a) prestación de servicios en beneficio de la comunidad
- b) reparación del daño causado
- c) multa
- d) amonestación.

Estas penas de faltas se refieren tan solo a las faltas que la legislación adulta contempla y que la Ley 20.084 expresamente ha incorporado en su artículo 1²⁰⁴. En este sistema se incluyen sólo éstas faltas, cuando son cometidas por mayores de 16 años. El resto de las faltas, y las faltas mencionadas en el artículo 1 cuando son cometidas por menores de 16, son entregadas a la competencia de los Tribunales de Familia, y las “sanciones contravencionales” que éstos pueden aplicar según el artículo 102 J del nuevo párrafo 4 (introducido en la Ley de Tribunales de Familia por el artículo 68 de la Ley de RPA) son:

- a) amonestación

²⁰³ Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/2000, en relación con su artículo 4.

²⁰⁴ Curiosamente, en relación a estas faltas es el único punto en que subsiste el modelo de catálogo infraccional contenido en el Anteproyecto de 1998.

- b) reparación material del daño
- c) petición de disculpas al ofendido o afectado
- d) multa de hasta 2 unidades tributarias mensuales
- e) servicios en beneficio de la comunidad, de ejecución instantánea o por un máximo de 3 horas
- f) prohibición temporal de asistir a determinados espectáculos, hasta por 3 meses.

Además, el propio artículo 6 señala como “pena accesoria” la de “prohibición de conducir vehículos motorizados”, y el artículo 7 agrega como “sanción accesoria”, facultativa para el juez, de la obligación de someter al adolescente a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

Esta estructura de “consecuencias jurídicas” aplicables al adolescente en virtud de su responsabilidad penal resulta radicalmente diferente al contenido original del proyecto²⁰⁵, y revela incluso en su lenguaje (“delito”, “pena”) la fuerte asimilación del nuevo sistema al derecho penal de adultos.

El artículo 18 señala los límites máximos de las penas o sanciones privativas de libertad, tal como fueron modificadas por el Senado con fecha 11 de mayo de 2005, las que quedaron fijadas en 5 años para los adolescentes mayores de 14 y menores de 16 años, y en 10 años para los mayores de 16 y menores de 18. En esta materia se refleja muy visiblemente cómo los criterios de “seguridad ciudadana” fueron permeando el proyecto por sobre otras consideraciones, al punto que de un máximo de 3 años en el anteproyecto del Ejecutivo en 1998 se pasó a 5 años el 2002, y en definitiva a 10 años en el tramo etario superior. Con penas de encierro aplicables a una persona, por ejemplo, desde los 14 a los 19 años, o desde los 16 hasta los 26 años de edad, resulta abiertamente cuestionable que lo que se pretenda sea “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social” (artículo 20, el subrayado es nuestro). Penas de esta naturaleza y extensión constituyen a todas luces penas desocializadoras, con una finalidad de prevención especial negativa, en abierta contradicción con las exigencias del artículo 40.1 de la Convención, y que no parecen tener en cuenta que entre las características especiales del sujeto al que se aplican se encuentra la del sentido del tiempo y la mayor aflicción e impacto negativo de las penas en comparación a los adultos²⁰⁶.

Sin embargo, tal vez el aspecto más complejo y problemático de esta Ley se encuentra en el sistema de determinación de sanciones que finalmente se adoptó, y que también emana del acuerdo unánime alcanzado en mayo del 2005 por los integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

El artículo 21 reproduce básicamente el contenido del actual artículo 72 del Código penal (aplicable a los adolescentes declarados con discernimiento en caso de ser condenados), es

²⁰⁵ Que contemplaba un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la amonestación a la internación, reservando las más intensas (privativas de libertad) solo a las “infracciones graves”.

²⁰⁶ “La duración máxima de la pena, por afectar tanto el tiempo externo como en interno del ser humano, debe tener en cuenta la aceleración en que se encuentra determinada sociedad. Existe, así, una relación inversa entre aceleración y duración de la pena, o sea; para que el sujeto sufra las menores consecuencias posibles –ya que la pena de prisión es un mal-, la duración de esta debe ser tanto más reducida cuanto más acelerada es la sociedad. Por lo tanto, en sociedades altamente tecnológicas y que viven a la velocidad del intercambio de informaciones por la red, la pena máxima de prisión deberá ser inversamente proporcional a la velocidad de la sociedad”. Rodrigo Moretto, *Crítica Interdisciplinaria da pena de prisão*, Rio de Janeiro, 2005. Traducción propia.

decir, el mecanismo de la rebaja en un grado desde el mínimo señalado por ley para el delito de ser cometido por un adulto²⁰⁷. Ateniéndonos al encabezado del artículo, la pena resultante una vez operada esa rebaja sería la “pena asignada al delito”.

A continuación, el artículo 22 contempla las “reglas de determinación de la extensión de las penas”: “para establecer la duración de la sanción que deba imponerse...el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena señalada en el artículo precedente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”. Tal conjunto bastante numeroso de normas del CP (artículos 50 al 78) permiten, entonces, moverse hacia arriba o hacia abajo en la determinación de la “extensión” de la sanción aplicable, de acuerdo al sistema de grados usado en el derecho penal de adultos en Chile²⁰⁸.

²⁰⁷ Ver la primera nota al pie de esta sección.

²⁰⁸ Algunos ejemplos:

Art. 51. A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.

Art. 52 inciso 1°. A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.

Art. 59. Para determinar las penas que deben imponerse según los artículos 51, 52, 53 y 54: 1° a los autores de crimen o simple delito frustrado; 2° a los autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado; 3° a los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado, y 4° a los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, el tribunal tomará por base las siguientes escalas graduales:

ESCALA NUMERO 1

Grados.

- 1° Presidio perpetuo calificado.
- 2° Presidio o reclusión perpetuos.
- 3° Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos.
- 4° Presidio o reclusión mayores en sus grados medios.
- 5° Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos.
- 6° Presidio o reclusión menores en sus grados máximos.
- 7° Presidio o reclusión menores en sus grados medios.
- 8° Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos.
- 9° Prisión en su grado máximo.
10. Prisión en su grado medio.
11. Prisión en su grado mínimo.

ESCALA NUMERO 2

Grados.

- 1° Relegación perpetua.
- 2° Relegación mayor en su grado máximo.
- 3° Relegación en su grado medio.
- 4° Relegación mayor en su grado mínimo.
- 5° Relegación menor en su grado máximo.
- 6° Relegación menor en su grado medio.
- 7° Relegación menor en su grado mínimo.
- 8° Destierro en su grado máximo.
- 9° Destierro en su grado medio.
10. Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NUMERO 3

Grados.

