Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers

1-1-2003

La otra violencia: Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno

Jaime Couso

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Part of the Family Law Commons, Juveniles Commons, and the Legal History, Theory and Process Commons

Recommended Citation
Couso, Jaime, "La otra violencia: Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno" (2003). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers.* Paper 19.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/19

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

La otra violencia.
Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno

Jaime Couso[*]

> "La edad de la alegría transcurre en medio lágrimas, castigos, amenazas y esclavitud. Atormentamos al pobre niño por su propio bien y no vemos que estamos llamando a la muerte, que lo atrapará en medio de esta triste tarea... Padres, ¿saben el día en que la muerte espera a su hijo?... encárguense de que, cualquiera que sea la hora en que Dios los llame, ellos no mueran sin haber saboreado la vida"
>
> Jean-Jacques Rousseau, *Emile*, 1762.

I. Introducción

Reyno de Chile, 1792

Fernando Ríos, menor de edad, fue detenido:

"por andar de vago en malas compañías, dado a vicios y *sin la debida subordinación a su padre* quien ha denunciado a Su Señoría las malas costumbres de su hijo pidiendo se le destierre al presidio de Valdivia... (y declara el padre que) es uno de los hijos más desobedientes a los mandados de sus Padres... el destierro es el único medio con que así yo y su pobre madre y demás familia se conceptuarán libres de que se vean sonrojados..."[1]

República de Chile, 1855

Artículo 233, Código Civil:

"El padre tendrá la facultad de correjir y 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 estenderlo hasta por seis meses a lo más.

"El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto"

---

[*] Profesor e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile.

[1] Caso registrado en el Archivo de la Real Audiencia, en Archivo Nacional de Santiago de Chile, citado por Araya, Alejandra, "Ociosos, vagabundos y malentretenidos en Chile Colonial, Dibam – LOM – Centro de Investigaciones Barros Arana, Santiago 1999, p. 94 (el énfasis es de la autora).

Este ensayo tiene por objeto examinar las relaciones entre violencia y Derecho en la vida doméstica, en particular la violencia ejercida sobre los niños. El punto de partida es una institución del Derecho de familia republicano del siglo XIX, que se remonta a la Colonia, que he querido llamar "poder penal doméstico"[2] sobre los niños y que representa una forma de violencia doméstica legalizada. Consiste en la facultad del padre de castigar físicamente a su hijo y, cuando ello no fuere suficiente, de encarcelarlo, para lo cual contaba con el auxilio de la autoridad pública.

La institución es interesante y merece ser estudiada[3]. Contrasta con la enérgica retórica legal que hoy condena la violencia intrafamiliar terminantemente. En efecto, se trataba de una violencia que no sólo no era condenada por el Derecho, sino que por el contrario, venía legitimada por el Derecho. Su estudio, y el examen de su evolución, me parece, pueden decirnos algo sobre las relaciones entre Derecho y violencia, en un campo en que hoy en día esto parecería una cuestión fácil de responder: el Derecho condena y reduce la violencia doméstica contra los niños.

En efecto, el Derecho chileno parece haber cambiado mucho en esta materia. En 1928, el poder penal doméstico del padre sobre los hijos fue derogado. Actualmente el artículo 234 del Código Civil (sucesor del antiguo Art. 233) dispone:

> Artículo 234.
>
> ”Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.
>
> ”Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.
>
> “Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad.
>
> ”Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres.”

Las sanciones en contra de los padres fueron establecidas en la Ley de Violencia Intrafamiliar de 1994, y se refieren a violencia física o psicológica, incluso aquéllas que no dejen lesiones físicas en los niños.

Así, se podría concluir que el Derecho ha liderado o acompañado un proceso de superación de la violencia doméstica, demostrando su capacidad para pacificar la convivencia.

Esa tentadora conclusión (por su sencillez), dejaría preguntas clave sin responder:

---

[2] En realidad, Ferrajoli ya había llamado “poder punitivo doméstico” a una institución legal análoga, del Derecho italiano. Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal”, traducción española de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, p. 405.

[3] Sin hacer de ello el foco de su estudio, ya reparó en el interés que esta institución y su evolución revisten para entender el desarrollo del control social sobre la infancia en Chile, Cillero, “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”, en Pilotti, Francisco (coordinador) *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1994, pp. 83-84 y 99.

¿Por qué el Derecho legalizó la violencia doméstica en el pasado?, ¿qué funciones cumplía?

La derogación de la violencia legal del padre sobre los niños, ¿produjo una reducción neta de la violencia legal sobre los niños, o sólo un desplazamiento de la misma hacia otro tipo de titular, de manera que las funciones puedan conservarse? En particular, ¿qué fue sucediendo con la violencia pública legal sobre los niños a medida que se produjo esta contracción de la violencia privada legal?

La primera parte y principal de este trabajo, sobre la base de esas preguntas, analiza la función y las transformaciones del poder penal doméstico sobre los niños.

Junto a esas preguntas, o, al intentar responderlas, vale la pena examinar qué aporta concretamente el Derecho, la forma jurídica, en estas transformaciones de la violencia. Es evidente que el Derecho no inventa la violencia. La violencia, incluso si es formalmente legitimada por el Derecho, se sostiene primero en fuerzas sociales y económicas y es legitimada a nivel cultural o ideológico. Y también la transformación de la violencia legal se explica mucho mejor por los cambios producidos en aquellos planos, respecto de los cuales el Derecho no funciona en forma autónoma. Pero, entonces sí vale la pena preguntarnos, ¿qué interacción tiene el Derecho con esas fuerzas sociales y esas ideologías que sostienen la violencia?. ¿Es un instrumento neutral, igualmente útil a las fuerzas e ideologías que sostienen la violencia que a las que la reducen? ¿O existe una cierta capacidad intrínseca del Derecho, de la regulación jurídica de la convivencia humana, para reducir o domesticar a la violencia, siquiera en parte? ¿O, por el contrario, hay razones para pensar que, cuando el Derecho regula la violencia, la consolida, la institucionaliza, enquistándola y perpetuándola en la vida social más allá de lo que sus factores sociales y culturales lo hubieran hecho?

Todas las alternativas sugeridas en esas preguntas han sido sostenidas por alguna tradición de pensamiento. Al final de este trabajo, tras haber examinado la evolución de la violencia doméstica legal sobre los niños, retomaré estas preguntas más generales, ensayando las respuestas que pueden inferirse a partir de esta peculiar forma de violencia legal.

El trabajo se presenta como un ensayo. En él indago exploratoriamente las características de la institución del poder penal doméstico sobre los niños en Chile y examino algunos autores que ofrecen explicaciones sobre el sentido y funciones de la misma, para concluir proponiendo hipótesis explicativas sobre la evolución de la misma y el papel que al Derecho le ha correspondido en la transformación de la violencia doméstica sobre los niños. Un estudio a fondo del problema debería partir por un examen de las fuentes historiográficas, analizando extensamente casos registrados por la justicia y por otras agencias, relatos de padres e hijos, discursos cotidianos justificatorios o críticos. En seguida, debería situar esas evidencias y analizarlas en el contexto de la ideología y el discurso público de las elites republicanas fundadoras del orden legal sobre la familia. Lo propio habría que hacer en relación con cada giro histórico importante de la institución. Parte de ese trabajo ya ha sido desarrollado por

investigaciones referidas a otros aspectos de la vida doméstica de la infancia, que echan luz sobre cuestiones que abordo en este ensayo[4].

II. Función y transformaciones del poder penal doméstico sobre los niños.

El gobierno del padre de familia.

La violencia legal del padre sobre sus hijos tiene, como la propia familia, una naturaleza privada y pública. Es una facultad que se reconoce por el derecho estatal al padre, como parte del dominio privado del padre, y a la vez, es una función que al Estado interesa preservar, al punto de poner a disposición del padre el aparato público de violencia (la policía y las cárceles) para fortalecer su rol.

Ya antes de la dictación del Código Civil, en el derecho hispano vigente en las colonias americanas, que siguió aplicándose en las nuevas repúblicas independizadas de la metrópolis española, se observa esta dimensión pública de la violencia legal del padre, si bien no tan formalizada como llega a ser con el proceso de codificación.

> "Compete al padre, en fuerza de la autoridad que le dan las leyes, el gobierno i direccion de sus hijos... puede correjirlos i castigarlos moderadamente cuando delinquen... puede implorar el ausilio de la autoridad pública para sujetar al hijo desobediente, o que estuviere en poder de otro o anduviere vagando..."[5]

El derecho repúblicano liberal recoge, como se vio, en el Código Civil de 1855, esta dimensión pública de la facultad de castigar presente en el derecho hispano colonial, pero la redefine en términos mucho más precisos, siguiendo otro modelo, al que me referiré en seguida. En efecto, como se vio, en el Código Civil la facultad de castigo paterno se reglamenta con más

[4] Así, Gabriel Salazar dedica el quinto tomo de su "Historia Contemporánea de Chile", dirigida junto a Julio Pinto, Santiago, LOM, 2002, a la Niñez y la Juventud, analizando la experiencia doméstica de niños y jóvenes, tanto del "patriciado" chileno como de las clases populares, y su construcción cultural como "actores emergentes"; en esa obra el autor se refiere también a la violencia que el orden socioeconómico impone al segundo grupo. El mismo Gabriel Salazar, en "Labradores, peones y proletarios", Santiago, LOM, 2000 (primera y segunda edición, Santiago, SUR, 1985 y 1990), pp. 260 y ss., al examinar la identidad y desarrollo del "peonaje femenino" (pp. 260 y ss.) se refiere a la experiencia cotidiana de los niños, hijos de esas mujeres, dando cuenta de la práctica de la confiscación de niños por las autoridades públicas. Recientemente, Nara Milanich, "The children of fate: Families, Class and the State in Chile, 1857 – 1930", tesis (inédita) presentada para obtener el grado de Doctor of Philosophy, Yale University, diciembre de 2002, examina la práctica social de la circulación de niños nacidos fuera del matrimonio y su crianza en casas ajenas en el marco de un extendido sistema de servidumbre informal, develando aspectos de la regulación legal sobre la familia que son iluminadores también para el examen de la violencia doméstica sobre los niños. Por su parte, Ana María Farías, "El difícil camino de la construcción del niño como sujeto de derecho. Resistencias en los discursos y prácticas de los sistemas de atención a la infancia en Chile", tesis (inédita) para optar al grado de Magister en Sociología, Universidad Católica, junio de 2002, se concentra en la fundación y desarrollo del discurso normalizador y la práctica del control social sobre la infancia marginal en el siglo XX, ofreciendo un panorama de un aspecto de la violencia pública que se fue desarrollando sobre los niños al amparo del derecho.

[5] "Diccionario teológico, canónico, jurídico, litúrjico, bíblico, etc., por el Iltmo. Rmo. Sr. D. Justo Donoso", Tomo cuarto, Valparaiso, Imprenta i Librería del Mercurio, 1859, voz "patria potestad", p. 202, citando Las Partidas.

detalles, haciendo explícito el derecho del padre para decidir unilateralmente (respecto del menor de dieciséis años) o, previa calificación de los motivos por el juez (respecto del mayor de dieciséis años), el encierro del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad (que se fija a los veinticinco años), y estableciendo la duración máxima del mismo (uno y seis meses, según si el hijo es menor o mayor de dieciséis años), si bien la detención se podría renovar si el hijo persiste en su desobediencia.

En su formulación codificada, el derecho chileno sigue al código civil francés[6]. Analizada por Donzelot[7], en el contexto de la evolución de la regulación pública de la vida familiar en Francia, esta versión del poder penal doméstico del padre sobre los hijos, regulada en el artículo 376 del Código francés, proviene de las *lettres de cachet* empleadas durante el Antiguo Régimen, y que consistían en cartas con el sello del Rey, que contenían una orden de detención o de exilio sin juicio.

En el caso de Chile, tanto en el derecho hispano como en el Código Civil, la facultad de castigo paterna, reforzada por su poder penal doméstico, sirven para un amplio gobierno del padre sobre la familia:

Así, en el derecho hispano, ampliando la cita anterior, para el "gobierno i dirección de sus hijos" el padre también puede:

> "...prescribir a la familia reglas de conducta;... puede servirse de ellos (de los hijos) sin darles salario, pues cumple con alimentarlos i educarlos..."[8]

Y si bien no puede el padre casar a su hijo en contra de su voluntad, la ley canónica prescribe que:

> "...si el hijo quiere espontáneamente casarse, está obligado a aceptar la persona que le propongan sus padres, si no es que sea para él aborrecible"[9]

Qué tan vinculantes son las disposiciones de este derecho, que reune normas de las Partidas, los Fueros, el Derecho canónico y la doctrina católica, depende del arbitrio que el poder paterno de castigo le ofrece al padre para impedir que su hijo cometa el "pecado" de quebrantar su mandato.

> Así, en 1758 el Capitán Antonio Poblete inició una causa en contra de su hijo Mateo Poblete, por "vagabundo y desobediente", más precisamente, según reclamaba el hijo "por haber pretendido casarme contra su voluntad", y fue enviado a la cárcel de San Antonio pretextando su padre que allí estaría más seguro mientras se resolvía la querella. Mateo Poblete alegó que, no siendo otro su delito, el de desobediencia ya estaría "bien compurgado con más de dos meses de cárcel"[10].

---

[6] Según el comentario de Robustiano Vera a la disposición chilena, en "Código Civil de la República de Chile comentado i esplicado por Robustiano Vera", Tomo Primero, Santiago de Chile, 1892, p. 228.
[7] Donzelot, Jacques, "La policía de las familias", 2ª edición, traducción del francés de José Vázquez Pérez y Umbelina Larraceleta, Valencia, Pre-textos, 1998, pp. 52-53 y 87.
[8] "Diccionario…", cit., p. 202.
[9] "Diccionario...", cit., Tomo Segundo, 1856, p. 427
[10] Citado por Araya, Alejandra, op. cit. 104.

En el Código Civil, por su parte, los poderes del padre, a los que sirve su facultad de castigo públicamente reforzada, se extienden a un amplio campo. En efecto, en el Código Civil de 1855:

> "Los hijos lejítimos deben respeto i obediencia a su padre i su madre; pero estarán especialmente sometidos al padre" (Artículo 219)

La obediencia se extiene a la generalidad de aspectos de la vida doméstica, pero también a las grandes decisiones en la vida de sus hijos. El Código entrega, en efecto, al padre:

> "el derecho de elejir el estado o profesión futura del hijo, i de dirijir su educacion del modo que crean más conveniente para él" (Artículo 235)

Y, si bien no puede obligarle a que se case en contra de su voluntad, el padre tiene derecho de vetar la persona con quien su hijo o hija quiera casarse, hasta la edad de veinticinco años, pues su consentimiento es necesario para el matrimonio de cualquier persona menor de esa edad.