- 1° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados máximos.

-
- 2° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados medios.
 - 3° Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados mínimos.
 - 4° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados máximos.
 - 5° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados medios.
 - 6° Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados mínimos.
 - 7° Destierro en su grado máximo.
 - 8° Destierro en su grado medio.
 - 9° Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NUMERO 4

Grados.

- 1° Inhabilitación absoluta perpetua.
- 2° Inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo.
- 3° Inhabilitación absoluta temporal en su grado medio.
- 4° Inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo.
- 5° Suspensión en su grado máximo.
- 6° Suspensión en su grado medio.
- 7° Suspensión en su grado mínimo.

ESCALA NUMERO 5

Grados.

- 1° Inhabilitación especial perpetua.
- 2° Inhabilitación especial temporal en su grado máximo.
- 3° Inhabilitación especial temporal en su grado medio.
- 4° Inhabilitación especial temporal en su grado mínimo.
- 5° Suspensión en su grado máximo.
- 6° Suspensión en su grado medio.
- 7° Suspensión en su grado mínimo.

Art. 61. La designación de las penas que corresponde aplicar en los diversos casos a que se refiere el artículo 59, se hará con sujeción a las siguientes reglas:

1a. Si la pena señalada al delito es una indivisible o un solo grado de otra divisible, corresponde a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado la inmediatamente inferior en grado.

Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables relacionados en el artículo 59, se bajará sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números, siguiendo el orden que en ese artículo se establece.

2a. Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, sea que los compongan dos penas indivisibles, diversos grados de penas divisibles o bien una o dos indivisibles y uno o más grados de otra divisible, a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables se observará lo prescrito en la regla anterior.

3a. Si se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza.

4a. Cuando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en distintas escalas o se agrega la multa las de la misma escala, se aplicarán unas y otras con sujeción a las reglas 1a y 2a, a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone al autor del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos.

Art. 62. Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes.

Art. 66. Si la ley señala una pena compuesta de dos indivisibles y no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados.

Cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, y si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo.

Siendo dos o más las circunstancias atenuantes sin que concorra ninguna agravante, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

La frase final del artículo 22 nos recuerda los límites máximos del artículo 18: si la operación de cálculo efectuada en virtud de las reglas señaladas los supera, “su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites”.

Una vez determinada la extensión de la pena a aplicar, recién entran en juego las “reglas de determinación de la naturaleza de la pena”, contenidas en el artículo 23. En este punto, la Ley 20.084 se cuelga fuertemente de las categorías y sistema de determinación de penas de adultos, usando el sistema de los “grados”, de manera que a cierta “extensión” o cantidad de pena, corresponderá aplicar ciertas formas concretas de pena de entre aquellas señaladas en el artículo 6.

La Regla 1 del artículo 23 señala: “si la extensión de la sanción resulta equivalente a una pena de crimen, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado o internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social”. De acuerdo al Código Penal, las penas de crímenes son las que parten de presidio mayor en grado mínimo, es decir, desde 5 años y 1 día como límite inferior.

Curiosamente, sólo en la regla 1 se habla de la categoría de delito (“crimen”), y en las 4 reglas siguientes tan sólo se mencionan los tiempos de sanción aplicables. Además, mientras en la regla 1 se usa el vocablo “deberá”, en el resto se reemplaza por “podrá”. Ambas cuestiones no son inocuas, y junto a varios otros asuntos que resultan ambiguos en el texto legal, ya están abriendo paso a múltiples problemas de interpretación.

A continuación, la Regla 2 señala que “si la sanción va de 3 años y 1 día a 5 años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción

Si concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensará racionalmente el tribunal para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

Art. 67. Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla.

Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimo, y en el segundo en su máximo.

Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.

Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado.

En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

Art. 68. Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes.

Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo.

Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Cuando no concurren circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.

Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos.

social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, o libertad asistida especial”.

La Regla 3 se aplica cuando la sanción oscila entre 541 días y 3 años, y las penas aplicables son: internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

De acuerdo a la Regla 4, las penas aplicables cuando la sanción se ubique entre 61 y 540 días serán las mismas mencionadas en la regla 3, más la de reparación del daño causado.

Por último, para sanciones de extensión igual o inferior a 60 días, la Regla 5 autoriza imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño, multa, o amonestación.

Una vez efectuadas todas las complejas operaciones anteriores, debe aplicarse el artículo 24, que contiene “criterios de determinación de la pena”: “Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) la gravedad del delito de que se trate;
- b) la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
- d) la edad del adolescente infractor;
- e) la extensión del mal causado con la ejecución del delito;
- f) la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”.

De una mirada atenta al sistema de determinación de penas adoptado y la historia de su establecimiento, resulta bastante claro que el modelo finalmente aprobado no sólo es ambiguo, sino que incoherente, cuestión que se demuestra, por ejemplo, al considerar que varios de los criterios señalados en el artículo 24 (cuyo contenido emana de antes del acuerdo del 11 de mayo de 2005), ya fueron tomados en cuenta precisamente en las reglas del CP al que se remite el artículo 22 (especialmente, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, y los niveles de participación y ejecución del delito). Los nuevos artículos fueron insertados por sobre una estructura en la que la gravedad de la “infracción” juvenil era tan solo uno de los criterios a tener en cuenta para determinar la medida aplicable. En el nuevo modelo, dicha gravedad se determina de acuerdo a las penas aplicables en las normas penales de adultos, determinándose primero la cantidad abstracta de pena aplicable, para en base a ello determinar el tipo específico de pena a aplicar en definitiva (es decir, primero se sabe el “cuanto”, y después el “de qué”), y tan sólo después de eso se considerarán cuestiones centrales que en el sistema original debían guiar fundadamente la decisión judicial, y que en el sistema de la Ley no sólo resultan redundantes sino que sirven tan sólo para determinar la sanción aplicable dentro de las opciones restringidas a que conducen las reglas de los artículos 21, 22 y 23.

Se discute si es que la rebaja de un grado contemplada en el artículo 21 es la pena abstracta o concreta, y en virtud de ello, no resulta claro si cuando la Ley se refiere a “crímenes” y “penas de crimen” debemos entender que se trata de lo que para adultos es tal, o a ese rango pero una

vez aplicada la rebaja pertinente. En concreto, el problema tiene importantes implicancias, como por ejemplo a efectos de la procedencia o improcedencia de la medida cautelar de internación provisoria, que de acuerdo al artículo 32 es aplicable sólo frente a la imputación de crímenes. Así, no se sabe si lo que se entiende crimen para un adulto (desde los 5 años y 1 día) debe seguir siendo considerado crimen una vez rebajada esa pena al grado que va entre los 3 años y 1 día y 5 años (es decir, la Regla 2 del artículo 23), o, por el contrario, debe entenderse que aplicado el artículo 21 el hecho imputado deja de ser crimen y por lo tanto pasa a ser inaplicable dicha medida cautelar. Considerando que de acuerdo a esta Ley la internación provisoria puede durar lo que dure el juicio (y la fase de investigación, de acuerdo al artículo 38, puede durar hasta 6 meses, prorrogables por otros 2), resulta evidente que el problema es de la más alta relevancia pues de la manera en que se interprete la Ley dependerá en definitiva si los niveles de privación de libertad son contenidos, reducidos, o, por el contrario, incrementados cuantitativamente.

Si la pena de “crimen” es desde 5 años y 1 día hacia arriba, y el límite máximo que el artículo 18 determina para los menores de 16 años es de 5 años, debiera asumirse que en el tramo de 14 a 16 años no es posible cometer “crímenes”, lo cual tendría varios efectos, entre ellos la imposibilidad de la aplicación de medidas de internación provisoria. Con todo, es difícil estimar que estas consecuencias hayan sido previstas por los legisladores, y además, podría llegarse a otras conclusiones según la manera en que se interprete deben aplicarse las reglas, y el momento de la operación en que se considere deben aplicarse los límites señalados en el artículo 18.

La misma discusión sobre la rebaja de un grado contemplada en el artículo 21 tiene efectos tan cruciales como la determinación del tipo de causas de que conocerá el nuevo sistema, puesto que tal como algunos “crímenes” se convierten en “simples delitos” por aplicación de dicha norma, muchos “simples delitos” pasan a ser “faltas”, y como ya se ha señalado, sólo las faltas expresamente señaladas en el artículo 1 entran a este sistema, y el resto son de competencia de la facultad sancionadora de los Tribunales de Familia.

Como se ve, existen interpretaciones radicalmente diferentes acerca de la manera de aplicar estas reglas de determinación de la pena. De Ferari señala al respecto que: “Las reglas propuestas por la Comisión son complicadas. Además de esta crítica, el régimen esbozado merece un par de interrogantes. Si la duración de la pena constituye la base para seleccionar la naturaleza de la sanción, ¿cuál será la duración del castigo elegido? ¿la aritmética de los artículos 21 y 22 obliga al juez cuando fija la duración concreta de la pena seleccionada? Una interpretación considera que el criterio de la duración de la pena sólo satisface la condición legal para seleccionar qué tipo de pena se impondrá dentro del marco penal del art.23. Por lo tanto, el juez es soberano para decidir la duración que estime aconsejable dentro de los límites generales establecidos en la LRPA. Otra interpretación sostiene que las reglas de los arts. 21 y 22 cumplen dos funciones: servir de base para determinar el marco penal; dos, proporcionarle al juez la extensión temporal o cuantía definitiva de la pena, la que deberá respetar cuando dicte la condena, teniendo en vista los límites del art. 18”²⁰⁹.

Otra incoherencia, que será muy relevante en la implementación práctica de la ley, se encuentra en el hecho de que la “libertad asistida especial”, pese a tener un límite máximo

²⁰⁹ De Ferari, Luis Ignacio, “Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes en Chile”, en: Justicia y Derechos del Niño Número 8, UNICEF, 2006, página 144.

temporal de 3 años (artículo 14), es incluida en la Regla 2 del artículo 23, es decir, “si la sanción va de 3 años y 1 día a 5 años” .

Para terminar con las referencias al sistema de determinación de sanciones, podríamos decir que con su excesiva e innecesaria complejidad, unida a otros factores tales como el hecho de que esta Ley no cuenta con un catálogo infraccional propio sino que se remite a las definiciones de otros cuerpos legales, y que debe ser leída en estas y otras materias conjuntamente con varios otros cuerpos legales (CP, CPP y leyes penales especiales), se dificulta extremadamente que este texto legal sea comprensible para la ciudadanía en general, y en particular para los niños y adolescentes, a quienes está llamada a regir, con lo cual cualquier pretensión “educativa” se ve torpedeada por los propios términos de unas reglas del juego definidas por el mundo adulto de manera tan poco clara.

Cerrando el título referido a las penas, el artículo 25 permite la “imposición conjunta de más de una pena” (“siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo”). El artículo 26 señala, repitiendo en esto el artículo 37 b) de la CDN, que “la privación de libertad se utilizará como medida de último recurso”, y agrega que “en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”. Esta norma se explica por el hecho de que, efectivamente, en el modelo de esta ley, y dado que el grueso de las sanciones no privativas de libertad quedan reservadas en su aplicabilidad a la delincuencia más leve, resultaba necesario contemplar algún mecanismo que evitara que los niños quedaran en peor situación que los adultos (respecto de los cuales se aplica la Ley 18.216, sobre “beneficios alternativos” a las penas privativas o restrictivas de libertad, mediante remisión condicional, libertad vigilada y reclusión nocturna). Sin embargo, resulta destacable que el esfuerzo del legislador tienda tan sólo a evitar que los niños sufran una pena más gravosa que un adulto, pero no una pena igual o levemente morigerada. Como señala De Ferari: “(esta norma) no es más que otra confirmación de...que...la situación jurídica del adolescente se estima por el legislador semejante a la de los adultos. En efecto, si bien no puede ser más gravosa, el artículo 26 no urge a que la aplicación de la sanción mire a otras condiciones que la hagan menos gravosa. En buenas cuentas, la norma nos señala que uno de los discriminantes para no aplicar el internamiento se sitúa fuera del derecho penal juvenil, en la condena que pudiese recibir un adulto por un hecho determinado, según la valoración que realice el juez de las normas generales y de las contenidas en la Ley 18.216 (...) La norma del art.26 inc.2ª no añade nada nuevo, sino que más bien acusa el déficit de especialidad de la ley penal juvenil²¹⁰”.