El poder penal doméstico del padre, en todo caso, no es en absoluto ilimitado en el Código Civil. El maltrato habitual al hijo, que ponga en peligro su vida o le cause grave daño, es una causal de emancipación legal del mismo y, al mismo tiempo, de divorcio (separación) entre los cónyuges.

Orden y autoridad en la ideología de la violencia legal doméstica: el gobierno a través de las familias.

La consagración legal del poder penal doméstico del padre durante el siglo XIX, responde a un cometido que está en el seno del proyecto moderno encabezado por las elites gobernantes desde el origen de la República. Se trata de un cometido público, vinculado a las necesidades del orden social.

La idea de un orden social, que debe ser promovido por el Estado, es co-fundante de la legalidad republicana, tanto como, o en mayor medida que la idea de libertad. En la naciente república liberal se expresa la tensión propia de la modernidad ilustrada entre la expansión de las libertades, limitando el poder estatal, y la consolidación de un sistema social que garantice el orden y el progreso, asegurado por el principio de autoridad, una tensión entre subjetividad y sistema[11].

Para la Ilustración, tan importante como el descubrimiento de la subjetividad de la infancia, a la que hay que liberar del poder brutal de la autoridad tradicional (tanto familiar como religiosa), es la afirmación de un interés público en la educación y la civilización de las

[11] En torno a esa tensión define la modernidad Touraine, Alain "Crítica de la Modernidad", traducción del francés de Alberto Luis Bixio, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1994.

costumbres, desde la infancia, bajo un nuevo principio de autoridad, el de la racionalidad, expresada en el orden legal republicano.

Así, junto con el enérgico rechazo a la disciplina de la violencia física que tradicionalmente se empleaba con los niños, que apreciamos en su "Emilio", Rousseau observa, en el "Discurso sobre la economía Política" (1758) la necesidad de enseñarles la obediencia y de formarlos como ciudadanos ordenados a través de la educación pública:

> "...así como al momento de nacer tomamos parte en los derechos de ciudadanía, ese instante debiera ser el comienzo del ejercicio de nuestro deber. Si hay leyes para la etapa de la madurez, debiera haber leyes para la infancia, enseñando la obediencia a otros ... (y) el gobierno debiera evitar a todo lugar abandonar en forma indiscriminada la educación de sus hijos a la inteligencia y prejuicios de los padres, considerando que la educación es de mayor importancia para el Estado que para los padres... Las familias se disuelven... pero el Estado permanece"[12]

Por su parte, Locke, si por una parte rechaza la disciplina violenta,

> "Los golpes, entonces, y toda otra clase de castigos corporales o esclavizantes, no son la disciplina apropiada para usar en la educación de aquellos que quisieran tener hombres sabios, buenos e inocentes..."

por otra parte advierte la importancia del castigo y aún del miedo

> "...pero si se deja la varilla con una mano... y esos pequeños incentivos con la otra, ¿cómo se podría gobernar a los niños? Elimine la esperanza y el miedo, y ahí tendrá el fin de la disciplina... el premio y el castigo son las únicas motivaciones para un ser racional... y por eso debe usárselos con los niños también"[13]

El orden, en primer lugar debe administrarse a través de las familias. Por ello, la conservación y consolidación del poder doméstico del padre es una necesidad que surge como contrapartida de la limitación del poder estatal postulada por el liberalismo ilustrado, operando una redistribución del poder social que impone el orden:

> "Es un axioma de la ciencia política que hay que lograr que la autoridad sea omnipotente en el seno de la familia, a fin de que se vuelva menos necesaria en el Estado..."[14]

Donzelot ha puesto de relieve que este poder del padre se inscribe en una forma de configuración de la familia que la pone a la vez como sujeto y objeto de gobierno. El Estado no sólo quiere reconocer un ámbito de dominio privado al padre de familia, donde éste "gobierna", sino también alcanzar objetivos políticos a través de ese reconocimiento, es decir gobernando a la familia y gobernando a los individuos a través de la familia. En el Antiguo Régimen, ello significa que, a cambio de protección pública al jefe de familia y de reconocimiento de su

---

[12] Rousseau, Jean-Jacques, "Discourse on Political Economy", en Kramnick, Isaac (Editor)*The portable Enlightenment Reader*, New York, Penguin Books, 1995, p. 234

[13] Locke, John, "Some thoughts concerning education", en Kramnick, op.cit., p. 226.

[14] Jules Simon, citado por Perrot, Michelle, "Figuras y funciones", en Ariès, Philippe y Duby, Georges, *Historia de la Vida Privada*, traducción del francés de Francisco Pérez Gutiérrez y Beatriz García, Vol. 4, Madrid, Taurus, 2001, p. 125.

condición, éste debe garantizar fidelidad al orden público por parte de los suyos y aportar una renta al monarca en forma de impuesto de trabajo y de impuesto de hombres (milicia). A cambio de esa responsabilidad, entonces, el jefe de familia ejerce un poder casi discresional sobre los que le rodean, para: utilizarlos en las operaciones destinadas a mejorar la importancia de su condición; decidir sobre el futuro de sus hijos, emplear a su parentela, contraer alianzas y castigarlos si faltan a sus obligaciones de familia. Justamente respecto de esta facultad es donde cuenta con el auxilio de la autoridad pública a través de las lettres de cachet. [15]

Este proyecto político de "gobierno a través de las familias"[16] se extiende a todos los sujetos de cuyo comportamiento el jefe de familia se hace cargo. En un comienzo, en Francia, mujeres, niños, jóvenes y locos quedan, por igual, sujetos al poder penal doméstico del padre, y pueden ser internados por orden suya en virtud de una ley de 1838, que reproduce el sistema de las lettres de cachet[17].

En su origen, en cambio, como ha destacado Foucault, esta forma de control social del comportamiento doméstico no parece haber respondido a una técnica de gobierno dirigida desde el Estado, sino a las necesidades de ciertos grupos locales, incluidas las familias, de garantizar el orden de sus miembros, como forma de escapar al control e intervención estatal, conservando en cambio su autonomía[18]. Un método defensivo, que más tarde el propio Estado promoverá por la extraordinaria economía de la violencia pública que esta técnica de control descentralizada ofrece a las necesidades políticas de orden público.

En la naciente República de Chile, como en América Latina, una de las preocupaciones principales de los arquitectos del orden social post-independencia es la de "establecer estructuras de autoridad que reemplacen a las que colapsaron junto con el imperio colonial español"[19].

Diego Portales, uno de los fundadores del moderno Estado republicano chileno, entiende el importante papel que desempeña la fuerza en la constitución del orden, a través del interés y el castigo:

> "veo que usted tiene la prudencia y la firmeza, y que entiende el modo más útil de conducir al bien a los pueblos y a los hombres. Palo y bizcocho, justa y oportunamente administrados, son los específicos con que se cura cualquier pueblo, por inveteradas que sean sus malas costumbres..."[20]

Del mismo modo, tanto el Presidente Manuel Montt, que promulgó el Código Civil de 1855, como Andrés Bello, su principal redactor, están hondamente preocupados por los problemas de orden y autoridad. Bello, que escribe a favor de "un gobierno fuerte y sólido" y aboga por la pena de muerte, habría tenido una "preocupación fundamental, a lo largo de toda su vida ...(por) el problema del orden"[21].

---

[15] Donzelot, op. cit., pp. 52-53.
[16] Ibíd., p. 51.
[17] Perrot, op. cit., pp. 127-128.
[18] Foucault, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", pp. 104-105 y 109.
[19] Milanich, op. cit., p. 66.
[20] Carta de Diego Portales a Fernando Urízar Garfias, en Gres, Sergio, *La "cuestión social" en Chile. Ideas y debates precursores (1804-1902)*, Santiago, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 1995, p. 61.
[21] Milanich, op. cit., y citando a Ivan Jaksic.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, Andrés Bello admite que la mantención de la potestad paterna respecto de los hijos hasta los 25 años va en contra de la tendencia presente en otros países a abreviarla en el tiempo, liberando a los hijos de dicha autoridad a edades más tempranas. Según Bello "no ha parecido conveniente imitarlos". A cambio de ello, sí se libera del control patrimonial que los padres ejercen sobre ellos, a los hijos que cuentan con un peculio propio, que podrán administrar libremente. Así, el único límite importante al poder paterno, que fortalece la personalidad jurídica del hijo, se obtiene mediante la riqueza.

Vigencia efectiva y función del poder penal doméstico del padre.

Aunque el estudio del arraigo social que pueda haber alcanzado el empleo del poder penal doméstico del padre es una tarea pendiente, la caracterización que de la vida familiar durante el siglo XIX hace la historiografía chilena sugiere que la práctica no debe haber tenido un arraigo significativo.

Por una parte, si miramos a las familias "patricias", de la elite social y económica de comienzos de la República, la forma de ejercer su poder, por parte del patriarca de la familia, parece haber sido mucho más sofisticada que esta, por lo demás avergonzante, medida de mandar encarcelar al hijo, introduciendo al aparato público penal (creado para "los otros") en la familia.

La vida del niño oligarca, del "caballerito", se entiende mucho mejor si se la compara con la de un príncipe, que desde pequeño es atendido y mimado por un ejército de criadas, mirado con orgullo y con altas expectativas por sus mayores, que forman parte de una pequeña, acogedora y protectora corte de parientes y amigos notables, que forman parte de la elite gobernante y económica del país, a todos los cuales el niño oligarca conoce desde pequeño en las tertulias que se celebran en su casa. El padre era respetado y, hasta cierto punto temido, y simbólicamente era una figura que podía ejercer la fuerza, pero el niño oligarca era considerado por el padre como un heredero de su poder, no como alguien a quien pueda sacrificarse a ese poder. El niño también era conciente de su poder.[22]

Salazar, citando un relato de familia patricia, ofrece una visión que me parece reveladora de la indemnidad del heredero frente al poder tan sólo simbólicamente violento del patriarca:

> "...Su autoridad (la del dueño de casa) era suprema e indicutida. 'Francisco javier Ovalle –escribe teresa pereira de Correa- usaba una picana de coligüe con la que corregía desde su asiento la menor inconveniencia de alguno de sus 14 hijos que ocupaban los últimos lugares en la mesa, de acuerdo con su edad'. La picana de Francisco Javier era, sin duda, un juguete patriarcal, pero hasta el menor de sus hijos sabía que ese cuadro idílico se fundaba en la hacienda de la familia, propiedad que ellos heredarían, en todo o en parte, algún día. Incluyendo la pértiga".[23]

No es allí, pues, respecto de los caballeritos, donde puede imaginarse que se ejercía el poder penal doméstico consagrado por el Código Civil de 1855. Y ¿qué hace el patriarca frente

[22] Salazar, Gabriel, en Salazar y Pinto, op. cit., pp. 20 y ss.
[23] Ibíd., p. 24.

al hijo francamente rebelde? Probablemente no había demasiado espacio, ni motivos, para la rebeldía. A las criadas y el "segundo patio", le sucede una educación algo rígida en un colegio internado, administrado por religiosos, y luego, se tenga o no éxito en el colegio –cuestión secundaria para un heredero-, un largo viaje de estudios por Europa. Incluso si allí se adquieren experiencias demasiado liberales o ideas demasiado revolucionarias, como lo ilustra nuevamente Salazar:

> "la potente identidad oligárquica que esperaba a los 'caballeritos' a la vuelta de la esquina no los incitaba, por tanto, a 'cambiar al mundo' sino más bien a conservarlo... Por esto, la 'toma de posesión' tendió a ocurrir a una edad temprana..."[24]

Aún así, es imaginable que el caballerito fuera tan insensato como para, traicionando hasta las más básicas expectativas del patriarca, rechazar la herencia, y rebelarse con violencia. Donzelot, para el caso francés, explica que aún en esos casos, el poder penal doméstico es muy poco aplicado en este medio social, por el carácter deshonroso de la cárcel, la promiscuidad que implica con criminales y gentes del pueblo. Los padres, en este caso, prefieren la fórmula del internamiento psiquiátrico, que veremos reaparecer en nuestros días por otras razones. O tratan directamente con los conventos o ciertos establecimiento privados creados al efecto.[25]

Por su parte, tratándose de los niños plebeyos, por una razón muy distinta, no parecen haber sido objeto en forma masiva del poder penal doméstica del padre: el 80 % de estos niños durante el siglo XIX eran huachos, es decir, sin padre y, a menudo, sin madre. Los que lograban sobrevivir a la mortalidad infantil (de entre un 33 y un 40 % promedio, y que alcanzaba a un 80 % en la Casa de Huérfanos), o vivían bajo un techo distinto del de su familia de origen, empleados como criados, o desde muy temprano, vagando por valles y montañas, empleándose de forma precaria y temporal o delinquiendo, siempre en busca de fortuna, y escapando del peligro de la pérdida de su libertad. Y si la violencia del padre pudo haber sido un capítulo en su vida, no se prolongaba demasiado, pues concluía habitual y muy tempranamente con la ruptura, también violenta por parte del hijo, con ese patriarca marginal, muchas veces ausente, alcohólico o perseguido.[26]

¿Qué función cumplió, entonces, el poder penal doméstico del padre?

Cumplió, me parece, en primer lugar, una función simbólica en la legitimación de la figura del padre–patriarca, con amplio dominio para decidir sobre la vida de quienes quedan bajo su custodia, en aquellos estratos y familias donde existió este patriarca, independientemente de si alguna vez ejerció el poder penal doméstico que la ley le reconoció.

En segundo lugar, y relacionado con aquella función, el poder penal doméstico legalizado por el Derecho, sirvió para legitimar tempranamente una retórica característica de la violencia sobre los niños marginales, que después adquiere formás públicas: la retórica de la violencia paternalista, legitimada porque se emplearía en el interés del propio niño, y que por esa misma razón debe dejarse al arbitrio del padre, sin injerencia pública sino tan sólo para prestarle al

[24] Ibíd., p. 27
[25] Op.cit., p. 87.
[26] Salazar, en Salazar y Pinto, op. cit., pp. 48 y ss.

padre auxilio. Entonces, aunque no se utiliza en forma relevante, el poder penal doméstico del padre sobre los hijos inaugura un argumento moral que trascenderá en el tiempo, "lo hago por tu propio bien", ostentando una legitimidad que las formas tradicionales de la violencia estatal (como el Derecho penal clásico) jamás podrían reclamar para sí, y que habilita al padre para su ejercicio discresional, como un acto privado, íntimo, inexcrutable por el Estado (el juez no puede calificar los motivos de la detención, respecto del hijo menor de dieciséis años), sólo comprensible por quien más se preocupa por el interés del niño: su propio padre.

Ese argumento moral gozará de larga vida, una vez que el propio Estado formule una retórica en la que sus funcionarios se definen como padres de los niños marginales.

Uso expandido del modelo del padre: paternalismo y dominio de clase.

La expansión y reformulación estatalizada de la figura del padre, como modelo de ejercicio de la violencia legítima discresional, "en interés" del propio niño, si bien alcanza su eclosión sólo con la creación del Tribunal de Menores en 1928, tiene algunas expresiones tempranas, no completamente públicas (aunque en cierto sentido también lo son), pero que ciertamente dan cuenta de su escape del espacio íntimo de la familia y que hacen evidente su potencial para el dominio de clase.

En efecto, si la utilización cotidiana de la violencia como forma de sometimiento y dominio por parte del padre sobre los hijos no se da en una medida relevante durante el siglo XIX entre padres e hijos patricios ni entre padres e hijos plebeyos, hay elementos para creer que sí se da en cambio entre padres patricios o "de medio pelo" e hijos plebeyos.

Si un 80 % de los niños en el siglo XIX era huachos, una significativa porción de éstos eran criados en la casa de otra familia, distinta de la suya, al servicio de la cual eran puestos desde pequeños, como criados, como reporta el estudio de Milanich[27]. Salazar también estima que "un gran número de niños huachos –y otros que no lo eran- iniciaron su vida bajo techo ajeno, trabajando como 'sirvientes' antes de haber vivido como 'hijos', y disciplinándose bajo un patrón antes de ser amado por sus padres" [28]. Es aquí donde el poder penal doméstico del padre adquiere mayor visibilidad bajo la forma de un poder penal doméstico del patrón, pero conservando el modelo del padre o por lo menos del tutor, que civilmente detenta facultades legales análogas a las del padre. Una forma cuasi-esclavista de servicio doméstico no remunerado, sostenido por medio de un poder de ejercer la violencia.

Las vías a través de las cuales estos niños llegaban a esas casas eran diversas. Algunos eran entregados voluntariamente o "vendidos" por sus indigentes madres a familias más pudientes:

> "...la pobreza es tan grande, que muchas mujeres... están siempre deseosas de vender a sus hijos y aun se manifiestan gustosas de darlos. Niños y niñas, de ocho o diez años de edad, se venden como esclavos, por 3 ó 4 pesos" (reporte de viajero inglés[29])

[27] Milanich, op. cit. pp. 199 y ss.
[28] Salazar, en Salazar y Pinto, op. cit., p. 53.
[29] Citado por Salazar, ibídem.

> "... las chinas y chinitos de Arauco solían regalarse como se regalan hoy los caballitos de Chiloé. Empleábanse los últimos en los mandados al bodegón, y las hembrecitas como niñas de alfombra y 'despabiladoras' por la noche. Era de rigor que ambos anduvieran descalzos... y además pelados... se les dejaba en la frente un mechoncito para el 'tironeo'..." (Benjamín Vicuña Mackena[30])

Otros, especialmente en el caso de las niñas, eran "confiscadas" a sus padres o madres marginales y forzadas a trabajar.

> "Los hijos de los mendigos que pasen de siete años serán entregados por los respectivos inspectores, prefectos o subdelegados a los artesanos de probidad y juicio, o casas de... honradez, para que por (a cambio de) su servicio sean alimentados, vestidos y enseñados; de los menores de aquella edad dispondrán prudentemente" (Bando del Intendente de Concepción, publicado en 1824[31])

> "Con fecha 26 del pasado, recibí el oficio en que se hace ver la solicitud de Gregoria Llivillinque, sobre que se le entregue su nieta, la que se le quitó por orden del señor Gobernador... Es preciso, señor Juez de Letras, que en algunas cosas que convienen con la razón y la justicia convengamos con las ideas de los déspotas españoles; éstos sí quitaban niños con el objeto que ésta se quitó, y otros muchos se deben quitar, cual es darles a conocer la religión y que tomen alguna civilización entre la gente como el Gobierno lo pretende...Quiero imponerle en los vicios de la abuela y de lo que reina en los indios, cual es la embriaguez, el escándalo y la ninguna religión" (Informe de policía, 1928[32])

Durante la segunda mitad del siglo XIX, la práctica de la circulación de niños con fines de servicio como criados, encuentra un incentivo en la intermediación de autoridades civiles y eclesiásticas, así como de instituciones filantrópicas como la Casa de Huérfanos y otras surgidas hacia fines de siglo, e incluso de la cárcel. A través de esta intermediación, como destaca Milanich, se intenta formalizar y dar un carácter "oficial" a la entrega de niños por madres pobres a familias más acomodadas[33].

Esta oficialidad prestada por la intervención de funcionarios e instituciones públicas (la Casa de Huérfanos fue establecida por disposición de la autoridad y era financiada con recursos públicos) ofrecía a los patrones un cierto título para ejercer roles de crianza sobre sus "criados". Así, a menudo la estancia en la Casa de Huérfanos, no duraba más que un día, que era suficiente para que el patrón celebrara un "contrato" con la institución, que después podía exhibir como un título menos precario que un acuerdo verbal con la madre del niño[34]. En estos casos se habla expresamente de "adoptar" un niño o una niña, a pesar de que la adopción como forma de crear vínculos de filiación no existía en el derecho chileno. Incluso los patrones en busca de sirvientes, se presentan o escriben a la casa de Huérfanos, solicitando un "heredero" o un "hijo"[35]. Con ese

---

[30] Ibídem.
[31] Citado por Salazar, "¨Labradores, peones y proletarios", op. cit., p. 293.
[32] Ibíd., pp. 293-294.
[33] Milanich, op. cit., pp. 267 y ss. Las ideas que siguen, en el texto principal, corresponden a un resumen de la Parte III de la obra de esta autora.
[34] Ibíd., p. 272.
[35] Ibíd., p. 271.

lenguaje, en que el patrón aparece a la vez como padre de su criado-adoptado, expresaba no pocas veces una realidad de sentimientos paternalistas alimentados por la fidelidad del sirviente, al que el patrón termina incluyendo en su testamento, con algún legado quelos convierte en heredero.

El discurso en apoyo de esta práctica, que de otra manera chocaría con las convicciones de la elite republicana, se basa enteramente en la imagen de una obra de caridad. El patrón aparece acogiendo por caridad a un niño o niña (o a varios) que vive en la miseria, que no tiene madre o al que su madre no puede criar, y lo hace por su bien, ofreciéndole una casa, comida y seguridad, educación religiosa y buenas costumbres, e incorporándola al servicio de la casa como forma de darle una vida con sentido, incluso bajo la promesa de recompensarle en su testamento.

La realidad de la práctica, sin embargo, da cuenta de intereses de los patrones, cuya economía doméstica dependía de que pudieran contar con un gran contingente de criadas y criados, y de los propios ilustres intermediadores, por razones parecidas. Así, por ejemplo, cuando Benjamín Vicuña Mackena, siendo Intendente de Santiago, escribió a la Casa de Huérfanos para solicitar la admisión de un niño, buscaba ayudar a la nodriza que servía en su casa a deshacerse de su propio hijo, cuya atención era incompatible con la dedicación a los niños de la casa del célebre Intendente[36].

Para asegurar la obediencia de las sirvientas, hasta 1850 no era un hecho extraordinario que el amo la azotara, ni debe sorprender que en ocasiones abusara sexualmente de ella[37].

Con posterioridad a la adopción del Código Civil, la potestad de castigo del patrón es menos clara, en la medida que su poder no está reconocido expresamente por el Código Civil. Pero, de hecho, la imagen de un patrón-padre, que ejerce funciones cuasi-parentales funciona plenamente. Ello siguió incluyendo el empleo de importantes niveles de violencia. Así, por ejemplo, al menos dos adolescentes entregados por la Casa de Huérfanos murieron por los malos tratos físicos en la casa de sus patrones en 1910[38].

Pero más que en la violencia física, la práctica en gran medida parece sostenerse, como señalé, en los sentimientos y en un discurso ideológico de caridad y gratitud. La caridad paternalista está presente, no sólo como un pretexto, sino como un auténtico sentimiento. El patrón, y quienes participan en las redes de circulación de niños, suelen creer que la acogida de los criados, a fin de cuentas, es una obra necesaria por el bien de esas pobres criaturas. Además, como consecuencia de ello, el patrón a menudo siente que el servicio de su criado es un gesto de lealtad y gratitud que se le debe. En otras ocasiones, en cambio, más que la lealtad, el patrón cultiva el interés del criado prometiéndole parte de su herencia, si no lo abandona en su vejez.

Los patrones se sienten con poder legal –pese al silencio de la ley- para reclamar de vuelta a su criado-pupilo que se ha fugado. Así, por ejemplo, cuando su criada Ernestina Pérez se

[36] Caso citado por Milanich, op. cit., p. 282.
[37] Salazar, "¨Labradores, peones y proletarios", op. cit., p. 297.
[38] Milanich, op. cit., p. 236.

fuga de la casa de Luis Siderey, éste interpone una querella criminal por secuestro en contra de su nuevo amo[39].

Esta breve descripción de la institución de la circulación de niños para su crianza en casas no natales, en las que serán empleados como sirvientes sin remuneración, permite sacar algunas conclusiones preliminares, casi a modo de hipótesis, algunas, y mera repetición de conclusiones obtenidas por Milanich, otras.

La práctica descrita se desarrolla en el silencio de la ley[40], pero bajo un modelo construido o consolidado por la ley: la del padre-patriarca con amplios poderes para disponer de sus hijos, incluso de su trabajo.

La utilización del modelo del padre, de esa manera, permite obtener de los niños recibidos como criados, un servicio no remunerado que es esencial para la economía doméstica de las casas de familias de elite e incluso de otras no tan de elite.

La violencia física se emplea sobre los criados, pero no de la manera descontrolada en que el marginal padre de familia plebeyo y alcohólico maltrata a su hijo, sino como una forma legítima de administrar relaciones de servidumbre, que ciertamente no se pueden gobernar por las más sofisticadas vías que el patriarca patricio puede emplear con sus hijos herederos.

El discurso ideológico que la justifica "por el bien de los niños-criados", inspira y potencia a esta práctica, y ofrece razones y convicciones a quienes intervienen en ella.

Esta forma de ejercer la violencia doméstica no se explica simplemente como un fenómeno privado. La práctica se produce con la participación de las elites, que actúan simultáneamente en su papel privado de patriarcas y su papel público de autoridades políticas, judiciales, etc., y que conservan, por necesidades económico-domésticas propias de su clase, una institución que, apoyada en el modelo legal del padre-patriarca, no cuenta sin embargo, con autorización expresa de la legislación republicana, entre otras razones, porque pugna con principios liberales fundamentales que la inspiran. El silencio de la ley, en este caso, parece necesario a este uso pre-liberal (cuasi-esclavista), del poder penal doméstico.

El desplazamiento público del poder penal doméstico sobre los niños.

En 1928, como se ha dicho, se deroga el poder penal doméstico del padre sobre los hijos. Se mantiene su facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente, pero desaparece la de imponerles la pena de detención con el auxilio de la justicia. Esta derogación es simultánea con la creación de los tribunales de menores, que responde a una profunda transformación en la manera de concebir el papel del Estado respecto de las familias pobres y los niños marginales.

La facultad legal de corrección y castigo paterna adquiere otra apariencia ahora:

[39] Ibíd. P. 261.

[40] Sobre ello abunda Milanich, extrayendo conclusions sobre las que volveré al examinar más en general las relaciones entre violencia y derecho, en la segunda parte de este trabajo.

Artículo 233, Código Civil (1928):

> "El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos.
>
> "Cuando lo estimare necesario, podrá recurrir al tribunal de menores, a fin de que éste determine sobre la vida futura el menor por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir veinte años de edad.
>
> "Las resoluciones del juez de menores no podrán ser modificadas por la sola voluntad del padre".

En su nueva redacción, la disposición del Código civil sustituye un poder del padre, de mandar detener por breve tiempo a su hijo, por una potestad de un nuevo actor, el tribunal de menores, de determinar sobre la vida futura de éstos, hasta los veinte años de edad.

Aparentemente, el poder del padre no es sustituido, sino simplemente reformado, reducido y "domesticado" por la introducción de un juez que ahora puede deliberar y no simplemente cumplir con lo ordenado por el padre. En efecto, es el padre -que conserva su facultad de corrección y castigo- el que "cuando lo estimare necesario" podrá recurrir al juez. Aparentemente también, se modifica la naturaleza de la facultad, porque ahora no se trata de encarcelar al niño, sino de tomar decisiones justas sobre qué hacer con su vida. El efecto es celebrado como una reducción de la violencia del padre, por el contrapeso que representa la facultad del tribunal de menores y por la nueva orientación que tendrían su intervención, en comparación con el poder original del padre. En consecuencia, con la nueva disposición "...cesó el derecho de amo y señor que tenía el padre respecto al hijo menor de dieciséis años"[41].

Un examen más cuidadoso de la reformas del año 1928 deja ver otra realidad tras esas dos apariencias.

La decisión del padre de recurrir al juez, como se verá, implica una renuncia a su potestad paterna, y una intromisión del Estado, sin vuelta atrás, en la vida familiar. Pero a decir verdad, ni siquiera es necesario que el padre recurra al juez de menores para que éste se encuentre habilitado para desplazarlo.

En efecto, la modificación al Art. 233 del Código Civil es apenas una consecuencia de una reforma legal mucho más significativa, producida en 1928: la promulgación de la Ley de Menores, N° 4.447, que crea los tribunales de menores y les entrega una amplia competencia para la protección, el control y la represión de la infancia marginal, abandonada, vagabunda o delincuente.

Siguiendo el modelo del tribunal tutelar de menores creado en Chicago en 1899[42], inspirado en la idea de una justicia informal, con un juez que debe proceder con los niños con la cercanía y la firmeza de un buen padre de familia, le nueva Ley de Menores chilena, entrega amplia discresionalidad al tribunal, para intervenir en la vida de los menores de edad, para

[41] Somarriva, citado por Cillero, op. cit., p. 99.