En el Título III, relativo al Procedimiento, se insertan las normas relativas a lo que se denomina “sistema de justicia especializada”. A diferencia de la especialización orgánica que contemplaba el Anteproyecto de 1998, el artículo 29 apunta a una especialización funcional de jueces de garantía, jueces de tribunal de juicio oral en lo penal, fiscales y defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, los que “deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta ley”. A renglón seguido, se decreta que todo fiscal, defensor o juez con competencia criminal “se encuentra habilitado para intervenir, en el marco de sus competencias, si, excepcionalmente, por circunstancias derivadas del sistema de distribución del trabajo, ello fuere necesario”. Además, se hace responsable a cada institución de garantizar la

²¹⁰ Op.Cit., página 154. El subrayado es nuestro.

especialización requerida en esta norma. El artículo 30 se refiere a la capacitación de las policías, entregando a Carabineros y la Policía de Investigaciones la responsabilidad de incorporar el tema en sus programas de formación y perfeccionamiento. Como se puede apreciar, se trata en rigor de una “especialización en la medida de lo posible”.

En materia propiamente procedimental, se rastrea también en estas normas el proceso progresivo de pérdida de especialidad del sistema creado por la Ley 20.084. Así, en la regulación de la detención de adolescentes por delitos flagrantes se establece en términos aparentemente tajantes un plazo de 12 horas como tope máximo para esa forma de privación de libertad (artículo 31 de la Ley 20.084. Respecto de adultos, ese plazo máximo es de 24 horas, según el artículo 131 del CPP). Sin embargo, a continuación, dentro del mismo inciso el legislador se remite a las normas de adultos (“dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3° del Título V, del Libro I del Código Procesal Penal”). Con esto se está a medio camino de romper, por vía de aplicación de las normas de adultos, el tope máximo de 12 horas señalado para la duración de la detención, y así la frase siguiente agrega: “Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código, ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley”. Por esta vía, la detención puede ampliarse hasta por 3 días, quedando el adolescente en la misma situación que un adulto en tales circunstancias²¹¹.

Para la investigación y juzgamiento de las “infracciones penales de adolescentes” (es decir, de todos los crímenes y simples delitos, más las faltas expresamente incluidas en el artículo 1), el artículo 27 dice que regirán las disposiciones de esta Ley, y “supletoriamente” las normas del CPP. Si es que el Ministerio Público requiere una pena no privativa de libertad, “se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, según sea el caso, regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal”.

En el Párrafo 4 se regula la “primera audiencia” (artículo 36), y la posibilidad de aplicar un juicio inmediato (artículo 37), “especialmente cuando se trate de una infracción flagrante”, caso en que se podrá otorgar excepcionalmente un plazo de investigación para diligencias concretas hasta por 60 días. De no aplicarse el juicio inmediato, el plazo para declarar el cierre de la investigación es de 6 meses desde la fecha de formalización de la investigación, prorrogables por solicitud fundada del Fiscal por 2 meses más (artículo 38). La internación provisoria, entonces, puede durar estos 6 u 8 meses de investigación. El artículo 39 se refiere a los plazos para la realización del juicio oral, y el 40 se refiere a la “audiencia de determinación de pena”, contemplada en el artículo 343 del CPP. Se contempla en este artículo la posibilidad de que el tribunal requiera en dicha audiencia la opinión de peritos.

En caso de que a una persona se le impute una infracción sancionada por la Ley de RPA y un delito cometido siendo mayor de 18, se aplican entonces respecto a ambos hechos las normas de adultos (artículo 28). Una vez más, y a diferencia de otros modelos de justicia juvenil, se opta en caso de duda por aplicar las normas de adultos (el artículo 3, ya visto, opta por la misma solución para el caso de que la infracción se inicie antes de la mayoría de edad de su autor y concluya después de ésta). En coherencia con esa opción, el artículo 56, en el Título Final, regula la posibilidad de que al cumplir un adolescente la mayoría de edad estando internado, pueda ser enviado a un recinto penitenciario de adultos.

²¹¹ Una vez más es posible preguntarse si esto es “derecho penal de adultos atenuado” o “derecho penal de adolescentes”.

De las normas señaladas hasta ahora, resultan ya explicables algunos de los principales problemas de coherencia e interpretación que la Ley plantea, así como el fundamento de varias de las críticas que desde la CDN y las normas internacionales sobre justicia juvenil es posible hacer.

En definitiva, la principal objeción que se puede hacer a la Ley 20.084 es que, por más que la intención declarada en un inicio y que subsiste en parte en el discurso oficial con que se le justifica y legitima haya sido la de hacer una radical reforma en la materia, lo que la Ley terminó siendo se acerca más a una atenuación del derecho penal de adultos que a un verdadero derecho penal de adolescentes. Esto se expresa principalmente en el catálogo infraccional, catálogo de sanciones, sistema de determinación de sanciones, sistema de justicia, y procedimiento. Lamentablemente, sólo en el terreno de la aplicación práctica de esta Ley será posible evaluar la veracidad de una o otra afirmación.

11.4 Postergación de la entrada en vigencia de la Ley 20.084 y problemas detectados para su implementación.

La Ley 20.084 fue publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre de 2005, y su artículo 1° transitorio disponía su entrada en vigencia para 6 meses más a contar de la fecha de publicación, es decir, el 7 de junio de 2006.

El 26 de Mayo de 2006, mediante la ley 20.110 (publicada en el Diario Oficial el 1 de junio del mismo año), se modificó el artículo 1° transitorio de la Ley de RPA reemplazando “seis meses” por “dieciocho”, es decir se extendió en un año más el período de vacancia originalmente contemplado. Además, se agregó un artículo 4° transitorio, que señala: “Establécese una comisión formada por expertos, la que se encargará de evaluar la implementación de la presente ley e informar trimestralmente acerca del estado de avance de la misma a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Esta comisión será coordinada por el Ministerio de Justicia”.

Las razones para esta postergación de la entrada en vigencia de la Ley de RPA, de acuerdo a la Directora del Servicio Nacional de Menores, doña Paulina Fernández, fueron las siguientes: “La postergación de la ley se debió a que no se contaba con una oferta programática completa, en especial con la infraestructura necesaria para el cumplimiento de la sanción de privación de libertad en régimen semicerrado. Además, no existía una oferta intersectorial adecuada e instalada, tanto para aquellos adolescentes privados como no privados de libertad, que permitiera cumplir con los estándares establecidos en la ley en cuanto al acceso a la educación regular, a la capacitación laboral y al tratamiento especializado de salud mental y de desintoxicación en drogas, entre otras prestaciones. A lo anterior se suma una insuficiente capacitación de los distintos actores encargados de implementar la ley, la ausencia de un sistema de información que permitiera estimar la carga de trabajo del sistema y el seguimiento del sistema de ejecución de sanciones y, por último, una falta de adecuación de los modelos

de intervención a los objetivos de la ley ya los estándares de reinserción social exigidos por ella”²¹².