[42] Para una revisión crítica de la creación y funcionamiento de los tribunales tutelares de menores en los Estados Unidos de América, véase Platt, Anthony, "Child Savers. The Invention of Delinquency", Chicago – London, The University of Chicago Press, 1969.

sacarlos de su familia, entregándolos a otras o internándolos en "Casas de Menores" o en otros establecimientos especiales de educación, donde se les podría educar o corregir hasta su mayoría de edad[43]. Estos poderes no sólo pueden ejercerse cuando el padre recurre al tribunal, sino siempre que el menor "se encontrare en peligro material o moral". La jurisprudencia entendió esto como una amplia competencia para intervenir sobre los niños pobres y marginales y sus familias:

> "Peligro material equivale al riesgo físico en que puede encontrarse un menor, como la falta de alimentación, desarrollo en ambiente tóxico u otro que afecte su integridad corporal.
> "El peligro moral dice relación con el riesgo que puede afectar a su comportamiento con sus semejantes y consigo mismo, peligro de su desarrollo conductual, vivir en ambientes antisociales."[44]

La sustitución del padre venía consagrada expresamente por la ley. Una vez decidida la entrega del menor a otra familia o su internación en una Casa de Menores, el padre perdía de hecho el ejercicio de la potestad paterna respecto de su hijo. El Estado se convierte, en cierto sentido, en el nuevo padre de estos menores:

Art. 1°, Ley 4.447:

> "La función de atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores que, en los casos contemplados en esta Ley, corresponda al Estado, se ejercerá por medio de la Dirección General de Protección de Menores"

Con la reforma legal de 1967, este desplazamiento del rol paterno hacia el Estado se especifica, en relación con los menores internados en Casas de Menores e instituciones correccionales, mediante una explícita sustitución del padre por el director del establecimiento de internación. El modelo jurídico de la relación paterno-filial siguió empleándose, incluso en los numerosos casos (los más frecuentes) en que la internación, a falta de establecimientos especiales para menores de edad, se practicó en las cárceles: el propio director de la cárcel tendrá ahora, respecto de los menores encarcelados, las facultades que el Código Civil reconoce a los padres, incluso la de corregir y castigar por razones educativas:

Art. 57, Ley N° 16.618

> "En tanto un menor permanezca en alguno de los establecimientos u hogares sustitutos regidos por la presente ley, su cuidado personal, la dirección de su educación y el derecho a corregirlo, corresponderá al director del establecimiento o al jefe del hogar sustituto respectivo."

El recurso a las cárceles parece responder a una necesidad contingente, surgida por la falta de recursos para habilitar las Casas de Menores. En efecto, la Ley de Menores, N° 4.447 previó la creación de una "Casa de Menores" en "el asiento de cada Juzgado de Menores", y dispuso que los menores de veinte años "no podrán ser detenidos sino en las casas de Menores

[43] Este aspecto de la evolución del control social sobre la infancia en Chile ha sido objeto de más atención en la investigación histórico-legal chilena. Cfr., por todos, Cillero, op. cit., y Farías, op. cit.
[44] Corte Suprema, 2 de octubre de 1978. RDJ, tomo LXXV, secc. I, pág. 453.

o..." –agregó, previsoramente- "...en los establecimientos que en el Reglamento determine el Presidente de la República". El Reglamento de la Ley, por su parte, en su Artículo 12, resolvió el problema de la falta de recursos para la creación de las Casas de Menores, pero de pasada, dijo mucho sobre el verdadero sentido que para la autoridad pública tenían las facultades entregadas a los flamantes tribunales de menores:

> "Donde no haya Casas de Menores se habilitará un departamento especial, completamente separado del de los adultos en el establecimiento penal o de detención que exista, departamento que se regirá por las disposiciones correspondiente a la Casa de Menores"[45]

El hecho de que se haya recurrido a las cárceles – aún si fue creando en ellas secciones especiales para menores de edad-, como un lugar en que se podían cumplir las "medidas de protección" o de "rehabilitación" adoptadas por los tribunales de menores, da cuenta clara de que el poder penal doméstico del padre no fue realmente derogado y sustituido por la benevolencia y la protección judicial, sino que simplemente cambió de titular, y con ello, se intensificó de una forma impensable bajo la titularidad directa del padre. Si antes el encierro podía llegar a uno y seis meses de detención, ahora podrá extenderse por varios años.

A esta intensificación del poder punitivo doméstico contribuyó probablemente la unificación que la Ley de Menores hizo del tratamiento de la insubordinación o rebeldía del niño marginal (y de su abandono), con el tratamiento de la delincuencia infanto-juvenil propiamente tal. Junto con la creación de los tribunales de menores, se eleva la edad mínima de responsabilidad penal (si bien condicionada a que el menor de edad sea declarado "con discernimiento") de los 10 a los 16 años, sometiéndose a la facultad correccional del juez de menores a quienes el siglo anterior quedaban bajo la competencia de la justicia del crimen[46]. Esta unificación responde a la idea de que, a fin de cuentas, insubordinación y delincuencia, abandono, vagancia y marginalidad, son todas manifestaciones de una misma enfermedad social, la del "menor abandonado-delincuente", y que, a falta de otras respuestas posibles en el plano de las políticas redistributivas a favor de la pobreza, todas ellas requieren de un mismo tratamiento[47].

Por su parte, con la unificación del tratamiento legal de los menores abandonados, insubordinados y delincuentes, el delito pierde especificidad como fundamento de la represión. Se disuelve dentro del conjunto de problemas sociales que requieren intervención del poder estatal de corrección pseudo-paterna. El delito, como la insubordinación, se enfrenta con los medios puestos a disposición del juez de menores, pero ya no bajo la forma jurídica del Derecho penal, sino bajo la del poder de corrección y castigo del padre o tutor. Aunque esta nueva forma impide imponer penas demasiado largas (las medidas terminan con la competencia del juez,

---

[45] El Artículo 2° transitorio de la Ley N° 16.618, de 1967, que reemplazó a la Ley N° 4.447 como Ley de Menores, mantiene esta facultad del Presidente de la República de determinar que otros establecimientos hagan las veces de casas de menores donde éstas no se hayan creado. El Reglamento de la Ley siguió estableciendo que esos otros establecimientos serán secciones especiales ubicadas dentro de las cárceles.

[46] Cfr. Cillero, op. cit., p. 106.

[47] Críticamente, haciendo notar que este "remedio" punitivo se expande en los países de América Latina, en momentos en que las políticas sociales básicas a favor de la infancia se contraen, García Méndez, Emilio, *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1994, pp. 41-44 y 79 y ss.

cuando el menor alcanza los veinte años de edad), como contrapartida permite intervenir eficazmente sin tener que probar el delito –basta argumentar que el menor está "en peligro material o moral"-, y sin tener que guardar proporcionalidad formal entre la gravedad del delito y la duración de la medida, que incluso por un delito de hurto simple, podrá extenderse por años, hasta la rehabilitación del menor (con el límite de la edad de veinte años).

Con el tiempo las cárceles de adultos son sustituidas por establecimientos especiales para menores de edad que cumplen la misma función que aquellas y tienen el mismo carácter privativo de libertad. Los Centros de Observación y Diagnóstico (COD), en la medida que van incoporando medidas de seguridad análogas a las de las cárceles, hacen innecesario el recurso a éstas, que hacia el año 2000, disminuye drásticamente, sin desaparecer[48].

El encierro de niños por tiempo indeterminado en las cárceles (y más tarde también en los COD), sin prueba de haber participado en un hecho delictivo, y a menudo explícitamente sólo a causa de sus "problemas conductuales" o su "peligro material o moral", deja de ser tratado jurídicamente como una medida penal, que exige el respeto de garantías del debido proceso y del principio de legalidad de los delitos y las penas, para convertirse en una simple expresión del derecho de custodia paterna sobre los menores de edad, ejercido ahora por el director del establecimento carcelario o del COD, como padre sustituto. El control de legalidad formal de la medida se vuelve, por tanto, imposible.

Así, por ejemplo, en el año 1991, la Corte Suprema, conociendo de un Recurso de Amparo (Habeas Corpus) interpuesto a favor de tres menores de edad internados por orden de un juez de Menores, uno de ellos en un COD, confirma una resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaiso que da cuenta de esta "paternalización" del control penal del Estado:

> "...este recurso no puede prosperar en razón de que los menores se encuentran internados en los establecimientos mencionados *como medida de protección* para ellos y, en ningún caso, privados de libertad como parecieran entenderlo los recurrentes"[49]

Recientemente, en el año 2001, la Corte Suprema, regulando la situación de los menores de edad imputados por delito, e internados en COD o en cárceles por disposición del Juez de Menores, a la espera de la declaración sobre si actuaron "con discernimiento" (de la que depende la posibilidad de su procesamiento en un proceso penal, como adultos), reitera la tesis de que esa internación no es equiparable a una privación de libertad propia del proceso penal, y no se somete a las garantías que limitan a este tipo de medidas, pues constituye en realidad una medida preventiva establecida en beneficio del menor[50].

En resumen, a partir de 1928 observamos cómo la adopción del lenguaje legal propio de las facultades civiles domésticas del padre, de custodia, educación y corrección, permite al

---

[48] Cfr. Cillero, Miguel y Bernarles, Martín, "Derechos humanos de la Infancia-Adolescencia en la Justicia 'Penal de Menores' de Chile: Evaluación y Perspectivas", en *Revista de Derechos del Niño*, Santiago, Universidad Diego Portales – Unicef, Número Uno, 2002, pp. 21 y ss. Y 24 y ss.

[49] Corte de Apelaciones de Valparaiso, sentencia del 27 de noviembre de 1991, en causa Rol N° 295-91, confirmada por sentencia de la Corte Suprema, de fecha 23 de diciembre de 1991, N° 28.831, en Revista *Fallos del Mes*, Santiago, 1991, N° 397, pp. 771 y ss. (el énfasis es mío).

[50] Cillero y Bernales, op. cit., p. 18.

Estado, a través de la figura del juez de menores, legitimar el ejercicio de la violencia pública sobre los niños, sin respetar las garantías formales que limitan esa violencia respecto de los adultos, y amparándose en la retórica del beneficio del menor. El poder penal doméstico sobre los niños, estatalizado y ejercido dentro de una de las instituciones más características de la violencia pública -las cárceles-, permanece "camuflado" bajo el discurso familiar de una paternal preocupación por la recta educación y protección de los menores.

Disolución de la violencia doméstica legal en los saberes y prácticas sociales normalizadores.

El desplazamiento público del poder penal doméstico, y su intensificación en la figura del tribunal de menores y el director de la Casa de Menores, a pesar de su visibilidad paradigmática, no es la transformación más representativa de la violencia doméstica legal durante el siglo XX. La cantidad de niños sometidos a esa forma de violencia, mediante el encierro, no corresponde a fin de cuentas sino a una pequeña porción de los niños, incluso a sólo una parte de los niños marginales: aquellos que representan una preocupación desde el punto de vista del orden público.

Para la mayoría de los niños simplemente pobres, que son el grupo más numeroso de la población infantil de Chile durante prácticamente todo el siglo XX, el surgimiento de una mayor sensibilidad cultural acerca de las necesidades de la infancia y de los cuidados que les son necesarios, se tradujo durante ese siglo en una sofisticación de las formas de su tratamiento cotidiano. Libres de la violencia legal del padre, derogada y desprestigiada culturalmente, y lejos también de la violencia doméstica del tribunal de menores y las instituciones de corrección a los menores, reservada para un sector de la infancia marginal, la inmensa mayoría de los niños simplemente pobres experimenta los beneficios, pero también las contradicciones, de una nueva forma de preocupación pública por la infancia en el Estado liberal: la moralización y normalización.

La educación intelectual y moral, la higiene y salud públicas, el aprendizaje de habilidades y actitudes de trabajo, así como de un manejo autónomo de las propias necesidades a través del ahorro, la expresión política ordenada y respetuosa de la ley y las instituciones, la regularización de sus uniones familiares bajo el matrimonio legal, su radicación domiciliaria en un espacio definido y ordenado, son algunos de los principales cometidos del proyecto normalizador, como forma de gobernar a la población pobre, desde la infancia. Las bases de este proyecto ya están presentes en el discurso que las elites gobernantes sostienen durante el siglo XIX a propósito de la "cuestión social", pero el proyecto normalizador alcanza una expresión política significativa sólo durante el siglo XX.

Donzelot da cuenta del desarrollo de esta mirada en Francia como una respuesta al doble dilema que las elites intelectuales y gobernantes se plantean en torno a los pobres: 1) ¿cómo puede resolverse la cuestión del pauperismo y de la indigencia sin poner en riesgo la concepción liberal del Estado, que puede verse amenazada por crecientes demandas de subsidios y prestaciones sociales?, y 2) ¿cómo reorganizar disciplinariamente a las clases trabajadoras, una vez disueltos los vínculos tradicionales de vallasaje o patronaje que las mantenían obedientes?[51]

[51] Donzelot, op. cit., p. 57.

La respuesta se encuentra en la filantropía privada y pública, mediante dos formas distintas: el "polo asistencial" y el "polo médico-higienista".[52]

Mediante la "asistencia" practicada por organizaciones filantrópicas privadas, incluso si cuentan con apoyo financiero del Estado, se reenvía a la esfera privada las demandas que dirigidas al Estado amenazarían su definición liberal. La asistencia se acompaña de la enseñanza a las clases populares de las virtudes del ahorro, de una moralidad de la modesta sastisfacción de sus necesidades con el fruto de su trabajo. A los que siguen demandando ayuda, demostrando su falta de moralidad económica, se les responde con la tutela: una intervención en la familia basada en la presunción de su interdicción para hacer frente a su pobreza.

La asistencia tiene, pues, una función moralizadora y privatizadora de las necesidades de los pobres. Las sociedades filantrópicas quieren, con ocasión de la ayuda que prestan a la familia que la pide, darle consejos sobre la correcta forma de conducir sus vidas, y para ello, sacan a la luz la parte de negligencia, de relajación moral que hay en la miseria. La familia que no se ajusta a esta moral, se mantiene en la miseria y sigue pidiendo ayuda, renuncia a su autonomía, se hace vulnerable a la intervención tutelar.[53]

En Chile, la Ley de Menores, N° 4.447, de 1928, refleja este aspecto de la nueva política moralizadora de los pobres, al regular en qué casos se entenderá que los padres están inhabilitados física o moralmente para seguir cuidando de sus hijos. Ahora, junto a la significativa introducción del maltrato, que da cuenta del grado en que el poder penal doméstico del padre pobre cayó en el desprestigio, se incluyen además condiciones y actos propios de las formas de supervivencia de grupos marginales, como la vagancia y la mendicidad –incluso el ejercicio de oficios callejeros que puedan considerarse sólo como un "pretexto" para ocultar la mendicidad-, junto al alcoholismo y "cualesquiera otras causas (que) coloquen al menor en peligro moral o material". Es la pobreza misma, su estilo de vida y supervivencia, el que se pone bajo sospecha de inhabilidad para criar a los hijos de acuerdo con el estándar que las elites definen. La filantropía privada les ofrecerá, en todo caso, la orientación moral, los consejos, incluso el apoyo profesional, para evitar esta pérdida de la autonomía.