El Primer Informe de la Comisión de expertos de RPA fue entregado en Octubre del 2006. En él se identifican 5 núcleos problemáticos “para una exitosa implementación de la ley”²¹³:

- obstáculos normativos y problemas de diseño legal e institucional.
- determinación de la carga de trabajo y flujos del sistema
- oferta programática
- creación de un sistema especializado, formación y capacitación de las instituciones involucradas
- fortalecimiento institucional, seguimiento y coordinación.

Este Informe confirma varias de las críticas y dudas que el texto de la Ley generó al momento de ser aprobada.

Como constatación general previa a los 5 puntos ya mencionados, la Comisión dice que ha identificado “una ostensible brecha entre los objetivos de prevención y garantías explícitamente señalados en la ley y los medios –materiales, personales, institucionales y técnicos- de que se dispone para su aplicación”. “En el diseño legal y en las percepciones expresadas pro algunos operadores, subyace la idea de que este nuevo sistema es sólo una atenuación del sistema de persecución establecido en el Código Penal y Procesal Penal” (el subrayado es nuestro). A su vez, la percepción de otros actores es que “la nueva ley es sólo una extensión del trabajo que actualmente se realiza en el marco de las leyes de menores”.

En cuanto a los aspectos normativos, este Informe se refiere a los problemas más importantes, señalando en primer lugar las “definiciones a partir de los conceptos técnicos de crimen, simple delito o falta”: “en la medida en que el art. 21 de la ley parece imponer marcos abstractos distintos a los del derecho penal de adultos, muchos crímenes de aquel sistema deberían considerarse simples delitos para adolescentes, en tanto que muchos simples delitos deberían considerarse faltas”. Se alude a que de la discusión generada por dicha disposición en el ámbito académico e institucional, no parece imponerse un criterio uniforme, y se estima que “en la práctica el debate tenderá a agudizarse”. Dado que en absoluto se trata de una cuestión teórica, la Comisión recomienda que “esta cuestión debe ser asumida conscientemente por el Congreso”. Lo mismo ocurre con las “normas de determinación y revisión de penas”, pues el régimen adoptado “ofrece una infinidad de dudas interpretativas” no solucionadas y que también tenderán a agudizarse en la práctica. Toda esta situación, según la Comisión “se agrava porque las Cortes de Apelaciones, llamadas a conocer de

²¹² Entrevista a Paulina Fernández, por el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, de fecha 23 de Noviembre de 2006. Disponible en: http://www.oijj.org/news_oijj_ficha.php?rel=SI&cod=117&pag=050300&idioma=es

²¹³ Informe completo disponible en: <http://comisionexpertosrpa.blogspot.com/2006/10/primer-informe-de-comisin.html>

eventuales recursos de apelación en la materia, no han sido capacitadas ni especializadas en la ley”.

Un tema especialmente importante que se señala dentro del primer núcleo de problemas, es que no existe una barrera que impida que las modificaciones que se realicen en el sistema penal de adultos incidan directamente en el sistema penal de adolescentes, el cual en el modelo adoptado “se construye en términos accesorios al que rige para adultos”. De esta forma, se señala como ejemplo que varios aspectos de la “agenda corta” en materia de delincuencia que el Estado ha anunciado y que inciden en mayores niveles de privación de libertad durante los procesos y en sanciones más gravosas, se arrastrarían, de ser aprobados, directamente al derecho penal de adolescentes, “sembrando incertidumbre a la hora de planificar respecto de un sistema cuyos márgenes amenazan con modificarse en cualquier momento”.

El segundo núcleo se explica también en gran medida por las ambigüedades del texto legal aprobado, que impide estimar con cierta precisión los flujos de causas que atenderá el nuevo sistema, y además, no se cuenta con estudios actualizados en esa materia.

Respecto a la “oferta programática”, ya hemos aludido a algunos problemas en la parte de este Informe relativa a Privación de libertad de niños. Al respecto, la Comisión de expertos da cuenta de que existen problemas serios de hacinamiento y falta de espacios adecuados, que “ponen en jaque la aplicación de cualquier modelo de intervención”. Tras realizar visitas a varios recintos de privación de libertad, la Comisión dice que es posible prever que el sistema enfrentará importantes dificultades para lograr el cumplimiento de las finalidades socioeducativas y de rehabilitación que la Ley persigue.

Para los programas en el medio libre, considerando que todas las medidas de ese tipo requieren de una red social, comunitaria y de servicios públicos que funcione articuladamente, se evalúa que actualmente esas redes sociales son “insuficientes y deficitarias en sus fines, tanto respecto de la población general como de este grupo específico, por lo que difícilmente estarán en condiciones para cumplir con las nuevas exigencias que la ley les impone, de no mediar un esfuerzo coordinado de todos los sectores llamados a intervenir”. De no tomarse a tiempo las medidas adecuadas, esta situación dificulta aún más el poder cumplir con el estándar del uso de la cárcel como último recurso, y el logro de los objetivos de inserción de los adolescentes.

12. Recomendaciones

A pesar de que nuestras recomendaciones están recogidas a lo largo de todo el informe, merece la pena destacar las siguientes:

Recomendaciones generales

1.) La OMCT y OPCIÓN quieren recordar la obligación de Chile de aplicar los tratados ratificados y señala que la Convención sobre los Derechos del Niño contiene normas que configuran derechos directamente exigibles. Este cumplimiento resulta exigible de acuerdo al artículo 4 de la Convención sobre los derechos del Niño, con independencia de la discusión sobre el rango constitucional o supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos. Dado que la Constitución chilena destaca el deber de cumplir con los tratados vigentes, demandamos su cumplimiento; bien a través de su aplicación directa, o bien mediante la adopción de las medidas apropiadas que lo reflejen.

2.) OPCIÓN y el Secretariado Internacional de la OMCT, aunque tienen en cuenta la voluntad declarada del Estado en cuanto a adaptar su legislación relativa a la infancia a la normativa internacional, observan con preocupación como el modelo tutelar vigente a la fecha de ratificación de la CDN continúa vigente en varios puntos, y manifiestan también su preocupación por la falta de evaluación, seguimiento y reformulaciones a la Política Nacional y Plan Nacional de acción a favor de la Infancia para el período 2001/2010, cuestión que ha sido reconocida por el Consejo Asesor en materias de infancia que sesionó y entregó su informe durante el año 2006, y respecto de lo cual siguen sin existir ni conocerse definiciones claras.