Por el polo médico-higienista, por su parte, el Estado actúa para hacer frente al peligro de destrucción de la sociedad por el debilitamiento físico y moral de la población. En este caso se trata de la preocupación política por la manera de introducir el orden en las familias ante "una población libre de sus ataduras territoriales, pero que conserva de sus orígenes un peso que suponía una fuerza en movimiento, imprevisible e incontrolable"[54]. Como se vio en su momento, también las elites gobernantes en Chile y América Latina al fundar las nuevas repúblicas buscan nuevas "estructuras de autoridad" en reemplazo de las tradicionales, que cayeron con el imperio colonial español[55]. Sólo que si la respuesta fue primero la consolidación de la autoridad paterna, ahora se trata de hacer frente a la insuficiencia de ese recurso en el medio de las familias pobres, desprovistas de una adecuada autoridad paterna.

---

[52] Ibíd., pp. 58-59.
[53] Ibíd., pp. 65-72.
[54] Ibíd., p. 83.
[55] Milanich, op. cit., p. 66.

Esta preocupación médico-higienista se expresará en un esfuerzo por crear instituciones y prácticas sociales que introduzcan normas de conducta civilizadas entre los pobres. Un medio es la disciplina industrial, que ordena la vida y las costumbres de la clase obrera. Otro es la escuela, mediante la cual, junto con sacar al niño de las estrategias de supervivencia de la familia pobre (trabajo informal, mendicidad), el maestro utiliza al niño contra la (desprestigiada) autoridad paterna, introduciendo la civilización en el hogar[56].

Ya durante el siglo XIX, a propósito del debate público sostenido por las elites gobernantes acerca de la "cuestión social", el problema de la vagancia y la mendicidad desencadena demandas de una estrategia normalizadora, que combine la represión, la asistencia y la moralización por el ahorro. Un periódico republicano chileno demanda, en 1872, hacer frente a la mendicidad usando diversas técnicas normalizadoras:

> "¡la mendicidad inválida, al hospicio! ¡La mendicidad en salud, la mendicidad que es la juventud y la fuerza embargadas por la ociosidad, a un taller donde adquiera los hábitos del trabajo y comprenda las necesidades del trabajo!... (y si eres mendigo porque te has quedado discapacitado)... te socorro, pero al mismo tiempo procuro que los que vengan después de ti se vayan formando por su ahorro los medios de vivir de los frutos de su previsión y no de los dones de la caridad..."[57]

La escuela pública obligatoria era un campo privilegiado, también según los grupos dirigentes chilenos, para el desarrollo de la normalización. Para ello, como disponía la propia Ley de Menores, N° 4.447, de 1928, la educación debía ir mucho más allá de la instrucción:

> "Art. 2°- En todo establecimiento educacional público o privado, deberán enseñarse como materias fundamentales, la moral y la higiene"

Como lo ha destacado Foucault, al perfeccionamiento e intensificación de la normalización disciplinadora de la población contribuyó decisivamente la creación de ciertos saberes agrupados bajo el dominio de las "ciencias humanas": sicología, psiquiatría, sociología, criminología, etc. A todas ellas es común una técnica de conocimiento: el examen, que representa una especie de vigilancia permanente de los individuos, destinada a dirigir y corregir su comportamiento[58].

Esta vigilancia normalizadora resulta evidente en una práctica judicial respecto de los niños marginales, que se aplica mucho más masivamente que el encarcelamiento, y que representa una tercera y tardía forma de la "filantropía": la libertad vigilada, o la asistencia educativa en el medio abierto, etc. Mediante ellas, el tribunal de menores que ha asumido el poder de padre de un niño "en peligro moral o material", lo mantiene bajo vigilancia y control, pero devolviéndolo a la familia. Mediante esta técnica normalizadora, como destaca Donzelot, "La norma estatal y la moralización filantrópica sitúan a la familia ante la obligación de tener que retener y vigilar a sus hijos si no quiere ser ella misma objeto de una vigilancia y una disciplinarización"[59].

---

[56] Donzelot, op. cit., pp. 75 y 80.
[57] Editorial del *El Ferrocarril*, 3 de mayo de 1872, en Gres, op. cit., pp. 220-221.
[58] Foucault, op. cit., pp. 99-100.
[59] Donzelot, op. cit. pp. 86-87.

A pesar de que el niño sigue en su familia, nada es lo mismo una vez que esa familia ha sido descubierta e incluida dentro del registro del tribunal. El juez de menores, y una nueva profesión, el asistente social que trabaja con él, cuentan con un poder legal y social para vigilar las vidas de los pobres, y para introducir como normas de conducta el programa que las ciencias humanas formulan sobre cómo conducir la vida de manera normal y segura.

Pero la normalización es común a instituciones que reglamentan la vida de familias y niños en un campo mucho más amplio. El consultorio público de salud, la escuela obligatoria a la que asisten niños -a los que se prohíbe trabajar-, la fábrica donde se inicia la vida obrera, el hospital psiquiátrico destinado a los que no se adaptan, tienen algo en común. Según Foucault, son instituciones que "tienen la curiosa propiedad de contemplar el control, la responsabilidad, sobre la totalidad o la casi totalidad del tiempo de los individuos: son instituciones que se encargan de cierta manera de toda la dimensión temporal de la vida de los individuos"[60]. También es común a ellas un control sobre los cuerpos de los individuos; todas ellas facilitan la fijación espacial de los individuos[61]. De esa manera, las instituciones de normalización intentan una gran mecanismo de transformación que responde a la cuestión de "cómo hacer del tiempo y el cuerpo de los hombres, de su vida, fuerza productiva"[62].

Las distintas formas de normalización y control social sobre la infancia pobre, en todo caso, tienen vínculos funcionales. La existencia de la cárcel y de los internados para menores, le da un sentido a la libertad vigilada y a todas las medidas judiciales ejecutadas en libertad, que no tendrían sin la amenaza latente de la internación, que pesa sobre los niños y familias que no se comportan de acuerdo con la norma de conducta. La asistencia filantrópica a los pobres se ofrece bajo la expectatva normativa de que los pobres adquieran hábitos de autonomía, bajo el riesgo de que la misma organización filantrópica que los asiste, testigo de su inhabilidad, recurra al poder tutelar del juez de menores si la inhabilidad persiste. La escuela obligatoria está asociada al riesgo de que la inadaptación (mala conducta, problemas de aprendizaje, y otas causas de la "deserción escolar") sirva como antecedente para una intervención tutelar también. Los fracasos en los tratamientos de salud mental del niño o joven con dificultades, por ejemplo con una adicción, se pueden convertir en ocasión para una internación psiquiátrica o para la intervención de la propia justicia tutelar.

Normalización y violencia.

Hasta ahora no he definido violencia. La definición no era necesaria para revisar el carácter violento de las formas del poder penal doméstico en las que el sentido común no tiene dificultades para hablar de violencia. La palabra "violencia" tiene un campo semántico parcialmente evidente, que abarca desde luego los golpes y malos tratos físicos, así como el encierro involuntario en una institución. No era necesaria la definición, por tanto, al revisar la violencia del poder penal doméstico del padre en su formulación original.

[60] Foucault, op. cit., p. 129.
[61] Ibíd., p. 132.
[62] Ibíd., p. 136.

Por lo que respecta a la práctica de la circulación de niños para emplearlos como criados o sirvientes no remunerados en casas ajenas, las connotaciones cuasi-esclavistas de la institución probablemente también pueden permitir considerarla dentro del campo semántico de la palabra "violencia", de acuerdo con su uso común. Obligar a alguien a trabajar, servirse de su trabajo sin su consentimiento, como esclavo, es violencia también. Si la forma de conseguirlo es "adoptar" un sirviente desde pequeño, haciendo depender su alimentación y abrigo de que preste servicios por lo demás gratuitos, en el contexto de una relación de subordinación social y económica a un amo incomparablemente más poderoso, mal podría decirse que se trata de un servicio voluntario: está inserto en una estructura social en la que la voluntad no tiene sentido, no hace diferencia. A eso se refiere su carácter cuasi-esclavista. No es necesario definir violencia. Menos si a la mantención de esa relación de servidumbre sirve el empleo de facultades de corrección y castigo propias del rol de padre, un padre-amo.

Tampoco es necesaria la definición de violencia al revisar el desplazamiento público del poder penal doméstico en la facultad del juez de menores de internar a los menores en contra de su voluntad en cárceles o en equivalentes funcionales de la cárcel.

En cambio, si revisamos las prácticas sociales e instituciones de normalización de la infancia, puede ser necesario definir los contornos semánticos de la palabra violencia, para evitar que, por terminar calificando a todo como violencia, esta palabra ya no sirva para decir nada con significado. Si observamos la práctica de la libertad vigilada o de la asistencia educativa en libertad, ordenadas por el juez de menores, bajo la amenaza latente de que frente a una resistencia a la medida por parte del niño el juez podrá decidir su internación, probablemente tampoco sea tan difícil convenir en su naturaleza violenta. Pero ¿qué decir de las intervenciones de salud mental respecto de un joven con adicciones u otro tipo de problemas?, y todavía más difícil ¿qué decir de la educación básica obligatoria?

En otras palabras, si con las prácticas e instituciones de normalización se produce lo que he llamado una "disolución" de la violencia, ¿significa eso que el fluido o "solución" resultante deja de ser violento?, ¿o ese voluminoso fluido, conformado por las prácticas normalizadoras, sigue siendo, si bien con menor "densidad", "químicamente" violento en toda su extensión?

El uso de la palabra violencia tiene una función política: significa poner bajo sospecha la legitimidad de una práctica social. La práctica violencia, para pretender legitimidad, debe reclamar razones excepcionales que la justificarían en ciertos casos, además de someterse a límites y garantías impuestos por el Derecho. Esa es, por ejemplo, la técnica por medio de la cual el Estado pretende legitimidad de actos evidentemente violentos como la imposición de penas en el sistema de justicia criminal. El Estado se ve en la necesidad de apelar a esas justificaciones y técnicas limitadores y garantistas, porque la calificación de las penas como "violencia" pone bajo sospecha de ilegitimidad al que las emplea, a menos que demuestre que supera un test de legitimidad especialmente riguroso.

Sólo mientras el uso de la palabra violencia se haga dentro de un campo semántico comprensible para el sentido común, esa palabra mantendrá su capacidad de denuncia, poniendo a quien ejerce la práctica violenta en la necesidad de demostrar la existencia de razones justificatorias especiales y de someterse a límites garantistas.

Un examen a fondo de las prácticas de normalización de la infancia, para una denuncia de su naturaleza violenta, escapa a los objetivos y posibilidades de este ensayo. Pero sí me interesa plantear la hipótesis acerca del carácter violento de algunas de las manifestaciones de la normalización.

En todo caso, quisiera poner de relieve, en primer lugar, la dificultad de un abordaje crítico global de la violencia de las prácticas e instituciones de normalización.

Un primer intento de definir violencia, de cara a la normalización, echando mano de la intuición que parece guiar a Foucault, podría ser el sometimiento del sujeto a las necesidades del sistema social. El sometimiento puede ser "involuntario", lo que hace más fácil su calificación como violento, pero también podría ser "formalmente" voluntario, en la medida que la ideología configurada por los saberes normalizadores (la idea de lo moralmente correcto, de lo sicológicamente normal, de lo médicamente sano, de lo políticamente seguro) produce actitudes conformistas, de manso sometimiento del individuo a esas prácticas que, pasando por encima de sus necesidades y deseos subjetivos, lo utilizan en función de necesidades del sistema social.

El problema de este primer intento es que supone que la subjetividad individual, sus necesidades y deseos, son algo naturalmente independiente de las definiciones del sistema social. Y ese presupuesto es más discutible. Si las exigencia normalizadoras de la educación, la pediatría y la sicología, por una parte determinan la conducta de los individuos en función de necesidades políticas del Estado liberal y de necesidades económicas del capitalismo avanzado, por otra parte contribuyen a definir la propia identidad individual, incluyendo la autocomprensión del sujeto y la definición de sus necesidades y deseos. Como advierte Foucault, esta identidad ha sido determinada por relaciones de poder social, y se apoya en discursos que, aunque presentados como ciencia objetiva, son función del ejercicio de poder. Pero cualquier discurso crítico sobre las "verdaderas" necesidades de la subjetividad humana (por ejemplo, de una subjetividad no alienada por la ideología dominante), y cualquier proyecto social para redefinir las prácticas sociales, como el propio Foucault admite, representa también una forma de ejercicio de poder, que compite con la hegemónica[63]. El recurso a una supuesta ciencia no alienada por el poder (como pretende el marxismo), es una táctica ideológica más para ocultar el ejercicio de poder.

El único recurso para una crítica de los saberes, prácticas e instituciones de normalización que, sin someter evidentemente la voluntad de los individuos, configuran su subjetividad en función de las necesidades sistema social, es el examen de la medida en que esos saberes, prácticas e instituciones, y el sistema social mismo, expresan formas evidentemente hegemónicas de ejercicio del poder[64], por ejemplo porque su "rendimiento social" sirve fundamentalmente a unos grupos en perjuicio de otros. La sociedad disciplinaria que Foucault describe, construida por los saberes, prácticas e instituciones normalizadoras que conoce Francia durante el siglo XX, y que son comunes a muchas otras sociedades, expresa formas de hegemonía política, económica, social y cultural tales, que el sometimiento de la subjetividad por las necesidades de gobierno, orden y productividad sistémicas, respecto de muchos individuos resulta alienante.

---

[63] Foucault, Michel, "Truth and Power", en Collin Gordon (Editor) *Power/Knowledge: selected interviews and other writings*, traducido al inglés por Collin Gordon y otros, New York, Pantheon Books, 1980, pp. 131-132.
[64] Ibíd., p. 133.