3.) La OMCT y OPCION lamentan que subsista aún en la legislación chilena la visión de los niños propia del modelo tutelar, con formas de “protección” que se confunden en los hechos con las intervenciones basadas en necesidades de control y disciplinamiento que pueden llegar hasta situaciones de privación de libertad. Es por ello, que recomendamos la aplicación de las consideraciones propias del Comité y su doctrina de protección integral a través de la más pronta elaboración, discusión y promulgación de una Ley de Protección de Derechos que aborde el tema de manera integral, derogando la vigente legislación tutelar contenida en la Ley de Menores del año 1967.

4.) En el plano de las decisiones jurisdiccionales, OMCT y OPCIÓN lamentan que la Convención sobre los Derechos del Niño no sea aplicada directamente, salvo contadas excepciones, dado que en medio de normas y mecanismos propios del modelo de situación irregular que aún subsisten, sus normas son vistas como un elemento extraño y no como verdadero derecho. A la vez, se declaran muy preocupadas por el uso que se ha hecho de ciertas disposiciones de la misma, en particular, el principio del interés superior del niño, que ha sido empleado como justificación para adoptar medidas contrarias a la Convención.

La OMCT y OPCIÓN demandan la aplicación de las disposiciones de la Convención en conformidad con su verdadero espíritu y contenido por todas las autoridades, así como su invocación y uso acorde a la interpretación que de ésta han hecho sus órganos garantes

internacionalmente, en particular, en lo que respecta a la Observación General N° 5 del Comité de los Derechos del Niño, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 17/2002.

5.) OPCIÓN y la OMCT reiteran la importancia de la participación de los organismos sociales dentro del proceso de difusión, asimilación, defensa y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En conformidad con la recomendación anterior del Comité, demandan intensificar los esfuerzos en tal sentido, en aras a promover una mayor coordinación entre los diversos sujetos de la sociedad civil (ONGs, instituciones y otros sujetos colectivos), que conlleven el fortalecimiento de las estructuras de protección y defensa de los derechos del niño.

Situación general actual de los niños

6.) Tanto OPCIÓN como la OMCT están preocupadas por la falta de un mecanismo independiente y eficaz de vigilancia, defensa y protección de los derechos del niño, y recomienda al Estado de Chile reforzar los poderes de la actual Comisión Defensora Ciudadana; o bien crear un nuevo mecanismo especializado para la defensa y protección de los niños (como por ejemplo: “Observatorio para los Derechos del Niño”, “Consejo de los Derechos del Niño”, etc.). La denominación que se escoja no es lo esencial; lo que importa es que este mecanismo tenga la capacidad suficiente para vigilar de manera independiente y eficaz la aplicación de la Convención y resolver de forma expedita y respetuosa con los niños las denuncias presentadas. Este tema debería ser abordado junto a las cuestiones más generales sobre la necesidad de un Defensor del Pueblo en Chile, y la institucionalidad necesaria para la adecuada promoción y protección de los derechos humanos.

7.) La OMCT y OPCIÓN recomiendan al Estado de Chile incrementar sus esfuerzos para que el Sename, las Oficinas de Protección de Derechos y los servicios de atención urgente lleguen a ser organismos realmente eficaces reforzando su coordinación e integralidad en la protección de los niños y niñas, especialmente en lo que se refiere al estado de su salud. Del mismo modo, sugiere dotarlos con los medios humanos y financieros adecuados y suficientes.

No discriminación (artículos 2, 20, 22, 23 y 30 CRC)

8.) El Secretariado de la OMCT y OPCION reconocen los esfuerzos del Estado en la incorporación de normas que eviten la discriminación. No obstante, le recuerdan que el reflejo pleno de tal principio en su legislación todavía no es completo, y que se encuentra pendiente una iniciativa legal en tal materia. En tal sentido, recomendamos al Estado que vele por que existan mecanismos efectivos tanto para brindar protección ofrecida contra diversas formas de discriminación, de una forma integral, desde todos los frentes, no sólo desde el derecho sancionador o respondiendo a situaciones puntuales, sino que incorporando en general el marco de los derechos humanos de la infancia al centro de las políticas públicas y la actividad de todos los órganos del Estado.

9.) La OMCT y OPCION lamentan que subsistan situaciones de vulneración permanente del principio de no discriminación, las que afectan especialmente a niños y niñas de *categorías vulnerables* como son : los indígenas, las niñas, los pobres, los que viven en zonas rurales, los discapacitados, los internos en recintos de privación de libertad y las minorías sexuales. En tal sentido, la OMCT y OPCION invitan al Gobierno chileno, junto con el Sename a:

- Implementar medidas de prevención efectivas en todo el país, con el fin de superar los factores culturales que fomentan la discriminación, con particular énfasis en la de tipo racial y xenófoba;
- Adecuar las líneas de prevención a cada *grupo vulnerable*.

10.) En lo que concierne las comunidades *Mapuche*, la OMCT y OPCION están muy preocupadas por la criminalización de las acciones relativas a las reivindicaciones de sus tierras, mediante la aplicación de la legislación antiterrorista. Ambas organizaciones demandan al Estado de Chile:

- Derogar toda medida que permita la sanción de actos en función de quién los realice.
- Frenar toda acción discriminatoria contra las comunidades *Mapuche*, incluyendo a sus niños y niñas;
- Garantizar a las comunidades *Mapuche* su derecho a la educación, así como a la propiedad.

11.) En cuanto a las medidas legales que discriminaban a las niñas, la OMCT y OPCION acogen positivamente la modificación de las normas que recogían edades distintas para el consentimiento matrimonial, ahora situado en los 16 años sin distinción entre hombre o mujer. No obstante, la OMCT y OPCION se preocupan ante la existencia de normas que sancionan las relaciones sexuales consentidas entre menores de edad, especialmente, por cuanto además se regulan de una forma más severa y discriminada respecto de los menores homosexuales.

12.) Respecto a los niños mental o físicamente minusválidos, la OMCT y OPCION comparten la preocupación del Comité respecto a la eficacia de los proyectos emprendidos. Es por ello, que requiere al Estado el incremento de recursos, personal e infraestructuras que eviten su discriminación.

13.) En cuanto a los niños refugiados, OPCION y la OMCT está profundamente preocupada porque los niños sin acompañante sean considerados apátridas y que en consecuencia, su entrada en el país pueda ser denegada. Recomendamos al Estado que modifique la Ley de Extranjería para evitar su trato discriminatorio.