Un ejemplo tomado de la realidad de la educación chilena puede ilustrar esta contradicción entre los rendimientos sistémicos y las necesidades de la subjetividad de los niños. El desarrollo de un sistema nacional de medición de la calidad de la educación ha permitido revelar en los últimos años que un porcentaje cercano al 20 % de la población incluida en la enseñanza básica obligatoria, no aprende en los cuatro primeros años las habilidades mínimas de lectura y escritura ni las de la aplicación de las cuatro operaciones aritméticas básicas. En alguna escuela instalada en una localidad especialmente pobre y marginal, se encontró niños que habiendo cursado los ocho años de enseñanza obligatoria (que el Estado de Chile acaba de ampliar a doce), no habían aprendido todavía a leer y escribir. Para esos niños, la escuela representa básicamente una forma de supervisión de su uso del tiempo y una manera de administrar sus cuerpos mediante la disciplina de la asistencia diaria, incentivada muchas veces por la oferta de desayuno y almuerzo en la escuela, que posiblemente en su casa no tendrían. Para el sistema social, la asistencia escolar es una forma de prevención de la vagancia y la mendicidad infantil, y, en último término de la delincuencia infanto-juvenil y de ciertas formas de conflictividad social que se pueden volver contra el sistema social. El costo para los niños que no aprenden suele ser alto, si se tiene en cuenta los problemas de adaptación, de autoestima y de choque con las exigencias disciplinarias que enfrentan los niños que experimentan "fracaso escolar", fuera del costo de tiempo perdido, tiempo de aprendizaje efectivo, de juego, etc. En conclusión, más allá del fracaso de los objetivos educativos respecto de un porcentaje tan alto de niños, hay funciones sociales importantes que la matrícula escolar completa está cumpliendo, vinculados fundamentalmente al control social y la normalización.

Si examinamos el campo de prácticas sociales normalizadoras de la infancia en el área de la salud mental, enfrentamos una nueva dificultad. Respecto de los niños se sostiene, desde argumentos paternalistas, que las intervenciones médicas practicadas en el interés de su salud, deben ser decididas por los padres, y pueden practicarse aún sin el consentimiento del niño. Sus padres, mejor que él, tienen la competencia para tomar esa decisión, y lo harán regularmente en su interés superior. La dificultad conceptual que plantea este argumento es que invalida, respecto de los niños, un concepto de violencia que la defina como una intervención en los cuerpos de los sujetos no concentida por éstos. O por lo menos, bajo esa argumentación, esa forma de violencia no tiene la sospecha de ilegitimidad que llevan las intervenciones no consentidas sobre los cuerpos de los adultos.

En parte es ésta la lógica que siguió un actor tan influyente en el mundo del Derecho como lo es la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1979, en *Parham v. J.R.* En ese caso declaró que, no obstante los menores de edad tienen un interés coinstitucionalmente protegible en estar libres de restricciones físicas innecesarias y en no ser erróneamente calificados de "enfermo mental", los padres pueden decidir la internación de sus hijos en una institución psiquiátrica sin audiencia judicial, en tanto esa internación debe calificarse como "voluntaria" y no como "forzosa" (como lo sería en cambio la que decida el Estado). La internación dispuesta por los padres debe considerarse voluntaria porque debe presumirse que los padres, por sus naturales vínculos de afecto, actúan en el interés superior del niño.[65]

[65] Parham v. J.R., 442 U.S. 584 (1979), 42-43, 321-24.

Bajo esta concepción, las tasas de internación psiquiátrica de niños han aumentado drásticamente en Estados Unidos. La literatura crítica sostiene que muchos de esos niños sólo tienen conflictos familiares o conductuales, y que en Estados Unidos (a diferencia de Chile) ya no pueden legalmente ser institucionalizados a causa de ese tipo de problemas, por el mandato de desinstitucionalización introducido por la *Juvenile justice and Delinquency Prevention Act*, de 1974[66]. Ante esta restricción legal "los hospitales se están convirtiendo rápidamente en las nuevas cárceles para niños de clase media o acomodada ... habitualmente internados por problemas médicos que no requieren hospitalización y respecto de los cuales hay mínima evidencia de que una intervención psiquiátrica sea apropiada o efectiva"[67]. Así por ejemplo, una investigación del *National Institute of Mental Health* en un hospital psiquiátrico (St. Elizabeth's Hospital) demostró que sólo un 30 % de los pacientes menores de 20 años de edad que estaban confinados en ese establecimiento requerían realmente de esa hospitalización[68].

II. Relaciones entre violencia y Derecho en el caso del poder penal doméstico sobre los niños.

Al introducir este ensayo señalé que, a partir del caso de la violencia doméstica legal sobre los niños, y sus transformaciones, abordaría el problema de qué aporta concretamente el Derecho, la forma jurídica, en la génesis y las transformaciones de la violencia. En particular, me preocupan las siguientes preguntas: ¿qué interacción tiene el Derecho con las fuerzas sociales y las ideologías que sostienen la violencia?. ¿Es un instrumento neutral, igualmente útil a las fuerzas e ideologías que sostienen la violencia que a las que la reducen? ¿O existe una cierta capacidad intrínseca del Derecho, de la regulación jurídica de la convivencia humana, para reducir o domesticar a la violencia, siquiera en parte? ¿O, por el contrario, hay razones para pensar que, cuando el Derecho regula la violencia, la consolida, la institucionaliza, enquistándola y perpetuándola en la vida social más allá de lo que las fuerzas sociales y culturales lo hubieran hecho?

Para ello resumiré muy brevemente algunos enfoques teóricos sobre las relaciones entre violencia y Derecho, y a continuación examinaré cuáles de ellos permiten explicar de mejor manera el caso de la violencia doméstica legal sobre los niños en Chile.

Algunos enfoques teóricos sobre las relaciones entre violencia y Derecho

En este lugar quiero resumir o simplemente recordar algunas enfoques o argumentos sobre las relaciones entre violencia y Derecho que creo reflejan una buena parte de las alternativas teóricas para resolver las preguntas que subyacen a estas relaciones.

---

[66] Ramsey, Sarah H. y Abrams, Douglas E., "Children and the Law in a Nutshell", St. Paul, Minn., 2001, p. 325.
[67] Schwartz, Ira M., "(In)justice for Children: Rethinking the Best Interests of the Child", 1989, citado por Ramsey y Abrams, op. cit., pp. 325-326.
[68] Ramsey, Sarah H. y Abrams, Douglas E., "Children and the Law. Doctrine, Policy and Practice", American Casebook Series, St. Paul, Minn., 2000, p. 770.

En primer lugar expondré un argumento o enfoque que llamaré extrasistémico, en la medida que permite entender la violencia del Derecho como el resultado de su utilización instrumental por fuerzas económicas, sociales y políticas ajenas al Derecho mismo, externas a él. A partir de este enfoque, el Derecho termina apareciendo como un instrumento, cuando no neutral, sí en buena medida susceptible de ser empleado, por fuerzas de distinto signo, a favor o en contra de la violencia.

En segundo lugar, resumiré dos argumentos o enfoques que llamaré intrasistémicos, en la medida que sostienen que el Derecho, intrínsecamente, con relativa independencia de los demás factores de la violencia, tiene un efecto sobre la misma. Uno de ellos sostiene que el Derecho precisamente tiene una capacidad intrínseca para producir violencia, al punto de hacer imposible la consecución de la justicia. Del otro enfoque, en cambio, se puede deducir que el Derecho tiene una capacidad intrínseca para reducir la violencia, incluso la que quienes crean el Derecho quisieran emplear. Terminaré esta exposición contrastando estos dos enfoques con las aportaciones que es posible derivar de Foucault, respecto de las relaciones entre Derecho, legitimidad e ideología, y citando una imagen muy significativa ofrecida por Walter Benjamin.

Sin que me sea posible analizarlo en este lugar, sólo quiero traer a colación, como un enfoque que convierte al Derecho en un factor ambivalente respecto de la violencia (utilizable a favor o en contra de ella), el planteamiento que -desde una visión en principio marxista del Derecho- sostiene la posibilidad de un "uso alternativo del Derecho". Para el marxismo clásico, el Derecho, como el Estado que lo crea, es parte de una superestructura cuya base se encuentra en las relaciones de producción existentes en la sociedad, que son su infraestructura. El Derecho (y sus efectos de violencia, podríamos agregar) no tiene autonomía respecto del modo de producción de la vida material, esto es, el sistema social de propiedad de los medios de producción y de organización del trabajo[69]. El Derecho depende de la Economía, y además sirve a la reproducción de su infraestructura injusta definida por la expotación del trabajo del proletario; el Derecho reproduce la violencia estructural impuesta por la Economía.

Sin negar esta dependencia de la superestructura jurídica respecto de la infraestructura económica, el planteamiento a favor de la posibilidad de un uso alternativo del Derecho reconoce que en la lucha social dentro del capitalismo existen espacios de poder material que están en disputa; la dominación material de la burguesía capitalista no es total. Esos espacios en los que la hegemonía material no es total permiten expresiones y usos del Derecho a favor de los intereses del proletariado y las clases subalternas. En esa medida, el Derecho puede ser empleado para limitar la violencia estructural impuesta por injustas relaciones de producción.

En relación con los enfoques "intrasistémicos", el primero que quiero mencionar es el que Austin Sarat y Thomas Kearns desarrollan recientemente, en una crítica a la obra de Robert Cover[70].

---

[69] Cfr. Novoa Monreal, Eduardo, "El Derecho como obstáculo al cambio social", 4ª edición, México-España-Argentina-Colombia, Siglo XXI, 1980, pp. 202-203.

[70] En Sarat, Austin y Kearns, Thomas R., "Making Peace with Violence", en Austin Sarat (Editor) *Law, Violence and the Possibility of Justice*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2001, pp. 49-84.

Robert Cover, examinando el momento judicial del Derecho, particularmente en el caso del Derecho penal, sostiene críticamente que la violencia en el Derecho se hace casi invisible a través del discurso que pretende redefinirla como "uso legítimo de la fuerza", una violencia que por lo predecible y ordenado de su imposición, experimenta una "alquimia" de manera que, según este extendido discurso, el Derecho no podría por definición ser violento[71]. Cover contesta que este "abuso del lenguaje" debe ser desenmascarado, para reconocer como un hecho anómalo, que no puede merecer una presunción de legitimidad, el que a través del Derecho se imponga violencia. El Derecho es, por una parte, normatividad, principios de justicia, surgidos de la vida social, con su riqueza y variedad, normatividad que se ubica en el dominio de la libertad; pero por la otra, el Derecho es coactividad, imposición violenta de un cierto contenido normativo, imposición violenta que "mata" a toda la demás variada normatividad presente en la vida social. La violencia del Derecho es *jurispatética*, pues mata al Derecho (como normatividad).

Sin embargo, con este reconocimiento, Cover no pretende una crítica radical a la violencia del Derecho, sino tan sólo que el Derecho emplee lo menos posible a la violencia, y sostiene que, en la medida que ello ocurra así, la violencia debe ser defendida como instrumento del Derecho. Pues la violencia del Derecho se ubica en un medio político y social también violento, y la única manera de disciplinar a la violencia presente en la vida política y social ordinaria es a través del Derecho. La variada normatividad social, mientras permanece desregulada, es caótica. Su disciplinamiento debe hacerse por el Derecho, con contenidos normativos que aspiren a la justicia, pero clausurando el caos a través de la imposición –mediante la ejecución de la sentencia-, necesariamente violenta, de un contenido normativo. Esta técnica, sin embargo, debe ser empleada lo menos posible, porque siempre mata en alguna medida otras visiones de lo justo, necesarias para evitar el carácter jurispatético e imperial del derecho estatal. Con esa precaución, según Cover, la violencia se transforma en paz.

Sarat y Kearns critican este giro final en la argumentación de Cover, por el cual defiende la posibilidad de limitar el carácter jurispatético del Derecho, alcanzando la paz por medio de un orden legal que es "homicida" (y no sólo en sentido figurado, la pena de muerte es un caso de violencia legal que está en el trasfondo de la discusión)[72]. Estos autores se detienen en la imagen, ofrecida por Cover, de la violencia del Derecho -en su momento judicial- como una pirámide de violencia, en la que se produce una organización social del trabajo rígidamente jerárquica. Gracias a esta organización, el juez alcanza una notable coordinación con los ejecutores de sus sentencias, coordinación que permite que las palabras judiciales se traduzcan en actos de violencia ejecutiva. Para ello es necesario, primero, un acto de interpretación y justificación judicial, tras el cual se encuentra, junto al juez, toda la comunidad de jueces como comunidad de interpretación y justificación. En segundo lugar, el juez descansa en una "estructura de cooperación" que trabaja para superar las inhibiciones morales y culturales que enfrentamos en la imposición de dolor a otras personas. La división del trabajo permite superar esas inhibiciones: el juez sólo interpreta y justifica, no pone sus manos en juego en la ejecución de violencia; los funcionarios de la "estructura de cooperación", por su parte, sólo cumplen órdenes del juez, pudiendo atribuirle a él la responsabilidad primaria por la violencia que ellos aplican.

[71] Citado por Sarat y Kearns, op. cit. P. 53. Las ideas expuestas en adelante, en el texto principal, son un resumen del artículo de esos autores.
[72] Op. cit., p. 66

La necesidad en que se encuentra el juez de ser exitoso en provocar que la estructura encargada de la ejecución, se motive a cumplir con lo ordenado, condiciona la forma en que el juez interpreta el Derecho. La interpretación se ve "alterada" por el hecho de que el juez la practica teniendo en cuenta las posibles reacciones de otros en la cadena de mando. La interpretación judicial del Derecho tiene así, un carácter táctico, no es transparente. Si fuera transparente, los matices normativos podrían provocar inseguridad en la estructura de ejecución, poniendo en riesgo la eficacia de la orden judicial. Los jueces no son poetas, no son libres para decir lo que realmente piensan. Si lo fueran, podrían actuar en base a su sentido de la mejor teoría de significado o de ética política. Pero los jueces saben que sus actos intepretativos no son nada en sentido jurídico si no impactan en el mundo. El mundo de la interpretación es entonces alterado por las necesidades del orden.

Los jueces, entonces, para vencer el riesgo de que sus actos de interpretación no sean cumplidos en una cadena de mando, o de que se produzcan interferencias por los funcionarios a cargo de la ejecución, deben proporcionar razones y justificaciones potentes. Sólo así la estructura de cooperación que ejecutará la violencia logrará superar las inhibiciones que nos produce la imposición de muerte y dolor a otros. Pues existen límites en relación con lo que los demás agentes de la pirámide están dispuestos a hacer, aún si es el juez el que lo ordena.

Concluyendo, según Sarat y Kearns, los imperativos del contexto violento en el que el Derecho debe operar transforman al Derecho. La violencia cambia al Derecho, en la medida que éste pierde su capacidad de reconocer matices, de reconocer las diferencias de cada caso, y se vuelve táctico y rígido en función de las necesidades de que sea obedecido, de que su programa violento efectivamente se cumpla.

También es posible considerar "intrasistémico", si bien con un signo opuesto, el enfoque de las relaciones entre violencia y Derecho que resulta del pensamiento de Jürgen Habermas, que más exactamente es un enfoque sobre las relaciones entre vigencia e imposición fáctica (coactiva) del Derecho y legitimidad normativa del Derecho[73].