Derecho a la vida

14) La OMCT y OPCION recuerdan al Estado de Chile que en virtud de los desarrollos del derecho internacional de los Derechos Humanos, tal como son recogidos y explicitados en relación a niños por la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe entenderse este derecho en un sentido amplio, que puede ser vulnerado tanto por acción como por omisión, y por ende, invitan al Estado a estudiar y implementar todas las reformas y medidas necesarias para garantizar el disfrute de un nivel de vida adecuado por

parte de todos los niños, dando satisfacción a sus derechos de naturaleza económica, social y cultural.

15) La OMCT y OPCION están profundamente preocupadas por el hecho de que las ejecuciones y desapariciones que afectaron niños y niñas durante la dictadura militar no hayan sido aclaradas del todo y juzgadas, y manifiestan su interés en las formas que el Estado de Chile adopte para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a remover los obstáculos que la Ley de Amnistía de 1978 sigue imponiendo para alcanzar verdad y justicia en estos crímenes.

16) La OMCT y OPCION manifiestan también su preocupación por casos de ejecución de niños por parte de agentes del Estado, teniendo a la vista los casos de Alex Lemún y Cristián Castillo, y exigen al Estado de Chile que estos hechos sean debidamente juzgados, sancionados los responsables, y que se adopten las medidas que sean necesarias para evitar a futuro acciones de este tipo.

Protección contra toda forma de violencia (artículo 19 CRC)

17.) La OMCT y OPCION están muy preocupadas por la aceptación social y alta incidencia del castigo corporal y otras formas de maltrato en familias, escuelas, y otras instituciones, así como por la subsistencia de una legislación permisiva al respecto. En tal sentido, afirma que una legislación que reconoce el derecho de corrección aunque con límites no es adecuada. Por consiguiente, la OMCT y OPCION aconsejan al Gobierno de Chile:

- Prohibir explícitamente el castigo corporal y toda forma de maltrato infantil en las familias, escuelas, y otras instituciones;
- Tomar todas las medidas necesarias para implementar tal legislación;
- Perseguir, investigar y penalizar toda forma de violencia contra menores, especialmente aquella que se produce en dependencias del Estado;
- Hacer todo lo posible para evitar el internamiento en instituciones de los niños víctimas de malos tratos, generando programas adecuados para los casos en que sea indispensable separarlos de sus familias.

Protección contra la explotación económica (artículo 32 CRC)

18.) La OMCT y OPCION acogen con satisfacción la adecuación de la legislación chilena a las normas internacionales al respecto, especialmente en lo que respecta a la edad mínima para trabajar, pero manifiestan su preocupación por los vacíos legales que existen en materia de trabajo bajo la edad mínima y fuera del ámbito de regulación del Código del Trabajo. Al respecto, reiteran las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en cuanto a la necesidad de reforzar la vigilancia y aplicación del Plan nacional para erradicar y prevenir el trabajo infantil, e invitan a abordar los aspectos de fondo de este problema mediante la generación de una legislación y políticas adecuadas en materia de protección integral de derechos.

Protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (artículo 34 CRC)

19.) La OMCT y OPCION se inquietan al observar que Chile todavía no ha implementado la recomendación del Comité en lo que se refiere a la prostitución infantil, que por la vigencia del modelo tutelar puede sufrir formas encubiertas de criminalización. La OMCT y OPCION requieren al Estado chileno:

- Despenalizar efectivamente la prostitución infantil;
- Considerar a los niños y niñas prostituidos como niños con necesidad de protección y no como delincuentes, protegiéndolos de la explotación sexual con fines comerciales hasta la edad de 18 años.

Venta y trata de niños (artículo 35 CRC)

20.) La OMCT y OPCION acogen con agrado las acciones del Estado dirigidas a la persecución y prevención de la venta y trata de niños que se están produciendo a distintos niveles (nacional, bilateral y multilateral). No obstante, manifiestan su preocupación por la limitación de tales delitos, que no se refieren a fines distintos al comercio de índole sexual.

21.) La OMCT y OPCION lamentan que el reflejo de la normativa internacional en la legislación interna no se haya producido completamente, recomendando asimismo al Estado la completa adopción de las normas internacionales firmadas al respecto.

22.) Del mismo modo, OPCION y OMCT acogen positivamente el debate surgido en aras a la aprobación de un proyecto de ley que plantea el castigo de la venta y trata de niños de una forma más integral.

23.) No obstante, la OMCT y OPCION reiteran su preocupación por la falta de protección efectiva de los niños que entran en el país custodiados por adultos con los que no les une una relación familiar, jurídica o legal alguna. En tal sentido recomienda al Estado que tome las medidas necesarias para proteger efectivamente a los niños víctimas del tráfico ilegal.

Protección de los niños contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 37-a)

24.) El secretariado de la OMCT y OPCION manifiestan su preocupación por las insuficiencias del marco legal relativo a la tortura, y llaman a enmendarlo en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, ambos ratificados por Chile.

25.) En lo que concierne a las reparaciones de las víctimas de la tortura, la OMCT y OPCION exigen al Estado que les otorgue una reparación justa y adecuada de conformidad con las Convención de la Tortura y Otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes vigente en el país. En concreto, respecto a las torturas sufridas por los Ex-Menores víctimas de la

misma en la época dictatorial, la OMCT apoya una reapertura de la “Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura” e insta al Gobierno a:

- Reconocer como víctimas a todos los ex-menores torturados, secuestrados y detenidos;
- Hacer todo lo posible para investigar los casos presentados sin distinción;
- Otorgar una reparación o indemnización adecuada y no discriminatoria a todas las personas víctimas de tortura, secuestro y detención, en particular a los ex-menores y a los indígenas, dando aplicación al principio de que los niños tienen derecho a una “protección especial”.

26.) La OMCT y OPCION expresan su profunda preocupación por la persistente violencia y situaciones de tortura que sufren los niños indígenas, directa e indirectamente, en especial en las comunidades *Mapuche*, por parte de agentes del Estado. En consecuencia, recomiendan al Estado de Chile:

- Parar toda forma de tortura, especialmente por parte de funcionarios del Estado, en contra de las comunidades indígenas, en particular en contra de las comunidades *Mapuche*;
- Tomar medidas en cuanto al control del cumplimiento de la normativa vigente que prohíbe la tortura;
- Perseguir, investigar, penalizar y reparar toda acción de tortura contra cualquier persona, en especial contra los menores de las comunidades *Mapuche*.

27.) Además, OMCT y OPCION manifiestan su preocupación por el fuerte nivel de violencia represiva con que opera la policía frente a movilizaciones sociales y protestas, incluso cuando estas son efectuadas por menores de edad. Por ello, instan al Estado de Chile a garantizar que estos procedimientos respeten garantías mínimas, no incurran en violencia excesiva, y a que se sancionen las situaciones de este tipo (como por ejemplo, los asesinatos de Alex Lemún y Cristian Castillo) asumiendo las responsabilidades institucionales y generando las condiciones para que hechos de esta naturaleza no vuelvan a repetirse.