Para Habermas el Derecho sirve a la integración social de los individuos, sólo en la medida en que junto a su validez fáctica, derivada de su consagración legal e imposición efectiva, alcance validez normativa o legitimidad. La validez normativa o legitimidad, el Derecho la logra sólo en la medida que los destinatarios de las normas puedan considerarlas racionales. Y, dado que, en una sociedad plural y secularizada, ningún contenido del Derecho puede reclamar una racionalidad objetiva, los destinatarios del Derecho considerarán racional sólo a las normas de las que se pueden sentir "autores racionales". Ello apela a la existencia de un procedimiento de creación de las normas que permita potencialmente a todos participar en él, y de condiciones políticas de autonomía y participación en la que los individuos y grupos realmente puedan contribuir a crear y modificar las normas que el Derecho les dirige.

[73] Los siguientes párrafos resumen las ideas de Habermas expuestas en "Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des rechts und des demokratischen Rechtsstaats", 4a edición, Frankfurt, Suhrkamp, 1994, pp. 41 y ss., 51-52 y 61 y ss. También es esclarecedora la resención de García Amado, "La Filosofía de Derecho de Jürgen Habermas", Revista *Doxa*-13, 1993, pp. 238 y ss.

El Derecho, por tanto, no será eficaz en sus funciones “sistémicas”, y perderá su capacidad para dirigir el comportamiento humano, si no trata como individuos autónomos y como ciudadanos a aquéllos a quienes quiere gobernar. Existe un gran obstáculo, por tanto, a las eventuales pretensiones de imponer eficazmente a los individuos un derecho que violente y someta su autonomía.

Esta condición del Derecho deriva, según Habermas, de una característica del lenguaje, que el Derecho también tiene en cuanto acto de habla. Es propio del lenguaje humano que el hablante pretende validez respecto de lo que dice. Incluso si quiere obtener algo en su propio interés, el ser humano utiliza el lenguaje con la expectativa de que aquél a quien habla considere válido lo que le dice, en el doble sentido de efectivo y legítimo. Quien sabe de antemando que su interlocutor considerará ilegítima la pretensión, la intentará satisfacer violentamente, no hablará. Quien habla intenta justificarse. Así también, el Derecho es una forma lingüística de ejercer poder, que junto a sus ventajas tiene la limitación de no ser eficaz si no es capaz de aparecer como válido ante los ciudadanos cuyas vidas regulará. Incluso el dictador que elige juridificar su dictadura, debe intentar que su derecho parezca válido a los que se verán sometidos a él. El Derecho, por tanto, según se desprende de la concepción de Habermas, no puede ser puro sometimiento violento de los individuos. Escoger la forma jurídica para ejercer el poder implica autoimponerse la necesidad de buscar legitimidad para lo que el Derecho dispone. Y como esa legitimidad sólo se alcanzará haciendo sentir a los ciudadanos “autores racionales de la norma”, ejercer el poder mediante el Derecho es limitar al poder, en la medida que es necesario asegurar a los ciudadanos una medida aceptable de autonomía privada (libertades) y pública (participación democrática), y procedimientos que permitan participar en la creación y modificación del Derecho.

Las relaciones entre violencia y Derecho, que pueden inferirse de la teoría del Derecho de Habermas, por tanto, contrastan con lo concluido por Sarat y Kearns precisamente en relación con el efecto que la pretensión de validez y, más precisamente, que la pretensión de legitimidad, produce en relación con la violencia del Derecho. Mientras para Sarat y Kearns, esa pretensión de validez vuelve al Derecho más violento, anulando la posibilidad de una normatividad justa, para Habermas obliga al Derecho a permanecer dentro de un campo de respeto a la autonomía de los individuos y de contenidos normativos que ellos puedan al menos “discursivamente” considerar justos. Esta diferencia se explica bien si se recuerda que, para los primeros autores, la pretensión de legitimidad que les interesa es la que el juez que ordena un acto violento desea que perciban los funcionarios que ejecutarán la violencia, lo que lleva al juez a hacer su imperativo y sus justificaciones más elocuentes, distorcionando y haciendo menos sincera la interpretación jurídica. En cambio, Habermas se centra en la pretensión de validez política y procedimental que el legislador desea que los destinatarios del Derecho perciban. Aún así, ambos enfoques rebelan una concepción distinta sobre la capacidad que un lenguaje distorcionado, poco sincero, manipulador, tiene para convencer al destinatario sobre la justicia de una decisión jurídica (judicial o legislativa). Habermas considera que no nos dejaríamos convencer tan fácilmente por un uso ideológico (que falsea la realidad) del lenguaje, mientras que Sarat y Kearns cree que -si somos funcionarios de la “estructura de coperación” que ejecuta la violencia ordenada por el juez- el discurso ideológico, falso, del juez sí nos logrará convencer.

Sin pretender resolver esa diferencia, quisiera traer a colación las ideas de Foucault sobre las relaciones entre discursos ideológicos y poder, que pueden ser de utilidad para comprender la forma en que el Derecho construye y llena de contenido sus pretensiones de validez.

Foucault no cree que haya conocimiento –ni lenguaje, que es el vehículo por el que se expresa el conocimiento- libre de poder. Siguiendo a Nietzsche, considera que el conocimiento y su discurso siempre son un ejercicio táctico y político, que lejos de describir "sinceramente" el objeto de conocimiento, quiere someterlo a relaciones de fuerza, de poder[74]. Concretamente, al describir la sociedad disciplinaria, en la que el Derecho cumple un papel configurador importante, Foucault identifica como un instrumento clave para la política de control del tiempo y los cuerpos de los individuos, en aras de su productividad y gobernabilidad, el aporte que las ciencias humanas (la psiquiatría, la sicología, la sociología, la criminología) hacen en la justificación de prácticas e instituciones de vigilancia y control del individuo[75]. Estas ciencias "inventan" un conocimiento, unos saberes y discursos, que sirven para ejercer un poder disciplinario a nivel micro-social, bajo la pretensión de una validez científica. Las ciencias humanas, como ciencias de la conducta, producen su conocimiento en función del objetivo político del control del comportamiento humano.

Bajo esa perspectiva, entonces, podemos concluir que el Derecho formula pretensiones de validez echando mano de discursos y saberes que no son "neutrales" (ninguna forma de conocimiento lo es), sino que tienen una carga política relacionada con el programa de intervención sobre los individuos que subyace a ellos. Al hacerlo, estos saberes se normativizan, sus consejos se vuelven prescripciones normativas, medidas que justifican la intervención violenta en las vidas de las personas. De hecho, en cuanto los saberes de las "ciencias humanas" contienen una visión sobre cuál es el comportamiento "normal" de los seres humanos, es propio de ellas pretender que todos nos comportemos normalmente. El Derecho va al encuentro de esta pretensión, ofreciéndole un instrumento eficaz para cumplirla, y "pidiendo prestado" de estos saberes un criterio de legitimidad "científica"; así, la violencia del Derecho no sería caprichosa, sino precisamente una realización de lo que los "científicos" recomiendan.

Para terminar este breve repaso de teorías explicativas de las relaciones entre violencia y Derecho, quiero traer a la vista una imagen de Benjamin que refleja otra dimensión de las mismas[76]:

> "...poder es el principio de toda fundación mítica del derecho... De lo anterior deriva una aplicación preñada de consecuencias para el derecho de Estado. A su dominio corresponde el establecimiento de fronteras, tal como se lo propone la 'paz' de todas las guerras... En ella se muestra con mayor claridad, que toda violencia fundadora de derecho viene a garantizar un poder... El establecimiento de fronteras no significa la somera aniquilación del contrincante. Se le conceden derechos, aun en aquellos casos en que el vencedor dispone de una superioridad absoluta de medios violentos. Y, de manera diabólicamente ambigua, se trata de una 'igualdad' de derechos. Para ambas partes firmantes del contrato, la línea que no debe franquearse es la

[74] Foucault, "La verdad y las formas jurídicas", op. cit., p. 28, citando a Nietzsche, en "La Gaya Ciencia".
[75] Ibíd., pp. 99-100.
[76] Benjamin, Walter, "Para una crítica de la violencia", en *Iluminaciones IV: Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 23 y ss., en particular, p. 40.

misma... (citando a Anatole France) la ley prohíbe de igual manera a ricos y pobres pernoctar bajo puentes...”

Quiero destacar dos aspectos de la teoría sobre la violencia del Derecho que subyace a esta cita. El primero es que, bajo la igualdad formal del Derecho, se oculta la desigualdad de partida entre los diversos obligados, y un pasado violento, que el Derecho, al pretender ser un acto fundacional u originario, oculta. El segundo es que, si bien el Derecho no es más injusto y violento que “la guerra” (la violencia) que le antecede, porque fija sus fronteras precisamente en el lugar que el vencedor alcanzó a conquistar, sin extenderlas más allá de ese lugar, sí parece ofrecer al vencedor un disfrute permanente del territorio que la guerra sólo le ofreció de forma precaria. Así, si por una parte el Derecho no aparece creando violencia sino poniéndole fin, por la otra resulta que viene a legitimar la violencia y a perpetuar los frutos de la violencia, bajo la forma de una aparente justa igualdad.

Aplicación al caso de la violencia legal doméstica sobre los niños.

1. Comenzaré esta breve reflexión final aplicando la última imagen, la de Benjamin, al caso de la violencia doméstica legal sobre los niños.

El Código Civil de 1855 no parece haber creado esta violencia. Hay indicios de una práctica similar, con una cierta base legal-cultural, en el período colonial y de la República previa a la codificación civil. Pero la institución formal de la facultad que he llamado “poder penal doméstico” por medio de una potestad legal claramente establecida en el Código Civil, como un poder privado autónomo, no discutible por el Estado, y que sin embargo merece el auxilio del Estado, contribuyó a perpetuar el territorio que el padre-patriarca había alcanzado de facto, y que las más heterogéneas y menos claras normas del derecho hispano de fines de la Colonia parecían respaldar sólo con matices. El Código Civil institucionalizó de manera clara la potestad del padre de ejercer violencia sobre sus hijos con auxilio del Estado.

2. Si Habermas tiene razón, y el poder soberano necesita esgrimir pretensiones de validez aceptables para los individuos, como una condición de eficacia de las prescripciones que establece a través del Derecho (si bien para Habermas no se trata de criterios de validez sustantiva, sino más bien procedimentales), el poder penal doméstico parece haberse sostenido, en distintos momentos, recurriendo a justificaciones morales y científicas, que pueden haber encontrado amplia aceptación en el mundo adulto.

En un primer momento, las justificaciones parecen haberse basado en criterios de moralidad pública, vinculados a la necesidad del principio de autoridad, de la obediencia de los hijos al padre, como forma de garantizar el orden en las familias y en la sociedad. Estas razones se vinculan, tanto en el pensamiento católico como en las ideas de los filósofos de la Ilustración, con las necesidades de una recta educación de los niños, sea como buenos católicos o como buenos ciudadanos. En todo caso, una sensibilidad favorable a la protección del bienestar de los niños –ya en esta época-, permite orientar y limitar (hipotéticamente) el poder de castigo, definiéndolo en función de sus necesidades.

En un segundo momento, tanto en la expansión pública del poder penal paterno como en las prácticas sociales e instituciones normalizadoras en las que ese poder estatalizado “se

disuelve", el poder de intervenir violentamente sobre los niños se apoya en argumentos "científicos", vinculados con las necesidades educativas, médicas, sicológicas de los niños, desde una perspectiva de profilaxis social, previniendo el riesgo de la desadaptación, la depravación física y moral, la enfermedad mental, etc. Los saberes construidos por las "ciencias humanas" tienen, en este campo como en pocos, una enorme capacidad de "prestar" al Derecho criterios de justificación para una intervención violenta sobre las vidas de otros individuos. Respecto de los niños marginales tiene eficacia la pretensión prescriptiva de esas "ciencias", de que el comportamiento anormal sea corregido y la enfermedad sanada. El Derecho asume ese encargo, y acepta el potente criterio de justificación.

En ambos casos, es importante notarlo, la justificación de la violencia con la que el Derecho pretende validez, tiene la forma de un argumento paternalista bien intencionado: "por su bien", "en el interés superior de los niños". La mantención de facultades civiles propias del Derecho de familia, por parte del tribunal de menores y de los directores de los centros de internación (incluidas las cárceles), se relaciona con la persistencia de ese argumento a favor de los niños. Los padres, o el Estado actuando como "padre sustituto", siempre actuarían en el interés de los niños. Eso justifica la violencia. El argumento parece haber tenido una enorme capacidad de penetrar en el mundo adulto, que cree necesaria y justificada la violencia moderada ejercida por el bien de los niños.

3. Con todo, como Milanich señaló, para ejercer ciertas formas de dominación sobre los niños, en el Chile republicano fue necesario que el Derecho callara. Concretamente el regimen de semi-esclavitud de los niños sirvientes se sostuvo gracias al silencio de la ley sobre el estatus jurídico de los niños "adoptados" por otras familias. Si ello fue así, es porque el Derecho podía obstaculizar en cierto sentido el empleo de estas prácticas. Es significativo que miembros prominentes de las mismas elites que participan en la construcción del orden jurídico republicano, y que tomaron cotidianamente parte en aquella práctica social semi-esclavista, supieron que el Derecho no debía regularla, porque no se ajustaba a sus instituciones.

En este caso parece ser cierto que el empleo de la forma jurídica plantea exigencias en el plano de la justificación, que no cualquier práctica logra satisfacer.

Eso no quiere decir que la práctica comentada no haya contado con una justificación cultural expresada a través de un cierto discurso. El empleo de niños criados en casa del patrón, como sirvientes no remunerados, se apoya en argumentos morales que consideran esta institución como una cuestión de caridad con niños que de otra forma morirían de hambre.

Pero es una justificación que, a mediados del siglo XIX, no satisfacía los criterios de legitimidad que rigen las relaciones privadas en el Código Civil, que postulan a un individuo libre, sólo sometido a lo que ha comprometido voluntariamente, o a la autoridad que tiene su padre legítimo (y no un patrón que pretenda protegerlo como tal), en función del interés del propio hijo. Por ello se expresa en un discurso informal, en voz baja, no en un discurso público, que por entonces debía formularse de forma compatible con los presupuestos políticos del Estado liberal.

Así, al parecer el Derecho contribuyó, con la institución legal de un padre-patriarca fuerte, dotado de poder penal doméstico, a configurar un modelo de actor social que sirvió para la dominación de niños pobres, a través de la relación padre-patrón / adoptado-criado, pero precisamente debió callar en relación con los contornos de la autoridad de este actor, porque su regulación formal hubiese limitado inconvenientemente dicha autoridad en terrenos de la vida social en que era social, económica y políticamente necesaria, si bien no del todo aceptable para los criterios de validez de un Derecho inspirado en principios liberales.