Protección de los niños privados de libertad (artículo 37-b, c, d)

28.) El Secretariado Internacional de la OMCT y OPCION lamentan el uso de las medidas de privación de libertad, que todavía resulta alejado de las exigencias de excepcionalidad y brevedad contenidas en la CDN, así como su aplicación en casos de niños vulnerados en sus derechos. La OMCT y OPCION recomiendan al Estado de Chile hacer todo lo posible para que:

- Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente;
- La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se lleve a cabo en conformidad con la ley y se utilice tan sólo como medida de último recurso (tanto en el derecho como en la práctica) y durante el período más breve posible;
- Las medidas alternativas a la privación de libertad sean una realidad aplicable a la que se recurra de forma preferente respecto a las medidas que implican internamiento. En tal sentido, recomienda la formación de las autoridades competentes en el sentido de dar preferencia a estas medidas alternativas.

29.) En lo que respecta a las normas de separación entre menores y adultos, así como entre menores según la edad, el género y/o las causas de su internamiento (protección o pena), la OMCT y OPCION están muy preocupadas por su vulneración generalizada. Especialmente grave, es el caso de la internación de menores en centros penitenciarios para adultos.

Por tanto, la OMCT y OPCION recomiendan al Estado que cumpla con su normativa vigente y garantice el cumplimiento del principio de separación con todos los recursos y medios que para ello sean necesarios.

30.) La OMCT y OPCION manifiestan su profunda preocupación porque el sistema de internamiento de menores contrarie la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a su infraestructura, régimen interno y condiciones de internamiento. Consecuentemente, exigen al Estado que adopte cuanto antes todas las medidas necesarias para conformar los recursos e infraestructura necesarios para frenar la vulneración de los derechos de los niños internos. En especial, en lo que se refiere a asegurar la protección, garantía y cumplimiento de todos sus derechos, como por ejemplo: la educación, la salud o su integridad física y psíquica. Además de velar por que las condiciones de internación sean objeto de vigilancia y supervisión regulares.

Recuperación y reintegración de los niños víctimas (artículo 39 CRC)

31.) La OMCT y OPCION, pese a lamentar la ausencia de normas adecuadas en esta materia en la legislación vigente, acogen positivamente los esfuerzos estatales de impulsar la creación de un verdadero sistema de reparación y reintegración. No obstante, recomiendan que:

- se garantice la existencia de medidas adecuadas, y no limitadas a los casos de vulneraciones graves, para dar a los niños y niñas víctimas un tratamiento no penalizador y que evite su victimización;
- se incida de una forma más acusada en la atención familiar, local y comunitaria junto a la creación de programas necesarios para trabajar por su recuperación y reintegración;
- se integre, este sistema de recuperación y reintegración de los niños víctimas, en una Ley de Protección integral de los Derechos del Niño.

Situación de los niños que han infringido la ley: el sistema de justicia de menores (artículo 40 CRC)

32.) La OMCT y OPCION manifiestan su preocupación por la subsistencia de un régimen de justicia juvenil basado en la doctrina de situación irregular, contradictorio en varios puntos con la CDN, a casi 17 años de su ratificación. Más preocupante aún resulta el que durante la tramitación de la Ley llamada a reemplazar de raíz dicho régimen se haya atendido de manera primordial a consideraciones de “ley y orden” por sobre las intenciones originales de estructurar un sistema de derecho penal juvenil basado en la CDN, y sustantivamente diferente tanto del sistema tutelar de menores como del sistema penal de adultos.

En concreto, consideran que existe un enorme riesgo de que el nuevo sistema sea en la práctica un medio de endurecer la respuesta punitiva hacia los adolescentes, cuestión que es

perfectamente posible dado el diseño legal excesivamente basado en mecanismos, normas y criterios propios del derecho penal de adultos. Por ello, exigen al Estado de Chile que se adopten las medidas necesarias para evitar un incremento de los niveles de privación de libertad de menores de edad, y para que en la aplicación de la Ley 20.084 se potencien las normas y mecanismos que den aplicación a los mandatos de la CDN.

33.) En lo que concierne a la implementación de la Ley de RPA, la OMCT y OPCION recomiendan al Estado de Chile:

- Asegurar su implementación y aplicación efectivas junto a la provisión de estructuras adecuadas y una asignación de recursos humanos y financieros que permitan su cumplimiento;
- Garantizar la protección de los derechos de los adolescentes en todas las fases de la administración de la justicia a través del aseguramiento de todas las garantías aplicables a los niños y del señalamiento de límites razonables a la intervención punitiva del Estado en relación a menores de edad;
- Seguir revisando la legislación y prácticas relacionadas con el sistema de justicia de los menores a fin de lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y con otras normas internacionales pertinentes, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riadh), ligando estas funciones a la labor de un órgano de protección de derechos del tipo mencionado en la Recomendación N°6 .

34.) La OMCT y OPCION están profundamente preocupadas por la ambigüedad y múltiples problemas de interpretación a que dan lugar muchas disposiciones de la Ley de RPA, por la preferencia que otorga a las medidas privativas de libertad en desmedro de las de medio libre y de soluciones conciliatorias, por el excesivo límite máximo de las penas privativas de libertad (5 años y 10 años, para los niños de 14 y 15, 16 y 17 años, respectivamente) por el debilitamiento de las garantías y relativización del carácter especial del sistema creado, así como por los déficits reconocidos por la Comisión de Expertos creada por la Ley 20.110 en materia de implementación en la práctica de objetivos de la reintegración y reinserción social de los adolescentes, sobre todo en recintos privativos de libertad. Es por ello, que recomiendan la revisión de los principales problemas de la Ley, sea mediante una reforma a la misma o mediante legislación y reglamentación adicional, además de la inversión en infraestructura adecuada, capacitación permanente de los actores del nuevo sistema, y un adecuado tratamiento de los problemas asociados a violencia y delincuencia juvenil en los medios de comunicación.



**Organización Mundial Contra la Tortura
P.O. Box 21 - 8, rue du Vieux-Billard
CH 1211 Ginebra 8, Suiza
Tel. +41-22-809.49.39 Fax +41-22-809.49.29**

Para más información, por favor contacte con el Programa sobre los Derechos de los Niños de la OMCT en la siguiente dirección de correo electrónico: ct@omct.org