Que el Derecho haya callado en relación con este aspecto de la violencia doméstica, es algo que fue posible justamente porque se trata del dominio de lo doméstico. Lo doméstico, vinculado con lo familiar, en gran medida está fuera del alcance del derecho estatal liberal. A la autoridad doméstica se le reconoce un carácter discresional, a diferencia de la autoridad pública, estrictamente reglamentada. El poder penal doméstico permite castigar cualquier cosa que el padre considere insubordinación, mientras que el poder penal estatal puede castigar sólo las acciones u omisiones que las leyes tipifican como delito.

4. En relación con el poder penal doméstico estatalizado, en la figura del juez de menores, el Derecho también parece haber callado sobre los contornos de su autoridad. Sólo que la forma de callar fue mediante el uso de un lenguaje que ocultaba el empleo de un poder de naturaleza penal. La autoridad del juez de menores, retóricamente definida por completo en función de las necesidades e intereses de los niños, tuvo en realidad una función penal encubierta por medio de oscuros instrumentos jurídicos: por ejemplo, un Reglamento que autoriza al Presidente de la República para determinar que, a falta de Casas de Menores, se recurra a cárceles, como una medida provisoria y excepcional, que sin embargo tenía una gran vocación de permanencia y generalidad. A tal punto que, incluso en los casos en que sí se crearon establecimientos especiales, necesariamente ellos tuvieron un carácter de equivalente funcional a la cárcel.

En este caso, la forma jurídica, como la conocía el Derecho penal liberal del siglo XIX, no soportaría entregar al Estado el poder de imponer penas, encerrando a individuos en las cárceles, sin los límites propios del Derecho penal que se aplica a cualquier adulto. Sin esos límites (cuya introducción por lo demás habría frustrado el programa de vigilancia y control de la infancia marginal conflictiva), el Derecho no podía hablar de “penas”, y por eso habla sólo de “protección”.

Sin embargo, el Derecho en este caso, a diferencia del caso de la servidumbre cuasi-esclavista del siglo XIX, sí acepta una transformación del modelo liberal de relaciones de familia: las facultades del padre de familia ahora se estatalizan en el caso de las clases marginales, porque el padre inhábil puede ser reemplazado o tutelado por el juez de menores, que actúa como Estado-padre (*parens patriae*). Pero aún así, no se puede hablar abiertamente de encierro y cárcel. Es necesario un lenguaje más apropiado para hacer posible seguir empleando el modelo de relaciones familiares, que es exactamente el que se utiliza para entregar al director de las instituciones donde se interna a los menores, el cuidado personal, la dirección de la educación y la facultad de corrección y castigo, que la ley civil encomienda al padre.

Pero para la retórica legal que la promueve, esa transformación no convierte en pública a la violencia del juez de menores. Sigue siendo un poder violento doméstico. Un poder que, por

tanto, como el del padre, debe ser discresional. En ese sentido, tal vez, más que hablar de estatalización de la violencia del padre, asistimos a una privatización, "domestización" o "paternalización" de la violencia del juez.

5. Hasta ahora he sugerido dos tipos de relación entre violencia y Derecho, en relación con el caso de la violencia doméstica legal sobre los niños. En primer lugar, el Derecho, colonizado por razones morales y justificaciones "científicas", obtiene criterios de legitimidad de la violencia sobre los niños, al menos para instituir legalmente una autoridad violenta, que es aceptada social y culturalmente porque a fin de actúa "a favor" de los niños. En segundo lugar, más allá de la institución de ese poder, el Derecho se ve obligado a callar, dejando sin regulación los contornos de aquella autoridad, porque la forma jurídica le impondría límites que afectarían a sus funciones de dominación política, social y económica.

Pero hay que reconocer un "movimiento" en otro sentido, dentro este juego de relaciones entre violencia, Derecho y justificaciones, que complica el análisis.

Las razones que justifican la institución de una autoridad violenta, sobre la base de que ella actúa "en el interés" de los niños, también tienen una capacidad de limitar la violencia de esa autoridad.

Si el Derecho tutelar de menores permite encerrar niños por razones que no justificarían encerrar a un adulto (ocultando la violencia tras el discurso paternalista), la extensión de un encierro "por el bien del niño", sin embargo, rara vez podrá ser la que el Derecho permite respecto de un adulto al que se encierra "por el bien de la sociedad", en caso de delitos graves, o la que el Derecho permite en relación con un menor de edad respecto del cual el Estado se niega a seguir actuando "por su bien" y decide actuar exclusivamente "por el bien de la sociedad", como si fuera un adulto. En Estados Unidos de América ello no puede ser más evidente, en la medida que la respuesta a crímenes de gravedad, cometidos por menores de edad, cuando es definida explusivamente "por el bien de la sociedad" (juzgando al menor como un adulto) puede alcanzar a la pena de muerte o de presidio perpetuo. Un discurso paternalista que pretenda legitimidad, no podría justificar esas penas "por el bien del niño"; de hecho, si se le juzga como menor de edad, en ese mismo país, no se le podría imponer por el mismo crimen, una pena que se extienda más allá de su mayoría de edad o la edad de competencia ampliada que en ciertos estados se entrega al tribunal de menores (por ejemplo, 24 años en varios estados).

Así, el Derecho, incluso si crea poderes paternalistas, no alcanza legitimidad si no se muestra mínimamente sincero sobre sus intenciones de actuar "por el bien del niño". Desde luego, la carga ideológica que los saberes normalizadores imponen a este derecho le permite "sinceramente" buscar el bien de los niños violentando sus cuerpos. Pero aún así, en una cultura que identifica el bienestar con la dimensión material (donde se ubican los cuerpos, a fin de cuentas), existe un límite a la violencia que el Derecho puede imponer pretendiendo hacerlo a favor del bienestar del sujeto a quien se la impone. En cambio, en una cultura construida sobre la idea de un bienestar espiritual, el Derecho (en la Inquisición Católica) llegó a justificar la tortura hasta la muerte, con argumentos paternalistas, en aras de la salvación espiritual del torturado (que por el dolor expió su pecado).

En resumen, no sólo la forma jurídica, en un Derecho liberal, ofrece obstáculos a la violencia del Derecho, sino que también los fines declarados por el Derecho, en una cultura que se basa en fines vinculados especialmente al bienestar material, ofrecen obstáculos al ejercicio de la violencia. Si son fines paternalistas, el límite consiste en que incluso la imposición de violencia "por su bien" sólo se puede justificar si, siquiera a mediano plazo, permite alcanzar un bienestar material que no es compatible con el ejericio de violencia.

6. En resumen, las relaciones entre violencia y Derecho, en el caso analizado, aparecen marcadas por la ambivalencia.

El Derecho civil codificado contribuye a consolidar un poder violento en el plano doméstico de la familia, que con matices, ya tenía existencia en la cultura y en un derecho menos claro y formal. El mismo Derecho permite aplicar el modelo "doméstico" a formas de violencia sobre los niños que están más allá de la familia. El Derecho, sin embargo, en buena medida calla sobre los contornos y límites formales de este poder. Que el Derecho calle en el plano doméstico no es casualidad; lo doméstico es justamente un ámbito que para la ideología liberal, queda relativamente fuera de la intervención del Estado (y, por tanto, del derecho estatal), y que debe gozar de cierta discresionalidad, para que la autoridad doméstica pueda, sin interferencias "publicas", trabajar por el bienestar del niño. Esta finalidad propia de lo doméstico, sin embargo, también limita "teleológicamente" a la violencia.

Así, el Derecho fue necesario para enviar al mundo de lo doméstico el poder social y el poder político de ejercer violencia sobre los niños. Una vez en ese mundo, ese poder puede volverse discresional, renunciando al Derecho, para asegurar a los niños un bienestar que las formas jurídicas entorpecen.

Las relaciones entre violencia y Derecho son en buena medida opuestas, entonces, según si tratamos de aquél aspecto del Derecho que instituye sustantivamente el poder o de aquél que lo regula formalmente. En el primer caso, sólo es posible una limitación "teleológica"; en el segundo, una "garantista".

7. Si el Derecho equiparara el tratamiento de los niños al de los adultos, uniformando las relaciones entre los individuos y el poder, se acabarían en buena medida las ambivalencias. Pero entonces podemos preguntarnos si acaso el Derecho no está, como diría Cover, "matando" normatividades diferentes del modelo de la plena responsabilidad.

Dicho de otro modo, en esta diferencia que los niños han tenido frente a los adultos en el trato que les da el Derecho, ¿no se expresa también una cierta capacidad normativa de la sociedad –influida por saberes de las "ciencias humanas", es cierto- de reconocer matices y diferencias entre casos? La arbitrariedad y discriminación de los niños, en el goce de las garantías y límites formales al poder penal, ¿no son sólo una consecuencia negativa secundaria, de una distinción que en principio es normativamente más rica y sofisticada que el trato igualitario y estandarizado?

Si así fuera, ¿no es posible mantener la diferencia en el plano de los fines del Derecho, a través de un principio que permite poner el bienestar de los niños –su "interés superior"- como

un criterio básico en las decisiones jurídicas que le afecten, pero sin renunciar a la forma jurídica, como técnica de limitación del poder?

En buena medida, el movimiento social y político a favor de los derechos del niño, que se ha plasmado en la dictación de una Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, parece responder al propósito de mantener la diferencia en relación con los fines, que se ven enriquecidos con el criterio que prioriza el interés del niño, pero aprovechando las garantías que al individuo ofrece la forma jurídica.

En cualquier caso, como ese movimiento correctamente ha intuido, la apertura del Derecho a una normatividad más rica, que reconozca las diferencias entre niños y adultos y se haga cargo de mejor forma de los matices, evitando estandarizar y rigidizar el programa de decisiones sobre lo que conviene a los niños, no se alcanza con una justicia más informal, dotada de poderes discresionales. Por el contrario, con ello no se conjura el peligro de un efecto "jurispatético" de la interpretación jurídica; el trabajo social y la sicología permanentemente se quejan de la rigidez de las respuestas de la justicia de menores frente a problemas complejos, cargados de sutilezas, a los que el tribunal y su técnica jurídica no es capaz de responder de forma sofisticada. La justicia, incluso si informal y con poderes discresionales, parece seguir matando las sutilezas. Y como contrapartida, esta desformalización de la judicatura priva al Derecho de un aspecto de la estandarización muy caro a los derechos individuales: las garantías, los límites al poder, caso en que el carácter "jurispatético" y rígido de la jurisdicción "mata" algo que merece morir, a saber, el carácter discresional del ejercicio del poder, imponiendo una regla de igualdad en los límites, que sirve para evitar una violencia multiforme. Las garantías, al rigidizar el ejercicio de la violencia, la hacen más previsible e igualitaria.

En cambio, podría esperarse mayor riqueza normativa, mayor sutileza y sofisticación, en las formas desjudicializadas de atención al bienestar de los niños. Ello sería aceptable, siempre que se trate de formas en las que se prescinda de un poder de intervenir violentamente sobre los propios niños.

Es importante hacer notar, sin embargo, que las prácticas sociales normalizadoras en gran medida se justifican a sí mismas como formas desjudicializadas, más sutiles y sofisticadas, de perseguir los especiales fines que configuran la política de atención a la infancia. Lo que suele ocurrir, sin embargo, es que a menudo estas prácticas e instituciones no renuncian al ejercicio de un poder violento, si bien en forma "diluida", sino que se apoyan en el modelo de una autoridad doméstica cuya finalidad pro-bienestar infantil legitima una intervención no consensuada con el niño, que suele postergar sus intereses manifiestos, en aras de necesidades del sistema (orden, disciplina, prevención de riesgos sociales, estándares autoritarios de normalidad).

Así, también en el ámbito de las prácticas desjudializadas de respuesta a las necesidades de bienestar de la infancia es necesaria la forma jurídica, si bien en este caso, sólo como garantía, justamente para asegurar que se prescinde de un ejercicio de poder violento, que se reducen los sacrificios del interés manifiesto de los niños en aras de necesidades sistémicas, en fin, que se reducen las formas más hegemónicas en la construcción de la política pública de bienestar para la infancia.

En resumen, el mejor programa de limitación de la violencia del Derecho y por medio del Derecho en relación con los niños, debe buscarse en una regulación que postule igualdad en la forma jurídica, imponiendo los mismos límites “formales” a la violencia ejercida contra niños y adultos, “matando” aquí las diferencias normativas, y al mismo tiempo, conserve una distinción en los fines de la violencia, oponiendo en consecuencia más y mejores límites “teleológicos” a la violencia impuesta a los niños, manteniendo en este aspecto las sutilezas normativas. Las mayores sutilezas son esperables en el campo de las formas desjudicializadas de promoción del bienestar infantil, que debiera ser al más extenso. Pero incluso ahí la forma jurídica conserva una función de garantía, en contra de un uso encubierto de violencia doméstica.

8. Si bien no ha sido objeto de estudio explícito de este ensayo, quiero terminar con una referencia al tema de la subjetividad o personalidad jurídica.

Bajo el modelo del Derecho liberal, tratar a una persona dentro del ámbito de lo doméstico, sometido a la autoridad doméstica del padre-patriarca, implica negar o disminuir su personalidad jurídica, su condición de sujeto de derecho. Como contrapartida se le protege de las consecuencias que, para los sujetos de derecho, suele tener la plena responsabilidad por sus actos; por ejemplo, se les saca del ámbito del Derecho penal.

Los silencios del Derecho, en cuanto a la regulación de los límites de la autoridad, son más fácilmente justificables frente a individuos con personalidad jurídica disminuida. A ellos los representa, los protege, los controla y los gobierna el padre-patriarca-patrón, el único gran sujeto jurídico en la familia del Código civil de 1855. Niños sirvientes, niños tutelados por el juez de menores, y niños controlados y civilizados por instituciones de normalización, quedan, no sólo sometidos al poder discresional de una autoridad que no está completamente juridificada (pero sí instituida por el Derecho), sino además, su relación con el Derecho aparece mediada por esa autoridad, que es su representante.

El reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, implicaría una redefinición de lo doméstico, como un espacio en el que la forma jurídica también debe penetrar, imponiendo límites allí donde el propio Derecho ha institucionalizado un poder violento, incluso en aquellos espacios donde la práctica social parece renunciar al ejercicio de ese poder. La domesticidad del Derecho, respecto de niños entendidos como sujetos, debería traducirse en un trato que privilegie el bienestar de los niños en el campo de los fines del Derecho, sin renunciar a las formas jurídicas a las que, en su condición de sujetos de derecho, son acreedores.